



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

Revista de Informação Legislativa



volume 62

246

abril a junho de 2025

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2025 – 2026

Senador Davi Alcolumbre

PRESIDENTE

Senador Eduardo Gomes

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Humberto Costa

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senadora Daniella Ribeiro

PRIMEIRA-SECRETÁRIA

Senador Confúcio Moura

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senadora Ana Paula Lobato

TERCEIRA-SECRETÁRIA

Senador Laércio Oliveira

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Chico Rodrigues

Senador Mecias de Jesus

Senador Styvenson Valentim

Senadora Soraya Thronicke

ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466



Revista de Informação Legislativa

Brasília – DF

volume 62

246

p. 1-238

abril a junho de 2025

SENADO FEDERAL



EDIÇÃO DO SENADO FEDERAL

Diretora-Geral: Ilana Trombka
Secretário-Geral da Mesa: Danilo Augusto Barboza de Aguiar

Secretaria de Editoração e Publicações
Diretor: Rafael A. Chervenski da Silva

Coordenação de Edições Técnicas
Coordenador: Aloysio de Britto Vieira

Editor responsável: Aloysio de Britto Vieira. Editor executivo: Raphael Melleiro. Gestão de submissão: Glauca Cruz.
Preparação de texto: Walfrido Vianna. Editoração: Camila Hott, Gilmar Rodrigues e Rejane Campos.

Missão

A *Revista de Informação Legislativa* (RIL) é uma publicação trimestral, produzida pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Publicada desde 1964, a *Revista* tem divulgado artigos inéditos, predominantemente nas áreas de Direito e de Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, conseqüentemente, em debate no Congresso Nacional.

Fundadores

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967
Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967
Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

Política de acesso e direito de uso

A RIL oferece acesso aberto livre a seu conteúdo (disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril>), sendo publicada sob licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Indexadores

Diadorim – Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras, EZB – Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Google Scholar, Ibict CCN – Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadadas, Latindex, Livre – Revistas de Livre Acesso, Portal de Periódicos Capes, Redib – Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, RVBI – Rede Virtual de Bibliotecas, Ulrichsweb.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal. – v. 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília, DF : Senado Federal, 1964-.
Trimestral.

v. 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; v. 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; v. 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; v. 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835X (Impresso)
ISSN 2596-0466 (Online)

1. Direito – Periódico. 2. Ciência Política – Periódico. 3. Relações Internacionais – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Bloco 8, Mezanino, Setor 11
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

CONSELHO

Dr. Bruno Dantas Nascimento, Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Florivaldo Dutra Araújo, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gilmar Ferreira Mendes, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luis Fernando Barzotto, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Octavio Campos Fischer, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roger Stiefelmann Leal, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wremyr Scliar, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

PARECERISTAS

Ma. Adriana de Oliveira Izá, Câmara Municipal de Jacuí, Jacuí, MG, Brasil / Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alan Ibn Chahrur, Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, Jaú, SP, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Ma. Aline Vitalis, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Joinville, SC, Brasil / Dr. Alvaro Augusto de Borba Barreto, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, SC, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Claudia Santano, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. André de Souza Dantas Elali, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. André Studart Leitão, Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Andre Vicente Pires Rosa, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Anelise Coelho Nunes, Rede Metodista de Educação, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Antonio Teixeira de Barros, Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Bruno da Silva Conceição, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Caio Henrique Lopes Ramiro, Faculdade Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Carlos Augusto Daniel Neto, Centro de Estudos de Direito Econômico e Social, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dra. Caroline Somesom Tauk, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Célia Regina Ferrari Faganello, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Cesar Augusto Baldi, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Cachoeira do Sul, RS, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Me. Clay Souza e Teles, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Daniela Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Felipe Luiz Machado Barros, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Macaíba, RN, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Felipe Martins Maia, Faculdade de Desenvolvimento do Norte, Montes Claros, MG, Brasil / Ma. Fernanda Souza Correa, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dra. Flávia Danielle Santiago Lima, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Dr. Guilherme Nacif de Faria, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gustavo Ferreira Ribeiro, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Henrique Fernando de Mello, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, São José do Rio Preto, SP, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Me. João Paulo Medeiros de Araújo, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Me. Jordan Vinicius de Oliveira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jorge André de Carvalho Mendonça, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Recife, PE, Brasil / Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdades de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Filomeno de Moraes Filho, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Ma. Larissa de Moura Guerra Almeida, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Layla Salles McClaskey, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Leandro Maciel do Nascimento,

Ministério Público de Contas, Teresina, PI, Brasil / Dr. Lelio Maximino Lellis, Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson, Araras, SP, Brasil / Dra. Licemar Vieira Melo, Unisinos, Passo Fundo, RS, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luciano Athayde Chaves, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Me. Luciano Henrique da Silva Oliveira, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Luciano Moreira de Oliveira, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luís Fernando Sgarbossa, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Luiz Eduardo Diniz Araújo, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Renato Vieira, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Campos Galuppo, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcilio Toscano Franca Filho, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Marcio Camargo Cunha Filho, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Martin Pino, Escola Superior de Advocacia da OAB, São Paulo, SP, Brasil / Me. Maurício Buosi Lemes, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Me. Maurício Sullivan Balhe Guedes, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Dr. Miguel Gualana de Godoy, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Me. Murilo Teixeira Avelino, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Nara Pereira Carvalho, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. Onofre Alves Batista Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Patrícia Lichs Cunha Silva de Almeida, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Santa Salete, SP, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Magalhães Araújo, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Me. Rafael Borges de Souza Bias, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dra. Regina Stela Corrêa Vieira, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dra. Roberta Simões Nascimento, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecides Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Me. Saulo Tarso Fernandes Dias, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Sérgio Cruz Arenhart, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Ma. Stael Freire, Stael Freire Sociedade de Advogados, Teresina, PI, Brasil / Dra. Tarsila Ribeira Marques Fernandes, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Valter Rodrigues de Carvalho, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Vinicius de Lara Ribas, Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wilson Coimbra Lemke, Faculdade Pio XII, Caraciaca, ES, Brasil / Ma. Yasmin Curzi de Mendonça, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

AUTORES

Alexandre Pacheco da Silva é doutor em Política Científica e Tecnológica pela Unicamp, Campinas, SP, Brasil; professor de Direito da Fundação Getulio Vargas (FGV) Direito, São Paulo, SP, Brasil; coordenador do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV Direito, São Paulo, SP, Brasil. / Cesar Antonio Serbena é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; pós-doutor pela Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; livre-docente pela UFPR, Curitiba, PR, Brasil; professor titular de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil; coordenador do núcleo de pesquisas Fundamentos do Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil. / Cesar Felipe Bolzani é mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; doutorando em Direito na UFPR, Curitiba, PR, Brasil; pesquisador-bolsista Capes/Proex; pesquisador no núcleo de pesquisas Fundamentos do Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil; advogado. / Chiavelli Fazenda Falavigno é doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutoranda na Universidade de Málaga, Málaga,

Espanha; professora e pesquisadora da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil. / Christiane Rabelo de Souza é doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil; pós-doutoranda em Direito no Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil; mestra em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, SE, Brasil; professora dos programas de graduação e pós-graduação *lato sensu* da Ânima Educação, São Paulo, SP, Brasil; coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas da instituição Ages, Paripiranga, BA, Brasil; advogada. / Claudio Demczuk de Alencar é mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; consultor legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil; advogado. / Deborah Dettmam Matos é doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professora adjunta dos programas de graduação e do mestrado em Direito da Universidade Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil. / Eduardo Rocha Dias é doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal, com estágio pós-doutoral na Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal da Advocacia-Geral da União. / João Araújo Monteiro Neto é doutor em Direito pela Universidade de Kent, Kent, Reino Unido; professor de Direito Digital, proteção de dados pessoais e engenharia jurídica do curso de Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; presidente da Comissão de Direito Digital da Ordem dos Advogados do Brasil, Fortaleza, CE, Brasil; advogado especializado em proteção de dados e privacidade. / João Pedro Favaretto Salvador é mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Direito e Desenvolvimento na Fundação Getúlio Vargas (FGV) Direito, São Paulo, SP, Brasil; líder de Projetos no Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV Direito, São Paulo, SP, Brasil. / Kátia Magalhães Arruda é doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão, São Luís, MA, Brasil; mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; pós-doutora em Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; professora do programa de mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal, Brasília, DF, Brasil; ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, Brasil. / Matheus Elias Hanna é mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal, Brasília, DF, Brasil; pós-graduado em Direito Societário pelo Insper, São Paulo, SP, Brasil; pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado. / Samille Lima Alves é mestra em Direito pela Universidade Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil; editora da revista Arquivo jurídico; assessora da promotoria de Justiça, Teresina, PI, Brasil. / Saulo José Casali Bahia é doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, BA, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação *stricto sensu* da UFBA, Salvador, BA, Brasil; professor visitante da University of Florida, Gainesville, FL, EUA, e da Université François Rabelais, Tours, França; líder do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais (PPGD/UFBA); juiz federal da 1ª Região da Seção Judiciária do Estado da Bahia. / Tatiana Maria Guskow é mestra em Direito pelo Uniceub, Brasília, DF, Brasil; procuradora da Fazenda Nacional, Brasília, DF, Brasil. / Vinicius Ferreira Baptista é doutor em Políticas Públicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor adjunto do Departamento de Administração Pública da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), Seropédica, RJ, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Desenvolvimento Territorial e Políticas Públicas da UFRRJ, Seropédica, RJ, Brasil.

Sumário

ARTIGOS

- 13 **Apostas esportivas e saúde mental: as alterações na Lei nº 13.756/2018 e a prevenção do jogo patológico**
Fixed-Odds Betting and Mental Health: the Amendments in Law n. 13,756/2018 and Prevention of Pathological Gambling
Eduardo Rocha Dias
João Araújo Monteiro Neto
- 29 **O diálogo institucional: origens, significados, classificações e modelos práticos conformes à Constituição brasileira**
Institutional Dialogue: Origins, Meanings, Classifications, and Pratical Models Conformed to the Brazilian Constitution
Samille Lima Alves
Deborah Dettmam Matos
- 55 **O racismo e a saúde mental dos trabalhadores negros: causas, efeitos e soluções**
Racism and the Mental Health of Black Workers: Causes, Effects, and Solutions
Kátia Magalhães Arruda
Matheus Elias Hanna
- 71 **A inconstitucionalidade do mandado de criminalização proposto na PEC nº 45/2023**
The Unconstitutionality of the Criminalization Order Proposed in PEC n. 45/2023
Claudio Demczuk de Alencar
- 99 **Violência contra a mulher e Covid-19: as normativas em debate no estado do Rio de Janeiro**
Violence against Women and Covid-19: The Regulations under Debate in the State of Rio de Janeiro
Vinicius Ferreira Baptista

- 125 **Uma história da Administração Pública: a construção da impessoalidade e da probidade na ordem jurídica brasileira**
A History of Public Administration: the Construction of Impersonality and Probity in the Brazilian Legal Order
Tatiana Maria Guskow
- 147 **O fundamento psicológico da validade jurídica em Weber e Hart: a crítica metodológica de Kelsen às teorias do reconhecimento**
The Psychological Foundation of Legal Validity in Weber and Hart: Kelsen's Methodological Critique to the Theories of Recognition
Cesar Felipe Bolzani
Cesar Antonio Serbena
- 173 **Por que exigir das plataformas digitais transparência na moderação de conteúdo?**
Why Require Digital Platforms to Be Transparent in Content Moderation?
João Pedro Favaretto Salvador
Alexandre Pacheco da Silva
- 203 **Aprimoramento regulatório no Brasil: incorporando as práticas da OCDE em análises de impacto**
Regulatory Improvement in Brazil: Incorporating OECD Practices in Impact Assessments
Christiane Rabelo de Souza
Saulo José Casali Bahia

ARTIGO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

- 219 **Los cambios en la legislación brasileña en materia de Derecho Penal Económico: tendencias en política legislativa penal**
Changes in Brazilian Legislation on Economic Criminal Law: Trends in Criminal Legislative Policy
Chiavelli Facenda Falavigno

Artigos



Apostas esportivas e saúde mental: as alterações na Lei nº 13.756/2018 e a prevenção do jogo patológico

Fixed-Odds Betting and Mental Health: the Amendments in Law n. 13,756/2018 and Prevention of Pathological Gambling

Eduardo Rocha Dias¹

João Araújo Monteiro Neto²

Resumo

Em 2023, por meio da Medida Provisória nº 1.182 e depois pela Lei nº 14.790, alteraram-se no Brasil as regras sobre apostas de quota fixa (também conhecidas como *apostas esportivas*), o que impõe considerar como se normatizou a prevenção do jogo patológico. Além da regulação de ações de publicidade e marketing, tornou-se obrigatória para os operadores a adoção de políticas, procedimentos e controles internos de jogo responsável e prevenção dos transtornos de jogo patológico. Com base na revisão de literatura, de achados da economia comportamental e da experiência de outros países – em particular, Austrália, Canadá e Reino Unido –, este estudo examina algumas medidas que podem ser adotadas, bem como seus limites e sua contribuição para a tutela da saúde de cidadãos vulneráveis; dentre elas, destaca-se a autoexclusão de jogadores e a adoção de algoritmos que monitorem sinais indicativos de jogo patológico.

Palavras-chave: apostas de quota fixa; jogo patológico; saúde mental; autoexclusão; algoritmos.

¹ Eduardo Rocha Dias é doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal, com estágio pós-doutoral na Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal da Advocacia-Geral da União. E-mail: eduardorochadias@unifor.br

² João Araújo Monteiro Neto é doutor em Direito pela Universidade de Kent, Kent, Reino Unido; professor de Direito Digital, proteção de dados pessoais e engenharia jurídica do curso de Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; presidente da Comissão de Direito Digital da Ordem dos Advogados do Brasil, Fortaleza, CE, Brasil; advogado especializado em proteção de dados e privacidade. E-mail: joaoneto@unifor.br

Abstract

In 2023, through Provisional Measure n. 1,182 and later by Law n. 14,790, the rules on fixed-odd betting (also known as *sports betting*) were changed in Brazil, which requires considering how the prevention of pathological gambling was regulated. In addition to regulating advertising and marketing actions, it became mandatory for operators to adopt policies, procedures and internal controls for responsible gambling and prevention of pathological gambling disorders. Based on a review of the literature, findings from behavioral economics and the experience of other countries – especially Australia, Canada and the United Kingdom –, this study examines some measures that can be adopted, as well as their limits and their contribution to protecting the health of vulnerable citizens; among them, the self-exclusion of players and the adoption of algorithms to monitor signs indicative of pathological gambling stand out.

Keywords: fixed-odds betting; pathological gambling; mental health; self-exclusion; algorithms.

Recebido em 2/5/24

Aprovado em 25/11/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p13

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

A Medida Provisória (MP) nº 1.182/2023 procedeu a alterações na Lei nº 13.756/2018, que, dentre outros assuntos, trata das chamadas *apostas de quota fixa*. Conforme o art. 29 da lei, elas são exploradas no território nacional, em ambiente concorrencial, mediante prévia autorização, relativas a eventos reais ou virtuais, “em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico” (Brasil, [2023a]). A MP não chegou a ser apreciada pelo Congresso, e seu prazo de vigência encerrou-se em 21/11/2023. Não obstante, o tema foi regulado pela Portaria Normativa

³ DIAS, Eduardo Rocha; MONTEIRO NETO, João Araújo. Apostas esportivas e saúde mental: as alterações na Lei nº 13.756/2018 e a prevenção do jogo patológico. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 62, n. 246, p. 13-28, abr./jun. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p13. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/246/ril_v62_n246_p13

⁴ Dias, E. R., & Monteiro, J. A., Neto. (2025). Apostas esportivas e saúde mental: as alterações na Lei nº 13.756/2018 e a prevenção do jogo patológico. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 62(246), 13-28. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p13

(PN) nº 1.330, de 26/10/2023, do Ministério da Fazenda e depois pela Lei nº 14.790/2023 (*Lei das bets*).

Também conhecidas como *apostas esportivas*, elas são uma modalidade lotérica que tem suscitado diversas considerações. De um lado, tem-se enfatizado a necessidade de maior controle para se coibir a manipulação de resultados, as fraudes e a lavagem de dinheiro. Por outro, é notável a arrecadação tributária que se espera obter diante do faturamento do setor, que teria sido de 12,5 bilhões de reais em 2020 (Póvoa; Melo; Esher; Simões, 2023, p. 6).

Neste estudo, porém, examina-se outra questão: o risco do jogo para a saúde, manifestado na chamada *ludopatia* – a compulsão por apostas ou o jogo patológico. O art. 33 da Lei nº 13.756/2018, com a redação da Lei nº 14.790/2023, estabelece que as ações de comunicação, publicidade e *marketing* da loteria de apostas de quotas fixas devem observar as melhores práticas de responsabilidade social corporativa conforme regulamento. Os arts. 16 a 18 da *Lei das bets* trata-se do tema da publicidade, a ser regulamentado pelo Ministério da Fazenda com incentivo à autorregulação; e no art. 8º abordam-se outras políticas corporativas obrigatórias, dentre as quais estão a de jogo responsável e a de prevenção do jogo patológico. Para determinadas pessoas há impedimentos para apostar, como os menores de 18 anos e quem tenha sido diagnosticado com ludopatia com base em laudo de profissional de saúde habilitado (Brasil, [2024b], art. 26, I, VI). Preveem-se, pois, medidas a serem adotadas tanto pelo Estado, por meio do Ministério da Fazenda, quanto pelos operadores do setor e pelas empresas de comunicação e publicidade. Contudo, deve-se verificar que medidas podem ser previstas e de que forma elas contribuem para a prevenção do jogo patológico.

De início, analisa-se a regulação de atividades como o jogo, que geram externalidades negativas, a exemplo da compulsão e do endividamento; em seguida, com base em achados da economia comportamental, examina-se a fundamentação tanto para uma regulação estatal baseada em normas de comando e controle quanto para medidas menos vinculantes (*soft regulation*), bem como os limites a serem observados para, no final, apreciar as determinações da Lei nº 14.790/2023 em confronto com as experiências de outros países. Trata-se de pesquisa qualitativa, exploratória e de caráter documental, fundada em revisão de literatura.

2 A regulação do jogo e a ludopatia

Não há muitos dados sobre a prevalência do jogo patológico no Brasil. Estudos realizados em outros países apontam uma incidência de 1% a 3% na população adulta (Oliveira; Sáad, 2006, p. 163), percentual que, aplicado ao Brasil, corresponderia 1,5 a 4,5 milhões de pessoas. Um estudo realizado no País em 2010, referido por Póvoa, Melo, Esher e Simões (2023, p. 10), com pessoas de 14 anos ou mais, chegou a uma taxa de prevalência no curso

da vida de 2,3%, o equivalente a cerca de 4,8 milhões de pessoas⁵. Desenvolvido antes da disseminação das apostas on-line, esse estudo não revela o impacto da facilitação do jogo pelas plataformas virtuais. Auer e Griffiths (2023, p. 1.274) constataam uma prevalência de 0,5% na população adulta; contudo, há variação mundial de menos de 1% até 5-6%. Os autores mencionam o crescimento dos jogos on-line nos últimos anos e afirmam que, embora alguns estudos apontem que aumentam o risco de jogo patológico, é mais adequado considerar que não são prejudiciais em si, mas aumentam os riscos para quem é vulnerável em razão de sua permanente disponibilidade. O uso de smartphones, a possibilidade de apostar a qualquer hora e de qualquer lugar, o encantamento e a atratividade para crianças, adolescentes e adultos jovens são fatores que aumentam o potencial de os jogos on-line gerarem dependência.

O vício em jogo acarreta consequências danosas, a começar pelo endividamento. Embora não possa ser mensurado, a renda é um fator considerável – sobretudo em famílias de baixa renda. Há também os custos com leitos e profissionais dedicados à saúde mental, o aumento de licenças e aposentadorias por incapacidade, a perda de emprego, a falência, a desestabilização das famílias, a criminalidade, a depressão, o suicídio (Póvoa; Melo; Esher; Simões, 2023, p. 10). Daí a necessidade de regulação adequada para a tutela da saúde. Hoje as tecnologias de comunicação e informação, a inteligência artificial e o uso de algoritmos capazes de identificar pessoas propensas a apostar permitem a exploração maliciosa de fragilidades e mecanismos cerebrais naturais de busca de satisfação.

A par da publicidade dirigida especialmente ao público masculino e jovem, há a dificuldade de impor autocontrole, já que nas apostas on-line por meio de smartphones não há barreiras como num cassino físico nem “pontos de decisão” que levem à reflexão sobre a melhor atitude a tomar (Póvoa; Melo; Esher; Simões, 2023, p. 13). Conforme definem Bar-Gill, Sunstein e Talgam-Cohen (2023, p. 1), trata-se da hipótese de *dano algorítmico*, entendido como a exploração da ausência de informações suficientes ou de um viés comportamental que afeta desproporcionalmente membros de grupos identificáveis. A discriminação ensejadora de um dano pode lesar, de forma diferente, pessoas vulneráveis de uma etnia ou gênero, idosas ou acometidas de um transtorno mental (Bar-Gill; Sunstein; Talgam-Cohen, 2023, p. 4) que tenha predisposição ao jogo patológico. As respostas para a questão pressupõem tanto a imposição de deveres de transparência (*disclosure*) quanto a regulação e a supervisão do *design* e da implantação dos algoritmos. É também possível utilizar algoritmos em favor do usuário, como para auxiliá-lo a fazer melhores escolhas e a mitigar os danos algorítmicos (Bar-Gill; Sunstein; Talgam-Cohen, 2023, p. 5). Insere-se nessa estratégia de minimização de danos o uso de algoritmos para identificar pessoas com maior propensão para o jogo patológico e encaminhar alternativas de solução (Auer; Griffiths, 2023, p. 1.275).

⁵ Estudo realizado por Hermano Tavares, coordenador do Programa Ambulatorial do Transtorno do Jogo (PRO-AMJO) do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo.

Há semelhanças e diferenças entre a dependência em relação ao jogo e a de substâncias químicas (Long, 2023). Estudos revelam que em ambos os casos a pessoa dependente tem dificuldades cognitivas e sofre pela ausência do jogo ou da substância (crise de abstinência); nos dois casos, há risco de recaída de dependentes em reabilitação. O jogo patológico, contudo, não afeta de forma tão deletéria o cérebro como a dependência do álcool ou de outras substâncias químicas. Auer e Griffiths (2023, p. 1.276) lembram que a quinta edição do *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-5) classifica o jogo patológico como uma dependência comportamental (*behavioral addiction*) e indica dados a serem rastreados para identificar o problema, como o número de horas despendidas em jogo on-line, o número de apostas feitas e a quantidade de dinheiro gasto.

Assim, externalidades e problemas sociais justificam a regulação do tema. A ênfase dada à receita tributária que se espera obter do jogo encontra eco em discussão antiga, de origem anglo-saxã, sobre as *sin taxes* (impostos do pecado). Atividades consideradas nocivas socialmente – como o fumo, o jogo e o álcool – passaram a ser tributadas com o fim de gerar receitas para o combate de suas externalidades negativas (Vasques, 1999, p. 201). Dada a ineficácia dessa visão moralista e proibitiva, imbuída da ética protestante – exemplificada no insucesso da chamada *Lei seca* (ou *Prohibition*, nos EUA) –, implantou-se uma estratégia de regulação com cobrança de tributos.

Também contribuiu para o abandono daquela visão punitivista a substituição da ética do trabalho pela ética do consumo, em particular nas sociedades mais afluentes entre o final do século XIX e o começo do século XX, quando o crescimento da renda da classe trabalhadora aumentou a demanda por bens considerados *de luxo*, além de álcool e tabaco. Por outro lado, a maior intervenção do Estado em diferentes setores da vida social e econômica, com o conseqüente aumento de seus gastos, tornou necessário o incremento das receitas públicas. A justificação dos tributos sobre substâncias como o tabaco e o álcool e sobre atividades como o jogo passou a ser buscada na necessidade de se enfrentarem as externalidades negativas decorrentes de seu consumo, que produz custos sociais superiores ao custo privado – e o mercado falha por não sustentar o socialmente desejável nem prevenir o socialmente indesejável. Nas ideias do economista inglês Arthur Pigou encontra-se o fundamento teórico para a cobrança dos chamados *tributos pigouvianos* (Dias, 2008, p. 278).

Segundo Vasques (1999, p. 206-207), há uma contradição nos propósitos do fisco, pois não se pode simultaneamente corrigir externalidades e explorar consumos inelásticos, pouco tendentes a diminuir. Alguns estudos mostram que o custo social decorrente do jogo é maior do que o que se arrecada com a sua tributação. No estado australiano de Vitória, para uma arrecadação de tributos de 1,6 bilhão de dólares australianos, estimam-se custos sociais da ordem de 6,7 bilhões de dólares australianos (Póvoa; Melo; Esher; Simões, 2023, p. 11). Assim, os danos provocados pelos jogos on-line aconselham uma tributação que intente prevenir e reduzir os impactos negativos da atividade. Ragazzo e Ribeiro (2012, p. 631) associam aos jogos quatro categorias de custos sociais: a) o aumento da criminalidade; b) as doenças, como o jogo patológico; c) o endividamento, com risco de falência

pessoal; e d) as perdas produtivas, como a redução da produtividade no trabalho. Os autores ressaltam a possibilidade de os recursos arrecadados com a tributação serem compensados com o aumento de despesas em outras áreas, como segurança, fiscalização e saúde pública (Ragazzo; Ribeiro, 2012, p. 628).

Há diferentes tipos de jogos: a) jogos promovidos pelo Estado e por entidades particulares, sujeitos a licença ou autorização estatal; b) jogos lícitos e ilícitos; e c) jogos realizados em ambientes físicos e em meio virtual. Ragazzo e Ribeiro (2012, p. 636-637) mencionam a diferença entre jogos de frequência contínua e descontínua. Nos primeiros, os resultados são divulgados rapidamente, e o ciclo do jogo é mais veloz, o que propicia a repetição da aposta em pequenos intervalos de tempo; é o caso das máquinas de caça-níqueis e do videopôquer. No segundo tipo, o ciclo de apostas é mais lento, com intervalos maiores, como as apostas em competições esportivas. Segundo os autores, os riscos envolvidos nos jogos de ciclo descontínuo são menores que os das apostas de frequência contínua, nos quais é maior o risco de surgimento ou agravamento de patologias, dada a rapidez e a emoção neles envolvida.

Ragazzo e Ribeiro (2012) destacam os desafios regulatórios dos jogos on-line, como a dificuldade de fiscalizar o acesso de menores de 18 anos, o maior anonimato e a possibilidade de as empresas que os exploram estarem sediadas no exterior. Contudo, como se verá, é possível avançar na fiscalização por meio da tecnologia e de parâmetros que vedem o acesso a menores e busquem a proteção de grupos mais vulneráveis. Além disso, como muitos jogos até atendem a propósitos desejáveis socialmente, é importante disseminar uma cultura de jogo responsável.

O art. 195, *caput*, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) estabelece que a receita de concursos de prognósticos (sorteio de números, loterias e apostas) é base de cálculo de contribuição destinada ao financiamento da seguridade social (Brasil, [2024a]). Todavia, os bingos, tradicionalmente promovidos por entidades religiosas para financiar atividades de filantropia ou promover a integração dos membros da comunidade, são proibidos no Brasil (Bedford; Alvarez-Macotella; Casey; Jobim; Williams, [2016], p. 11).

A regulação engloba diferentes medidas, desde a simples proibição até a total liberdade dos agentes privados; pode partir tanto do Estado quanto de entidades não estatais; ou definir-se como autorregulação, quando o próprio setor traça normas ou diretrizes para a atividade, a exemplo dos códigos de conduta. É possível recorrer a medidas de comando e controle, que são impositivas, e a medidas não vinculantes, que buscam incentivar ou promover determinados comportamentos – caso das recomendações e advertências. Ragazzo e Ribeiro (2012, p. 641-642) afirmam que, no estabelecimento de pautas regulatórias, é preciso levar em conta tanto o contexto em que o jogo ocorre quanto o tipo de usuário. No caso dos usuários patológicos, mais vulneráveis, não bastam as técnicas de diminuição de assimetria informativa, como a divulgação de informações sobre os riscos do jogo patológico; para tais usuários, os autores defendem restrições de acesso aos espaços ou ao tempo de

jogo – e mesmo sua exclusão –, para que busquem tratamento. Como se verá, a economia comportamental também fornece argumentos para uma regulação dos jogos.

3 A economia comportamental e o tema do autocontrole

Kahneman (2017, p. 31-32) identifica dois modos ou sistemas de pensamento: um rápido e automático, e outro mais lento, que exige concentração e esforço. Ao evidenciar a limitação da racionalidade humana e sua sujeição a vieses e erros de julgamento, a economia comportamental oferece argumentos para a regulação dos jogos. Segundo ele, os seres humanos, “ao contrário dos Econs⁶, precisam de ajuda para tomar boas decisões, e há modos informados e não intrusivos de fornecer essa ajuda” (Kahneman, 2017, p. 546).

Um dos temas em que se manifesta essa limitada racionalidade relaciona-se ao autocontrole. Thaler (2016, p. 112-113) expõe como diferentes economistas lidaram com o problema das escolhas intertemporais, de como o consumo imediato se mostra mais valioso e mais difícil de evitar do que o consumo futuro. No capítulo 3 do Livro VII da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles já se referia à *akrasia*, à fraqueza da vontade e à dificuldade de lidar com escolhas entre o presente e o futuro para avaliar racionalmente o que é melhor⁷. Na modernidade, a consagração de uma racionalidade idealizada levou a afirmações como esta, de John Stuart Mill: “there is no one so fit to conduct any business, or to determine how or by whom it shall be conducted, as those who are personally interested in it” (ninguém é tão capaz de gerir qualquer negócio, ou de determinar como ou por quem ele deve ser conduzido, quanto quem está pessoalmente interessado nele) (Mill, 2001, p. 100). Ou seja, a cada um cabe decidir sobre os rumos de sua vida; por não se admitir o paternalismo, deve-se rechaçar qualquer intromissão. Mill (2001, p. 74, 90-92) dedicou-se ao exame do tema da proibição e taxação de atividades como o jogo e defendeu que não se deve proibir o que concerne apenas ao indivíduo, embora se possa tentar dissuadi-lo.

A economia comportamental, porém, demonstrou que o *homo economicus* é uma ficção. Afetado por vieses cognitivos, o ser humano não é tão racional e frequentemente toma decisões equivocadas. Thaler e Sunstein (2009, p. 231-232) aludem à possibilidade de o Estado ou agentes privados encaminharem estímulos e orientações para melhorar a tomada de decisões – os *nudges*. A respeito do jogo patológico, mencionam que em diversos estados norte-americanos jogadores compulsivos podem inscrever-se voluntariamente numa lista de pessoas proibidas de entrarem em cassinos, e isso os protege da própria compulsão. Como

⁶ Denominam-se *econs* ou *homo economicus* as pessoas perfeitamente racionais com comportamentos conformes a descrito pelos economistas: suas preferências e ações seriam dirigidas ao que potencializaria sua própria satisfação.

⁷ Na *Bíblia*, sob outra perspectiva, mas também em relação à falta de firmeza da vontade, lê-se em *Romanos*, 7:18-19: “o querer está em mim, mas não consigo realizar o bem. Porque não faço o bem que quero, mas o mal que não quero” (Bíblia [...], c2024).

lembra Long (2023), é possível a autoexclusão em diversas legislações ao redor do mundo⁸. No Canadá, prevê-se um contrato de autoexclusão que impede a entrada da pessoa em locais onde se exploram jogos, mas há dificuldades de as empresas cumprirem esse acordo. Bell (2015, p. 393) relata, a propósito, uma *class action* movida em 2009 contra a Ontario Lotteries and Gaming Corporation (OLG) por mais de dez mil jogadores “problemáticos” que, mesmo tendo assinado tais contratos, não foram impedidos de entrar em cassinos.

Nas apostas on-line, a inexistência de “pontos de decisão” que permitam refletir adequadamente sobre o que fazer torna ainda mais necessária a previsão de mecanismos de proteção dos apostadores. O fundamento do contrato de autoexclusão é o reconhecimento de que o ser humano está sujeito a inconsistências volitivas e à tomada de decisões inadequadas, visto que não é dotado de racionalidade perfeita. A autoexclusão deve ser lembrada em ambientes tanto físicos quanto on-line em que proliferam as apostas esportivas. Esse mecanismo atende ao chamado *paternalismo libertário*, pois respeita a autonomia e a vontade individual.

Embora a autoexclusão pareça uma medida limitada ou de eficácia duvidosa, dado que pode ser burlada pelas plataformas, é necessário oferecer às pessoas um meio de se defenderem da compulsão. Essa autoexclusão poderia ser temporária ou definitiva, específica para cada plataforma ou aplicar-se a todas e ser acompanhada ou não de outras medidas; porém, o respeito à decisão do indivíduo deve ser compulsório para todas as plataformas. A possibilidade de efetivar a autoexclusão é maior nas apostas on-line que em cassinos físicos; basta identificar corretamente o apostador – por meio do CPF, por exemplo – e impedi-lo de jogar. No caso da exclusão temporária, o usuário poderia retornar às plataformas; mas seria conveniente instituir um período de reflexão – 24 horas, por exemplo – entre a manifestação da vontade de retornar e o efetivo acesso à plataforma. Garantir-se-ia, assim, que a decisão fosse bem avaliada e não se baseasse apenas em impulso. Apesar de não prevista na MP nº 1.182/2023 nem na Lei nº 14.790/2023, a autoexclusão foi definida no art. 18, IV, da PN nº 1.330/2023, do Ministério da Fazenda (Brasil, 2023b), como um dos mecanismos de controle que os operadores devem tornar disponíveis aos apostadores.

Há semelhanças entre a autoexclusão e o chamado *contrato de Ulisses* (Bell, 2015, p. 393). Pensado inicialmente no contexto de transtornos mentais crônicos e cíclicos, em especial aqueles em que há crises e períodos de lucidez (Araújo, 2017), o contrato de Ulisses é um instrumento de antecipação da vontade para o futuro, quando, por fraqueza ou julgamento inadequado, a pessoa deixa de cumprir um plano de tratamento – por exemplo, a pessoa acometida de bipolaridade ou esquizofrenia que tende a uma crise ao não tomar algum medicamento. Identificada a situação, o contrato de Ulisses autoriza a intervenção de um prestador de serviços de saúde, que poderá conduzir coercitivamente a pessoa para um serviço de saúde para tomar a medicação, ou adotar outras medidas (Dias; Silva Junior, 2019).

⁸ Dentre os países que legislaram sobre o tema, o autor cita a África do Sul (*National Gambling Act*, de 2004), a Nova Zelândia (*Gambling Act*, de 2003) e Singapura (*Casino Control Act*, de 2006), além dos estados australianos de Vitória (*Gambling Regulation Act*, de 2003) e Nova Gales do Sul (*Casino Control Act*, de 1992).

De modo semelhante, no caso do instrumento de autoexclusão do cassino ou de uma plataforma de jogos, manifesta-se a preocupação com a subversão do “eu” autêntico e busca-se evitar a recaída num momento de tentação e de luta contra a compulsão. Bell (2015, p. 393) lembra que contratos de autoexclusão foram implantados primeiro pela *Société des casinos du Québec*, e posteriormente adotados por outros cassinos e loterias como forma de mostrar empenho em favor de um *jogo responsável* (*responsible gambling*). No Canadá, houve problemas relacionados ao cumprimento desses ajustes pelos cassinos; mas é possível maior efetividade nas plataformas on-line, pois o ingresso se dá mediante a identificação do usuário.

Por outro lado, existem situações de exclusão compulsória de jogadores determinada por decisões judiciais, como a pena alternativa ou restritiva de direitos. Assim como se proíbe um apenado de frequentar determinados locais, como bares, pode-se vetar ao usuário o acesso a plataformas de jogos on-line por determinado tempo. Também é possível à família ajuizar uma ação para impedir que um dos seus membros, com comportamento compulsivo, tenha acesso a elas. A exclusão por motivo de saúde de pessoa diagnosticada com ludopatia é estabelecida no art. 26, VI, da Lei nº 14.790/2023, que exige um laudo de profissional de saúde mental. Por essas razões devem-se inserir mecanismos de exclusão de jogadores na arquitetura das plataformas. Além disso, a norma poderia dispor que a exclusão compulsória seja efetivada pelas plataformas como mecanismo de proteção de jogadores problemáticos. Identificada por monitoramento uma pessoa que tenha perdido muito dinheiro, a plataforma lhe proporia um afastamento, temporário ou definitivo; e, caso não fosse atendida voluntariamente, a medida poderia ser implantada de forma obrigatória pela plataforma. Segundo Long (2023), isso ocorre na Nova Zelândia.

Algumas plataformas de apostas de quota fixa atuantes no Brasil já adotavam uma política de jogo responsável; previam a possibilidade de autoexclusão, bem como de limitação do valor gasto e alerta sobre o tempo em atividade⁹. No entanto, como as regras variavam e eram fixadas por reguladores sediados fora do País, foi necessário editar normas locais uniformes para tornar efetiva a fiscalização. Foi oportuna a preocupação com o jogo responsável como parâmetro da regulação a ser adotada no Brasil e como política corporativa obrigatória, conforme o art. 8º, III, da Lei nº 14.790/2023 (Brasil, [2024b]). Contudo, o fundamento de tal preocupação deve ser buscado não apenas na perspectiva de prevenção da dependência e da compulsão, mas também deve incluir outros aspectos não tratados neste estudo – como o respeito aos direitos dos trabalhadores do setor de jogos e apostas e a transparência e justiça (*fairness*) para os apostadores¹⁰ (Bedford; Alvarez-Macotella; Casey; Jobim; Williams, [2016], p. 61).

⁹ Consultaram-se os sites da BET365, da Betano, da Pixbet e da Sportingbet. A BetNacional contém referência a *responsible gambling*, mas está em inglês; e não menciona a possibilidade de autoexclusão, mas apenas de estabelecer um limite para apostas e perdas (BetNacional, [20--]).

¹⁰ A integridade das apostas e a prevenção à manipulação de resultados e fraudes compõem outra política corporativa obrigatória definida no art. 8º, IV, da *Lei das bets* (Brasil, [2024b]).

4 Medidas possíveis

Antes da MP nº 1.182/2023 e da Lei nº 14.790/2023, praticamente não existia regulação do jogo responsável e da tutela da saúde dos consumidores em face dos riscos de dependência. Daí a utilidade de se considerar a experiência de outros países na adoção de medidas.

A *Lei das bets* manteve o veto à participação de menores de 18 anos, medida de comando e controle adequada e necessária introduzida por aquela MP. Todavia, a lei não manteve a proibição de participação de pessoas inscritas nos cadastros nacionais de proteção ao crédito (dado o risco de aumentar seu endividamento), prevista na MP. Ela poderá, contudo, ser incluída na regulamentação a ser expedida pelo Ministério da Fazenda. Póvoa, Melo, Esher e Simões (2023, p. 18) mencionam outras medidas a serem tomadas para proteger adultos jovens e demais consumidores vulneráveis, como o bônus de entrada nas plataformas de apostas, a concessão de créditos ou empréstimos para apostadores e cartões de crédito nas apostas on-line. Deve também ser discutida a publicidade dirigida a jovens e a participação nela de figuras famosas, as chamadas *celebridades*, como atletas profissionais e influenciadores digitais (*influencers*), bem como a divulgação de *odds* (cotações) durante transmissões esportivas.

É lugar-comum afirmar-se que a banca sempre ganha (*the house always wins*) em cassinos tanto físicos quanto virtuais. Por isso, conforme o art. 29, I, da lei, é proibido conceder adiantamento, bonificação ou vantagem prévia, mesmo que a título de divulgação, promoção ou propaganda (Brasil, [2024b]). Permitir que se atribuam bônus ou empréstimos validaria a estratégia de cooptar o usuário induzindo-o a pensar que não está gastando o próprio dinheiro, e sim o da banca – e, quanto mais joga e aposta, maior é o desejo de prosseguir, mas agora com seus próprios recursos.

Da mesma forma, deve-se proibir toda publicidade que explore a imagem de *celebridades*, a exemplo do que já se faz em relação a bebidas alcoólicas e cigarros (Brasil, [2011], art. 3º-4º). A par da regulamentação do Ministério da Fazenda, no art. 17, III, da lei (Brasil, [2024b]), proíbe-se a publicidade ou propaganda que apresente a aposta como socialmente relevante ou contenha afirmações de pessoas muito conhecidas pelo usuário de que o jogo contribuiu para seu êxito pessoal ou social. Aqui também se pode discutir sobre a responsabilização de *celebridades* e *influencers* por afirmações falsas sobre o jogo, por divulgação de jogos proibidos e por prejuízos causados a apostadores.

Deve-se vedar o uso de cartão de crédito, que facilita o endividamento. De acordo com o art. 22 da lei, é recomendável existir na plataforma uma conta do jogador que lhe permita fazer depósitos para apostar e na qual ele receberá o valor das premiações. Além disso, os operadores devem divulgar advertências sobre o perigo do jogo patológico e sobre serviços médicos para atender a pessoas predispostas a ele. Inserida na chamada *soft regulation*, esta última medida foi contemplada no art. 16, parágrafo único, I, da lei (Brasil, [2024b]).

Dentre outras medidas está a obrigação de a plataforma emitir alertas quando o tempo gasto on-line ou o valor já despendido ultrapasse certo limite, além da possibilidade de fixar

o que se gasta diária ou mensalmente. Esse monitoramento também serviria ao propósito de identificar possíveis jogadores problemáticos e ao de propor sua exclusão voluntária. O art. 23 da lei firma o uso de tecnologia de reconhecimento facial para garantir a identidade dos apostadores e, por exemplo, impedir o acesso a menores de 18 anos. No § 3º do art. 23 da lei, dispõe-se que o Ministério da Fazenda deverá regulamentar a obrigatoriedade de os operadores desenvolverem sistemas e processos eficazes para monitorar os apostadores, a fim de identificar danos, observar gastos do apostador, padrões de gastos, tempo despendido no jogo, indicadores de comportamento, bem como ferramentas de gerenciamento de jogos de azar. No § 4º do mesmo artigo estabelece-se que cabe aos operadores desenvolver algoritmos de monitoramento para a prevenção de dano (Brasil, [2024b]).

Com fundamento na Lei nº 13.709/2018 (*Lei geral de proteção de dados (LGPD)*) (Brasil, [2022]), tanto o uso de dados pessoais quanto o de algoritmos para identificar pessoas propensas ao jogo patológico devem obedecer a finalidades legítimas. O art. 27, § 1º, IV, da *Lei das bets* determina a proteção dos dados pessoais dos apostadores (Brasil, [2024b]); a proibição de manipulação e a proteção de uma esfera de decisão individual livre para a tomada de decisões atendem aos postulados dos chamados *neurodireitos*. Piva (2022), citando Rafael Yuste, menciona os *neurodireitos* de pensar, de agir e de decidir livremente (*direito de agência*).

Por outro lado, é conveniente o uso de algoritmos para a prevenção de danos para a população em geral e de minimização de danos para aqueles com maior risco de desenvolverem a propensão ao jogo patológico. Em 2016, executivos do mercado e pesquisadores do Research Centre of Machine Learning da City University, de Londres – além de representantes da Gambling Commission (comissão de jogos) e do Responsible Gambling Strategy Board (comitê estratégico de jogo responsável) do Reino Unido – discutiram questões relevantes sobre esse emprego dos algoritmos (BetBuddy Ltd., 2016); dentre elas está a necessidade de modelos preditivos que conjuguem precisão e transparência, com ênfase nos que oferecem transparência.

Auer e Griffiths (2023) têm destacado a necessidade de estudos que utilizem dados de um grande número de jogadores, em especial sobre seus hábitos (frequência com que apostam, valor apostado, manifestações subjetivas), levem em conta diferenças etárias e culturais e cubram um lapso temporal maior. É possível usar algoritmos para identificar jogadores compulsivos e encaminhar medidas de minimização do risco, seja a exclusão da plataforma, seja o tratamento de saúde. A utilização desses algoritmos deve ser avaliada com frequência, testando os dados coletados nas plataformas, o que configura uma “cultura de experimentalismo e de avaliação regulatória *ex post*” (Ragazzo; Ribeiro, 2012, p. 641), já que nem sempre se tem acesso aos custos e benefícios de uma estrutura regulatória antes de se testá-la na prática.

No Reino Unido, onde vige desde 2005 o *Gambling Act*, recentemente se propuseram mudanças na legislação com o fim de ampliar a proteção de usuários vulneráveis (Frazer; Andrew, 2023). Dentre elas estão: a) a cobrança de um tributo das empresas de apostas

para financiar o tratamento do jogo patológico; b) o estabelecimento de limites no valor de apostas on-line; c) a previsão de realização de consultas para discutir e identificar medidas de proteção para apostadores que tenham entre 18 e 24 anos de idade, faixa etária mais exposta a riscos; e d) a imposição às empresas de apostas do dever de monitorar usuários que perdem grandes somas e recomendar-lhes que parem de jogar e evitem danos irreversíveis.

Houve avanço na Lei nº 14.790/2023, se se compara sua redação com a da MP nº 1.182/2023. A regulamentação pela PN nº 1.330/2023 também consagrou regras adequadas, como a referente à autoexclusão. Uma medida relevante para a regulação é a autoexclusão envolver todas as plataformas ou operadores, uma opção a ser inserida no site do órgão regulador. Quanto ao estabelecimento de um limite de valor a ser apostado, é recomendável recorrer a ensinamentos de economia comportamental e tornar obrigatória a fixação de um limite (em vez de uma opção do apostador), de modo que ele só poderá jogar após fixar um valor máximo.

Como muitos jogadores compulsivos tendem a cadastrar-se e apostar em mais de uma empresa, uma medida para protegê-los seria impor aos operadores o dever de compartilhar a identidade de seus apostadores. Assim, para evitar endividamento e perdas elevadas, as diversas empresas exerceriam um monitoramento diferenciado para quem aposta em mais de uma plataforma. Por sua vez, o órgão regulador poderia estabelecer um limite máximo para perdas em um dia ou em dado intervalo temporal (um mês, três meses), acima do qual as empresas enviariam mensagem ao apostador com a sugestão de fixar um limite menor para apostas ou, mesmo, excluir-se. A *Lei das bets* não prevê o impedimento do jogo para pessoas inscritas em cadastros de proteção do crédito, mas pode voltar a ser exigido pelo regulador. Nesse caso, uma solução menos drástica seria fixar um valor menor para perdas a partir do qual as plataformas teriam o dever de intervir.

Uma pesquisa do Instituto Datafolha (Quem [...], 2024) evidenciou que 17% dos beneficiários do Programa Bolsa Família (PBF) gastam com apostas esportivas; e 32% dentre esses 17% gastam em média R\$ 100,00 por mês. Seria admissível vedar a participação de beneficiários do PBF das plataformas de apostas esportivas? Afinal, como se trata de benefício devido a pessoas em situação de pobreza e de extrema pobreza, o gasto com jogo não seria um desvirtuamento do programa? A melhor resposta parece ser não; a proibição seria paternalista e violaria a autonomia individual. Com efeito, um dos pontos fortes do PBF é a transferência direta de dinheiro para famílias em situação de pobreza e extrema pobreza e o respeito à autonomia da pessoa de decidir sobre como gastará. Não obstante, pode-se pensar em estabelecer tanto um limite de perda (diário, mensal ou trimestral) menor para os beneficiários do programa, quanto o dever de a plataforma adotar medidas como envio de alertas e da sugestão de autoexclusão.

Além de tratar das apostas de quota fixa, a Lei nº 14.790/2023 firmou a possibilidade de serem explorados os jogos on-line definidos no art. 2º, VIII, como “canal eletrônico que viabiliza a aposta virtual em jogo no qual o resultado é determinado pelo desfecho de evento futuro aleatório, a partir de um gerador randômico de números, de símbolos, de figuras ou

de objetos definido no sistema de regras” (Brasil, [2024b]). Ou seja, não se trata de jogos relativos a eventos reais de temática esportiva, e sim do que tem sido identificado como *cassino on-line*. Em relação a eles, além dos aspectos já comentados, pode-se estabelecer um dever de *design* seguro. Conforme o art. 27 da lei, os apostadores têm todos os direitos previstos na Lei nº 8.078/1990 (*Código de defesa do consumidor*), dentre os quais se destacam os direitos à informação, à saúde e à segurança. Para os jogos on-line sem referência a temática esportiva real, podem-se implantar mecanismos que evitem a compulsão, dada a atratividade decorrente do ritmo intenso do jogo ou da sensação de autocontrole do jogador. Fala-se, a propósito, de jogos *safe-by-design*, cuja regulação deve evitar o risco de compulsão, sem afetar demasiadamente a criatividade dos desenvolvedores. O art. 27 da lei também definiu como direito dos apostadores a informação e a orientação adequadas e claras sobre regras do jogo, risco de perda de valores e sobre os transtornos do jogo patológico. Por sua vez, o artigo seguinte dispõe que os operadores devem oferecer canais de atendimento gratuitos em língua portuguesa (Brasil, [2024b]).

As medidas restritivas dotadas de maior densidade na lei cumprem o imperativo de respeito ao princípio da legalidade. No Estado de Direito, para se restringir um direito fundamental, esse princípio exige medidas com suficiente densidade normativa; caso contrário, elas poderão ter a legalidade contestada se impostas, por exemplo, por ato administrativo. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.874/DF, considerou válida a competência normativa da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) materializada em resolução que proibia a adição de sabor e aromas em cigarros. O julgamento, no entanto, terminou em empate, sem declaração de inconstitucionalidade, mas sem efeito vinculante; cinco ministros entenderam que a Anvisa violara a legalidade. Na ADI nº 3.311/DF, referente ao tabaco, a decisão considerou legais e proporcionais as restrições à sua publicidade, como advertências, em virtude da necessidade de proteção da vida e da saúde. Neste segundo caso, a Lei nº 9.294/1996 normatiza tais medidas.

A previsão legal das medidas sugeridas garante maior eficiência na atuação estatal e impede que se alegue déficit de proteção e desrespeito ao princípio de proibição de insuficiência (*Untermassverbot*), aplicável quando se trata de deveres de proteção de direitos fundamentais.

5 Conclusão

Em relação tanto ao texto da Lei nº 13.756/2018 quanto ao da MP nº 1.182/2023, as alterações estabelecidas pela Lei nº 14.790/2023 são adequadas a uma regulação baseada na ideia de jogo responsável e possibilitam o uso de ferramentas de monitoramento e prevenção de danos para os jogadores – em especial, a identificação de apostadores com tendência

para o jogo patológico. Supre-se uma lacuna na legislação e abre-se o caminho para uma regulação eficiente do jogo on-line.

Contudo, há de se incentivar a autorregulação e a adoção de políticas de responsabilidade social que tutelem a saúde dos apostadores. Como órgão regulador, o Ministério da Fazenda deve considerar medidas como a autoexclusão – já prevista na PN nº 1.330/2023 – e a exclusão de pessoas inscritas em cadastros restritivos de crédito, para protegê-las do endividamento. Neste último caso, como alternativa pode-se fixar um limite menor de perdas a partir do qual os operadores deverão encaminhar alertas para essas pessoas. Quanto aos beneficiários do PBF, o mais adequado seria também o estabelecimento de um limite menor de perdas e a ativação do mecanismo de alerta.

Se, depois de identificados padrões de jogo patológico, o usuário se recusa a tratar-se ou a excluir-se, a exclusão compulsória pelos operadores é medida que pode ser estabelecida administrativamente. Um dever de cooperação, de compartilhamento de informações sobre jogadores inscritos em mais de uma plataforma permite um monitoramento diferenciado, visto que jogadores compulsivos tendem a jogar em diferentes plataformas. O desenvolvimento, a testagem e a utilização futura de algoritmos de monitoramento de jogadores problemáticos ou com tendência ao jogo patológico devem ser objeto de regulamentação adequada: ela deve determinar, por exemplo, a transparência e a explicabilidade dos modelos preditivos adotados. Para esse fim, é preciso tornar obrigatório que os dados dos apostadores estejam sempre disponíveis para a autoridade reguladora e que se realizem análises periódicas com o fim de obter evidências empíricas, aperfeiçoar a regulação e identificar padrões indicativos de maior risco para o jogo patológico. As análises futuras de responsabilidade do regulador devem levar em conta idade, gênero, etnia e outros fatores que permitam melhorias na regulação.

Por fim, pode-se avaliar a conveniência de se criar uma agência reguladora dos jogos e apostas em lugar de uma secretaria do Ministério da Fazenda. A especialização e a independência de uma agência própria contribuiria para tornar eficiente a regulação, evitar interferências políticas e tornar compatíveis os interesses de apostadores e operadores.

Referências

ARAÚJO, Fernando. O contrato Ulisses – I: o pacto antipsicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*: RJLB, Lisboa, ano 3, n. 2, p. 165-217, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf. Acesso em: 24 jan. 2025.

AUER, Michael; GRIFFITHS, Mark D. Using artificial intelligence algorithms to predict self-reported problem gambling with account-based player data in an online casino setting. *Journal of Gambling Studies*, [s. l.], v. 39, n. 4, p. 1.273-1.294, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10899-022-10139-1>.

BAR-GILL, Oren; SUNSTEIN, Cass R.; TALGAM-COHEN, Inbal. Algorithmic harm in consumer markets. *Journal of Legal Analysis*, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 1-47, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1093/jla/laad003>.

BEDFORD, Kate; ALVAREZ-MACOTELO, Oscar; CASEY, Donal; JOBIM, Maria Luiza Kurban; WILLIAMS, Toni. *The Bingo Project: rethinking gambling regulation*. [Canterbury, UK]: ESRC: University of Kent, [2016]. Disponível em: https://www.kent.ac.uk/thebingoproject/resources/Bingo_Project_report_final.pdf. Acesso em: 24 jan. 2025.

BELL, Kirsten. Thwarting the diseased will: Ulysses contracts, the self and addiction. *Culture, Medicine, and Psychiatry*, [s. l.], v. 39, n. 3, p. 380-398, Sept. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11013-014-9416-5>.

BETBUDDY LTD. *Responsible gambling algorithms: roundtable*. [S. l.]: BetBuddy Ltd., 2016. Disponível em: https://www.playtech.com/application/files/6816/1908/1881/Responsible_Gambling_Algorithms_Roundtable_1_August_2016_FINAL.pdf. Acesso em: 24 jan. 2025.

BETNACIONAL. *Responsible game*. [S. l.: BetNacional, 20--]. Disponível em: <https://assets.bet6.com.br/sistemans/skins/betnacional/doc/12a3eb50fe.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2025.

BÍBLIA on-line. [S. l.: s. n.], c2024. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/rm/7/18-24>. Acesso em: 24 jan. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jan. 2025.

_____. *Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996*. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19294.htm. Acesso em: 24 jan. 2025.

_____. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 24 jan. 2025.

_____. *Lei nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018*. Dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias e sobre a promoção comercial e a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13756.htm. Acesso em: 24 jan. 2025.

_____. *Lei nº 14.790, de 29 de dezembro de 2023*. Dispõe sobre a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14790.htm. Acesso em: 24 jan. 2025.

_____. Ministério da Fazenda. *Portaria Normativa nº 1.330, de 26 de outubro de 2023*. Dispõe sobre as condições gerais para exploração comercial da modalidade lotérica de aposta de quota fixa no território nacional, nos termos na Lei nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018, com as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 1.182, de 24 de julho de 2023 [...]. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2023b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-normativa-mf-n-1.330-de-26-de-outubro-de-2023-519161250>. Acesso em: 24 jan. 2025.

DIAS, Eduardo Rocha. *Direito à saúde e informação administrativa: o caso das advertências relativas a produtos perigosos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. (Coleção luso-brasileira de direito público, v. 1).

DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra da. Autonomia das pessoas com transtorno mental, diretivas antecipadas psiquiátricas e contrato de Ulisses. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*: RJLB, Lisboa, ano 5, n. 1, p. 519-545, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0519_0545.pdf. Acesso em: 24 jan. 2025.

FRAZER, Lucy; ANDREW, Stuart. Major reform of gambling laws to protect vulnerable users in smartphone era. GOV.UK: press release, [London], 27 Apr. 2023. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/news/major-reform-of-gambling-laws-to-protect-vulnerable-users-in-smartphone-era>. Acesso em: 24 jan. 2025.

KAHNEMAN, Daniel. *Pensar, depressa e devagar*. Tradução de Pedro Vidal. Lisboa: Temas e Debates, 2017.

LONG, Bernard. Theorising gambling self-exclusion agreements: the inadequacy of procedural autonomy. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, [s. l.], v. 36, n. 2, p. 407-435 Aug. 2023. DOI: <https://doi.org/10.1017/cjlj.2022.30>.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Kitchener, ON: Batoche Books, 2001.

OLIVEIRA, Maria Engel de; SÁAD, Ana Cristina. Jogo patológico: uma abordagem terapêutica combinada. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, Rio de Janeiro, v. 55, n. 2, p. 162-165, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0047-20852006000200011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/jbpsiq/a/5MmDmK8bzFqZTkgSC3np4Py/?lang=pt>. Acesso em: 24 jan. 2025.

PIVA, Sílvia. Neurodireitos: proteger a mente humana dos efeitos das novas tecnologias? *Consultor Jurídico*, [s. l.], 11 jul. 2022. Pensando a Lápiz. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-11/pensando-lapis-neurodireitos-protoger-mente-humana-efeitos-novas-tecnologias>. Acesso em: 24 jan. 2025.

PÓVOA, Luciano; MELO, Gabriel Penna Firme de; ESHER, Haroldo de Britto; SIMÕES, Rafael Augusto. O mercado de apostas esportivas on-line: impactos, desafios para a definição de regras de funcionamento e limites. *Senado Federal: textos para discussão*, Brasília, DF, n. 315, p. 1-21, mar. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td315>. Acesso em: 24 jan. 2025.

QUEM recebe Bolsa Família chega a gastar mais de R\$ 100,00 por mês em apostas esportivas, diz Datafolha. *Terra*, [s. l.], 14 jan. 2024. Economia. Disponível em: <https://www.terra.com.br/economia/quem-recebe-bolsa-familia-chega-a-gastar-mais-de-r-100-por-mes-em-apostas-esportivas-diz-datafolha,3cc351c96e6159dfe1d66bea395512315fw14fz2.html>. Acesso em: 24 jan. 2025.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RIBEIRO, Gustavo Sampaio de Abreu. O dobro ou nada: a regulação de jogos de azar. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 625-649, jul./dez. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322012000200010>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/tt8Cgk6zk4qZyDZxrYVRr8z/?lang=pt>. Acesso em: 24 jan. 2025.

THALER, Richard H. *Comportamento inadequado: a construção da economia comportamental*. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Actual, 2016. (Fora de coleção).

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. Rev. and expanded ed. New York: Penguin Books, 2009.

VASQUES, Sérgio. *Os impostos do pecado: o álcool, o tabaco, o jogo e o fisco*. Coimbra: Almedina, 1999.

Financiamento

Este trabalho foi elaborado com o auxílio da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Funcap).

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

O diálogo institucional: origens, significados, classificações e modelos práticos conformes à Constituição brasileira

Institutional Dialogue: Origins, Meanings, Classifications, and Pratical Models Conformed to the Brazilian Constitution

Samille Lima Alves¹

Deborah Dettmam Matos²

Resumo

Adotadas em muitos países, as teorias do diálogo institucional têm duas vertentes principais, a norte-americana e a canadense. Ainda que muito discutido, o significado de *diálogo institucional* entre Poderes não é evidente na maioria dos estudos sobre o tema; da mesma forma, são diversas as justificativas e os fundamentos utilizados pelos teóricos para classificarem um posicionamento como diálogo institucional. As poucas categorizações apresentadas divergem entre si, e raros são os autores que abordam como ocorreria na prática o processo de diálogo. Neste artigo busca-se compreender as origens da noção de *diálogo institucional* e apresentar as classificações das diferentes teorias sobre ele e os mecanismos considerados dialógicos. Propõem-se também modelos práticos de diálogo institucional conformados à Constituição brasileira.

Palavras-chave: diálogo institucional; origens; teorias; significados; classificações; modelos práticos.

Abstract

Adopted in many countries, the theories of institutional dialogue have two main strands: the North American and the Canadian. Although much discussed, the meaning of *institutional dialogue* between Powers is not evident in most studies on the subject; similarly, there are several justifications and foundations used by theorists to classify a position as institutional

¹ Samille Lima Alves é mestra em Direito pela Universidade Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil; editora da revista *Arquivo jurídico*; assessora da promotoria de Justiça, Teresina, PI, Brasil. E-mail: samillelima@ufpi.edu.br

² Deborah Dettmam Matos é doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professora adjunta dos programas de graduação e do mestrado em Direito da Universidade Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil. E-mail: deborahdettmam@ufpi.edu.br

dialogue. The few categorizations presented differ from each other, and there are few authors who address how the dialogue process would occur in practice. This article seeks to understand the origins of the notion of *institutional dialogue* and present the classifications of the different theories on it and the mechanisms considered dialogic. Practical models of institutional dialogue conformed to the Brazilian Constitution are also proposed.

Keywords: institutional dialogue; origins; theories; meanings; classifications; practical models.

Recebido em 31/8/24

Aprovado em 25/3/25

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p29

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

As teorias do diálogo institucional têm duas vertentes principais, a norte-americana e a canadense. Nos EUA, ele é abordado com base em focos diferentes. Um deles é a conduta da Suprema Corte sob o ponto de vista do exercício de virtudes passivas e do minimalismo; outro foco é o de sua atuação como promotora do diálogo ao instigar na sociedade, mediante decisões judiciais, o enfrentamento do tema; e há o foco na proposta de última palavra provisória, a qual sustenta a impossibilidade de o Poder Legislativo decidir definitivamente sobre um tema cuja discussão pode ser reaberta por ele.

Por sua vez, o Canadá exemplifica como um trabalho científico pode influenciar a postura da Suprema Corte. Peter Hogg e Allison Thornton publicaram os resultados de uma pesquisa na qual concluíram que as assembleias legislativas das províncias do país respondem a decisões judiciais e que esse processo compõe um *diálogo* – termo incorporado tanto nos trabalhos acadêmicos quanto nas decisões da Suprema Corte

³ ALVES, Samille Lima; MATOS, Deborah Dettmam. O diálogo institucional: origens, significados, classificações e modelos práticos conformes à Constituição brasileira. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 62, n. 246, p. 29-54, abr./jun. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p29. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/246/ril_v62_n246_p29

⁴ Alves, S. L., & Matos, D. D. (2025). O diálogo institucional: origens, significados, classificações e modelos práticos conformes à Constituição brasileira. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 62(246), 29-54. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p29

e usado para justificar o exercício do *judicial review* como uma etapa do processo de diálogo com o Legislativo.

Essa ideia foi adotada por outros países, e no Brasil tem sido objeto de estudo de autores como Clèmerson Clève, Conrado Hübner Mendes, Rodrigo Brandão e Luiz Guilherme Marinoni. Desde 2013, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem utilizado em decisões o termo *diálogo*⁵, embora muitos ministros considerem o STF como detentor da última palavra sobre a Constituição, o que concede *status* de norma constitucional às suas decisões.

Por mitigar os problemas dos sistemas de supremacia legislativa e judicial, a proposta de diálogo institucional configura uma forma nova de conceber o controle de constitucionalidade e a relação entre os Poderes. No controle judicial dialógico – ou constitucionalismo dialógico –, a decisão do tribunal que anula lei ou ato do Legislativo é vista como etapa de tessitura da Constituição pelos Poderes políticos, pelos tribunais e pela sociedade. Nesse processo, mediante o *judicial review* o Judiciário corrige erros do Legislativo e do Executivo, além de ser um meio de chamar atenção para uma demanda social. Igualmente, o Legislativo pode responder às decisões judiciais, pois se entende que elas não encerram a querela sobre direitos.

Segundo os defensores do diálogo, essa interação (ou sucessão de decisões) contribui para aprimorar a deliberação dos Poderes, ao reduzir o problema de legitimidade ou de déficit democrático do Judiciário para controlar atos dos parlamentares eleitos. Disso adveio a ideia da *última palavra provisória* e da visão do processo político-constitucional como sucessão de etapas (ou rodadas procedimentais). Nele, cada Poder tem a oportunidade de questionar a decisão do outro e de demonstrar que o seu entendimento é o mais adequado. Assim, Poder algum deteria a última palavra: numa sociedade plural, não se pode encerrar de modo definitivo a discussão de um tema.

O significado de *diálogo institucional* entre Poderes não é evidente na maioria dos trabalhos que o abordam. Da mesma forma, são diversas as justificativas ou fundamentos utilizados pelos teóricos para classificarem um posicionamento como *diálogo institucional*. As poucas classificações divergem entre si, e raros são os autores que discorrem sobre como ocorreria na prática o processo de diálogo. Por isso, busca-se neste estudo compreender as origens da noção de *diálogo* para descrever e caracterizar não só as diferentes teorias sobre ele, mas também os mecanismos considerados dialógicos, as distintas categorizações das teorias do diálogo e os modelos práticos de diálogo. Propõem-se também modelos práticos de diálogo conformes à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e a leis infraconstitucionais.

⁵ A expressão *diálogo institucional* (ou *diálogo constitucional*) foi citada no julgamento das seguintes Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs): 4.425/2013, 4.357/2013, 4.650/2015, 5.105/2015, 4.066/2017, 5.889 MC/2018, 5.646/2019, 5.476/2019, 5.409/2019, 3.754/2020, 5.072/2020, 1.805/2020, 2.975/2020, 5.795 MC/2022 e 5.737/2023.

2 Origens e concepções

Entre os estudiosos há controvérsias sobre quando e onde surgiu a ideia de *diálogo* no âmbito constitucional. Nos EUA, Alexander Bickel publicou em 1961 *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, obra em que sustenta a prática das virtudes passivas. Louis Fisher defendeu a *última palavra provisória* num estudo publicado em 1988 – *Constitutional Dialogue: Interpretation as Political Process* –, em que procede a uma releitura da teoria da construção coordenada. Por sua vez, Barry Friedman sustentou o papel da Suprema Corte como promotora de diálogo no artigo “Dialogue and Judicial Review”, publicado na revista *Michigan Law Review* em 1993.

No Canadá, a teoria foi exposta em “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, artigo de Peter Hogg e Allison Thornton publicado na revista *Osgoode Hall Law Journal* em 1997. Nele os autores propuseram a teoria responsiva do diálogo e defenderam que é dialógico o padrão do modelo canadense, pois as assembleias legislativas provinciais têm respondido à maioria das decisões judiciais. É notável, pois, que a atuação das supremas cortes norte-americana e canadense tenha inspirado essas obras.

Nos EUA, decisões como a do caso *Brown v. Board of Education* (1954) inauguraram o denominado *litígio estrutural* e fortaleceram a atuação da Suprema Corte, mesmo com a restrição à defesa dos direitos individuais que fora proposta pelo presidente Franklin D. Roosevelt. Isso impulsionou a discussão sobre formas de limitar a atuação dos juízes, para evitar a anulação de uma lei quando há outros remédios a serem utilizados. Dentre essas formas estão as *virtudes passivas* descritas por Bickel e o *minimalismo* sugerido por Cass Sunstein (Kramer, 2011), segundo o qual a Suprema Corte decide o mínimo e deixa o maior número de questões sob a responsabilidade do Legislativo.

No caso do Canadá, a adoção da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Carta canadense de direitos e liberdades) em 1982 marcou a substituição do modelo tradicional de supremacia legislativa do tipo *Westminster* (modelo clássico britânico) por um sistema em que a Suprema Corte tem poder de *judicial review*. Essa mudança sofreu resistência de províncias como a de Quebec; elas condicionaram a ratificação da Carta de 1982 à adoção de mecanismos garantidores da supremacia legislativa que impedissem o controle das províncias pelo governo federal e evitassem o estabelecimento de uma supremacia judicial da Corte.

Por isso, incluiu-se no documento a *notwithstanding clause* (NWC). Essa cláusula de anulação ou cláusula não obstante (seção 33 da Carta) não só permite às assembleias provinciais manterem uma lei considerada inconstitucional pelo período de cinco anos, renovável indefinidamente, mas também lhes garante a última palavra. Além disso, estabeleceu-se na Carta a cláusula de interpretação (seção 1), que lhes autoriza aprovarem lei que restrinja justificadamente os direitos nela protegidos. Isso demonstra que a Carta não tem primazia sobre as leis aprovadas; contudo, não impediu que questões antes resolvidas no âmbito da política passassem a ser resolvidas judicialmente. O governo federal usou a Suprema Corte

para mediar conflitos com as províncias e esquivou-se da responsabilidade por eventuais decisões judiciais polêmicas, mas arcou com o custo da redução da própria capacidade de limitar a competência da Corte, a qual não hesitou em controlar atos do governo federal ante o menor risco de reprimenda (Bateup, 2007, p. 44-45).

Alexander Bickel criou o termo *counter-majoritarian difficulty* (dificuldade contra-majoritária) para referir-se ao déficit democrático do *judicial review* – problema criado por um tribunal que anula atos de representantes eleitos pelo povo. Contribuiu também com as propostas das *virtudes passivas*, do *colóquio contínuo* e da *conversa permanente* entre Poderes (Bickel, 2020; Mendes, 2008, p. 98). Louis Fisher, que já utilizava o termo *diálogo constitucional* nas décadas de 1970 e 1980, sustentava que a Suprema Corte não detinha o monopólio interpretativo, tampouco a última palavra sobre a Constituição, pois essa tarefa seria de todos os Poderes. Tal posição consistiu numa versão atualizada da teoria da construção coordenada ou departamentalismo⁶, que teve como precursores James Madison e Thomas Jefferson no século XVIII (Fisher, 1988; Mendes, 2008, p. 98, 126-132). Barry Friedman abordou o papel da Suprema Corte como foro promotor de diálogo sobre a Constituição a envolver os Poderes e a sociedade. Defendeu que a Corte não era absolutamente contramajoritária, de modo que nem sempre poderia divergir e afastar-se da opinião pública, pois o estímulo ao debate mantinha os tribunais em funcionamento – dinâmica a que chamou “constitucionalismo popular mediado” ou “constitucionalismo dialógico” (Friedman, 1993; Mendes, 2008, p. 133-140; Petter, 2007, p. 159).

No Canadá, o mencionado artigo de Hogg e Thornton (1997, p. 82, 2014, p. 22-23) tornou-se o marco inicial do debate sobre o diálogo entre o Legislativo e o Judiciário. Com efeito, a interpretação constitucional e o *judicial review* passaram a ser referidas pelo termo *diálogo*, inclusive pelos juízes da Suprema Corte, que o usaram para justificar o controle das leis. Hogg e Thornton consideraram o diálogo uma oportunidade para as casas legislativas das províncias responderem às decisões judiciais. Desse modo, o Judiciário não detém a última palavra sobre a Constituição e o *judicial review* transforma-se numa etapa do processo constitucional democrático.

Sob a óptica do diálogo mudou também a forma de se analisarem os dispositivos da Carta de 1982 que permitem ao Legislativo restringir direitos por lei ordinária (a cláusula de interpretação da seção 1) e que impedem o controle judicial, autorizando que permaneça vigente a lei que anula direito (a cláusula não obstante da seção 33). Antes consideradas medidas redutoras dos direitos e da autoridade judicial, passaram a ser compreendidas como formas de respostas das assembleias provinciais às decisões do Judiciário, as quais atestam que o modelo canadense é de *judicial review* fraco (Petter, 2003, p. 192). Classificada

⁶ Essa corrente (também denominada *Constituição fora das cortes*) propõe que todos os Poderes interpretem a Constituição, estimulando a deliberação tanto dentro das cortes quanto fora delas; ela recusa a premissa de John Marshall de que haveria uma supremacia judicial para proteger a Constituição acima da política; ela precisaria, pois, de um guardião. Mendes (2008, p. 126-132) cita Walter Murphy e a escola de Direito Público de Princeton, além de Louis Fisher, Richard Whittington, Mitchell Pickerill, Robert Burt, Susan Burgess e Terri Perretti.

como *teoria responsiva do diálogo* por Yosef (2022) e como *teoria dos princípios judiciais* por Bateup (2006), essa abordagem foi alvo de críticas, especialmente quanto ao significado do que se chamou *metáfora do diálogo*.

Segundo Bateup (2007, p. 26-28), as vertentes norte-americana e canadense diferenciam-se pela concepção de *diálogo*, pela existência de cláusulas limitadoras de direitos e impeditivas do *judicial review*, bem como pela metodologia aplicada. Quanto à concepção de diálogo, o modelo estadunidense trata das interações dos Poderes uns com os outros e deles com o povo, e insere o diálogo na estrutura institucional em vigor, que limita a atuação judicial. Por sua vez, o modelo canadense centra-se no diálogo entre o Judiciário e o Legislativo, impelido pela decisão judicial que controla uma lei. Quanto à metodologia aplicada, o modelo dos EUA não toma como ponto de partida a dificuldade contramajoritária para discutir *judicial review* e adota metodologia baseada na política constitucional, que influencia as decisões judiciais; por sua vez, o modelo canadense privilegia as estruturas da Carta de 1982 e o modo como essas estruturas facilitam o diálogo, mas não explica a dinâmica da tomada de decisões.

Roach (2006, p. 351-370, 2004, p. 64) considera que, devido à cláusula de interpretação e à cláusula não obstante, o modelo canadense oferece mais oportunidades para o diálogo e maior capacidade de resposta legislativa que o modelo norte-americano. Esse argumento de Roach sustenta-se nas tentativas de superação legislativa das decisões *Miranda v. Arizona* (1966), da Suprema Corte dos EUA, e *The Queen v. Daviault* (1994), da homóloga canadense. No primeiro caso, a Corte ditou regras para a condução de interrogatórios policiais – os *direitos de Miranda* –, que obrigavam os oficiais a informarem ao interrogado os direitos garantidos por lei, como o de permanecer em silêncio. O Congresso discordou da decisão e aprovou lei revogadora; entretanto, as autoridades a ignoraram e incorporaram o procedimento estabelecido naquele caso – ou seja, a decisão judicial prevaleceu a despeito da lei que a abolia.

No segundo caso, a Suprema Corte canadense decidiu que a intoxicação por álcool poderia ser usada como argumento de defesa de réus em crimes dolosos, como os de agressão sexual. O Parlamento canadense reagiu, reformou o código penal para vedar que se pudesse utilizar como matéria de defesa a intoxicação autoinduzida por álcool. Diferentemente do caso norte-americano, a resposta legislativa prevaleceu sobre a decisão judicial, e a Corte não a invalidou. De acordo com Roach (2006, p. 361-364), isso demonstra que no modelo canadense, mediante lei ordinária, o Legislativo pode abertamente discutir, revisar ou reverter decisões judiciais – o que não ocorre no modelo dos EUA. Para Mendes (2008), esses dois modelos concebem o diálogo “como fenômeno estrutural da separação de poderes”. Todavia, a proposta norte-americana é “mais sofisticada metodologicamente e aborda o fenômeno de modo mais plural”, dividindo-se nas tradições da construção coordenada e na teoria de Friedman, ao passo que a proposta canadense apresenta “maior homogeneidade, os marcos mais definidos e diretamente conectados com a mudança de regime constitucional em 1982” (Mendes, 2008, p. 124-125).

As alterações no modelo canadense impulsionaram mudanças em outros países da Comunidade Britânica; em vez de modelos tradicionais de supremacia legislativa, optou-se por conceder proteção maior aos direitos fundamentais e algum poder aos tribunais para garantir a proteção desses direitos. À Carta de 1982 seguiram-se: a *Lei de declaração de direitos e garantias* da Nova Zelândia, de 1990; a *Lei de direitos humanos* do Reino Unido, de 1998; a *Lei de direitos humanos* do Território da Capital Australiana, de 2004; e a *Lei de direitos humanos e responsabilidades* do estado australiano de Vitória, de 2006. Essas leis provocaram discussões sobre a força dos modelos de *judicial review* e deram origem à classificação em sistemas de *judicial review* forte ou fraco – com os modelos fracos mais ligados ao diálogo (Gardbaum, 2013, 2017, 2019; Tushnet, 2003).

Há divergência sobre a classificação do sistema de *judicial review* do Canadá como fraco ou forte. Para Hogg, Thornton e Wright (2007a, p. 199-200), o sistema canadense é mais forte que os sistemas neozelandês e britânico, porém mais fraco que o norte-americano. Essa característica do modelo deve-se à cláusula de interpretação (seção 1 da Carta) e à cláusula não obstante (seção 33); elas dão poder ao Legislativo para restringir justificadamente direitos da Carta e impedir o controle judicial pelo prazo de cinco anos. Para Petter (2007, p. 153-162), essa classificação supõe uma avaliação qualitativa das decisões judiciais e das respostas legislativas, de modo que não bastam as determinações das cláusulas das seções 1 e 33. Petter questiona a classificação do modelo de *judicial review* canadense como fraco. Ele sustenta que isso municia a alegação de que a atuação judicial é democrática e legítima porque as decisões judiciais são reversíveis; também demonstra o privilégio das normas definidas judicialmente pela Carta e a pressão pela obediência das casas legislativas.

Como a cláusula não obstante (seção 33) não se aplica indistintamente a todas as seções da Carta, Mathen (2007, p. 144) considera que a Suprema Corte detém a última palavra. Por sua vez, Roach (2004, p. 60-63) defende maior clareza na limitação do uso da seção 33, bem como a aplicação dessa cláusula a qualquer direito definido na Carta. Waldron (2006, p. 1.356-1.357) considera forte o modelo canadense, ao passo que Gargarella (2021, p. 273-274) afirma que a cláusula não obstante não teria conseguido instaurar uma prática efetiva de diálogo, pois devolver o protagonismo ao Legislativo não significa promover o diálogo.

Nos anos 2000, países da África, Ásia, América Latina e Oriente Médio adotaram o diálogo institucional, e aportes sobre ele originaram-se das relações entre países membros da União Europeia (Dixon, 2014; Sigalet; Webber; Dixon, 2019; Yosef, 2022). Termos diversos foram usados em referência ao diálogo, tais como *constitucionalismo dialógico*, *controle judicial dialógico* e *diálogo constitucional*. Gargarella (2021, p. 257-261) considera o constitucionalismo dialógico a maior novidade das últimas décadas por: a) contrapor-se aos freios e contrapesos, um sistema que promoveria tensão entre os Poderes; b) proporcionar a cooperação entre Poderes; e c) adotar mecanismos práticos inovadores que possibilitam a abertura dos processos decisórios. Isso os torna mais imparciais, inclusivos e plurais, pois retiram a última palavra dos tribunais e promovem a deferência judicial.

A Corte Constitucional da África do Sul destacou-se mundialmente pela atuação no litígio estrutural e no compromisso significativo (*meaningful engagement*) em decisões nos casos *Grootbomm* (sobre o direito de moradia digna) e TAC (sobre o direito de grávidas a tratamento contra a transmissão do vírus HIV para os bebês) (Dixon, 2014). Ganharam visibilidade outros mecanismos, como a oitiva das organizações civis e da sociedade em audiências públicas promovidas pelas supremas cortes da Argentina, do Brasil, da Colômbia e do México, além da consulta prévia de povos indígenas e tribais prevista na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. O STF contribuiu com a figura do *amicus curiae* e a Corte Constitucional colombiana, com a do *estado de coisas inconstitucional*.

Segundo Gargarella (2021, p. 257-259), esses mecanismos são indícios do surgimento de um “novo paradigma dialógico em matéria constitucional”, junto com uma mudança na forma de organização dos Poderes institucionais, embora ainda insatisfatórias e distantes de práticas realmente deliberativas. As audiências públicas contribuem para a promoção de diálogo inclusivo nos processos decisórios, mas são limitadas pela inexistência de regras, o que deixa o diálogo à mercê da discricionariedade política e jurídica. O mesmo ocorre com o compromisso significativo, o que debilita a eficácia da técnica. E a consulta prévia é uma prática promissora e relevante por permitir a oitiva dos afetados; não significa *diálogo*, embora o enriqueça (Gargarella, 2021, p. 273-274).

Yosef (2022) cita uma contribuição do modelo israelense. Trata-se das doutrinas baseadas em resposta (*response-based doctrines*), que produzem formas mais leves de diálogo e permitem respostas legislativas fundamentadas no papel dos tribunais de evitar a anulação de leis e dar prioridade a medidas de deferência judicial (como o reconhecimento da supremacia jurídica das iniciativas legislativas), de alteração da lei apenas pela via interpretativa (uso da doutrina da interpretação) e a busca da mudança de posicionamento do Legislativo (por meio da orientação judicial e da advertência de anulação). Considera formas leves as declarações suspensas de nulidade, a indenização clássica (que é a anulação de parte da lei) e a supervisão judicial (que consiste no acompanhamento da lei em vez da anulação). Por não confiar na capacidade do Legislativo para proteger direitos de minorias, Yosef (2022) defende que os tribunais adotem as formas mais fortes.

A exposição desses modelos evidencia as diferenças nas abordagens do diálogo: uns se concentram na perspectiva do Judiciário e outros atentam na perspectiva do Legislativo ou na inclusão da sociedade na tomada de decisão.

3 Mecanismos, classificações, teorias e modelos

Diferentes mecanismos são considerados promotores de diálogo. Neste trabalho, destacam-se os centrados na relação entre o Judiciário e o Legislativo: a cláusula não

obstante (seção 33) e a cláusula interpretativa (seção 1) do modelo canadense, além das declarações suspensas de nulidade e das declarações de incompatibilidade do modelo britânico. A cláusula não obstante – ou cláusula de anulação ou NWC – é um dos principais mecanismos citados quando se trata de diálogo entre Poderes. Foi criada no constitucionalismo canadense para satisfazer às exigências das províncias com forte tendência separatista (sobretudo Quebec), a fim de influenciá-las a ratificarem a *Carta* de 1982 (Kahana, 2023, p. 4). A Suprema Corte foi mais obsequiosa com a legislação das províncias justamente para, em apoio ao governo federal, evitar atritos que levassem a crises e intenções secessionistas. A seção 32 da *Carta* contém disposições aplicáveis à cláusula não obstante, definida na seção seguinte:

Aplicação da Carta

32. (1) Esta Carta aplica-se: (a) ao Parlamento e ao Governo do Canadá, para todos os assuntos dentro da jurisdição do Parlamento, inclusive os relacionados ao Território de Yukon e aos Territórios do Noroeste; (b) à legislatura e ao governo de cada província, para todos os assuntos dentro dessa legislatura. (2) Apesar da subseção (1), a seção 15 não entra em vigor até três anos após o início da vigência desta seção.

33. (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode aprovar uma lei declaratória de que ela ou qualquer disposição dela tem efeito independentemente de qualquer disposição da seção 2 ou das seções 7 a 15 desta Carta. (2) A lei ou disposição que é objeto de uma declaração de acordo com esta seção e em vigor tem o efeito que teria, exceto a disposição em questão da carta. (3) Uma declaração referida na subseção (1) deixa de produzir efeitos na data nela especificada ou, o mais tardar, cinco anos após a sua entrada em vigor. (4) O Parlamento ou uma legislatura podem promulgar novamente uma declaração referida na subseção (1). (5) A subseção (3) aplica-se a qualquer declaração adotada nos termos da subseção (Canada, [2025], tradução nossa).

A cláusula não obstante é a forma mais direta de o Legislativo proteger a lei contra interferências e superar uma decisão judicial (Hogg; Thornton, 2014, p. 24). Por essa cláusula, o Parlamento ou as assembleias legislativas provinciais podem manter vigente uma lei que contrarie direitos fundamentais (definidos na seção 2), direitos legais (vida, liberdade e segurança pessoal, busca ou apreensão e direitos em matéria criminal) e direitos de igualdade (firmados nas seções 7 a 15). Para isso, as instâncias legislativas precisam evidenciar no texto legal que se aplicará a lei aprovada, mesmo que afronte direitos prescritos naquelas seções. Segundo Roach (2004, p. 60), a aplicação da seção 33 exige do Legislativo a clara indicação do objeto sobre o qual incide a cláusula. Ela apresenta uma limitação temporal e deve ser novamente promulgada para continuar vigente, o que obriga as casas legislativas a uma revisão periódica do tema num lapso

temporal de cinco anos – e isso envolve mudanças na composição legislativa e governamental (Hogg; Thornton, 2014, p. 25).

O efeito da cláusula não obstante sobre a atuação judicial depende do momento da aplicação: se adotada preventivamente, impede de imediato o exercício do *judicial review*; se repressivamente, representa a resposta legislativa à interpretação judicial. A forma preventiva foi usada principalmente por Quebec, que protegeu as novas leis e também leis anteriores à Carta de 1982 (Kahana, 2023, p. 68-69). Quanto à consequência técnico-jurídica da invocação dessa cláusula, Kinsinger (2023, p. 9-11) explica que ela elimina temporariamente a capacidade do Judiciário de anular uma lei, mas não esgota ou exclui o papel interpretativo ou decisório do Judiciário sobre as leis e os direitos da Carta. Existe o entendimento minoritário de que essa cláusula não impede o *judicial review* ou a emissão de declarações de inconsistência da lei pelos tribunais, que podem usar as decisões para comunicar ao eleitorado a manutenção de leis inconstitucionais. Por outro lado, entende-se que a cláusula retira a questão do âmbito judicial até a caducidade da medida.

Os críticos consideram que a cláusula não obstante representa autorizações para o Legislativo violar direitos constitucionais fora dos limites impostos pela Carta; ela permite a manutenção de leis consideradas inconstitucionais, o que causa reações adversas na sociedade (Kahana, 2023; Kinsinger, 2023, p. 6-7). Por sua vez, Roach (2004, p. 60-63) julga problemático o uso preventivo da cláusula por inibir a possibilidade de análise judicial. Embora não seja fatal para o diálogo, o Legislativo deve responsabilizar-se pela anulação do direito, uma vez que expressamente não se importa com a interpretação judicial. No uso repressivo, o Legislativo anula a interpretação judicial, não o direito. Petter (2007, p. 161-162) entende que a resistência ao uso da cláusula não obstante indica o “domínio do legalismo sobre a democracia” nas decisões da Carta e resulta na concessão aos tribunais da última palavra de fato, visto que o Legislativo não usa seu poder *de jure*.

Para seus defensores – como Hogg, Thornton e Wright (2007a, p. 201, tradução nossa) –, a cláusula foi adotada para “preservar a soberania parlamentar em questões de direitos” e representa uma forma singular de constitucionalismo, uma terceira via entre a supremacia legislativa e a supremacia judicial. Mathen (2007, p. 138, tradução nossa) não toma um lado nessa polêmica; ao mesmo tempo em que o preocupa o fato de a cláusula ser usada para perpetuar preconceitos, considera que ela “fornece uma ‘válvula de segurança’ significativa para uma expressão final da vontade legislativa” – o que milita contra a supremacia judicial e configura o adiamento do diálogo com o tribunal.

A cláusula não obstante é entendida de forma diferente conforme se defenda a teoria do diálogo, a legitimidade do *judicial review* e a necessidade de proteção maior aos direitos fundamentais. Os teóricos do diálogo justificam a sua existência pela cláusula não obstante (além da cláusula de interpretação). Há a preocupação com seu uso relacionado à proteção dos direitos assegurados na Carta, devido à possibilidade de esse mecanismo autorizar violações de direitos sem justificativa plausível do Legislativo. A frequência de utilização dessa cláusula tem efeitos distintos entre os defensores e os críticos do diálogo.

Até a década de 2010, o uso da cláusula não obstante foi numericamente insignificante⁷, fato usado pelos defensores do diálogo para reforçarem a existência de diálogo, a despeito da pouca importância da cláusula não obstante, que, segundo Hogg e Thornton (2014, p. 24-25, tradução nossa), decorre do “desenvolvimento de um clima político de resistência ao seu uso”. Os críticos concordam em que a cláusula não obstante é pouco significativa para o diálogo no sistema canadense, mas consideram que isso atesta que não há diálogo no modelo, o que configura, pois, um modelo forte de *judicial review*.

Outro mecanismo considerado promotor de diálogo entre Poderes é a cláusula interpretativa, definida na seção 1. Ela dispõe que a *Carta* “garante os direitos e as liberdades nela enunciados; eles só podem ser restringidos por uma regra de Direito nos limites que sejam razoáveis e cuja justificativa se possa comprovar no quadro de uma sociedade livre e democrática” (Canada, [2025], tradução nossa). Considera-se que essa cláusula facilita o diálogo institucional por conceder ao Legislativo a prerrogativa de limitar direitos da *Carta*, desde que se obedeça aos parâmetros estipulados pela Suprema Corte em 1986 no julgamento do caso *R. v. Oakes*. Portanto, cabe ao Legislativo justificar de modo claro as razões para limitar direitos constitucionais, pois ele não está absolutamente livre para restringir esses direitos.

Essa cláusula de interpretação pode ser aplicada a direitos previstos nas seções 7, 8, 9 e 12 da *Carta*, que tratam, respectivamente, de direitos sobre vida, de liberdade e segurança da pessoa, de busca ou apreensão e de direitos penais; contudo, ela não se aplica a outros direitos fora desse rol. O Legislativo, limitado pelo princípio da igualdade (seção 15.1), também não pode restringir direito firmado na Constituição com base em objetivo inconstitucional ou quando a reação social a uma decisão judicial é muito forte e impede a resposta legislativa. Isso atenua ao menos parte das críticas sobre a permissão dada ao Legislativo para desrespeitar direitos constitucionais. Os preâmbulos das leis têm sido usados para expor os motivos de as instâncias legislativas lançarem mão das cláusulas não obstante e de interpretação (Hogg; Thornton, 1997, p. 83-96, 2014, p. 26-38; Roach, 2004,

⁷ Kahana (2023, p. 8-63) constatou que entre 1982 e 2022 a cláusula não obstante fora usada onze vezes – a maioria delas na província de Quebec, seguida das províncias de Saskatchewan, Yukon, Alberta e Ontário – e que nunca fora usada por outras províncias ou pelo Parlamento. Depois de um período dormente, a cláusula ressurgiu nos últimos anos devido à atuação dos legislativos de Quebec e Ontário. Constatou-se o uso tirânico (ou com características tirânicas) da cláusula não obstante em quatro casos – três dos quais entre 2018 e 2022 –, o que o autor considera preocupante, embora na maioria dos casos o uso não seja tirânico. Kahana (2023, p. 19) define *uso tirânico* da *Carta* quando uma lei é aprovada para atingir minorias, “silenciar a oposição política” ou provocar impacto “excepcionalmente grave” sobre os direitos, ainda que promulgada por motivos benignos. Sobre os três casos de tirania na relação de motivação e impacto, apenas a lei sobre símbolos religiosos foi motivada por tirania e afetou severamente os direitos. Quanto aos outros dois, um foi motivado por tirania (lei de financiamento de campanha de Ontário) ou outro atingiu severamente os direitos (a lei de Quebec sobre sinais escritos em francês). Na maioria dos casos, o efeito da cláusula foi fraco ou muito fraco, o que significa que “o uso da NWC não entrou em vigor, que ela foi usada para promulgar leis que seriam constitucionais de qualquer forma ou que foi usada para promulgar leis que eram inconstitucionais mesmo com uma declaração de não obstante” (Kahana, 2023, p. 63-64, tradução nossa). Quanto à provisoriedade, a cláusula “nunca foi usada no Canadá para resolver de vez uma questão constitucional e evitar a perpetuidade dos litígios”; mas, após a caducidade da medida, o Parlamento tem reavaliado seu uso e, “em todos os casos em que as declarações de não obstante foram renovadas, a NWC foi aplicada de forma transitória” (Kahana, 2023, p. 66, tradução nossa).

p. 58-59) – o que é criticado por Mathen (2007, p. 135-137), para quem essa não é a forma correta de justificar a restrição de direitos.

As declarações suspensas de nulidade (*suspended declarations of invalidity*) e as declarações de incompatibilidade (*declarations of incompatibility*) são recursos, soluções ou remédios considerados dialógicos por reconhecerem a importância dos tribunais e das casas legislativas na elaboração das soluções. Roach (2019, p. 862) toma-os como meios de avanço da obsoleta argumentação a respeito da legitimidade do *judicial review*. Utiliza-se a declaração suspensa de nulidade – adotada no Canadá, na Alemanha, em Hong Kong e na África do Sul – para “suavizar ataques agressivos” em temas controvertidos e apresenta um “*judicial review* robusto”, pois realiza o controle judicial ao mesmo tempo em que concede prazo para o Legislativo regulamentar a questão. Mesmo que este não atue no período estipulado, o instrumento dá alternativas constitucionais para que ele evite o *judicial review* (Roach, 2004, p. 64). Nesse processo, o Judiciário pode criar diretrizes para o período de suspensão, conceder remédios individuais que forcem uma ação legislativa, alternar remédios fracos e fortes para reparar *pontos cegos* e tirar o Legislativo da inércia. Algo similar foi proposto por Dixon (2014) ao avaliar o modelo sul-africano.

No Reino Unido, na Austrália e na Nova Zelândia, a declaração de incompatibilidade decorre da relutância em atribuir aos tribunais o poder de revogar leis, típica de modelos de supremacia legislativa; ao mesmo tempo, permite a participação dos juízes no processo de interpretação da Constituição sem vincular o Legislativo às decisões (Roach, 2019, p. 868-880). Isso pode causar problemas políticos para o Legislativo, especialmente quando se trata de incorporar normas de Direito Internacional, como se faz no sistema britânico em relação aos tratados da União Europeia (Vírgala Foruria, 2018, p. 110-111).

Incorporaram-se alguns desses mecanismos a diferentes modelos de constitucionalismo a que se atribui o exercício do diálogo; como consequência, produziram-se distintas classificações e modelos de teorias do diálogo. O Poder que inicia o diálogo e o momento desse início variam de acordo com as distintas classificações e modelos políticos. Pode começar: a) com os tribunais, ao realizarem o controle de constitucionalidade, e as decisões judiciais tornam-se fomentadoras do diálogo; b) com o processo legislativo que aprova lei ou emenda constitucional ainda não controlada judicialmente; c) com a superação legislativa de um entendimento judicial; ou d) com a reação da sociedade a uma decisão judicial (Clève; Lorenzetto, 2015, p. 191; Hogg; Thornton, 2014, p. 46).

São poucos os autores que descrevem modelos ou apresentam uma classificação para as teorias do diálogo, o que contribui para o problema da falta de clareza na discussão acadêmica sobre diálogo. Dentre os autores, desempenharam esse papel Bateup (2006), Dixon (2014), Mendes (2008), Linares (2008), Meuwese e Snel (2013) e Yosef (2022). O trabalho de Bateup (2006) apresenta a classificação mais completa; em contrapartida, o de Linares (2008) expõe melhor os modelos de diálogo e apresenta a organização empírica de diferentes modelos – tanto os relativos à supremacia parlamentar quanto os relacionados

ao *judicial review*. Apresentar essas classificações e modelos contribui para a compreensão das diferentes teorias do diálogo.

A classificação proposta por Dixon (2014, p. 71-77) apenas diferencia as teorias do diálogo das três teorias do constitucionalismo cooperativo – a abordagem departamentalista, a concepção “conversacional” e o minimalismo de Sunstein –, sem propor uma classificação específica para as teorias dialógicas. As distinções entre as teorias do diálogo e as teorias de constitucionalismo cooperativo, que estão em nível institucional e não de princípios constitucionais fundamentais, referem-se ao papel do Judiciário na neutralização de *pontos cegos* e cargas de inércia do Legislativo, bem como a responsabilidade dos tribunais no exercício do *judicial review*.

De acordo com as teorias do diálogo, as decisões sobre a Constituição são cruciais tanto nos casos concretos quanto no controle do processo político. Conforme a abordagem departamentalista, os tribunais devem limitar-se a resolver controvérsias constitucionais específicas e deixar para os cidadãos a resolução dos *pontos cegos*. Segundo a concepção “conversacional”, os tribunais têm a função de neutralizar apenas os *pontos cegos*. E o minimalismo permite uma atuação judicial mais ampla, mas sem muitas ferramentas de neutralização. As três teorias assemelham-se por não presumirem que os tribunais devem não só atuar em caso de erro evidente, mas também quando “há prováveis falhas de previsão, perspectiva, acomodação ou capacidade de resposta” (Dixon, 2014, p. 77, tradução nossa).

Mendes (2008, p. 100-122) diferencia as teorias do diálogo e indica seus defensores; salienta apenas as teorias que discutem diálogo do ponto de vista do Judiciário, mas sem propor uma classificação. Cita como teorias do diálogo as que defendem uma decisão judicial “sensível ao diálogo”, teorias que se diferenciam pelo grau da intervenção – em tese, “deferente, passiva e minimalista”. Nesta se inserem as virtudes passivas de Bickel, que sustenta uma postura contida do tribunal, que deve evitar decidir ou deve decidir apenas quando cumpridos certos requisitos ou em situações excepcionais, para estimular o debate na sociedade e nos outros Poderes.

O minimalismo de Sunstein defende que o Judiciário deve decidir o menos possível e deixar o máximo não decidido em determinadas questões; trata-se da teoria “ativa e maximalista”, na qual se inscrevem tanto o aconselhamento judicial de Katyal (que defende o papel ativo de conselheiro dos tribunais) quanto o mapa judicial de Erik Luna (que atribui ao tribunal a função de “mapa” com as alternativas constitucionais para o legislador) e a proporcionalidade de Alec Stone-Sweet. De acordo com este, permitem-se intervenções judiciais suaves no processo legislativo, bem como a aplicação de testes à legislação – testes de legitimidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito –, a fim de que o tribunal defina se anula ou não a lei e induza ao diálogo mediante a reflexão dos Poderes a respeito de suas funções.

Bateup (2006) analisa teorias do diálogo baseadas nos modelos dos EUA e do Canadá sob dois aspectos principais: se ele atenua a dificuldade contramajoritária e se apresenta justificativa atraente para a participação dos juízes na construção do sentido constitucional

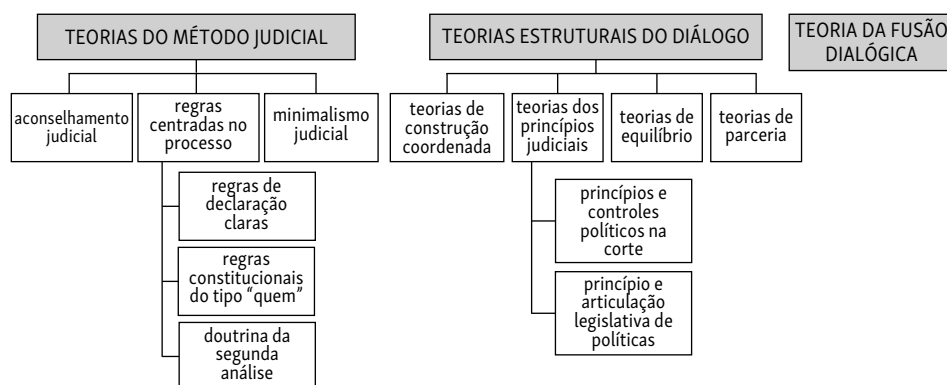
e do papel do *judicial review* na sociedade. O autor propõe três gêneros de teorias prescritivas e normativas: a) as teorias do método judicial; b) as teorias estruturais do diálogo; e c) a fusão dialógica proposta por Bateup.

As teorias do método judicial (*theories of judicial method*) são mais prescritivas e advogam que as decisões judiciais estimulam a controvérsia sobre a Constituição. Porém, elas não promovem o diálogo, pois desconsideram como a dinâmica dos Poderes se desenrola no sistema constitucional e como o *judicial review* funciona na prática. Ou seja, por se concentrarem na ação judiciária, ignoram a função dos Poderes políticos na interpretação constitucional. Subdividem-se em: a) teorias do aconselhamento judicial (*judicial advice-giving*); b) teorias das regras centradas no processo (*process-centred rules*); e c) o minimalismo judicial (*judicial minimalism*). O problema dessas teorias é descreverem escassamente o diálogo, incentivarem o ativismo judicial, concederem uma função ou capacidade especial ao Judiciário (em detrimento da capacidade de interpretação dos Poderes), além de não justificarem certas posturas do Judiciário ou como os juízes promovem o diálogo (Bateup, 2006).

As teorias estruturais do diálogo, por sua vez, são prescritivas e normativas; segundo elas, deve ocorrer o diálogo na resposta dos Poderes às decisões judiciais. Elas se propõem explicar o papel dos juízes no diálogo e atenuam a dificuldade contramajoritária com a previsão de processo dinâmico de diálogo entre Judiciário e os outros Poderes. Contudo, não resolvem o problema do custo democrático do *judicial review*, nem explicam como os juízes contribuem para se chegar a melhores respostas (Bateup, 2006). Subdividem-se em: a) teorias de construção coordenada (*coordinate construction theories*); b) teorias dos princípios judiciais (*theories of judicial principle*); c) teorias de equilíbrio (*equilibrium theories*); e d) teorias de parceria (*partnership theories*). Todas falham não só na tentativa de explicar como o diálogo ocorre, mas também na justificativa do papel do Judiciário no *judicial review*. Ademais, não amenizam a dificuldade contramajoritária e exageram no impacto social das decisões judiciais e na forma como a sociedade responde – se responde e a que fração da sociedade de fato responde.

Como as teorias de equilíbrio e as teorias de parceria apresentam as melhores propostas de diálogo, Bateup (2006) propõe a fusão dialógica (*dialogic fusion*) como a melhor opção de teoria do diálogo. Ao fundir as teorias de equilíbrio e de parceria, essa concepção atribui ao Judiciário as funções de facilitador e de promotor do debate sobre a Constituição. Atenua a dificuldade contramajoritária pela parceria entre os Poderes, em que cada qual interpreta a Constituição sem hierarquia; e disso resultam respostas melhores. Cada Poder detém uma vantagem que favorece o diálogo: as instâncias legislativas têm a vantagem da visão ampla ou o “quadro geral” da tomada de decisão sobre políticas que beneficiem a sociedade, ao passo que o Judiciário contribui para a implantação das leis nos casos concretos, ao verificar se se atendeu aos valores constitucionais (Figura 1).

Figura 1 – A classificação das teorias do diálogo segundo Bateup



Fonte: elaborada pelas autoras com base em Bateup (2006).

Para Meuwese e Snel (2013, p. 127-130), há dois tipos de teorias do diálogo: as institucionalistas e as contextualistas. As primeiras se concentram no processo de tomada de decisão e no papel das instituições, e englobam as teorias de construção coordenada, dos princípios judiciais, de equilíbrio e de parceria. De modo distinto, as teorias contextualistas não são necessariamente teorias do diálogo, mas são relevantes pelo conceito mais flexível de diálogo que adotam, pois consideram que a criação e a interpretação da Constituição consistem em diálogo, pois são produtos da interação humana.

Yosef (2022, p. 1.825-1.828) concebe outra classificação, que envolve cinco teorias-chave no “paradigma do diálogo constitucional”: a) a teoria responsiva de Hogg e Thornton; b) a teoria responsiva de Roach, voltada à garantia da proteção dos direitos humanos; c) as abordagens interpretativas de Fisher (nova abordagem da teoria da construção coordenada) e de Friedman (o constitucionalismo mediado); d) os modelos do novo constitucionalismo da Comunidade Britânica (modelo de responsabilidade compartilhada ou declarações de direitos parlamentares); e e) o modelo de interação dialética dos tribunais com as casas legislativas.

Linares (2008, p. 487-494) classifica como *dialética* e *não dialética* o que denomina *comunicación interorgánica*. Na comunicação dialética, os Poderes políticos e os tribunais “falam” e “decidem” em momentos distintos; não satisfazem ao ideal de diálogo genuíno, pois se concede a última palavra ao tribunal ou a primazia ao Legislativo. Na comunicação não dialética, os Poderes políticos e os tribunais dialogam antes, durante e depois da tomada da decisão e têm um objetivo comum. Essa forma corresponde ao *litígio de reforma estrutural*. Esse diálogo, que envolve as fases de argumento, resposta e *réplica*, depende do tipo de Constituição adotada, se rígida ou flexível. Quando se discute o diálogo institucional, é necessário levar em consideração tanto a teoria de diálogo adotada, pois as abordagens teóricas são diferentes, quanto os problemas a serem superados em cada teoria. O foco

pode estar no Judiciário, no Legislativo, na atuação conjunta desses Poderes ou no povo; e o objetivo pode ser a justificação do *judicial review*, a descrição da incumbência de cada participante no diálogo. Por isso, deve-se evidenciar a abordagem de diálogo adotada.

O modelo constitucional brasileiro, por exemplo, permite a discussão sob as perspectivas dos três participantes do diálogo. Este trabalho enfoca o diálogo sob o viés do Legislativo, com base na proposta de Hogg e Thornton, classificada como teoria do princípio e articulação legislativa de políticas (Bateup, 2006) e como teoria responsiva (Yosef, 2022). Relativamente à questão sobre quem detém a última palavra e sobre a superação legislativa, utiliza-se a teoria da construção coordenada, com fundamento em Fisher (1988).

Quanto à relação entre modelos político-constitucionais e a forma como ocorre o diálogo, Tushnet (2012, p. 2-3) apresenta um modelo mais geral, em que o diálogo se inicia pelo Legislativo com a promulgação da lei, a que se segue a contestação da lei nos tribunais, os quais podem ser deferentes ou anular a lei. Depois, o Legislativo tem a possibilidade de responder à decisão: ser deferente ao tribunal ou superar a decisão por uma lei do tipo *in your face*, na qual o Legislativo reproduz o inteiro teor da lei inconstitucional. Essa resposta é seguida de nova contestação judicial da lei – o que, para Tushnet, representa a substituição do diálogo pelo confronto. O diálogo que se inicia pelo Judiciário ocorre nos casos de omissão legislativa e de estado de coisas inconstitucional. Nessas situações, o tribunal identifica o problema, apresenta o que a Constituição exige e insta o Legislativo a agir.

Linares (2008, p. 487-509) descreve modelos políticos de acordo com as fases de interação dos Poderes com a rigidez da Constituição (se flexível ou rígida). Há os modelos de Constituição rígida que não adotam o *judicial review* (como no caso holandês) e os que adotam, também classificados como modelos de “justiça constitucional” ou “modelos robustos de *judicial review*”. Eles conferem a *última palavra institucional* ao Judiciário, cujas decisões resultam em efeitos *inter partes* ou *erga omnes*. Há também os que se utilizam da via interpretativa para alterar a lei (como os modelos europeu e estadunidense), os que consultam os tribunais sobre a constitucionalidade de projeto de lei (modelo de consulta legislativa) e os que alteram a Constituição para responder a uma decisão judicial (modelo de emenda à Constituição com rigidez moderada ou majoritária).

Embora o Canadá não adote uma Constituição rígida, discute-se seu modelo em cotejo com aqueles, diferenciando-se pelo uso preventivo ou repressivo da cláusula não obstante. Nos modelos de Constituição flexível, nos quais a última palavra é do Legislativo, Linares (2008, p. 499) distingue o sistema tradicional com supremacia das leis – sem hierarquia da Constituição em relação às leis ordinárias e sem *judicial review* (como no modelo *Westminster*) – dos modelos com certo grau de hierarquia da Constituição, em que o Judiciário detém a prerrogativa de exortar o Legislativo a alterar leis inconstitucionais (como no modelo britânico desde 1998) e os modelos com maior hierarquia das Constituições e com *judicial review* (como no modelo israelense desde 1995).

O modelo holandês consiste num sistema de Constituição rígida com supermaioria sem *judicial review*, no qual os juízes utilizam a interpretação para “atenuar” o alcance da lei e

respondem ao Parlamento sem alterar a lei; assim, detêm a “última palavra institucional”, embora seja possível que o Legislativo supere a decisão. Nesse modelo, o diálogo ocorre em três etapas: o Legislativo aprova a lei, o Judiciário interpreta a lei e o Legislativo aprova lei que rechaça a interpretação judicial (Linares, 2008, p. 490-491). Nos modelos com consulta legislativa aos tribunais sobre a constitucionalidade de projeto de lei, a resposta do tribunal pode ou não vincular o Legislativo. Contudo, em qualquer das possibilidades, a última palavra será do Judiciário: se o texto for aprovado sem considerar o teor da consulta, o tribunal considerará inconstitucional a lei e encerrará a terceira fase do processo (Linares, 2008, p. 493-494).

No modelo europeu, as possibilidades de diálogo entre o tribunal e o Legislativo são menores, pois a declaração de inconstitucionalidade de uma lei rompe esse diálogo, uma vez que só resta ao Legislativo ser deferente ou aprovar lei distinta da que foi invalidada. Nesse modelo, o diálogo só pode ocorrer pela “via interpretativa”: em vez de emitir declarações de inconstitucionalidade, o Judiciário emite sentenças *interpretativas*, *aditivas*, *substitutivas* ou *exortativas*, que permitem ao Legislativo responder. O diálogo ocorre em quatro etapas: a) o Legislativo aprova a lei; b) o Judiciário interpreta-a; c) o Legislativo aprova nova lei que rechaça a interpretação judicial; e d) o Judiciário emite declaração de inconstitucionalidade.

O modelo dos EUA diferencia-se do europeu pelo alcance da decisão do tribunal, que é *inter partes* e não *erga omnes*. Isso permite que a lei controlada continue vigente e dá ao Legislativo espaço para responder. Porém, a força do precedente supera o Legislativo no modelo jurídico anglo-saxão. O diálogo também ocorre em quatro etapas: a) o Legislativo aprova a lei; b) o Judiciário declara-a inconstitucional no julgamento de um caso concreto, criando um precedente; c) o Legislativo mantém a vigência da lei inconstitucional; e d) o Judiciário continua a declarar a inconstitucionalidade da lei em outros casos concretos (Linares, 2008, p. 491-493).

Outra forma de diálogo nos sistemas com Constituição rígida ou super-rígida ocorre na adoção de emenda à Constituição como resposta a uma decisão judicial; diferencia-se de acordo com a rigidez do processo de alteração da Constituição, se majoritária ou supermajoritária. No primeiro tipo, que requer maioria absoluta para a aprovação da emenda, o diálogo ocorre em quatro etapas: lei aprovada pelo Legislativo, declaração de inconstitucionalidade, alteração da Constituição pelo Legislativo corrente e ratificação da alteração pelo Legislativo subsequente. As constituições super-rígidas com critério supermajoritário limitam o diálogo, pois tornam mais difícil e demorada a aprovação de emendas com o mesmo critério, como no caso do modelo estadunidense. Se aprovada depois de décadas de tramitação, a emenda não pode ser considerada uma resposta legislativa (Linares, 2008, p. 495-496).

Segundo Linares (2008), a Carta de 1982 apresenta um modelo marcado pela rigidez e pela supermaioria, com *judicial review* de efeitos gerais, que se diferencia pela adoção da cláusula não obstante (seção 33). Ela pode ser usada de modo preventivo ou após o controle judicial. O uso preventivo reduz drasticamente os canais de diálogo e deixa aos tribunais

apenas a via interpretativa. Segundo Linares (2008, p. 495-496), no uso repressivo o diálogo ocorre em cinco etapas: “opinión, respuesta, réplica, contrarréplica, y réplica a la contrarréplica”. O autor afirma que esse modelo não proporciona diálogo genuíno, pois não é possível que o Legislativo se utilize de argumentos de direitos para manter vigente uma lei declarada inconstitucional por restringir direitos.

No modelo *Westminster* – que corresponde ao modelo britânico antes da adoção do *Human Rights Act* (HRA), de 1998 –, embora o Legislativo detenha a última palavra, o Judiciário pode alterar leis e proteger direitos pela via interpretativa. Entretanto, o Legislativo tem liberdade para alterar leis e rechaçar a interpretação judicial. O modelo britânico após as alterações promovidas pelo HRA proporciona o diálogo em três fases: a) a aprovação da lei pelo Parlamento; b) a declaração de incompatibilidade do Judiciário; e c) a possibilidade de o Parlamento reexaminar a lei incompatível ou mesmo a de alterar o HRA para adequar-se à nova lei. Para o diálogo institucional, o maior problema desse modelo está na não obrigatoriedade de resposta do Legislativo quanto à declaração de incompatibilidade, de forma que a vontade do Legislativo prevalece em última instância (Linares, 2008, p. 500-505).

Israel abandonou o modelo *Westminster* quando adotou a lei fundamental *Human Dignity and Liberty* (HDL) em 1992, com *status* superior ao das leis ordinárias, e quando sua Suprema Corte passou a exercer o *judicial review* mesmo sem determinação legal. Isso levou o Legislativo a adotar mecanismo similar à cláusula não obstante canadense. O diálogo ocorre em três etapas: a) o Legislativo aprova a lei; b) declara-se a sua inconstitucionalidade; e c) reforma-se a lei de direitos humanos ou torna-se vigente a lei declarada inconstitucional. Linares não se deteve nos efeitos da cláusula não obstante em tal modelo (Linares, 2008, p. 506-518). Esses modelos e as fases do diálogo figuram no Quadro.

Quadro – Modelos constitucionais e fases de diálogo segundo Linares

MODELO	1ª fase ARGUMENTO	2ª fase RESPOSTA	3ª fase RÉPLICA	4ª fase TRÉPLICA
modelo holandês	lei aprovada pelo Legislativo	interpretação judicial da lei	nova lei que afasta a interpretação judicial	-
consulta legislativa	opinião do tribunal sobre o projeto de lei	lei aprovada pelo Legislativo	controle judicial da lei	-
modelo europeu	lei aprovada pelo Legislativo	interpretação judicial da lei	nova lei que afasta a interpretação judicial	declaração de incompatibilidade da nova lei
modelo norte-americano	lei aprovada pelo Legislativo	controle judicial no caso concreto	mantém-se a lei inconstitucional	controle judicial no caso concreto
modelo de emenda à Constituição rígida	lei aprovada pelo Legislativo	controle judicial da lei	emenda à Constituição	ratificação da emenda após as eleições
modelo canadense com uso preventivo da cláusula não obstante	lei aprovada pelo Legislativo com cláusula não obstante	interpretação judicial contrária	nova lei que afasta a interpretação judicial	-
modelo canadense com uso repressivo da cláusula não obstante	lei aprovada pelo Legislativo	controle judicial da lei	nova lei com cláusula não obstante	seguem-se as etapas do uso preventivo

MODELO	1ª fase ARGUMENTO	2ª fase RESPOSTA	3ª fase RÉPLICA	4ª fase TRÉPLICA
modelo <i>Westminster</i>	lei aprovada pelo Parlamento	interpretação judicial que forma o precedente	nova lei que afasta a interpretação judicial	-
modelo britânico após 1998	lei aprovada pelo Parlamento	declaração de incompatibilidade	reexame opcional da lei ou do HRA pelo Parlamento	-
modelo israelense após 1995	lei aprovada pelo Legislativo	controle judicial da lei	reforma da HDL ou retorno da lei	-

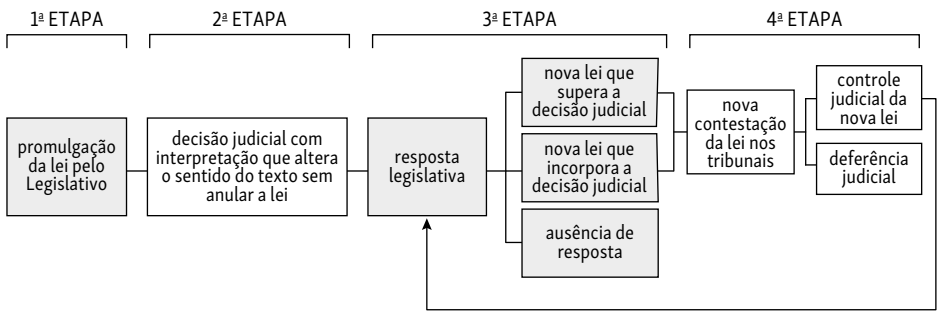
Fonte: elaborado pelas autoras com base em Linares (2008).

No Brasil vigora o modelo rígido de Constituição, com *judicial review* robusto, cuja decisão pode ter efeitos *inter partes* e *erga omnes*. Ele funciona de forma similar ao modelo exposto por Tushnet (2012) e consiste na junção de alguns dos modelos apresentados por Linares (2008). O STF dispõe de mais opções de atuação no exercício do controle de constitucionalidade. Isso se deve à variedade de ações constitucionais previstas, como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Também se deve à possibilidade de modulação de efeitos das decisões, como os efeitos *ex nunc*, *ex tunc*, *pro futuro*, com e sem pronúncia da nulidade, com e sem redução de texto. Ademais, é possível mudar a lei ou mesmo o texto constitucional, mediante a interpretação conforme à Constituição; segundo Linares (2008), o Judiciário brasileiro detém a *última palavra institucional*. Contudo, essas decisões não vinculam o Legislativo, que dispõe de opções de respostas a elas, tais como a lei ou emenda superadora ou deferente, a lei do tipo *in your face* (ou “insistência legislativa”) ou a ausência de resposta – o que embasa a teoria da *coordenação coordenada* de Fisher (1988), a qual sustenta que no Brasil a última palavra é provisória.

A primeira etapa do processo é a promulgação de lei ou emenda pelo Legislativo. Na segunda etapa ocorre a contestação das leis nos tribunais e no STF. Essa contestação pode resultar em: a) anulação da lei (parcial ou integral); b) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e sem alteração do texto; c) alteração do sentido da lei sem alteração do texto (interpretação conforme à Constituição); ou d) deferência judicial, mantendo a lei. À decisão judicial segue-se a etapa da resposta legislativa, que pode ser de superação legislativa, lei ou emenda *in your face*, deferência legislativa ou ausência de resposta. A nova lei ou emenda pode ser mais uma vez contestada nos tribunais e ser objeto de nova resposta legislativa, num contínuo ciclo de desafios.

Quanto às decisões judiciais que tenham alterado o sentido da lei mediante uma interpretação conforme à Constituição, pelo menos três ações do Legislativo são possíveis: a) a aprovação de outra lei que supere o entendimento judicial (superação legislativa); b) a deferência legislativa, ao incorporar o entendimento judicial no texto da nova lei; ou c) não apresentar qualquer resposta, mantendo a redação original da lei (Figura 2).

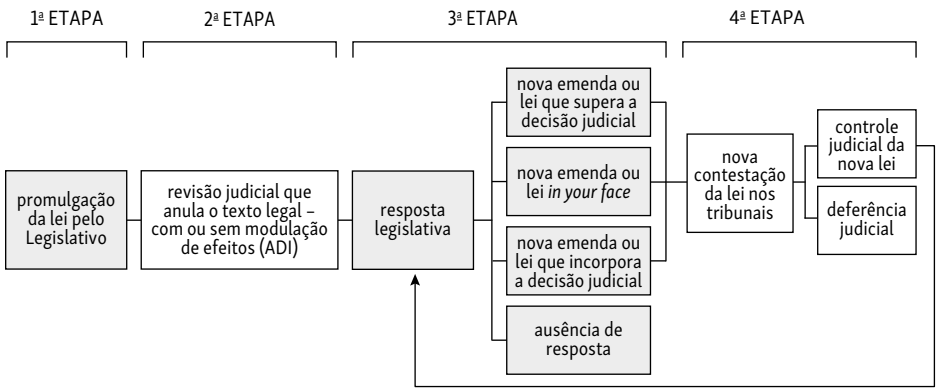
Figura 2 – Etapas de diálogo com possíveis respostas à interpretação judicial que alterou a lei



Fonte: elaborada pelas autoras com base na CRFB e na Lei nº 9.882/1999.

São possíveis quatro respostas legislativas às decisões judiciais que declaram a inconstitucionalidade de lei por meio de ADI, com ou sem efeitos moduladores: a) a superação legislativa; b) a aprovação de nova lei ou de emenda com teor similar ao da que foi considerada inconstitucional (leis ou emendas *in your face*); c) a deferência legislativa; e d) a ausência de resposta legislativa (Figura 3).

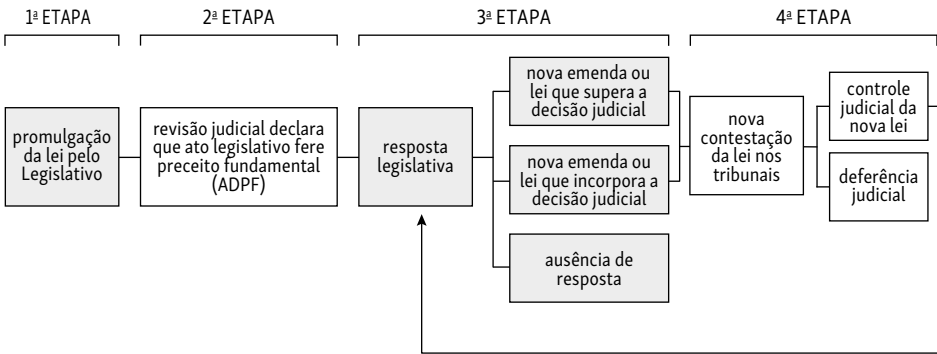
Figura 3 – Etapas de diálogo com as possíveis respostas à decisão judicial que em ADI anulou a lei



Fonte: elaborada pelas autoras com base na CRFB e na Lei nº 9.882/1999.

As três possíveis respostas legislativas às decisões judiciais que declaram que um ato legislativo fere preceito fundamental no julgamento de ADPFs são iguais às respostas legislativas pela via interpretativa: superação legislativa, deferência judicial e ausência de resposta (Figura 4).

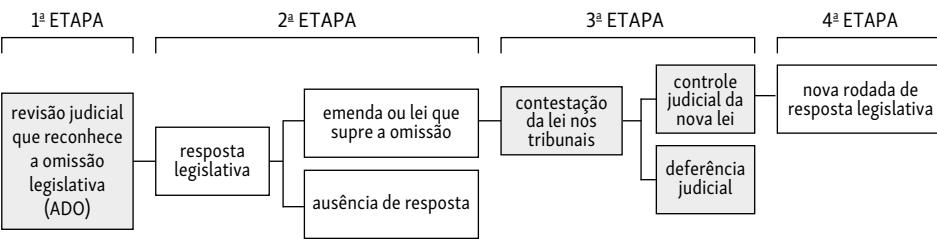
Figura 4 – Modelo de diálogo com respostas legislativas em decisões que anulam lei por meio de ADPF



Fonte: elaborada pelas autoras com base na CRFB e na Lei nº 9.882/1999.

O modelo de respostas diferencia-se no julgamento de ADOs, uma vez que se inicia pela decisão judicial que declara a omissão legislativa. Com base nessa decisão, o Legislativo supre a omissão ou permanece omissor. É possível contestar judicialmente a lei; nessa ocasião, o Judiciário pode entender que a lei supriu a omissão, que ainda é insuficiente ou que não obedece aos princípios constitucionais – e assim anular a nova lei. Nesse caso, abre-se nova rodada para respostas legislativas, que podem ser as mesmas do modelo de julgamento de ADI (Figura 5).

Figura 5 – Modelo brasileiro de diálogo iniciado pelo Judiciário em ADO



Fonte: elaborada pelas autoras com base na CRFB e na Lei nº 9.868/1999.

No constitucionalismo brasileiro, a compreensão dessas etapas de diálogo é útil para verificar se elas configuram diálogo institucional ou se consistem apenas no que já acontecia antes de o termo *diálogo* passar a referir-se a esse processo. Pode-se discutir sobre a última palavra provisória e sobre a forma como ocorre a superação legislativa, pois as sucessivas etapas ou rodadas procedimentais entre Legislativo e Judiciário demonstram o ponto principal de defesa dos teóricos da última palavra provisória: o de que nenhum Poder

detém a última palavra sobre a Constituição. Cada decisão pode passar por um novo ciclo de desafios, que reacende a polêmica sobre o tema. Se haverá melhoria na abordagem do tema ou se ocorrerá uma disputa interpretativa entre os Poderes, isso só pode ser analisado no caso concreto, já que não se trata de consequência natural do processo.

Ao mesmo tempo, demonstra a preocupação dos críticos dessa teoria, como a constatação de uma sucessão contínua de etapas ou rodadas, que pode causar instabilidade política ou levar a uma anarquia deliberativa. Contudo, essa apuração da provisoriedade da última palavra ocorre apenas no plano normativo ou casualmente, pois depende em essência da verificação empírica do comportamento do Congresso Nacional em relação às decisões do STF. Embora disponha de variadas formas de respostas legislativas, o Congresso pode, na prática, ser deferente ao STF ou mesmo não apresentar respostas às decisões judiciais, dado que o processo legislativo é mais complexo, mais oneroso politicamente e mais difícil em termos formais quando comparado ao processo judicial de declaração da inconstitucionalidade de uma lei – o que Pickerill (2004) constatou na relação entre o Congresso e a Suprema Corte dos EUA entre 1953 e 1997.

4 Conclusão

As teorias do diálogo são discutidas há bastante tempo nos EUA, embora não empreguem o termo *diálogo*. Da preocupação de não permitir a sobreposição das decisões judiciais aos Poderes eleitos pelo povo surgiram propostas teóricas como a construção coordenada ou departamentalismo, que defendia, em suma, a interpretação da Constituição como uma tarefa conjunta dos três Poderes, rejeitando a ideia da necessidade de um guardião que protegesse a Constituição acima da política.

Essa teoria foi atualizada com a última palavra provisória defendida por Fisher (1988). Ainda no modelo norte-americano, Bickel (1962) propôs as virtudes passivas com o propósito de limitar as decisões judiciais para que o Legislativo decida sobre os desacordos razoáveis, ou ainda com a defesa de um papel especial do tribunal como foro especializado, que promove diálogo pelas discussões que provoca na sociedade após as decisões judiciais – proposta de Friedman (1993).

No Canadá, a teoria do diálogo foi impulsionada por um artigo de Hogg e Thornton (1997). Com sua teoria responsiva, classificaram esse modelo como dialógico porque na maioria dos casos as decisões judiciais são respondidas pelas casas legislativas das províncias. Nessa concepção, o diálogo é sinônimo de resposta ou sequência legislativa, visto que toda resposta é considerada diálogo (Hogg; Thornton, 1997, p. 89-98). Também consideram diálogo os debates que as decisões judiciais provocam, de forma que ele continua fora dos tribunais e pode instar os Poderes a mudanças nas leis (Hogg; Thornton, 1997, p. 104-105), além da atuação legislativa que reconstrói uma lei anulada sem o recurso à cláusula não

obstante, para ater-se às diretrizes firmadas na decisão judicial (Hogg; Thornton; Wright, 2007b, p. 4-7, 13, 26).

Os críticos apontaram, sobretudo, equívocos metodológicos na pesquisa (Manfredi; Kelly, 1999; Petter, 2007), a pobreza normativa e a falta de coerência da teoria – em especial a do artigo de 2007 em relação ao de 1997 (Petter, 2007) –, o problema do uso do termo *diálogo* (Mathen, 2007) e a contradição relativa ao papel do Judiciário, particularmente na mudança de posição de Hogg e Thornton nos dez anos que separam os dois artigos. Em 1997, entendiam que a *Carta* de 1982 não seria prejudicial por não conceder a última palavra ao Judiciário, uma vez que as decisões eram respondidas pelo Legislativo, ao passo que em 2007 consideravam o Judiciário como intérprete final e vedaram a superação legislativa que não utilizasse a cláusula não obstante ou que não representasse deferência legislativa.

Outras críticas às teorias do diálogo em geral dizem respeito à incapacidade de elas justificarem o *judicial review* e à interferência do Judiciário nas decisões dos Poderes eleitos. Essa crítica é reconhecida até mesmo por defensores do diálogo, como Roach, Hogg e Thornton, que, em contrapartida, explicam que a legitimidade do controle judicial se assenta na previsão constitucional da prerrogativa em determinado modelo político, ou nas melhorias que as respostas legislativas causam ao processo democrático ou pelo desempenho deliberativo de cada Poder (Hogg; Thornton; Wright, 2007b; Roach, 2004; Mendes, 2008). Aponta-se também que, em vez de legitimar, o diálogo na verdade enfraquece o *judicial review* (Petter, 2003), além de ser incompatível com a separação de Poderes e o sistema de freios e contrapesos, que funcionam no controle mútuo dos Poderes, mas não no sentido de atuarem conjuntamente com o mesmo objetivo (Gargarella, 2021).

Na abordagem do diálogo institucional, os principais mecanismos citados são as cláusulas não obstante e de interpretação do modelo canadense, a declaração de incompatibilidade do modelo britânico e as declarações suspensas de nulidade. O primeiro mecanismo foi considerado dialógico por conceder ao Legislativo a prerrogativa de proteger leis do *judicial review* durante cinco anos, prazo que pode ser renovado indefinidamente, desde que aprovada de novo pelo Legislativo, o que torna necessário rediscutir a questão. Todavia, essa cláusula não se aplica indistintamente a todos os direitos previstos na *Carta*; isso significa que não é qualquer lei que pode ser protegida do controle judicial. Como a cláusula foi usada poucas vezes desde 1982, os críticos consideram que o fato comprova a inexistência de diálogo no modelo canadense, o qual seria na verdade um modelo de *judicial review* forte, mais próximo do modelo estadunidense.

Os defensores do diálogo, por sua vez, reconhecem que se criou resistência ao uso da cláusula não obstante, o que não inviabiliza o diálogo, dado que também está disponível a cláusula de interpretação da seção 1, que permite às instâncias legislativas das províncias restringirem justificadamente direitos da *Carta*. Os outros dois mecanismos centram-se na atuação judicial. A declaração de incompatibilidade permite ao Judiciário controlar a constitucionalidade de lei, mas sem anulá-la ou excluí-la do ordenamento, para deixar ao Legislativo a decisão sobre o que fazer com a lei incompatível. Nas declarações suspensivas

de nulidade, o Judiciário adota postura passiva, com o fim de não anular imediatamente a lei e permitir ao Legislativo proceder às alterações necessárias para que a lei se adéque ao entendimento judicial e à Constituição.

As classificações de teorias do diálogo, em que se destaca a de Bateup (2006), levam em conta: a) as teorias centradas no papel dos tribunais (teorias do método judicial); b) nas respostas dos Poderes políticos às decisões judiciais (teorias estruturais); ou c) na fusão dialógica, que leva em consideração tanto o papel do Judiciário quanto dos Poderes políticos na construção do diálogo. Os modelos de diálogo propostos por Linares (2008) e Tushnet (2012), bem como os modelos apresentados de acordo com o processo constitucional brasileiro, atentam nas respostas que os Poderes são capazes de produzir.

Desse modo, seriam respostas legislativas tanto o *judicial review* quanto a superação legislativa, a lei ou emenda *in your face* e a deferência legislativa. Tais respostas podem ocorrer em ciclos contínuos, a depender da força do Judiciário, da vinculação das decisões judiciais em relação aos Poderes e à sociedade – e, principalmente, da disposição do Legislativo para responder de fato às decisões, quando a regra tem sido não responder.

Referências

BATEUP, Christine. Expanding the conversation: American and Canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. *Temple International and Comparative Law Journal*, New York, v. 37, n. 6, p. 1-66, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=947867>. Acesso em: 26 mar. 2025.

_____. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, Brooklyn, NY, v. 71, n. 3, p. 1.109-1.180, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

BICKEL, Alexander M. *La rama menos peligrosa: la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*. Traducción de Mario A. Zamudio Vega. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2020. (Política y derecho).

_____. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

CANADA. [Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982)]. *Constitution Act, 1982*. [S. l.]: Justice Laws Website, [2025]. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/ConstRpt/page-12.html>. Acesso em: 26 mar. 2025.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534>. Acesso em: 26 mar. 2025.

DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. p. 51-103. (Derecho y política).

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1988.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, MI, v. 91, n. 4, p. 577-682, 1993. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol91/iss4/2/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 21, p. 220-273, jul./dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i21.p220-273.2017>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1836>. Acesso em: 26 mar. 2025.

_____. *The new Commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2013.

_____. Weak-form review in comparative perspective: a reply. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 17, n. 3, p. 931-942, July 2019. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moz062>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/17/3/931/5565436>. Acesso em: 26 mar. 2025.

GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*: qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran – por fin – al diálogo ciudadano. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021. (Derecho y política).

HOGG, Peter W.; THORNTON, Allison A. Bushell. El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica*: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. p. 17-49. (Derecho y política).

_____. 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*, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. DOI: <https://doi.org/10.60082/2817-5069.1612>. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>. Acesso em: 26 mar. 2025.

HOGG, Peter W.; THORNTON, Allison A. Bushell; WRIGHT, Wade K. A reply on “Charter dialogue revisited”. *Osgoode Hall Law Journal*, [s. l.], v. 45, n. 1, p. 193-202, 2007a. DOI: <https://doi.org/10.60082/2817-5069.1261>. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol45/iss1/9/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

_____. Charter dialogue revisited: or “much ado about metaphors”. *Osgoode Hall Law Journal*, [s. l.], v. 45, n. 1, p. 1-65, 2007b. DOI: <https://doi.org/10.60082/2817-5069.1254>. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol45/iss1/2/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

KAHANA, Tsvi. The Notwithstanding clause in Canada: the first forty years. *Osgoode Hall Law Journal*, [s. l.], v. 60, n. 1, p. 1-71, 2023. DOI: <https://doi.org/10.60082/2817-5069.3875>. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol60/iss1/1>. Acesso em: 26 mar. 2025.

KINSINGER, Kristopher E. G. The evolving debate over Section 33 of the Charter. SSRN, [s. l.], May 29, 2023. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4462387. Acesso em: 26 mar. 2025.

KRAMER, Larry D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Traducción de Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011. (Filosofía y derecho).

LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. *Revista Mexicana de Sociología*, Ciudad de México, DF, v. 70, n. 3, p. 487-539, jul./sept. 2008. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032008000300003. Acesso em: 26 mar. 2025.

MANFREDI, Christopher P.; KELLY, James B. Six degrees of dialogue: a response to Hogg and Bushell. *Osgoode Hall Law Journal*, [s. l.], v. 37, n. 3, p. 513-527, 1999. DOI: <https://doi.org/10.60082/2817-5069.1520>. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol37/iss3/1/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

MATHEN, Carissima. Dialogue theory, judicial review, and judicial supremacy: a comment on “Charter dialogue revisited”. *Osgoode Hall Law Journal*, [s. l.], v. 45, n. 1, p. 125-146, 2007. DOI: <https://doi.org/10.60082/2817-5069.1258>. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol45/iss1/6>. Acesso em: 26 mar. 2025.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acesso em: 26 mar. 2025.

MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. 'Constitutional dialogue': an overview. *Utrecht Law Review*, [s. l.], v. 9, n. 2, p. 123-140, Mar. 2013. DOI: <https://doi.org/10.18352/ulr.231>. Disponível em: <https://utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.231>. Acesso em: 26 mar. 2025.

PETTER, Andrew. Taking dialogue theory much too seriously (or perhaps Charter dialogue isn't such a good thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, [s. l.], v. 45, n. 1, p. 147-167, 2007. DOI: <https://doi.org/10.60082/2817-5069.1259>. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol45/iss1/7/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

_____. Twenty years of Charter justification: from liberal legalism to dubious dialogue. *UNB Law Journal*, [s. l.], v. 52, p. 187-199, May 2003. Disponível em: <https://journals.lib.unb.ca/index.php/unblj/article/view/29439>. Acesso em: 26 mar. 2025.

PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Durham, NC: Duke University Press, 2004. (Constitutional conflicts).

ROACH, Kent. Dialogic judicial review and its critics. *Supreme Court Law Review (2nd)*, [s. l.], v. 23, p. 49-104, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1144790>. Acesso em: 26 mar. 2025.

_____. Dialogic remedies. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 17, n. 3, p. 860-883, July 2019. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moz056>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/17/3/860/5565431>. Acesso em: 26 mar. 2025.

_____. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 347-370, Apr. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mol008>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/4/2/347/722125>. Acesso em: 26 mar. 2025.

SIGALET, Geoffrey; WEBBER, Grégoire; DIXON, Rosalind. Introduction: the 'what' and 'why' of constitutional dialogue. *LSE Law, Society and Economy: working papers*, London, n. 21, p. 1-31, Nov. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3492658. Acesso em: 26 mar. 2025.

TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, MI, v. 101, n. 8, p. 2.781-2.802, Aug. 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss8/9/>. Acesso em: 26 mar. 2025.

_____. Dialogue and constitutional duty. *Harvard Law School: public law & legal theory working paper*, [s. l.], n. 12-10, p. 1-21, Mar. 20, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2026555>. Acesso em: 26 mar. 2025.

VÍRGALA FORURIA, Eduardo. *La Constitución británica en el siglo XXI: soberanía parlamentaria, constitucionalismo "common law" y leyes constitucionales*. Madrid: Marcial Pons, 2018. (Teoría constitucional y derecho).

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, Apr. 2006. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/9638>. Acesso em: 26 mar. 2025.

YOSEF, Bell E. A double-edged sword: constitutional dialogue confined. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 20, n. 5, p. 1.820-1.850, Dec. 2022. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moad004>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/20/5/1820/7055931>. Acesso em: 26 mar. 2025.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

O racismo e a saúde mental dos trabalhadores negros: causas, efeitos e soluções

Racism and the Mental Health of Black Workers: Causes, Effects, and Solutions

Kátia Magalhães Arruda¹

Matheus Elias Hanna²

Resumo

No Brasil, o racismo manifesta-se na dimensão individual, nas instituições e nas estruturas sociais. Isso demonstra a necessidade de medidas afirmativas que busquem a efetiva igualdade material, como programas de apoio e conscientização dos trabalhadores negros e sua inserção em cargos de gestão em empresas públicas e privadas. A discriminação racial tem o poder de torná-los reféns de si próprios, desperta neles sentimentos de não pertencimento e favorece o desenvolvimento de transtornos psicossociais. Com base em censos demográficos, em normas e na literatura sobre o tema, analisam-se neste artigo os efeitos do racismo na saúde mental dos trabalhadores negros e apontam-se políticas públicas que reduzam seus impactos.

Palavras-chave: racismo; saúde mental; trabalhadores negros; igualdade material; políticas afirmativas.

Abstract

In Brazil, racism manifests itself in the individual dimension, in institutions and in social structures. This demonstrates the need for affirmative measures that seek effective material equality, such as awareness and support programs for black workers and their insertion in management positions in public and private companies. Racial discrimination has the

¹ Kátia Magalhães Arruda é doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão, São Luís, MA, Brasil; mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; pós-doutora em Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; professora do programa de mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal, Brasília, DF, Brasil; ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, Brasil. E-mail: gmk@tst.jus.br

² Matheus Elias Hanna é mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal, Brasília, DF, Brasil; pós-graduado em Direito Societário pelo Insper, São Paulo, SP, Brasil; pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado. E-mail: matheus@bhdgadvogados.com

power to make them hostages of themselves, awakens in them feelings of not belonging and favors the development of psychosocial disorders. Based on demographic censuses, standards and literature on the subject, the effects of racism on the mental health of black workers are analyzed and public policies that reduce its impacts are suggested.

Keywords: racism; mental health; black workers; material equality; affirmative policies.

Recebido em 25/6/24

Aprovado em 26/9/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p55

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

Na obra *Pedagogia do oprimido*, Paulo Freire sugere que o maior dilema do oprimido é hospedar dentro de si valores, ideais, interesses e necessidades de seus próprios algozes, situação que o torna inconsciente da opressão da qual é vítima e opressor dos seus iguais. Segundo o autor, “ao agredirem seus companheiros oprimidos, estarão agredindo neles, indiretamente, o opressor também ‘hospedado’ neles e nos outros. Agridem, como opressores, o opressor nos oprimidos” (Freire, 1987, p. 27).

A situação dos negros brasileiros reflete a teoria de Freire, uma vez que o racismo faz com que grande parcela da comunidade negra não consiga reconhecer a própria condição de subalternidade e opressão. Como foi naturalizada, a discriminação racial penetrou o tecido social, a cultura, o imaginário e as dimensões inconscientes do comportamento social. A consequência é a assimilação da desigualdade racial pela sociedade, o que desperta nos oprimidos – os negros – o que Freire denominou *medo da liberdade*, ou seja, o receio de romper com o *status quo* e o de alterar as circunstâncias de um futuro já determinado. Aqui se compreende a liberdade como a possibilidade de pleno acesso aos bens materiais, sociais e culturais disponíveis na sociedade. Afinal, uma vida de privações é, para todos os efeitos, uma vida desprovida de autonomia e liberdade (Arruda, 2020).

³ ARRUDA, Kátia Magalhães; HANNA, Matheus Elias. O racismo e a saúde mental dos trabalhadores negros: causas, efeitos e soluções. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 62, n. 246, p. 55-69, abr./jun. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p55. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/246/ril_v62_n246_p55

⁴ Arruda, K. M., & Hanna, M. E. (2025). O racismo e a saúde mental dos trabalhadores negros: causas, efeitos e soluções. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 62(246), 55-69. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p55

A liderança nos índices de analfabetismo, desemprego, subemprego, homicídio, encarceramento, desnutrição e pobreza evidencia a submissão dos negros a um sistema que os afasta do centro em que se asseguram direitos e retira-lhes a liberdade e a garantia de um futuro digno. Esse cenário provoca na população negra sentimentos de impotência e frustração, desencadeia sintomas depressivos, ansiedade, estresse, fobia e outros transtornos psicossociais.

Mediante abordagem crítico-dialética e de pesquisas bibliográficas e demográficas como recursos metodológicos, este trabalho analisa as características do racismo praticado no País e suas consequências. Ao final, sugerem-se políticas públicas para reduzir os impactos do racismo na saúde mental dos trabalhadores negros, como programas de conscientização e apoio psicológico e medidas afirmativas que promovam sua inserção em cargos de gestão de empresas públicas e privadas.

2 A dificuldade de adoção de políticas públicas que revertam a desigualdade racial no Brasil

Em *Casa-grande & senzala*, Gilberto Freyre aponta a miscigenação entre brancos, negros e indígenas como fator preponderante na formação da sociedade brasileira, decorrente de uma tendência à “miscibilidade” dos portugueses que povoaram a colônia americana a partir do século XVI (Freyre, 2019). Com isso, Freyre estabeleceu uma falsa relação entre atração sexual e tolerância racial, como se a primeira fosse garantia para a segunda.

Essa compreensão equivocada dos fatos assentou a construção do mito da “democracia racial”, em que a convivência das “três raças” seria pacífica e desprovida de preconceitos. No entanto, a atração sexual não decorre necessariamente de tolerância e aceitação racial entre os que praticam o sexo. Ao contrário, essa atração depende de subjetividades, ao passo que a questão racial se relaciona à cultura e à ideologia dos diferentes grupos raciais; isso significa que um homem branco pode sentir-se atraído por uma mulher negra e, ao mesmo tempo, discriminá-la racialmente (Vainfas, 1999). A esse respeito, Freyre (2000, p. 36) reproduz um ditado vigente na colônia: “Branca para casar, mulata para f[...], negra para trabalhar”.

Segundo Darcy Ribeiro, a instrumentalização do negro tanto no plano sexual quanto nas relações de trabalho evidencia o desprezo – ainda presente – de parte da população branca em relação à negra. Assim, de forma diferente do que argumenta Freyre, a miscigenação de brancos, negros e indígenas evidenciaria tão somente a natureza assimilatória do racismo praticado no Brasil, que se caracteriza pela expectativa de *branqueamento* da população negra por meio do clareamento da pele ou do alcance do *status* social atribuído aos brancos (Ribeiro, 2015, p. 169). Comprova essa concepção a dinâmica social de negros que integram grupos de convivência de brancos ou porque têm um tom de pele mais claro devido à miscigenação ou porque ascenderam socialmente. No entanto, segundo Ribeiro

(2015, p. 168), essa integração social não mitiga a sensação de não pertencimento dos negros: no caso dos pretos, pelas barreiras sociais impostas à cor escura da pele e, no caso dos mulatos, por estarem inseridos em dois mundos conflitantes – “o do negro, que ele rechaça, e o do branco, que o rejeita”.

Assim, por seu caráter assimilatório, a discriminação racial praticada no Brasil difere do racismo que segrega, a exemplo do que ocorre nos EUA e na África do Sul. Em virtude de sua imagem de pretensa sociabilidade, o racismo por assimilação torna o negro refém de si próprio e desperta-lhe sentimentos de não pertencimento e sabotagem pessoal. Por sua vez, o racismo segregatório, em que pese sua crueldade peculiar, ao menos permite a conservação de uma identidade cultural pelos negros e a criação de redes de solidariedade numa comunidade própria (Ribeiro, 2015, p. 170). Assim, por ter sido forjado pelo mito da democracia racial – apesar de contestado pela vulnerabilidade social da população negra –, o racismo brasileiro é frequentemente negado tanto por quem o pratica quanto pelos que padecem das suas mazelas.

Essa realidade desarma o negro na luta contra a desigualdade racial. A falsa ideia de ordem social faz com que o Estado não atente à necessidade de se adotarem políticas que promovam a igualdade racial. A consequência é a perpetuação da desigualdade e, com ela, o agravamento de doenças relacionadas à saúde mental das pessoas negras, como ansiedade, depressão, baixa autoestima, estresse, fobia, complexo de inferioridade, síndrome do impostor e outros transtornos.

Conforme a Organização Mundial da Saúde, a saúde mental é determinada por uma série de fatores biológicos, ambientais e socioeconômicos, de modo que a exclusão social, a discriminação racial e a violação dos direitos humanos podem colocar em risco a saúde mental (WHO, 2022). Daí a razão de o índice de suicídio entre adolescentes e jovens negros no Brasil ser 45% maior do que entre os brancos (Brasil; Universidade de Brasília, 2018, p. 29). Para agravar o cenário, a prática do racismo impregna os indivíduos, as instituições e as estruturas sociais, o que dificulta a adoção de políticas públicas para mitigar seus efeitos.

O racismo individual é resultado da discriminação racial praticada por indivíduos ou grupos de pessoas, como uma espécie de irracionalidade ou desvio de conduta (Almeida, 2022, p. 36-37). A despeito da evidente necessidade de se punirem os que, individual ou coletivamente, cometem o crime de racismo, ao enfatizar as ações individuais como a principal causa da discriminação racial, a concepção individualista do racismo é utilizada por quem se opõe à intervenção do Estado na economia como o único ou o principal motivo da desigualdade racial. Segundo essa concepção, como o Brasil já dispõe de leis que buscam punir quem comete o crime de racismo, não haveria a necessidade de políticas públicas para um tratamento diferenciado da população negra.

Todavia, além de ações discriminatórias individuais, a desigualdade racial é causada sobretudo por práticas mantidas sob o manto da legalidade, pois o racismo é também institucional e estrutural. É institucional, porque as instituições são comandadas por grupos raciais hegemônicos – no caso, os brancos – que as utilizam para assegurar seus privilégios

e impor seus interesses políticos e econômicos (Almeida, 2022, p. 39-40). Ao mesmo tempo, é estrutural, porque os estereótipos e falsos consensos acerca da população negra já fazem parte do imaginário social e são reforçados cotidianamente pelos meios de comunicação, pela indústria cultural, pelos padrões de consumo e pelo sistema educacional (Almeida, 2022, p. 65). Isso significa que a utilização das instituições para manter os interesses políticos e econômicos dos brancos em detrimento dos negros é produto não só da predisposição dos primeiros em fazê-lo, mas deve-se principalmente ao fato de o racismo ter penetrado o tecido social e de a desigualdade racial ter sido naturalizada pela sociedade.

Esse cenário dificulta a adoção de políticas públicas que busquem diminuir a desigualdade racial, na medida em que o Estado, o Direito e as relações econômicas, considerados os principais meios de combate ao racismo, estão distantes do ideal de neutralidade e, não raro, manifestam-se na perspectiva de um sujeito universal, correspondente à figura do homem branco, heterossexual e detentor de posses. As abordagens policiais, as audiências de custódia, as condições precárias das prisões brasileiras e a tributação regressiva da renda são exemplos de medidas que, amparadas pelo Estado, o Direito e a Economia, refletem práticas raciais inequivocamente discriminatórias. Assim, de um lado, os negros são responsabilizados pela própria penúria em decorrência da propagação do mito da democracia racial e da natureza assimilatória do racismo; de outro, o racismo individual, institucional e estrutural obsta as políticas públicas que poderiam mitigar os efeitos da discriminação racial. O resultado é a subtração da liberdade e autonomia dos negros dada a evidente privação de bens materiais, culturais e sociais a que estão submetidos, bem como o agravamento do risco de doenças relacionadas à saúde mental.

Ao mesmo tempo em que a natureza do racismo praticado no Brasil dificulta a adoção de políticas públicas voltadas para a promoção da igualdade material entre as pessoas, suas particularidades apontam para a necessidade de que se efetivem por meio de ações afirmativas, sob pena de não se concretizarem os ideais de igualdade e não discriminação estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

3 A situação social e os reflexos na saúde física e mental dos trabalhadores negros

Estima-se que cerca de quatro milhões de africanos foram trazidos entre os séculos XVI e XIX, no contexto do sistema escravocrata implantado pela metrópole portuguesa (Ribeiro, 2015, p. 87); contudo, ainda que iguais na cor e na condição servil, eles eram diferentes na língua, na identificação tribal e na religião (Ribeiro, 2015, p. 87).

Essa diversidade linguístico-cultural e a política de evitar a reunião de escravos de uma mesma etnia numa só propriedade compeliram-nos a se incorporarem passivamente no universo cultural da nova sociedade que estava sendo formada e, por consequência, evitou a consolidação de manifestações organizadas. Os negros mantiveram ritmos musicais, gostos

culinários, saberes e valores espirituais, pouco a pouco assimilados de forma original e irreverente, mas sem grande correspondência com as culturas originárias (Ribeiro, 2015, p. 88-89). Desse modo, muito mais que a liberdade e autonomia, os negros originários tiveram arrancados os costumes, as línguas, as culturas, a dignidade. A respeito da experiência vivida por eles durante o período escravocrata, Ribeiro (2015, p. 91) destaca que, sem

amor de ninguém, sem família, sem sexo que não fosse a masturbação, sem nenhuma identificação possível com ninguém – seu capataz podia ser um negro, seus companheiros de infortúnio, inimigos –, maltrapilho e sujo, feio e fedido, perebento e enfermo, sem qualquer gozo ou orgulho do corpo, vivia a sua rotina. Esta era sofrer todo o dia o castigo diário das chicotadas soltas, para trabalhar atento e tenso. Semanalmente vinha um castigo preventivo, pedagógico, para não pensar em fuga, e, quando chamava atenção, recaía sobre ele um castigo exemplar, na forma de mutilações de dedos, do furo de seios, de queimaduras com tição, de ter todos os dentes quebrados criteriosamente, ou dos açoites no pelourinho, sob trezentas chicotadas de uma vez, para matar, ou cinquenta chicotadas diárias, para sobreviver. Se fugia e era apanhado, podia ser marcado com ferro em brasa, tendo um tendão cortado, viver peado com uma bola de ferro, ser queimado vivo, em dias de agonia, na boca da fornalha ou, de uma vez só, jogado nela para arder como um graveto oleoso.

Mesmo depois de libertos, os negros continuaram a ser alvos da discriminação e da repressão, e foram deixados à míngua, sem terra, trabalho ou indenização pelos danos do regime escravista. No livro *Depoimento de escravos brasileiros*, o historiador Mário José Maestri Filho expõe o relato do ex-escravo Mariano dos Santos: “E no tempo dos escravos, e depois dos escravos, da escravidão mesmo, inda passei fome. Porque, depois da libertação, nós saímos. Saímos sem nada – sem recurso, só com a roupa do corpo” (Maestri Filho, 1988, p. 39). Na realidade, após a Lei Áurea, que extinguiu oficialmente a escravidão, os negros rurais foram condenados ao trabalho degradante, à fome e à miséria; e os negros urbanos enfrentaram a pobreza e os empregos socialmente estigmatizados.

Como consequência do descaso e da discriminação racial, os negros hoje são maioria entre os mais pobres, os analfabetos, os assassinados e os encarcerados. Em 2021, segundo o IBGE (2022b, p. 66), 37,7% das pessoas negras viviam em situação de pobreza, com renda diária inferior a US\$ 5,50 (entre as mulheres e homens brancos, 18,6%). Nesse período, 11% dos negros viviam em condição de extrema pobreza, com renda diária inferior a US\$ 1,90, ao passo que na população branca apenas 5% estavam privados de necessidades básicas como higiene, saneamento básico e moradia digna (IBGE, 2022b, p. 6). Além disso, dentre os 10% com menor renda, 74,1% eram negros e 25% eram brancos; em contrapartida, dentre os 10% com maior renda, 70,5% eram brancos e apenas 27,7% eram negros (IBGE, 2022a). E, quanto à violência, em 2021 a taxa de homicídio (por 100 mil pessoas) era de 31 entre os negros e de 10,8 entre não negros (Cerqueira; Bueno, 2023, p. 53). Em 2022, apesar de constituírem 56,1% da população, as pessoas negras representavam 68,2% da população

carcerária, ao passo que os brancos, amarelos e indígenas compunham 31,8% (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 284).

No mercado de trabalho, a desigualdade racial também é evidente: os negros são os que mais convivem com o desemprego e a informalidade. A taxa de formalização entre os ocupados (que considera a proporção dos trabalhadores que contribuem para a Previdência e têm carteira assinada) é de 67,3% entre os brancos e de 53,7% entre os negros. Dentre os subutilizados (os que trabalham menos que poderiam e gostariam), a proporção é de 22,5% entre os trabalhadores brancos e de 33,2% entre os negros. Com relação aos desocupados (os que não trabalham e buscam oportunidades de emprego), o índice é de 11,3% entre os brancos e de 16,3% entre os negros (IBGE, 2022a).

No campo da educação, em 2019 o índice dos que não sabiam ler e escrever na população negra brasileira era de 8,9%, contra 3,6% na população branca (IBGE, 2019). O mito da democracia racial levou à equivocada ideia de que a maior escolaridade da população negra acarretaria a igualdade material entre trabalhadores brancos e negros. No entanto, os dados apontam que a desigualdade salarial entre eles independe do grau de escolaridade. A renda média por hora trabalhada das pessoas ocupadas com mais de 14 anos e ensino superior completo é de R\$ 34,40 entre os brancos e de R\$ 24,40 entre os negros. Entre os trabalhadores com ensino médio completo ou superior incompleto, o rendimento por hora é de R\$ 13,00 entre os brancos e de R\$ 9,90 entre os negros. Trabalhadores brancos e negros com ensino fundamental completo ou médio incompleto têm renda média por hora de R\$ 9,90 e de R\$ 8,20 respectivamente. E entre os sem instrução esse rendimento é de R\$ 9,20 entre os brancos e R\$ 7,30 entre os negros (IBGE, 2022a).

Quando não se leva em conta o nível de escolaridade, a renda média mensal das pessoas brancas que exercem empregos formais é, em média, de R\$ 3.526,00 por mês e a dos negros, R\$ 2.316,00. Quanto ao trabalho informal, o rendimento médio mensal é de R\$ 2.157,00 entre os brancos e R\$ 1.181,00 entre os negros. Ao se considerarem tanto os que exercem empregos formais quanto os que trabalham na informalidade, a renda média é de R\$ 3.099,00 entre os brancos e R\$ 1.804,00 entre os negros (IBGE, 2022a).

A distribuição dos cargos regulares e de gestão das empresas privadas também reflete a desigualdade racial na sociedade e nas relações de trabalho. De acordo com uma pesquisa realizada em 2016 pelo Instituto Ethos, nas 500 maiores empresas brasileiras, 69% dos estagiários eram brancos e 28,8%, negros. No quadro funcional, 62,8% eram brancos e 35,7% eram negros. Nos cargos de supervisão, 72,2% eram brancos e 25,9% eram negros. Na gerência, 90,1% eram brancos e 6,3% eram negros. Nos quadros executivos, 94,2% dos seus ocupantes eram brancos e apenas 4,7% eram negros. E entre os que ocupavam os conselhos de administração, 95,1% eram brancos e 4,9%, negros (Instituto Ethos, 2016). A Tabela 1 evidencia que nessas empresas a baixa ocupação de cargos de gestão por pessoas negras se mantém desde 2001, quando o estudo foi iniciado.

Tabela 1 – Proporção de trabalhadores em cargos executivos nas 500 maiores empresas brasileiras, segundo a cor, no período de 2001 a 2015

	2001	2003	2005	2007	2010	2015
Brancos	95,2%	96,5%	94,4%	94%	93,3%	94,2%
Negros	2,6%	1,8%	3,4%	3,5%	5,3%	4,7%

Fonte: elaborada pelos autores com base em dados do Instituto Ethos (2016).

Tabela 2 – Proporção de trabalhadores em cargos de gerência nas 500 maiores empresas brasileiras, segundo a cor, no período de 2003 a 2015

	2001	2003	2005	2007	2010	2015
Brancos	-	89%	89%	81%	84,7%	90,1%
Negros	-	8,8%	9%	17%	13,2%	6,3%

Fonte: elaborada pelos autores com base em dados do Instituto Ethos (2016).

Tabela 3 – Proporção de trabalhadores em cargos de supervisão nas 500 maiores empresas brasileiras, segundo a cor, no período de 2003 a 2015

	2001	2003	2005	2007	2010	2015
Brancos	-	84,2%	84,1%	80,1%	73%	72,2%
Negros	-	13,5%	13,5%	17,4%	25,6%	25,9%

Fonte: elaborada pelos autores com base em dados do Instituto Ethos (2016).

Tabela 4 – Proporção de trabalhadores nos quadros funcionais das 500 maiores empresas brasileiras, segundo a cor, no período de 2003 a 2015

	2001	2003	2005	2007	2010	2015
Brancos	-	74,6%	68,7%	73%	67,3%	62,8%
Negros	-	23,4%	26,4%	25,1%	31,1%	35,7%

Fonte: elaborada pelos autores com base em dados do Instituto Ethos (2016).

O estudo desenvolvido pelo Instituto Ethos foi interrompido em 2016. Contudo, de acordo com o IBGE (2022a), em 2021 pessoas brancas ocupavam 69% dos cargos de gestão e as negras, 29,5%; ou seja, permanece a desigualdade racial nos cargos de chefia.

Esses dados indicam que a desigualdade racial no mercado de trabalho decorre do passado escravocrata e da persistente discriminação racial. De janeiro de 2020 a junho de 2023, houve 121.681 ações trabalhistas envolvendo questões discriminatórias, o que inclui a discriminação racial (Assuntos [...], 2023). Esse cenário sugere que os trabalhadores negros pouco ou nada podem fazer para evitar a injustiça social de que são vítimas, o que lhes

acarreta a sensação de impotência e inferioridade – e, no limite, transtornos emocionais e psíquicos. Dentre outros motivos, a saúde mental de um empregado decorre da percepção tanto alheia quanto de si mesmo; trabalhadores expostos à discriminação racial estão sujeitos à perda da sua mobilização subjetiva e, com ela, da sua capacidade de resistir aos constrangimentos do trabalho (Alencar; Silva, 2021). Em outras palavras, os trabalhadores negros são muito suscetíveis à internalização de estereótipos negativos acerca da sua raça, o que desperta sentimentos de inadequação e de desprezo de si próprios, que não raro culminam em depressão, ansiedade e sabotagem pessoal (Moreira, 2023, p. 745). Por exemplo: o fato de poucas pessoas negras ocuparem cargos de chefia alimenta em trabalhadores negros a crença de que não lhes concerne o *status* social de quem ocupa cargos dessa natureza.

Os membros das chamadas *duplas minorias*, como negras e negros não heterossexuais são ainda mais propensos àqueles sintomas no ambiente de trabalho. A sujeição a mais de um sistema opressor dificulta a criação de redes de solidariedade nas diferentes comunidades a que pertencem (Moreira, 2023, p. 744). Os obstáculos encontrados por mulheres negras são diferentes, senão maiores, que os enfrentados por homens negros. Do mesmo modo, a realidade social e os desafios impostos às pessoas pardas são distintos dos enfrentados por pessoas pretas. O mesmo se pode dizer das adversidades encontradas por negros LGBTQIAPN+, quando comparadas às sofridas por negros heterossexuais ou por negros imigrantes quando comparadas às dos negros brasileiros.

A desigualdade racial, em todas as suas variações de gênero, nacionalidade, cor e orientação sexual, fortalece estereótipos e falsos consensos que estimulam práticas discriminatórias no ambiente laboral e acarretam problemas associados à saúde mental dos trabalhadores negros.

4 Medidas para reduzir riscos à saúde dos trabalhadores negros

Políticas públicas de aumento da proporção de negros em cargos de gestão de empresas públicas e privadas certamente poderiam resultar na redução dos impactos psicossociais do racismo. As cotas raciais, por exemplo, podem diminuir a desigualdade racial no mercado de trabalho. Com base na Lei nº 12.990/2014 (*Lei de cotas raciais*), 20% das vagas de concursos para servidores públicos são reservadas a pessoas que se declaram pretas ou pardas (Brasil, 2014). No sistema público de educação, a Lei nº 12.711/2012 (Brasil, [2024]) determina que todas as instituições federais de ensino superior e médio técnico reservem parte das suas vagas a negros e indígenas.

Propõe-se a extensão dessas cotas às empresas privadas, com o fim de compeli-las, por imposição legislativa, a preencher com pessoas negras determinado percentual dos seus cargos de gestão. Assim como ocorre com as vagas destinadas às pessoas com deficiência e aprendizes legais, essas cotas podem restringir-se às empresas de grande porte, com mais de cem empregados, de modo a favorecer a mudança paulatina da percepção social acerca

da possibilidade de pessoas negras exercerem funções de destaque e prestígio social. Outra possibilidade seria a inserção de cláusulas coletivas obrigatórias em convenções ou acordos coletivos de determinados setores ou categorias profissionais, bem como a inclusão na Lei nº 14.133/2021 (*Lei de licitações e contratos administrativos*) (Brasil, [2023b]) da exigência de que as empresas contratadas pela Administração Pública reservem um percentual de cargos de chefia ocupados por negros.

Sugere-se também a concessão de incentivos fiscais – dedução específica do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – às empresas que atingirem o percentual mínimo de 30% de pessoas negras em seus quadros de gestão (executivos, gerentes e supervisores). Como alternativa para favorecer a participação de negros em cargos de gestão, poder-se-ia atribuir um selo de qualidade e/ou diversidade às empresas que aumentassem a proporção de negros nesses cargos; ao evidenciar uma boa prática de governança corporativa, essa certificação melhoraria tanto a percepção externa e interna a respeito das empresas quanto seus resultados financeiros e operacionais.

Tais medidas vão ao encontro do dever constitucional do Estado de planejar e alocar recursos para o alcance da igualdade material e a consequente redução das desigualdades sociais. Tais políticas públicas – cotas, incentivos fiscais, cláusulas coletivas obrigatórias e selos de qualidade – poderiam ser aplicadas às empresas que implantassem programas de capacitação exclusivos para negros ou instituíssem programas de apoio ao *afroempreendedorismo*. Esses programas facilitariam a ascensão de negros a cargos de gestão. Por sua vez, os programas destinados ao *afroempreendedorismo* incentivariam o desenvolvimento de atividades empresariais, criativas e inovadoras e seriam fundamentais para incluir a população negra na grande roda da economia, especialmente porque os empreendedores negros enfrentam maiores dificuldades para abrir e manter os seus negócios. No caso específico das mulheres negras – muitas das quais acumulam emprego e a condição de arrimos de família –, esses programas seriam fundamentais para reduzir a informalidade nas relações de trabalho e as barreiras sociais impostas.

Como Estado democrático social de Direito, o Brasil, como é constituído por um tripé formado pela pessoa humana, com a sua dignidade; pela sociedade política, que deve ser democrática e inclusiva; e pela sociedade civil, o que inclui as empresas privadas, as quais também devem ser democráticas e inclusivas (Delgado; Delgado, 2012, p. 42). Conforme o art. 170 da CRFB, a redução das desigualdades regionais e sociais é um dos princípios fundamentais da ordem econômica. Ou seja, os princípios que regem a atividade econômica no País – a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa – traduzem o dever de os agentes privados promoverem a inclusão e combaterem a desigualdade racial. Isso significa que a erradicação da pobreza e a superação das consequências negativas das desigualdades sociais e regionais são objetivos a serem alcançados por toda a sociedade, e não somente pelos entes públicos, o que ressalta a necessidade de a iniciativa privada contribuir para reduzir a desigualdade racial nos locais de trabalho.

É possível, pois, implantar políticas públicas que imponham ou estimulem a inserção de negros em cargos de gestão de empresas privadas; mais que isso, ela encontra respaldo na ordem jurídica brasileira e na legislação internacional. A Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1958), firma a necessidade de os países signatários – dentre eles, o Brasil – implantarem políticas que favoreçam a inserção de negros no mercado de trabalho. Assim também, programas de conscientização dos trabalhadores em geral podem ser utilizados para reduzir os impactos do racismo na saúde mental dos trabalhadores negros. A discriminação racial manifesta-se de diversas formas no ambiente de trabalho e pode ocorrer mediante o descrédito do trabalhador negro, de modo que o questionamento do trabalho que ele realiza não diz respeito propriamente à atividade desempenhada, mas à pessoa – o ataque é pessoal, e não profissional (Zolin, 2022).

O policiamento de tom é outra forma de discriminação racial, pois o conteúdo da fala do negro, ainda que acertado, é deixado de lado em detrimento da forma como é expresso (Zolin, 2022). Ou o apagamento da fala, que ocorre quando o negro é completamente ignorado por quem o escuta (Zolin, 2022). Menciona-se também o *salvacionismo* branco, que atribui eventuais promoções à generosidade dos brancos, e não à competência dos negros (Zolin, 2022). Por fim, observa-se a baixa tolerância com os trabalhadores negros e o reconhecimento vazio que a eles são destinados: suas qualidades e competências, mesmo que elevadas, não são reconhecidas com aumento salarial ou promoção na carreira (Zolin, 2022).

Nesse cenário, são fundamentais os programas de conscientização que busquem evitar condutas que potencializem o surgimento de danos à saúde psicológica dos trabalhadores negros. Esses programas podem ser desenvolvidos mediante peças de publicidade, palestras e cursos ou pela inserção de temas relativos à discriminação racial no currículo dos cursos de formação em geral, sobretudo os de gestão de recursos humanos. Ao formar indivíduos comprometidos com o fim da desigualdade racial, a educação pode contribuir para desmantelar as bases do racismo e modificar práticas e discursos políticos (Foucault, 2002, p. 45).

Outra política pública para reduzir os efeitos do racismo na saúde mental é a implantação de redes de apoio psicológico aos trabalhadores negros. A empresa AfroSaúde (2020), por exemplo, oferece à comunidade negra serviços de saúde (medicina, fisioterapia, nutrição e especialmente psicologia) prestados por profissionais negros. Além de fortalecer sua presença no mercado de trabalho, isso propicia um tratamento adequado à população negra, já que os profissionais dessa rede conhecem como ninguém as especificidades e os efeitos da discriminação na saúde mental. Diante das inúmeras interseccionalidades discriminatórias, possivelmente uma mulher negra saiba o que se passa na mente de uma outra mulher negra que tenha sido assediada sexualmente no ambiente de trabalho. Iniciativa semelhante poderia ser estendida ao sistema público de saúde. Sobre esse tema, o art. 1º, alínea 5, da *Convenção interamericana contra o racismo* (adotada no Brasil mediante o Decreto nº 10.932/2022) estabelece que as

medidas especiais ou de ação afirmativa adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção não constituirão discriminação racial, desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos separados para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos (Brasil, 2022).

Trata-se de disposição legislativa que rechaça o argumento de que políticas afirmativas voltadas exclusivamente para os negros seriam atos discriminatórios contra grupos que não seriam beneficiados. Além disso, conforme dispõem os arts. 5º, 6º e 7º da *Convenção*, o Brasil comprometeu-se a formular políticas que concedam igualdade de oportunidades aos negros e coíbam qualquer tipo de discriminação racial no mercado de trabalho, seja na esfera pública, seja no âmbito privado. Daí a necessidade de se implantarem políticas que atuem tanto na prevenção quanto na redução dos efeitos do racismo na saúde mental dos trabalhadores negros.

5 Conclusão

A desfaçatez com que o racismo é praticado no Brasil leva toda a sociedade a participar de um grande teatro em que a discriminação racial é negada tanto por quem a pratica quanto pelos que sofrem de suas mazelas. O resultado é a naturalização da desigualdade racial e a disseminação de estereótipos, como uma espécie de idiosincrasia social.

Isso ocorre porque o racismo brasileiro se assenta numa perspectiva de *branqueamento* da população: os negros que adquirem o *status* social “atribuído” aos brancos ou que tenham um tom de pele mais claro atendem aos interesses políticos e econômicos da elite branca. O racismo impregna de tal modo que se manifesta não só em comportamentos individuais, mas também nas instituições e relações socioeconômicas. Assim, a condição precária de grande parte da população negra brasileira não é fruto do acaso. Ao contrário, ela resulta da discriminação racial. Por isso, os trabalhadores negros são preteridos em cargos de prestígio social e têm remunerações e oportunidades de trabalho menores que as reservadas aos brancos.

A saúde mental resulta de fatores ambientais, socioeconômicos e biológicos; desse modo, a discriminação é um fator de risco para quem é vítima do racismo. A condição psicossocial de um empregado negro decorre da percepção que os outros têm dele, mas também da que ele tem sobre si. Isso significa que os trabalhadores expostos à discriminação racial estão sujeitos à diminuição de sua mobilização subjetiva e, por consequência, da sua capacidade de resistir aos constrangimentos no trabalho. A consequência dessa realidade é a maior propensão dos trabalhadores negros ao desenvolvimento de transtornos psicossociais.

Nesse cenário propõe-se, de um lado, a adoção de políticas afirmativas que estimulem a inserção de negros em cargos de gestão em empresas privadas e públicas – como cotas

raciais, cláusulas coletivas obrigatórias, incentivos fiscais, instituição de selos de qualidade/diversidade – e, de outro, o estabelecimento de programas de conscientização e de apoio psicológico para os trabalhadores afetados pela discriminação racial. Com isso, o Estado e a sociedade concentrariam esforços tanto na prevenção quanto na mitigação dos efeitos do racismo na saúde mental dos trabalhadores negros. Trata-se de políticas que buscariam a superação das consequências negativas das desigualdades sociais e regionais, como determina a CRFB.

Referências

AFROSAÚDE. *Conheça a AfroSaúde*. [S. l.]: AfroSaúde, 17 mar. 2020. 1 vídeo (ca. 3 min). Publicado pelo canal AfroSaúde. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qV0icliIaAo&t=6s>. Acesso em: 25 out. 2024.

ALENCAR, Ana Verônica de; SILVA, Edil Ferreira da. Revisão sistemática sobre trabalho, racismo e sofrimento psíquico no contexto brasileiro. *Psicologia: ciência e profissão*, Brasília, DF, v. 41, n. especial, p. 1-20, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/1982-3703003191716>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/DbmHzjrLvGbWfZ5ncbtYJTb/>. Acesso em: 25 out. 2024.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro: Pólen, 2022. (Feminismos plurais).

ARRUDA, Kátia Magalhães. Desenvolvimento e políticas públicas como instrumentos de liberdade: uma análise do pensamento de Amartya Sen. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas: RDRST*, Brasília, DF, v. 6, n. 1, p. 49-63, jan./abr. 2020.

ASSUNTOS na Justiça do Trabalho: ranking dos assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho 2023. Brasília, DF: TST, 2023. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>. Acesso em: 25 out. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022*. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em: 25 out. 2024.

_____. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 25 out. 2024.

_____. *Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012*. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 25 out. 2024.

_____. *Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014*. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm. Acesso em: 25 out. 2024.

_____. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2023b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 25 out. 2024.

_____. *Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023*. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2023c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm. Acesso em: 25 out. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde; UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Óbitos por suicídio entre adolescentes e jovens negros 2012 a 2016*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: https://bvms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/obitos_suicidio_adolescentes_negros_2012_2016.pdf. Acesso em: 25 out. 2024.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). *Atlas da violência 2023*. Brasília, DF: Ipea: FBSP, 2023. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/9350-223443riatlasdaviolencia2023-final.pdf>. Acesso em: 25 out. 2024.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública 2023*. São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 25 out. 2024.

FOUCAULT, Michel. *El orden del discurso*. Traducción de Alberto González Troyano. Barcelona: Tusquets, 2002. (Fábula, 126).

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global Ed., 2019. (Introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil, 1). E-book.

_____. Prefácio à 1ª edição. In: _____. *Casa grande & senzala: introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: educação 2019*. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo.pdf. Acesso em: 25 out. 2024.

_____. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2021*. Rio de Janeiro: IBGE, 2022a.

_____. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2022*. Rio de Janeiro: IBGE, 2022b. (Estudos e pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica, n. 49). Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101979>. Acesso em: 25 out. 2024.

INSTITUTO ETHOS. *Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas*. São Paulo: Instituto Ethos, 2016. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/publicacao/perfil-social-racial-e-de-genero-das-500-maiores-empresas-do-brasil-e-suas-aco-es-afirmativas/>. Acesso em: 25 out. 2024.

MAESTRI FILHO, Mário José. *Depoimentos de escravos brasileiros*. São Paulo: Ícone, 1988. (Coleção malungo-memória).

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2023.

OIT. *C111 – Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação*. Genebra: OIT, 1958. Disponível em: <https://www.ilo.org/pt-pt/resource/c111-discriminacao-em-materia-de-emprego-e-ocupacao>. Acesso em: 25 out. 2024.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Global Ed., 2015.

VAINFAS, Ronaldo. Colonização, miscigenação e questão racial: notas sobre equívocos e tabus da historiografia brasileira. *Revista Tempo*, Niterói, v. 8, n. 3, p. 1-12, ago. 1999. Disponível em: https://www.historia.uff.br/tempo/artigos_dossie/artg8-1.pdf. Acesso em: 25 out. 2024.

WHO. *World mental health report: transforming mental health for all*. Geneva: WHO, 2022. Disponível em: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/356119/9789240049338-eng.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 out. 2024.

ZOLIN, Beatriz. Como o racismo no trabalho impacta a saúde mental? *Portal Drauzio Varella*, São Paulo, 18 dez. 2022. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/psiquiatria/como-o-racismo-no-trabalho-impacta-a-saude-mental/>. Acesso em: 25 out. 2024.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

A inconstitucionalidade do mandado de criminalização proposto na PEC nº 45/2023

The Unconstitutionality of the Criminalization Order Proposed in PEC n. 45/2023

Claudio Demczuk de Alencar¹

Resumo

O artigo demonstra a inconstitucionalidade da PEC nº 45/2023 com base na caracterização dos mandados de criminalização como institutos históricos e excepcionais. Isso significa que o constituinte derivado não pode instituir novas hipóteses de mandados sem que infrinja os postulados dos direitos e garantias individuais e da separação dos Poderes (inconstitucionalidade formal). Do mesmo modo, se se procede ao exame da constitucionalidade material, a solução não é diferente; a criminalização do consumo de drogas por adultos capazes em quantidades compatíveis com o uso pessoal, como determina a PEC nº 45/2023, não responde adequadamente aos critérios da dignidade penal (merecimento) nem da carência da pena (necessidade). Desse modo, seu componente de proibição do excesso é desproporcional e contraria jurisprudência recente do STF a respeito do tema.

Palavras-chave: PEC nº 45/2023; Direito Penal; mandados de criminalização; Direito Constitucional; controle de constitucionalidade.

Abstract

The article demonstrates the unconstitutionality of PEC n. 45/2023 based on the characterization of criminalization orders as historical and exceptional institutes. This means that the derived constituent cannot establish new hypotheses of orders without violating the postulates of individual rights and guarantees and the separation of Powers (formal unconstitutionality). Likewise, if the substantive constitutionality is examined, the solution is no different; the criminalization of drug use by capable adults in quantities compatible with personal use, as determined by PEC n. 45/2023, does not adequately

¹ Claudio Demczuk de Alencar é mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; consultor legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil; advogado. E-mail: claudioalencar@pertence.com.br

respond to the criteria of criminal dignity (merit) or the need for punishment (necessity). Therefore, its component of prohibition of excess is disproportionate and contradicts recent jurisprudence of the STF on the subject.

Keywords: PEC n. 45/2023; Criminal Law; criminalization warrants; Constitutional Law; constitutionality control.

Recebido em 19/8/24

Aprovado em 31/1/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p71

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 45, de 2023, pretende alterar o art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), para estabelecer um *mandado de criminalização* para a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”⁴. A iniciativa é inédita: ainda não se havia tentado limitar o poder de conformação do legislador penal ordinário mediante emenda constitucional (EC).

A PEC nº 45/2023, também chamada *PEC das drogas*, já aprovada em dois turnos no Senado Federal, aguarda deliberação da Câmara dos Deputados. Contudo, ao contrário do que se poderia esperar de um mandado de criminalização, seu intento declarado não se destina propriamente ao legislador; conforme se afirma na justificção, o propósito é alterar o possível resultado do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 635.659/SP, no qual se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (*Lei de drogas*) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que deu provimento ao recurso.

2 ALENCAR, Claudio Demczuk de. A inconstitucionalidade do mandado de criminalização proposto na PEC nº 45/2023. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 246, p. 71-97, abr./jun. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p71. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/246/ril_v62_n246_p71

3 Alencar, C. D. de. (2025). A inconstitucionalidade do mandado de criminalização proposto na PEC nº 45/2023. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(246), 71-97. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p71

4 O novo inciso LXXX do art. 5º da CRFB, segundo o texto aprovado pelo Senado, teria a seguinte redação: “a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, observada a distinção entre traficante e usuário por todas as circunstâncias fáticas do caso concreto, aplicáveis ao usuário penas alternativas à prisão e tratamento contra dependência” (Brasil, 2023).

Este estudo analisa o emprego e a adequação do instituto jurídico dos *mandados de criminalização* definidos na PEC nº 45/2023 e como sua correta compreensão pode repercutir na análise da sua constitucionalidade. Aliás, a própria denominação desses *mandados* varia bastante, segundo a preferência de diferentes autores. É possível, entretanto, tomar como expressões sinônimas: “mandados de criminalização”, “imperativos explícitos de criminalização” (Gomes, 2003, p. 111), “expressas obrigações constitucionais de tutela penal” (Dolcini; Marinucci, 1994, p. 170), “cláusulas de criminalização” (Luisi, 2003, p. 58), “imposições constitucionais expressas de criminalização” (Cunha, 1995, p. 309; Antunes, 2020, p. 60), “competência punitiva positiva (deveres constitucionais de criminalização)” (Dimoulis, 2016, p. 95), “mandados constitucionais de penalização” (Feldens, 2005, p. 69) e até “indicações constitucionais de criminalização”⁵ (Paschoal, 2003, p. 73).

Adota-se aqui a expressão *mandados de criminalização*, utilizada em trabalhos mais recentes e pelo STF em suas decisões. Dirigido ao legislador ordinário, o mandado de criminalização é uma norma constitucional que estabelece a obrigação de *criminalizar* – no sentido mesmo de *tipificar* – certa conduta. Desse modo, o constituinte registra uma prévia valoração político-criminal concernente à dignidade penal de um bem jurídico e à necessidade de pena para determinada conduta, de modo a afirmar a ambas em substituição do juízo que normalmente competiria ao legislador ordinário.

Um exemplo: na CRFB há o inciso XLII do art. 5º, que define: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (Brasil, [2024a]). Para dar cumprimento à regra, editou-se a Lei nº 7.716/1989 (*Lei de racismo*), que “define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”. É notável, pois, a atuação do legislador penal infraconstitucional para efetivar o disposto no texto da CRFB (Gonçalves, 2007, p. 162).

À primeira vista, chama atenção a frequência de certa prevenção ao tema dos mandados de criminalização. Gomes (2003, p. 111) afirma tratar-se de “questão delicada”; Palazzo (1989, p. 103) vê um “problema” nas obrigações constitucionais de criminalização; Prado (1997, p. 81) entende as indicações criminalizadoras como “excepcionais”; Semer (2020, p. 175) aponta que a contradição de motivos no cerne do instituto recomenda extrema cautela em sua aplicação; Santana Vega (2001, p. 865) pontua que se trata de “problemática cuestión”; e Paschoal (2003, p. 134) vai além e defende que, mesmo nos casos de determinações constitucionais, não pode haver obrigatoriedade incondicional de criminalização.

O estudo dos mandados de criminalização está no vértice das relações entre a Constituição e o Direito Penal. Mais que isso, está entre os direitos fundamentais dos acusados e das vítimas e a intervenção penal. O ponto nevrálgico é conceber a Constituição não apenas como limite, mas também como fundamento do Direito Penal, de modo que a existência dos mandados de criminalização é evidente sintoma.

⁵ Com as ressalvas que obviamente o entendimento da autora impõe (Paschoal, 2003, p. 96).

2 Perspectiva histórica dos mandados de criminalização

2.1 Mandados de criminalização de primeira geração

Os mandados de criminalização estão presentes em Constituições ocidentais, e o Brasil muito se valeu deles. Na maioria das vezes, os mandados prescritos pelo constituinte originário estão relacionados ao contexto histórico e político da ruptura que desaguou no processo constituinte (Santana Vega, 2001, p. 866). Trata-se dos mandados de primeira geração.

Na Alemanha do pós-Segunda Guerra, por exemplo, estabeleceu-se apenas um mandato de criminalização: a punição ao atentado à convivência pacífica entre os povos e à preparação de guerra de agressão (Deutschland, [2024], art. 26). Na Constituição da Itália, também há um: a penalização da violência física e moral contra pessoas submetidas a restrições de liberdade (Italia, 2023, art. 13, n. 4). Dolcini e Marinucci (1994, p. 173-174) registram sua presença na Constituição alemã “como resposta às experiências tiradas do período do nacional-socialismo”; e que na italiana se refletiu “o conhecimento dos arbítrios e das violências, sobretudo de parte da polícia, que se tinham perpetrado sob o regime fascista”. Cunha (1995, p. 212), por sua vez, ressalta o “condicionalismo histórico bem situado” de semelhantes dispositivos, ao passo que Santana Vega (2001, p. 867) salienta a realização desses processos constituintes posteriores a regimes autoritários e a preocupação de se evitar “la repetición de tan trágico pasado”.

2.2 Mandados de criminalização de segunda geração

Há outra ordem de mandados de criminalização também históricos, mas prospectivos e direcionados ao futuro: os da segunda geração. São os mandados relativos a bens jurídicos coletivos considerados vulneráveis e de difícil recuperação, numa projeção social de futuro (Santana Vega, 2001, p. 867). Na Constituição espanhola, por exemplo, destacam-se como merecedores e carentes de sanções penais a proteção do meio ambiente (art. 45.3) e a conservação do patrimônio histórico, cultural e artístico (España, [2024], art. 46). De acordo com Palazzo (1989, p. 104), tais “cláusulas são expressões de uma sensibilidade constitucional, hoje indiscutivelmente viva na tutela dos interesses difusos e sociais, destinada a perdurar por todo o futuro no quadro das indicações de conteúdo, características do Estado Social”.

No Brasil não é diferente. A CRFB contém mandados de criminalização de primeira e segunda gerações. Após a ditadura militar (1964-1985), o constituinte originário ocupou-se do passado recente ao definir como crime a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV); também estabeleceu a necessidade de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias individuais (art. 5º, XLI), além do severo tratamento penal para a tortura (art. 5º, XLIII). Na outra ponta, com os olhos no futuro, o constituinte firmou que as condutas e atividades lesivas

ao meio ambiente sujeitam os infratores, inclusive pessoas jurídicas, a sanções penais e administrativas (Brasil, [2024a], art. 225, § 3º).

Assim, os mandados de criminalização são institutos jurídicos históricos, frutos “de um condicionamento historicamente bem situado pelo constituinte” (Palazzo, 1989, p. 104). Trata-se de razões de política criminal orientadas para o futuro ou pelo passado que não se quer repetir – daí sua perenização no texto constitucional. Nisso há uma imbricação histórica: o juízo prospectivo do constituinte tomado em dadas circunstâncias acaba plasmado na Constituição.

2.3 Excepcionalidade dos mandados de criminalização

A par de sua perspectiva histórica, ou mesmo em razão dela, são excepcionais os mandados de criminalização. Sua primeira função é não só criar para o legislador ordinário a obrigação de criminalizar, mas também conferir maior estabilidade (ou mesmo “engessamento”) à abordagem dos temas que passam a submeter-se à disciplina de reforma das Constituições rígidas.

É preciso, entretanto, observar o princípio da legalidade (Brasil, [2024a], art. 5º, XXXIX). Não pode o constituinte suplantar a função reservada ao legislador ordinário ao estabelecer um mandato de criminalização. Gonçalves (2007, p. 162), nessa linha, teoriza sobre o que chamou de “tipo constitucional de crime”, em que o preceito primário (tipo descritivo) e o secundário (sanção cominada) fossem dispostos em norma constitucional⁶. Para o autor, semelhante construção seria inconstitucional ao infringir o princípio da legalidade, pois a própria Constituição estabelece que a lei ordinária é o *locus* apropriado para a tipificação de condutas. Isso tem uma razão de ser: a lei penal deve ser flexível justamente para acompanhar a dinâmica dos valores da sociedade. Em regra, a lei penal é mutável e seu “engessamento” constitucional, uma exceção; assim, os mandados de criminalização, condicionados historicamente, têm caráter excepcional (Santana Vega, 2001, p. 866).

Outro dado que se pode recolher desses exemplos de mandados de criminalização é que os crimes mais graves não são os escolhidos pelo constituinte para figurar em dispositivos constitucionais. O bem jurídico *vida*, por exemplo, não consta expressamente de nenhuma daquelas Constituições, embora seja realmente difícil recusar dignidade penal à vida humana. Esse é exatamente o ponto de partida de algumas construções em torno dos mandados *implícitos* de criminalização (Feldens, 2005, p. 118) examinados adiante; por ora, basta reafirmar o caráter histórico da seleção dos mandados de criminalização. Se no passado anterior a uma assembleia constituinte certo evento tivesse provocado uma grave periclitância da vida, ou se isso se pudesse ter antevisto, a esse bem jurídico poderia ter sido

⁶ A redação da PEC nº 45/2023 chega bem perto disso.

concedido um mandado de criminalização⁷. E isso não se verificou; não porque a vida não seja dotada de dignidade penal suficiente, mas porque critérios históricos não indicavam uma necessidade premente.

2.4 Especificidades do caso brasileiro

Também se devem considerar os mandados de criminalização constantes da CRFB. Gomes (2003, p. 111) julga ser “excepcionalmente ampla” a quantidade de imperativos explícitos de criminalização. Luisi (2003, p. 58) afirma que a CRFB foi “por demais farta” nessa função criminalizadora. Santana Vega (2001, p. 867) menciona o espectro mais amplo da Constituição, e Dolcini e Marinucci (1994, p. 171) ressaltam ser excepcionalmente vasto o rol de mandados de criminalização da CRFB.

A correlação de forças políticas na Assembleia Nacional Constituinte (ANC) (1987-1988) resultou não só nos tradicionais dispositivos históricos (por exemplo, sobre a tortura e ação de grupos armados) e nos relativos a um projeto de país (por exemplo, sobre meio ambiente), mas também em outros, desligados dessa agenda progressista, para atender aos conservadores na então incipiente pauta da segurança pública (por exemplo, o tráfico ilícito de entorpecentes e os crimes hediondos).

A esse respeito, Dimoulis (2016, p. 96) argumenta que a CRFB cuidou de pormenorizar os direitos e garantias penais e processuais penais para afastar a recorrência das violências perpetradas na ditadura. A crença no potencial do Direito Penal para a solução de conflitos, no entanto, não se abalou; da retenção de salários aos danos ambientais, a solução tem sido o Direito Penal. Para o autor, a opção do constituinte “confirma a natureza compromissória da Constituição de 1988, que incorpora normas de inspiração diversa e não raramente contraditória, atendendo reivindicações de grupos sociais com interesses contrapostos” (Dimoulis, 2016, p. 96).

Gonçalves (2007, p. 18-19) revela o raciocínio: os mandados de criminalização seriam a “contrapartida” do constituinte ao extenso rol de garantias penais e processuais penais constantes da CRFB, o que evidentemente não põe fim à contradição. Paschoal (2003, p. 101-102), por sua vez, afirma que esse suposto acordo pode não ter ocorrido de fato; embora reconheça o caráter negocial da ANC, enfatiza que muitas negociações então consideradas provisórias alcançaram o texto definitivo da CRFB por força de conflitos de interesses insuperáveis.

Por sua vez, em que pese reconhecer a influência da política criminal de *lei e ordem* na constitucionalização dos crimes hediondos, Franco (2007, p. 74, 79) contemporiza com as contradições constantes do texto constitucional para rematar a questão:

⁷ Pense-se, por exemplo, nas repercussões históricas imediatas de um evento como a pandemia de Covid-19 (2020-2023) no funcionamento de uma assembleia constituinte.

Não deve, por fim, causar estranheza que a Constituição abrigue posições que se antagonizam, ora movidas pela nobreza da motivação, ora cedendo a posturas político-criminais menos generosas. Está ela longe de ser uma ordenação fechada em si mesma e que, por tal motivo, guarde uma harmonia perfeita. Toda Constituição tem necessariamente áreas de tensão na medida em que tais áreas representam o pluralismo e o confronto de ideias subjacentes ao pacto fundador.

Ou seja, um mandado de criminalização nasce da experiência histórica e do projeto de futuro da Constituição. Trata-se de regra constitucional dirigida ao legislador ordinário. É medida excepcional, que deve ser empregada com cautela, ainda que se considere o vasto rol instituído pelas especificidades do constituinte.

Nisso já se vê que algo anda mal com a *PEC das drogas*, pois a criminalização do porte e posse de droga está na contramão da história e da experiência internacional. Dado o componente histórico e excepcional do instituto, é o caso de se negar legitimidade ao constituinte derivado para tratar do tema, sobretudo quando sua declarada intenção é influir na jurisdição constitucional (Brasil, [2024a], art. 60, § 4º, III-IV). Não há acontecimento histórico algum a recomendar a excepcional adoção de mais um mandado de criminalização. Além disso, não há vácuo ou vazio legislativo, já que vigora o art. 28 da *Lei de drogas*.

Essas breves considerações indicam a inconstitucionalidade formal da PEC nº 45/2023.

3 Constituição, Direito Penal e mandados de criminalização

Se se concebe a Constituição também como *fundamento* do Direito Penal, e não apenas como seu *limite*, como antes ocorria, avultam alguns pontos de contato entre as matérias. O principal deles é a teoria do *bem jurídico*. Nessa concepção, a teoria perde sua função exclusivamente limitadora do poder punitivo, mas o bem jurídico penal ainda deve ter amparo na Constituição. Em linhas gerais, ele é o direito (constitucional) fundamental e, em caso de ofensa, em seu nome se autoriza intervir na liberdade do autor.

Assim, a necessária *congruência* (mas nem por isso *identidade*) deve ser verificada entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais; por isso, Antunes (2020, p. 59) dispõe-nas numa “relação de mútua referência”. Além da aproximação entre direitos fundamentais e bem jurídicos penais, o relacionamento mais direto entre o Direito Penal e a Constituição também ocorre por meio: a) das proibições constitucionais de incriminação; b) dos mandados expressos de criminalização; e c) dos mandados implícitos de criminalização (Dolcini; Marinucci, 1994, p. 155-164, 170-190; Antunes, 2020, p. 59-73).

3.1 Bem jurídico penal, direitos fundamentais e proporcionalidade

A categoria constitucional dos direitos fundamentais relaciona-se *materialmente* com a categoria penal dos bens jurídicos (Feldens, 2005, p. 69). Isso fica mais visível com o desenvolvimento da compreensão de que os direitos fundamentais, sobretudo os de novas gerações, podem ser compreendidos também como *imperativos de tutela*.

Em geral, os direitos fundamentais eram garantias oponíveis pelo cidadão contra o Estado. Com os direitos de segunda e terceira gerações, a correlação ficou mais complexa e podem-se divisar *deveres estatais de prestação* – em que o Estado é obrigado a prover o direito de particulares –, bem como situações em que os direitos fundamentais são mediados pelo Estado numa relação entre particulares e mesmo diretamente entre os cidadãos. São exemplos clássicos disso a liberdade de locomoção (art. 5º, XV), a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII) e o direito à propriedade (Brasil, [2024a], art. 5º, XXII). Entretanto, a defesa do consumidor não consta de um mandado expreso de criminalização. Pode o Estado, ainda assim, criminalizar condutas atentatórias aos direitos dos consumidores? Sim, e o fez por meio da Lei nº 8.078/1990 (*Lei de proteção e defesa do consumidor*). Contudo, nesse caso a missão do legislador e a sua margem de discricionariedade não se esgotam na identificação do bem jurídico com ancoragem constitucional. É preciso mais.

É indispensável que, em relação aos demais princípios penais (notadamente os da ofensividade, subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade), se afirmem a dignidade penal (merecimento) e a carência de sanção penal (necessidade) da conduta em questão (Gomes, 2003, p. 112). A adoção da Constituição como fundamento do Direito Penal permite, ademais, um refinamento no emprego do princípio constitucional da proporcionalidade que transcenda a proporcionalidade penal ou em sentido estrito.

Concepções como as de Sarlet (2004), Streck (2005) e Feldens (2005, p. 155-210), com amparo na literatura alemã e já referendadas pelo STF (Brasil, 2019, p. 524-525), apresentam critérios significativos para a análise de constitucionalidade das leis penais e inevitáveis reflexos para o instituto dos mandados de criminalização. Em princípio, o poder do legislador penal é discricionário, e são excepcionais as conformações constitucionais em que se estabelecem os tipos e se cominam as correspondentes sanções. Essa deferência para com o legislador penal faz parte da história da jurisdição constitucional. Alguns critérios mais sérios têm sido postos em prática e, se não chegam a propriamente contrastar com o juízo de conveniência e oportunidade do legislador penal, agregam requisitos constitucionais antes desprezados e que se devem observar para criminalizar condutas.

A dimensão do princípio da proporcionalidade mais conhecida é a da proibição do excesso (*Übermassverbot*), em que a proporcionalidade não só atua como limite para controlar a ação estatal, como forma de contenção crítica à atividade criminalizadora, mas também impõe a abstenção do Estado em hipóteses de restrições a direitos fundamentais (D'Avila; Scalcon, 2017, p. 62). Streck (2005, p. 176) chamou-a de “garantismo negativo”. Entretanto, há o critério da proibição da proteção insuficiente de direitos fundamentais

(*Untermassverbot*), cuja finalidade não é limitar o Direito Penal, mas fomentar a atividade legislativa criminalizadora sempre que o Estado esteja aquém da proteção devida aos cidadãos em matéria criminal. Quando um direito fundamental se apresenta como imperativo de tutela ou como dever de prestação estatal e se verifica situação de deficiência, o Estado pode lançar mão da lei penal para atender à proporcionalidade. Com base nesse entendimento, Feldens (2005)⁸ defende a existência de mandados implícitos de criminalização.

Como situar, pois, as pretensões da PEC nº 45/2023 e o princípio da proporcionalidade? A primeira dificuldade é identificar se o novo mandato de criminalização tutela algum direito fundamental. A alteração ocorre em virtude da inclusão de novo inciso no art. 5º da CRFB, mas isso não é suficiente para se reconhecer a criminalização da posse e do porte de drogas como um direito fundamental. Essa seria uma solução simplista, positivista e sem fundamento dogmático.

Na justificação da PEC nº 45/2023, destaca-se a saúde como direito de todos e dever do Estado (Brasil, [2024a], art. 196). Porém, não é possível tratar o usuário de drogas com tanta condescendência, como incapaz de cuidar da própria saúde e merecedor da intervenção estatal em tema que, quando muito, se relaciona à inviolabilidade de sua vida privada (Brasil, [2024a], art. 5º, X). Ademais, outras intervenções em matéria de saúde pessoal dependem sempre da permissão do paciente; é assim até na internação decorrente da drogadição.

A segurança pública é outro “direito fundamental” comumente referido na justificação e levantado no debate sobre a criminalização do uso de drogas. Esse tema tem surgido no debate sobre quase toda e qualquer incriminação. Dimoulis (2016, p. 75-79) desenvolve bons argumentos sobre o direito fundamental à segurança (arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput*, da CRFB), e um deles é o de que a segurança pública é espécie (art. 144, da CRFB). Para o constitucionalista, que se afasta da noção de bem jurídico penal (Dimoulis, 2016, p. 82-83), a tutela da segurança é pré-requisito de qualquer incriminação; não pode haver tipo penal que afete a segurança de terceiros. Essa é a razão de ser da tipificação e da pena: somente depois de afirmada a afetação da segurança se prosseguirá no exame da proporcionalidade e, conseqüentemente, da possível legitimação constitucional do crime em questão.

O autor (Dimoulis, 2016, p. 75-79) divisa quatro aspectos no direito à segurança: a) apenas a invocação da segurança não é suficiente para legitimar a incriminação; ao contrário, dado seu caráter vago, a segurança poderia acabar por legitimar toda e qualquer incriminação; trata-se apenas de um pré-requisito; b) a segurança é um direito sem conteúdo próprio e por isso não satisfaz a legitimidade de qualquer incriminação; a segurança trata de garantir a intangibilidade de outros direitos fundamentais, e a remissão aos direitos de fundo é indispensável para legitimar a incriminação; assim, a menção à segurança pública é também

⁸ “Essa categoria [mandados constitucionais de penalização], como intentaremos demonstrar, não se exaure nas disposições constitucionais expressas. Paralelamente, afigura-nos possível extrair outras, implícitas, as quais, em nosso estudo, viabilizam-se como tais desde um raciocínio enfeixado a partir de duas categorias autorreferentes, mas distinguíveis conceitualmente: os direitos fundamentais (como imperativos de tutela) e o princípio da proporcionalidade (especificamente, como proibição de proteção deficiente)” (Feldens, 2005, p. 68).

insuficiente, pois não convence e não passa de mero pretexto ilegítimo; a justificativa há de ser concreta e específica; c) o direito social à segurança é prestacional; é dever do Estado em favor de todos, independentemente de condições pessoais; e d) a segurança só pode ser buscada com penas de finalidades preventivas negativas (especial e geral).

Como se vê, também não socorre a PEC nº 45/2023 algum fundamento na segurança pública de forma indeterminada porque não há afetação da segurança de quaisquer terceiros pelo ato de possuir ou portar drogas para consumo *pessoal*. A menção feita na justificação não passa de mero pretexto para o mandado de criminalização pretendido. Ainda que se admita por hipótese que o cuidado com a saúde pública possa de alguma forma amparar a criminalização do usuário de drogas, a desproporcionalidade da medida impõe-se na vertente da proibição do excesso. Não há por que colocar na prisão quem possua quantidade de drogas compatível com o uso pessoal. A própria redação final da PEC nº 45/2023 reconhece isso ao estabelecer um estranho mandado de criminalização a que, constitucionalmente, se cominam penas alternativas à prisão e tratamento contra a dependência.

De outra parte, como também não se demonstrou que as previsões vigentes da *Lei de drogas* estão em descompasso com a realidade e deixam o amparo à sociedade aquém do suficiente, não há que se cogitar da proibição de proteção deficiente, que deveria ser o fundamento maior para se implantar um mandado constitucional de criminalização.

3.2 Proibições constitucionais de incriminar

Dolcini e Marinucci (1994, p. 155-164) divisam duas formas de proibições constitucionais de incriminação: as decorrentes do exercício de *direitos da liberdade* e as provenientes dos próprios *princípios fundamentais*. Se a CRFB estabelece a livre expressão da atividade intelectual, artística e científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (Brasil, [2024a], art. 5º, IX), promana desse direito à liberdade o fato de que não é crime contra a honra a opinião desfavorável da crítica (Brasil, [2024b], art. 142, II). O legislador penal não pode transformar em crime o puro e simples exercício de um direito constitucional.

Nessa linha é a decisão do STF. No caso conhecido como *Marcha da maconha*, ao julgar a ADPF nº 187/DF, ele procedeu a uma interpretação conforme à Constituição do tipo penal *apologia de crime*, “de forma a excluir qualquer interpretação que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (Antunes, 2020, p. 64, nt. 137).

A outra ordem de proibições de criminalização, segundo Dolcini e Marinucci (1994, p. 155-164), advém dos princípios fundamentais; eles destacam o papel do princípio da igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza (Brasil, [2024a], art. 5º). Assim, qualquer que seja o motivo, a lei penal não pode ser discriminatória, ao tratar desigualmente os cidadãos. Um exemplo muito difundido desses casos diz respeito aos direitos dos homossexuais. O Tribunal Constitucional português julgou

inconstitucional o crime de atos homossexuais com adolescentes (na redação anterior a 2007) porque havia indevida diferenciação do crime sexual análogo que ocorresse entre heterossexuais (Acórdãos nºs 247/2005 e 351/2005 *apud* Antunes, 2020, p. 27, nt. 29). Por semelhantes motivos, ao julgar a ADPF nº 291/DF, entendeu o STF como não recepcionadas pela CRFB as expressões *pederastia ou outro e homossexual ou não* então constantes do art. 235 do Decreto-lei nº 1.001/1969 (*Código penal militar*); o texto desse artigo foi alterado pela Lei nº 14.688/2023.

É possível detectar na inviolabilidade da vida privada e da intimidade (Brasil, [2024a], art. 5º, X) uma proibição de incriminar condutas que não influem na vida de terceiros, como é o caso do consumo de drogas. Afinal, o crime do art. 28 da *Lei de drogas* é um crime sem vítimas. No mínimo, está-se diante de um conflito penal-constitucional de primeira ordem ou originário, em que a conduta que se pretende incriminar (o uso de drogas) corresponde ao exercício de um direito fundamental (a inviolabilidade da vida privada) (Dimoulis, 2016, p. 74).

3.3 Mandados expressos de criminalização

Já se comentou aqui sobre o instituto dos mandados de criminalização, em especial de seu componente histórico e caráter excepcional (Santana Vega, 2001, p. 866). Contudo, em alguma medida é possível aprofundar-se em sua dogmática. A função do mandato de criminalização tomada em sentido amplo é a proteção de direitos fundamentais (Gonçalves, 2007, p. 162), encartados numa regra constitucional (e não em princípios) com eficácia limitada, pois para o seu cumprimento depende da intervenção do legislador ordinário (*interpositio legislatoris*) (Gonçalves, 2007, p. 160-161).

Quanto às consequências da previsão de um mandato de criminalização, o constituinte condiciona o agir do legislador penal, diminuindo-lhe a discricionariedade. De fato, segundo Gonçalves (2007, p. 178), a decisão político-criminal pela criminalização, normalmente a encargo do legislador ordinário, é antecipada pelo próprio constituinte que “já se decidiu por ela”; para Santana Vega (2001, p. 867), a margem de discricionariedade do legislador acaba reduzida a zero. De todo modo, a lei penal decorrente de mandato de criminalização não é diferente da lei penal ordinária (Santana Vega, 2001, p. 870). As considerações subjacentes à criação de um mandato de criminalização são as mesmas para a criação de um tipo penal. Fundamentam-se numa dupla ordem de considerações: a dignidade penal do bem jurídico protegido e a necessidade do recurso à pena (Dolcini; Marinucci, 1994, p. 172) – a diferença é que advém do constituinte essa antecipação de valores político-criminais (Antunes, 2020, p. 72).

Assim, estaria de fato o legislador de mãos atadas e desincumbido de suas funções? Dimoulis (2016, p. 97-99) apresenta uma abordagem que, detalhista e pródiga em mandados de criminalização, pormenoriza as penas a serem aplicadas (reclusão), as regras de prescrição (imprescritível) e os critérios para a concessão de eventual liberdade provisória

(inafiável). A CRFB limitou-se ao *nomen iuris* do tipo penal a ser criado. Basta pensar em conceitos como *tortura*, *crimes hediondos* e mesmo *tráfico de drogas*, para constatar que ainda restou uma grande margem de discricionariedade para o legislador definir taxativamente esses conceitos, muito em razão da baixa densidade normativa dos mandados da CRFB. Com esse entendimento, o autor delinea uma tríplice alteração do ordenamento jurídico pela introdução de um mandado de criminalização: a) há a obrigação do legislador de cumprir o mandado; b) o mandado estabelece uma justificativa inicial não exauriente nem suficiente para a atividade legislativa; e c) como decorrência das anteriores, e mais importante, a criminalização decorrente de mandado constitucional não é infensa ao controle de constitucionalidade (Dimoulis, 2016, p. 98). Para o jurista, é inconstitucional não só a criminalização do consumo de drogas mas também os tipos previstos para o *tráfico de drogas*⁹, dado que não há justificativa plausível para a escolha de um número reduzido de entorpecentes criminalizados, o que gera tratamento desigual, nem há direito fundamental a ser tutelado se o destinatário das drogas é “adulto mentalmente são” (Dimoulis, 2016, p. 99).

O proposto controle da constitucionalidade dos tipos decorrentes de mandados de criminalização *fundado em suas justificativas* coloca essa posição como um meio-termo entre os pontos de vista de Gonçalves e Paschoal. Paschoal (2003) refuta a possibilidade de a Constituição servir de fundamento a um Direito Penal que se pretenda mínimo; a única função da Constituição é servir como limite ao Direito Penal. O bem jurídico não só deve ter *status* constitucional, como deve limitar-se a bens de natureza fundamental, “já que, pelo menos formalmente, tudo pode ser alçado ao nível constitucional” (Paschoal, 2003, p. 134). Isso ocorre com a PEC nº 45/2023, em que se objetiva criar artificialmente um direito fundamental. Paschoal (2003, p. 80) diferencia as indicações constitucionais de criminalização das determinações expressas de criminalização. Nas primeiras, o constituinte ter-se-ia limitado a afirmar a dignidade do bem jurídico penal e deixado a carência de tutela a cargo do legislador ordinário; na segunda espécie, o constituinte antecipou o juízo sobre a importância do bem e sobre a necessidade da pena. Porém, no entendimento da autora, mesmo essa criminalização não seria obrigatória¹⁰.

Em matéria de mandados de criminalização, a existência de um mandado constitucional pode abrandar as justificativas de política criminal do Legislativo, mas nunca desobrigará o Judiciário do devido controle de constitucionalidade; aqui pode até haver algum atrito, mas não mais que isso¹¹.

⁹ Gonçalves (2007, p. 191-192, 208) não chega a tanto, mas utiliza uma classificação em que a criminalização do tráfico de drogas não é preceito constitucional fundamental, e muito menos cláusula pétrea, justamente porque “não traz como bem jurídico tutelado nenhum direito ou liberdade fundamental de cariz individual”.

¹⁰ “a tomada da Constituição como limite do Direito Penal permite que, mesmo ante as determinações expressas de criminalização, não exista obrigatoriedade de tipificar, e, sim, a possibilidade de fazê-lo, diante da efetiva necessidade e utilidade da tutela, que serão verificadas pelo legislador ordinário” (Paschoal, 2003, p. 82-83).

¹¹ “no tiene por qué existir [...] un conflicto de competencias entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento” (Santana Vega, 2001, p. 871). Ver também Antunes (2020, p. 11-12).

3.4 Mandados implícitos de criminalização

Seria possível deduzir do texto constitucional outras obrigações de criminalizar que não as previstas? A questão é complexa, e há bons argumentos num e noutro sentido. O tema ganhou destaque em 1975 com a decisão conhecida como *Aborto I*, quando o Tribunal Constitucional alemão entendeu como implícito na Constituição o direito à vida do nascituro (BVerfGE 39,1 *apud* Cunha, 1995, p. 387-393).

Gonçalves (2007, p. 135-136) distingue os mandados de criminalização expressos dos implícitos. Nos primeiros, o constituinte já afirmou a relevância do bem jurídico e a carência de tutela penal; nos segundos, compete ao legislador syndicar a dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e a necessidade da pena (*Strafbedürftigkeit*), valendo-se do juízo de proporcionalidade (proibição do excesso e proibição de proteção deficiente).

Feldens (2005, p. 139-140, 153) vai além e considera os mandados implícitos de criminalização uma “teoria de extremos”. Também com esteio no princípio da proporcionalidade, em sua dimensão da proteção deficiente (*Untermassverbot*), ele reconhece a condição de mandados de criminalização implícitos para os bens jurídico-constitucionais de inquestionável preponderância e quando houver repulsa da agressão sofrida. No desenvolvimento desses critérios, afirma ser esse o caso da proteção da vida, da dignidade humana e da liberdade, mas identifica uma zona cinzenta entre a obrigação e a conveniência de se editar a lei penal. Os mandados implícitos alcançariam, pois, maior relevância apenas no tema das leis penais descriminalizantes.

Procede-se a esses comentários sobre os mandados implícitos de criminalização porque na justificação da PEC nº 45/2023 busca-se “sedimentar, definitivamente, a opção feita pelo constituinte originário a respeito do tema” (Brasil, 2023) da posse e do porte de drogas para consumo pessoal¹². Não há, como se viu, como reconhecer na CRFB qualquer obrigatoriedade de criminalização nesse assunto¹³. Ao contrário: mesmo para os que os reconhecem, os mandados implícitos estão reservados para situações extremas, de bens jurídicos de alta relevância e de condutas repulsivas. Esse não é o caso do consumo de drogas, muitas vezes aceito socialmente.

Por fim, ressaltem-se também as posições contrárias às obrigações constitucionais tácitas de penalização. Roxin (1997, p. 24 *apud* Santana Vega, 2001, p. 880) considera-as difícil de sustentar em razão da harmonização do bem comum com a liberdade individual e da necessidade de deixar ao legislador a escolha de qual ramo do Direito empregar na proteção de determinado bem. Igualmente, Figueiredo Dias (cap. 6, § 39, *apud* Antunes, 2020, p. 68) considera que onde não existam

¹² Semelhante argumentação poderia vir a salvar a PEC nº 45/2023. Em relação à criação de direitos fundamentais, por exemplo, entende-se por analogia que o novo direito não é cláusula pétrea, salvo no caso de ser mera explicitação de direito já constante da CRFB (Mendes; Branco, 2023, p. 95).

¹³ “Ela [a CRFB] não impôs parâmetros para toda política relativa às drogas e estupefacientes e nada diz sobre o uso de substâncias entorpecentes” (Gonçalves, 2007, p. 251, grifo nosso).

injunções constitucionais expressas de criminalização, da existência de um valor jurídico constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais, não é legítimo deduzir sem mais a exigência de criminalização de comportamentos que o violam. Precisamente porque não pode ser ultrapassado o inevitável entreposto pelo critério da necessidade ou da carência de pena.

4 Mandados de criminalização e controle de constitucionalidade

4.1 A inconstitucionalidade por omissão

O primeiro ponto relacionado à constitucionalidade dos mandados de criminalização é o descumprimento da regra constitucional pelo legislador ordinário que se omite do dever de editar a lei penal. Nesses casos, são plenamente aplicáveis os dispositivos referentes à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (art. 103, § 2º) e ao mandado de injunção (MI) perante o STF (Brasil, [2024a], art. 5º, LXXI, art. 102, I, q).

Contudo, o STF não pode muito mais que decretar a mora legislativa do Congresso Nacional e não dispõe de outros instrumentos para efetivar os mandados constitucionais de criminalização (Feldens, 2005, p. 79) – daí a referência aos mecanismos “em regra fracos” (Antunes, 2020, p. 73) da inconstitucionalidade por omissão. E muito menos poderia o STF substituir-se ao legislador para, mediante “decisão de tipo aditivo e verdadeiramente substitutiva” (Palazzo, 1989, p. 110-111), colmatar ele próprio a lacuna da legislação, com a edição de ato normativo ou o recurso à analogia. Esse procedimento não se sustenta em face do princípio penal da legalidade em sentido estrito.

A jurisdição constitucional não precisou de muita paciência para ver atendidos os mandados expressos de criminalização da CRFB. Além das leis recepcionadas, como a Lei nº 6.368/1976 (sobre o tráfico e o uso de entorpecentes)¹⁴, logo se seguiram as leis nºs 7.716/1989 (*Lei do racismo*), 8.069/1990 (*Estatuto da criança e do adolescente*) e 8.072/1990 (*Lei dos crimes hediondos*). Tardaram um pouco mais as leis nºs 9.455/1997 (*Lei da tortura*) e 9.605/1998 (*Lei dos crimes ambientais*). Ainda mais tardia foi a Lei nº 14.197/2021 (*Lei dos crimes contra o Estado democrático de Direito*)¹⁵. Em nenhum desses casos, contudo, o STF lançou mão da mora legislativa em face de mandado constitucional de criminalização.

Todavia, há uma especificidade. Nesse meio tempo, a *Lei do racismo* foi-se alterando para converter-se paulatinamente numa lei geral contra o preconceito. Com efeito, a lei que antes cuidava do preconceito de “raça e de cor”, por força da Lei nº 9.459/1997, passou a tutelar a discriminação e o preconceito de “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Tanto

¹⁴ Reformada pela Lei nº 10.409/2002 e revogada pela *Lei de drogas*.

¹⁵ Houve quem defendesse a recepção da Lei nº 7.170/1989 (*Lei de segurança nacional*) para se atender ao mandado de criminalização do art. 5º, XLIV, da CRFB. Não parece o melhor posicionamento, segundo Gonçalves (2007, p. 81-83).

os idosos quanto as mulheres em situação de violência doméstica ou familiar receberam tratamento individualizado nas leis nºs 10.741/2003 (*Estatuto da pessoa idosa*) e 11.340/2006 (*Lei Maria da Penha*).

A mesma proteção penal, contudo, ainda falta à comunidade de “gays, lésbicas, bissexuais e transexuais”¹⁶; afinal, a CRFB estabelece que a lei “punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais” (art. 5º, XLI). A orientação sexual e a identidade de gênero dos cidadãos estão acobertadas pela inviolabilidade da vida privada e da intimidade, que também é assegurada constitucionalmente (Brasil, [2024a], art. 5º, X); desse modo, elas devem estar protegidas pelo mesmo mandado de criminalização que fundamenta a penalização de outros grupos vulneráveis. Até houve iniciativas na Câmara e no Senado que procuraram tratar adequadamente o tema, mas religiosos, falsos moralistas e a competente obstrução dos conservadores em geral desde sempre têm impedido a reclamada aprovação da lei específica para proteger a comunidade LGBT¹⁷.

4.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF

O STF foi provocado na ADO nº 26/DF¹⁸, distribuída à relatoria do ministro Celso de Mello. Um dos fundamentos constitucionais da ação era precisamente o mandado de criminalização do art. 5º, XLI, da CRFB, mas seus autores também apontaram o descumprimento do mandado referente ao racismo (Brasil, [2024a], art. 5º, XLII). Esses dois dispositivos, segundo registrou o relatório, se devidamente tratados pelo princípio da proporcionalidade em sua dimensão da proibição da proteção deficiente, conduziriam à necessidade de criminalizar a homofobia e a transfobia.

A sucessão de pedidos formulados pelos autores da ADO foi a seguinte: a) que a homofobia e a transfobia fossem reconhecidas, para fins penais, como espécie de racismo, na linha do precedente firmado em 2003 no caso *Ellwanger* (*Habeas Corpus* (HC) nº 84.424/RS), atendendo ao mandado de criminalização do art. 5º, XLII, da CRFB; b) que fosse declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional com a fixação de prazo para legislar; c) que, transcorrido o prazo, fossem “efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime(s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte [...], superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar” (Brasil, 2019, p. 16); e d) que todas as formas de homofobia e transfobia fossem enquadradas na *Lei do racismo* enquanto o Congresso Nacional não criminalizasse tais condutas.

¹⁶ Em vez de LGBTQIA+ (acrônimo de lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, queers, intersexuais, assexuais e demais orientações sexuais e identidades de gênero), o relator da proposta inicial da ADO nº 26/DF empregou a sigla LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais) (Brasil, 2019, p. 15, 42-48); por isso, ela ocorre outras vezes neste artigo.

¹⁷ “Porém, aqui, é um caso típico em que o processo político majoritário não dá conta de fazer valer o comando constitucional” (voto do ministro Luís Roberto Barroso (Brasil, 2019, p. 295)).

¹⁸ Julgou-se conjuntamente o MI nº 4.733/DF, relatado pelo ministro Edson Fachin.

Colocada assim a questão, é notável a dificuldade imposta pelo STF aos seus intérpretes. Não há uma decisão unívoca do tribunal, mas uma coleção de votos individuais que não dialogam entre si; coincidem numa parte, mas se contradizem em outra. É muito difícil, ademais, alcançar o real sentido de uma decisão que ultrapassa as cinco centenas de páginas.

Como visto, o julgamento da ADO nº 26/DF é pura aplicação do instituto dos mandados de criminalização. No caso, *por unanimidade* se conheceu da ação apenas parcialmente, nos termos do voto do relator (Brasil, 2019, p. 61-64)¹⁹; ele tratou o tema em preliminar e logo excluiu a possibilidade de o STF tipificar os crimes de homofobia e transfobia por decisão judicial²⁰, com fundamento no princípio da legalidade penal (Brasil, [2024a], art. 5º, XXXIX).

O extrato da ata do julgamento afirma que dez ministros reconheceram “o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implantação da prestação legislativa destinada a cumprir o *mandado de incriminação* a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT” (Brasil, 2019, p. 565). Entretanto, isso não consta dos votos publicados. Os ministros Edson Fachin (Brasil, 2019, p. 198, 202), Alexandre de Moraes (Brasil, 2019, p. 233, 235), Ricardo Lewandowski (Brasil, 2019, p. 508) e Dias Toffoli (Brasil, 2019, p. 558) restringiram suas considerações ao mandado de criminalização que cuida dos atos de discriminação atentatórios aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XLI, da CRFB²¹). Os demais julgadores abordaram indistintamente um e outro mandado. Essa é uma primeira crítica relevante ao julgamento, porque o juízo de vulneração restrito ao art. 5º, XLI, da CRFB tendeu a reconhecer apenas a mora legislativa, sem outras determinações, na linha dos fracos mecanismos da inconstitucionalidade por omissão.

Como se sabe, o STF foi além. Com base na constatação da violência cotidianamente sofrida pelos integrantes da comunidade LGBT, bem como nas vicissitudes discriminatórias suportadas por eles, os julgadores²² afirmaram a necessidade de se aplicarem aqueles mandados de criminalização. Saliente-se o papel que o precedente firmado no HC nº 104.410/RS, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, tem adquirido no tema do controle de constitucionalidade de leis penais. Naquele caso (Brasil, 2012), que tratava do crime de porte de arma de fogo, o relator enfatizou que, mesmo diante de mandado constitucional de criminalização, ao proceder ao juízo de constitucionalidade de um tipo penal, o juiz deve empregar o princípio da proporcionalidade em sua dupla dimensão, a da proibição do excesso (*Übermassverbote*) e a da proibição de proteção insuficiente ou de imperativo de tutela (*Untermassverbote*).

19 Também se ocupou do tema, em preliminar, o voto da ministra Rosa Weber (Brasil, 2019, p. 369, 384-389).

20 Não se conheceu do pedido de indenização inicialmente formulado.

21 Em voto vencido, o ministro Marco Aurélio Mello também limitou sua análise ao mandado do art. 5º, XLI, da CRFB, mas julgou improcedente a ADO por entender que o termo *punirá* presente no texto constitucional não significa necessariamente punição de cunho criminal (Brasil, 2019, p. 566).

22 Notadamente os ministros Celso de Mello, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Luiz Fux.

No julgamento da criminalização da homofobia, os ministros Celso de Mello (Brasil, 2019, p. 78), Edson Fachin (Brasil, 2019, p. 204), Cármen Lúcia (Brasil, 2019, p. 489-490) e Ricardo Lewandowski (Brasil, 2019, p. 503) invocaram o precedente para firmar a mora do legislador ordinário. Além deles, os ministros Luiz Fux (Brasil, 2019, p. 423) e Gilmar Mendes (Brasil, 2019, p. 524) indicaram a infringência da proibição de proteção deficiente no caso. A parte mais controversa do julgado, no entanto, foi além do reconhecimento da mora do legislador. Ela confere

interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional (Brasil, 2019, p. 10).

Aqui foi determinante o precedente firmado em 2003 no HC nº 84.424/RS (caso *Ellwanger*), que tratou de condutas de antissemitismo. Nesse julgamento, o STF reconheceu que não existem raças na espécie humana, que não há diferenças biológicas entre os seres humanos e que, por isso, todos os humanos são iguais. O conceito de *raça* foi construído em processo de conteúdo meramente político-social; assim, é inconciliável com os ideais de dignidade da pessoa humana qualquer intuito de segregação. O HC foi, então, denegado. Esse conceito ampliado de *raça* também foi utilizado pelo STF para reconhecer afronta ao art. 5º, XLII, da CRFB no caso da homofobia e da transfobia²³. Contudo, a interpretação judicial não pode equiparar-se à lei penal em sentido estrito. O princípio da legalidade penal não admite medidas provisórias nem emendas constitucionais para atender ao disposto no inciso XXXIX do art. 5º da CRFB. Porém, diante do quadro, o STF não admitiu ter criminalizado condutas por decisão judicial – tudo seria “mera” interpretação conforme.

Da barafunda que se tornou a decisão, são possíveis conclusões em mais de um sentido. Invocou-se o direito de greve dos servidores públicos como um precedente²⁴ a autorizar que o STF, de alguma forma, “legislasse”. Em alguns votos, parece que se toma o conceito de *racismo* de modo a abarcar a *homofobia*; mas, nesse caso, não seria necessário que o STF constituísse o Congresso em mora, pois o mandado de criminalização já estaria cumprido ontologicamente. Em outros votos, parece que se aplica ao termo *racismo* (constante da *Lei do racismo*) interpretação conforme à Constituição para entender a agressão contra membros da comunidade LGBT subsumida aos tipos vigentes, o que também seria problemático dada a vedação da analogia *in malam partem*.

²³ Sete ministros citaram o precedente do caso *Ellwanger* em seus votos: Celso de Mello (Brasil, 2019, p. 109), Edson Fachin (Brasil, 2019, p. 215), Luís Roberto Barroso (Brasil, 2019, p. 294), Rosa Weber (Brasil, 2019, p. 369), Luiz Fux (Brasil, 2019, p. 427), Cármen Lúcia (Brasil, 2019, p. 472) e Gilmar Mendes (Brasil, 2019, p. 531).

²⁴ Celso de Mello (Brasil, 2019, p. 103), Edson Fachin (Brasil, 2019, p. 211) e Gilmar Mendes (Brasil, 2019, p. 537-538).

Enfim, a perplexidade decorre principalmente do fato de que se entendeu a *Lei do racismo* como aplicável à homofobia e, ao mesmo tempo, colocou-se em mora o Congresso. Segundo o ministro Marco Aurélio Mello (Brasil, 2019, p. 555), a controvérsia

resolve-se no plano da lógica. De duas, uma: ou se declara eventual “mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia” ou se reconhece o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológico-constitucional de racismo”, identificando-as como núcleos já contidos nos tipos penais versados na Lei nº 7.716/1989.

Todavia, nunca as duas coisas ao mesmo tempo, como se acabou fazendo.

4.3 A inconstitucionalidade material do mandado de criminalização

Não é preciso recorrer à teoria das normas constitucionais inconstitucionais para analisar constitucionalidade de um *novo* mandado de criminalização. Se se assume que o texto original da CRFB é infenso ao controle de constitucionalidade, o mesmo não ocorre com as emendas a cargo do constituinte derivado, como é da própria jurisprudência do STF, conforme sustentam destacados constitucionalistas (Silva, 2022, p. 70; Barroso, 2023, p. 131). Argumentam Mendes e Branco (2023, p. 1.402-1.403) que é

admissível a aferição de constitucionalidade do chamado direito constitucional secundário (correspondente ao exercício do denominado poder constituinte derivado), uma vez que, segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes a reforma constitucional deve observar não apenas as exigências formais do art. 60, I, II e III, §§ 1º, 2º e 3º, da CF/88 (reforma constitucional em sentido estrito) e do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT, regramento da revisão constitucional), como também as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). O cabimento da aferição da constitucionalidade de uma emenda constitucional, em sentido formal e material, foi reconhecido já em 1926. A jurisprudência posterior admitiu a possibilidade de se examinar a constitucionalidade de proposta de emenda constitucional antes mesmo de sua promulgação.

Desse modo, se fosse possível, um novo mandado expresso de criminalização deveria atender aos mesmos critérios reservados aos tipos penais – relevante dignidade penal do bem jurídico protegido e demonstração da necessidade das penas –, além da observância dos princípios da ofensividade, da subsidiariedade e da fragmentariedade do Direito Penal. Ademais, para autorizar o emprego de uma norma constitucional na espécie, é indispensável o recurso ao princípio da proporcionalidade para afirmar e reconhecer uma grave situação de proteção insuficiente aos direitos fundamentais a serem protegidos pela Constituição e pela lei penal que lhe der concretude.

Ao Poder Judiciário defere-se o controle de constitucionalidade da legislação penal. Dimoulis (2016, p. 73) sustenta a necessidade de se analisarem as “justificativas jurídicas” da criminalização para eventualmente se afirmar a inconstitucionalidade da lei penal. Nesse modelo (Dimoulis, 2016, p. 83-89), há três componentes na proporcionalidade das leis penais: a) os meios e os fins do novo crime frente aos direitos fundamentais ou sua licitude constitucional; b) a adequação e a idoneidade do novo crime em relação aos direitos fundamentais protegidos com avaliação empírica do impacto do novo crime; e, principalmente, c) a necessidade do novo crime ou se não há alternativas menos gravosas com o mesmo resultado, o que deve ser afirmado com base em fatos reais, dados empíricos concretos e prognósticos fundamentados.

Por outro caminho, é exatamente o que também tem propugnado o STF. Na linha do citado HC nº 104.410/RS, ele tem incrementado um modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal baseado em níveis de intensidade. São três níveis, conforme a literatura alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). No primeiro nível, concede-se ampla margem de discricionariedade ao legislador para escolher o bem jurídico e delimitar as condutas incriminadas. Assim, só se declara inconstitucional a lei com “patente inidoneidade”. Por sua vez, no segundo nível, o de controle da justificabilidade, podem-se perquirir os dados da realidade levados em conta pelo legislador, se são válidos e ainda aplicáveis ao caso (devida aferição dos fatos legislativos), bem como sobre eventuais externalidades. Destacam-se aqui os instrumentos do controle concentrado brasileiro, como os *amici curiae* e as audiências públicas. A análise do juiz não é estritamente jurídica, mas deve alcançar a situação concreta em debate. E o terceiro nível se realiza quando for

evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, [momento em que] poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância (Brasil, 2012, p. 27).

Ou seja, de acordo com entendimentos doutrinários ou a jurisprudência do STF, é inevitável reconhecer que, em plena terceira década do século, a criminalização do usuário de drogas *independentemente da quantidade de substância*²⁵ portada ou possuída acarrete a inconstitucionalidade do novo mandato expresso de penalização; no caso da PEC nº 45/2023,

²⁵ Na votação final do RE nº 635.659/SP (Brasil, 2024c), nove ministros concordaram com o estabelecimento de uma quantidade de maconha para diferenciar os casos de usuários e de traficantes. As quantidades preconizadas por uns e outros variam, mas sete deles reconheceram que a medida poderia ser tomada no exercício da jurisdição constitucional. Outros dois ministros indicaram o Poder Legislativo ou órgãos do Poder Executivo como responsáveis pela definição de critérios objetivos.

tais filtros não estão atendidos. A saúde pública de terceiros não pode ser invocada como o bem jurídico protegido ou como o direito fundamental atingido pelo consumo de drogas. Em vez disso, a preservação da vida privada (art. 5º, X, da CRFB) milita contra a criminalização. O texto atual da PEC nº 45/2023 nem sequer advoga a necessidade da pena de prisão para os usuários de drogas, ao listar as penas previstas entre alternativas e tratamentos para a dependência; isso indica que o Direito Penal não é o mais apto e necessário ao enfrentamento do tema. Penas alternativas à prisão e tratamento médico – além das já previstas na *Lei de drogas*, como advertência, serviços à comunidade e medidas educativas – não se relacionam muito mais com outros ramos do Direito, que lhes poderá emprestar maior eficiência que a tormentosa justiça criminal.

Também chama atenção a desproporcionalidade da medida. É impossível falar em proteção insuficiente de qualquer direito fundamental envolvido no consumo de drogas por adultos capazes. A redação atual da PEC nº 45/2023 incluiu outra cláusula no mandado de criminalização: a posse e o porte de drogas serão crime, independentemente da quantidade, mas deve ser observada a distinção entre usuário e traficante por todas as circunstâncias fáticas do caso concreto. É louvável a preocupação do constituinte derivado. Entretanto, é possível questionar: para quê alterar a Constituição se há risco de confusão entre usuário e traficante? Isso seria gravemente desproporcional em termos constitucionais e penais, e é esse exatamente o ponto estabelecido no julgamento do RE nº 635.659/SP.

É possível, pois, concordar com Franco (1996, p. 179-180); segundo ele, por meio das infiltrações que os mandados de criminalização significam, põe-se “em xeque o caráter instrumental e garantístico da intervenção penal para atribuir-se ao controle social penal ou uma função puramente promocional ou uma função meramente simbólica”.

4.4 O Recurso Extraordinário nº 635.659/SP

Não é possível encerrar este estudo sem algumas notas sobre o julgamento do RE nº 635.659/SP; ele é a razão maior da propositura da PEC nº 45/2023, embora não tenha tratado (ao menos ainda não) de um mandado constitucional de criminalização. O caso concreto sob a análise do STF dizia respeito a um detento com quem, em vistoria, foram apreendidas três gramas de maconha. O julgamento do RE iniciou-se em 19/8/2015 e só terminou em 26/6/2024. O placar foi um apertado seis a cinco pelo provimento do recurso²⁶.

Examinar um julgamento encerrado há tão pouco tempo implica dificuldades adicionais, sobretudo porque ainda não se dispõe do conteúdo da decisão e porque, antes da publicação, os votos apresentados podem ter sido alterados ou ajustados. Isso acontece em razão da própria sistemática da repercussão geral, na forma como tem sido aplicada pelo STF; por vezes, são necessárias alterações significativas nos votos, já que o STF tem buscado um

²⁶ Pelo provimento votaram os ministros Gilmar Mendes (relator), Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Rosa Weber e Cármen Lúcia. Pelo desprovimento, os ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Kassio Nunes Marques, Dias Toffoli e Luiz Fux (Brasil, 2024c).

consenso na definição da tese constitucional. Discutiu-se no RE a inconstitucionalidade do crime previsto no art. 28 da *Lei de drogas*, em contraposição à inviolabilidade da vida privada (art. 5º, X, da CRFB) e, por consequência, a descriminalização da posse e do porte de drogas em quantidades compatíveis com o uso pessoal, bem como a definição dessas quantidades.

Gilmar Mendes reiterou os termos de seu voto no HC nº 104.410/RS sobre o controle de constitucionalidade das leis penais. Ao tratar do controle de *evidência*, destacou a crescente estigmatização dos usuários de drogas num contexto criminalizado, sobretudo quando não se dispõe de critérios objetivos para diferenciar usuários e traficantes. Na linha do controle de *justificabilidade*, o ministro buscou demonstrar tanto o fracasso da “guerra às drogas” quanto a indiferença da criminalização sobre o consumo de drogas. Ocupou-se com maior vagar do controle *material de intensidade* tanto para dispensar a necessidade da norma penal para cuidar da saúde ou da segurança públicas, quanto para referendar a opção constitucional pelo livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação, conforme o art. 5º, X, da CRFB. Em capítulo adicional, contudo, divisou a ausência de critérios internacionais firmes sobre o tema das quantidades definidoras de uso e de tráfico (Brasil, 2024c).

O ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, formulou um voto que demonstra a seletividade penal quando o assunto é o uso de drogas. Sua decisão fundamenta-se em estudo produzido pela Associação Brasileira de Jurimetria com base em dados do estado de São Paulo. O trabalho demonstrou, por exemplo, que o autuado pelo porte de maconha, se detentor de diploma universitário, precisa deter 52% a mais de droga que um analfabeto para responder como traficante; ou, do mesmo modo, se a droga em questão for cocaína, pelo menos 32% mais drogas do que alguém com o segundo grau completo. Por idades, a situação é similar: quanto mais velho, mais droga precisa portar ou possuir para alcançar a capitulação mais gravosa. Contudo, não foi possível depreender informações suficientes com base na raça do autuado em razão da precariedade dos dados de origem (boletins de ocorrência). Mesmo assim, pôde-se constatar *grossa modo* que jovens negros são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas que os brancos, maiores de 30 anos e portadores de curso superior (Brasil, 2024c). De todo modo, preocupado com a inversão do ônus da prova, o ministro estabeleceu uma faixa de 25 a 60 gramas: a) para se caracterizar a situação de consumo pessoal; b) para que, com base na quantidade, o usuário não seja obrigado a provar que não é traficante; e c) para não estimular a ação de pequenos traficantes. O limite superior já é o reconhecível nos dados para os homens brancos, maiores de 30 anos e com curso superior, segundo aquele estudo (Brasil, 2024c).

O ministro Dias Toffoli entendeu ser o caso de se superar o precedente firmado no RE nº 430.105/RJ, quando o STF entendeu que a *Lei de drogas* não teria descriminalizado o usuário, mas apenas despenalizado a sua conduta; conforme o art. 28 da *Lei de drogas*, já não seria crime desde a sua edição. Ressaltou, entretanto, que “a simples implementação de um critério quantitativo, sem uma política robusta desenvolvida com a participação do Legislativo, Executivo e setores da sociedade civil, seria ineficaz” (Brasil, 2024c).

Entre os ministros que declararam inconstitucional o art. 28 da *Lei de drogas*, cinco fixaram critério objetivo com base na quantidade (60 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, para distinguir usuários de traficantes): Gilmar Mendes (depois de ajustar o voto), Alexandre de Moraes, Rosa Weber e Cármen Lúcia; Luís Roberto Barroso foi mais comedido e fixou em 25 gramas. Edson Fachin, que também reconheceu a inconstitucionalidade, deixou a definição da quantidade para o Poder Legislativo. Porém, mesmo alguns ministros que mantiveram a criminalização do uso da maconha dispuseram-se a estabelecer uma quantidade de droga como parâmetro para se distinguirem usuário e traficante por decisão judicial do controle de constitucionalidade. Cristiano Zanin e Kassio Nunes Marques estipularam 25 gramas (Veja [...], 2024; Entenda [...], 2024). André Mendonça, que também votou pela constitucionalidade do art. 28, inicialmente tinha fixado em 10 gramas a quantidade, mas posteriormente ajustou seu voto para não prever quantia alguma. Assim também o fizeram Dias Toffoli e Luiz Fux (Queiroz, 2024), que sustentaram uma posição híbrida: é constitucional o art. 28 da *Lei de drogas*, mas a infração nela prevista não é de caráter criminal.

Na proclamação do resultado final e na definição da tese constitucional (Informação [...], 2024), que não foi simples, o recorrente foi absolvido por atipicidade, já que não comete infração penal quem guarda, transporta ou traz consigo a maconha para consumo pessoal. Foi reconhecida a ilicitude extrapenal da conduta, sujeita a apreensão da droga, a advertência sobre os efeitos das drogas ou a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, à semelhança do que consta do art. 28, I e III, da *Lei de drogas*. Quanto à especificação do critério objetivo, o STF estabeleceu que se deve presumir usuário quem possui para uso próprio até 40 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, até que o Congresso Nacional estabeleça novo parâmetro; e essa presunção admite prova em contrário.

Essas anotações sobre o julgamento do RE nº 635.659/SP evidenciam que uma emenda constitucional que almeje punir criminalmente o usuário de droga *independentemente da quantidade*, como preconiza a PEC nº 45/2023, não terá vida fácil em eventual controle concentrado de constitucionalidade perante o STF.

A PEC nº 45/2023 tem dois objetivos: a) estabelecer como crime o porte e o uso de drogas para consumo pessoal e b) proibir o uso de critério objetivo fundado na quantidade de drogas para a diferenciação de usuários e traficantes. Quanto ao resultado do julgamento, oito ministros rechaçaram a natureza criminal do art. 28 da *Lei de drogas*; de outra parte, sete ministros compreenderam a necessidade do critério objetivo firmado na quantidade de drogas apreendidas, estipulando judicialmente essa referência, ainda que de forma provisória – o que, em tema tão controverso, constitui uma maioria confortável.

Ademais, a instituição do novo mandado de criminalização não poderá alterar a decisão tomada pelo STF com base na “constitucionalização” do tema. A decisão do STF se manterá hígida mesmo frente à redação do novo inciso LXXX do art. 5º da CRFB; ela certamente será submetida ao controle concentrado de constitucionalidade e deverá, por coerência, ser declarada inconstitucional. A virtual emenda constitucional terá a sua constitucionalidade

aferida segundo os mesmos critérios utilizados para o controle do art. 28 da *Lei de drogas* no julgamento do RE nº 635.659/SP. A decisão do constituinte derivado de instituir um mandado de criminalização apenas antecipa a decisão político-criminal que caberia ao legislador ordinário, de modo que, no caso concreto abordado, acabam por se confundir o juízo de constitucionalidade²⁷ a ser feito sobre a PEC nº 45/2023 com o já realizado sobre o art. 28 da *Lei de drogas*.

O único ponto de fricção poderia ser o estabelecimento da quantidade em gramas para a presunção relativa de uso de maconha, já que o STF devolveu ao Congresso Nacional a palavra final sobre a fração específica a ser considerada. No entanto, é preciso notar que, mesmo nesse caso, enquanto a PEC nº 45/2023 defende a supressão total desse critério, no STF foram *nove* votos pela indispensabilidade constitucional e de política criminal de certa quantidade para diferenciar usuários e traficantes de drogas²⁸. Assim, a margem favorável à inconstitucionalidade da PEC nº 45/2023 fica ainda mais confortável, e é mesmo provável a concessão de eventual medida cautelar para a suspensão de seus efeitos.

5 Conclusões

Os mandados expressos de criminalização são excepcionais e condicionados historicamente. Por isso, a PEC nº 45/2023 está numa situação similar à do vício de iniciativa. Há dúvidas sobre a possibilidade de o constituinte derivado estabelecer um mandado de criminalização, que é instituto reservado ao constituinte originário. Além disso, como desrespeita cláusulas pétreas – os direitos e garantias individuais e a separação dos Poderes (Brasil, [2024a], art. 60, § 4º, III, IV) – a PEC nº 45/2023 nem sequer poderia tramitar. Todo mandado de criminalização implica, em maior ou menor medida, não só uma afetação dos direitos e garantias individuais dos acusados – em geral da liberdade de locomoção (pena privativa de liberdade) –, mas também a concepção de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, como no caso das penas restritivas de direito (Gomes, 2003, p. 101-102).

Além disso, não pode ser desconsiderada a asserção reconhecida na justificativa da PEC nº 45/2023 de que a proposição busca influir no julgamento do RE nº 635.659/SP sobre a constitucionalidade do consumo de drogas. Isso é muito grave, pois o controle da constitucionalidade das leis penais é função do STF (Brasil, [2024a], art. 102, *caput*, III). A indevida “constitucionalização” do *Código penal* mediante mandados de criminalização suprimiria a atuação do STF nesse âmbito, não fosse evidentemente a possibilidade de se reconhecerem

²⁷ Qualquer membro do Congresso Nacional, aliás, já o poderia ter provocado em mandado de segurança.

²⁸ Os ministros Edson Fachin e Dias Toffoli discordaram quanto à possibilidade de o próprio STF fixar o critério, mas defenderam em seus votos a necessidade de que o Poder Legislativo e, eventualmente, o Poder Executivo o façam.

como inconstitucionais as emendas promulgadas fora dos limites da Constituição. Não por outra razão, os mandados de criminalização devem ser marcados pela excepcionalidade.

Há também uma objeção quanto à natureza das coisas. Não há sentido em, mediante emenda constitucional, obrigar o Congresso Nacional a criminalizar uma ou outra conduta. Isso fica evidente sobretudo no caso do Direito Penal, quando a instituição já detém essa competência legislativa de forma originária (Brasil, [2024a], art. 22, I). Nesse cenário, na PEC nº 45/2023 avulta apenas o objetivo de invadir o âmbito de ação privativa do Poder Judiciário, o que atenta contra o princípio da separação dos Poderes (Brasil, [2024a], art. 2º). Por essas razões, afirma-se aqui a inconstitucionalidade formal da PEC nº 45/2023.

Quando se ressaltam os aspectos históricos dos mandados de criminalização, evidencia-se que a punição penal dos usuários de drogas está na contramão da história e da experiência internacional mais recente. Não é possível sequer divisar o bem jurídico, merecedor de dignidade penal e constitucional, a ser tutelado. As referências à segurança pública ou à saúde pública não se sustentam e não têm a mínima densidade normativa. Se o uso de drogas é crime sem vítima, não pode o próprio usuário ser protegido de si mesmo. E, se já seria inconstitucional um tipo penal construído sobre essas bases, um mandado de criminalização acabaria por perenizar a injustiça.

A PEC nº 45/2023 fere o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição do excesso e por isso também deve ser considerada materialmente inconstitucional. A CRFB conferiu inviolabilidade à vida privada e à intimidade dos cidadãos (Brasil, [2024a], art. 5º, X), e o porte e a posse de drogas para consumo *pessoal* não transcendem esse direito fundamental. É de se reconhecer, assim, a proibição constitucional de incriminar, e não a autorização para se instituir mandado de criminalização em matéria proibida pelo texto original. Além disso, golpeia o princípio fundamental da igualdade (Brasil, [2024a], art. 5º, *caput*) em desfavor de jovens, negros e periféricos a tentativa de revogar o critério objetivo, de presunção apenas relativa, fundado na quantidade de droga para diferenciar usuários e traficantes, conforme se estabeleceu no julgamento do RE nº 635.659/SP.

Se a PEC nº 45/2023 vier a ser aprovada, a emenda constitucional dela resultante também será inconstitucional, visto que é patente o desrespeito ao princípio da proporcionalidade. Não pode a Constituição estabelecer que seja crime o uso de drogas por um adulto capaz, independentemente da quantidade portada ou possuída, sob a pena de incidir na proibição do excesso (*Übermassverbote*). Competirá ao STF afastar, na espécie, a dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e a necessidade da pena (*Strafbedürftigkeit*) do novo mandado de criminalização.

Nos últimos anos, o furor legislativo do Congresso Nacional em matéria penal tem produzido grandes inconvenientes à racional aplicação do Direito Penal e Processual Penal. É mesmo de se temer que, em âmbito constitucional, o jogo se repita com fim de manietar a atuação do Poder Judiciário.

Referências

- ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020. (Coleção monografias).
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 11. ed. atual. com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. São Paulo: Saraiva, 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2025.
- _____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2025.
- _____. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2023*. Altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160011>. Acesso em: 17 mar. 2025.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Interessados: Congresso Nacional; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 17 mar. 2025.
- _____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus nº 104.410/RS*. Habeas corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (A)tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal [...]. Paciente: Aldori Lima ou Aldori de Lima. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Gilmar Mendes, 6 de março de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. Acesso em: 17 mar. 2025.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 635.659/SP*. Recurso extraordinário com repercussão geral. Porte de drogas para consumo pessoal. Declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, para afastar a repercussão criminal do dispositivo em relação ao porte de *cannabis sativa* para uso pessoal [...]. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de junho de 2024c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 17 mar. 2025.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Ed., 1995. (Estudos e monografias).
- D'AVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima. *Constituição e direito penal: novos e velhos problemas à luz da experiência brasileira*. In: IBCCRIM 25 anos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 45-72.
- DEUTSCHLAND. [Grundgesetz (1949)]. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Berlin: Bundesministerium der Justiz, Bundesamt für Justiz, [2024]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>. Acesso em: 17 mar. 2025.
- DIMOULIS, Dimitri. *Direito penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
- DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha dos bens jurídicos*. Tradução de José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 151-198, abr./jun. 1994.

ENTENDA as três teses em julgamento do STF sobre descriminalização do porte de maconha. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 jun. 2024. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2024/06/entenda-as-tres-teses-em-julgamento-do-stf-sobre-descriminalizacao-de-maconha.shtml>. Acesso em: 17 mar. 2025.

ESPAÑA. [Constitución (1978)]. *Constitución española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, [2024]. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 17 mar. 2025.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 6, n. 2, p. 175-187, abr./jun. 1996.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. (Coleção Fórum de direitos fundamentais, v. 1).

INFORMAÇÃO à sociedade: RE 635.659 (Tema 506): porte de pequena quantidade de maconha para uso pessoal. Brasília, DF: STF, 2024. Disponível em: https://noticias-stf-wp-prd.s3.sa-east-1.amazonaws.com/wp-content/uploads/wpallimport/uploads/2024/06/27103347/RE-635659-Tema-506-informacao-sociedade-rev.-LC-FSP-v2_27-6-24_10h11.pdf. Acesso em: 17 mar. 2025.

ITALIA. [Costituzione (1947)]. *Costituzione della Repubblica italiana*. [Roma]: Corte Costituzionale, Servizio Studi, ott. 2023. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana.pdf. Acesso em: 17 mar. 2025.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. (Série IDP. Linha doutrina).

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIROZ, Claudinei. Tire suas dúvidas sobre a descriminalização do porte da maconha. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 26 jun. 2024. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2024/06/tire-suas-duvidas-sobre-a-descriminalizacao-do-porte-da-maconha.shtml>. Acesso em: 17 mar. 2025.

SANTANA VEGA, Dulce María. Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 865-883. (Monografías Aranzadi, 181).

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SEMER, Marcelo. *Princípios penais no Estado democrático de direito*: anotado com alterações da Lei 13.964/19. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 44. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 125, de 14.07.2022. São Paulo: Malheiros, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*: doutrina e jurisprudência, Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

VEJA como votaram os ministros do STF no julgamento sobre porte de drogas. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 25 jun. 2024. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/08/stf-volta-a-julgar-descriminalizacao-do-porte-de-drogas-veja-como-ja-votaram-os-ministros.shtml>. Acesso em: 17 mar. 2025.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Violência contra a mulher e Covid-19: as normativas em debate no estado do Rio de Janeiro

Violence against Women and Covid-19: The Regulations under Debate in the State of Rio de Janeiro

Vinicius Ferreira Baptista¹

Resumo

Este artigo analisa a produção legislativa do estado do Rio de Janeiro entre março de 2020 e outubro de 2022 relacionada à violência contra a mulher no contexto da pandemia de Covid-19. Com base no entendimento de que a circunstância adversa acarretaria efeitos negativos sobre a violência, considera-se que o cenário pandêmico produziu um momento oportuno, no qual as normas criadas foram testadas em seus conceitos, propostas e limites, bem como sua articulação com políticas associadas ao tema. Metodologicamente, o estudo constituiu-se de duas etapas: a primeira se alicerça na estatística descritiva e a segunda, na categorização de palavras dos textos normativos. Evidencia-se que nessas normas se confundem conceitos, limita-se a violência à esfera penal e pouco se associam às macropolíticas estruturantes e de mudança social; por outro lado, a crise sanitária avivou o debate de temas antes negligenciados.

Palavras-chave: Covid-19; violência contra a mulher; políticas públicas; processo legislativo.

Abstract

This article analyses the legislative production of the state of Rio de Janeiro between March 2020 and October 2022 related to violence against women in the context of the Covid-19 pandemic. Based on the understanding that the adverse circumstance would have negative effects on violence, it is considered that the pandemic scenario produced an opportune moment, in which the norms created were tested in their concepts, proposals and limits, as well as their articulation with policies associated with the topic. Methodologically, the

¹ Vinicius Ferreira Baptista é doutor em Políticas Públicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor adjunto do Departamento de Administração Pública da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), Seropédica, RJ, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Desenvolvimento Territorial e Políticas Públicas da UFRRJ, Seropédica, RJ, Brasil. E-mail: viniciusferbap@ufrrj.br

study consists of two stages: the first is based on descriptive statistics and the second, on the categorization of words in the normative texts. It is evident that these norms confuse concepts, limit violence to the criminal sphere and are little associated with structural macro policies and social change; on the other hand, the health crisis revived the debate on previously neglected topics.

Keywords: Covid-19; violence against women; public policies; legislative process.

Recebido em 12/7/24

Aprovado em 7/1/25

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p99

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

O cenário da pandemia de Covid-19 entre 2020 e 2022 demandou dos Poderes Públicos medidas urgentes para o enfrentamento dos impactos da crise sanitária. Em especial, a temática da violência contra a mulher (VCM) passou a ser debatida com base nos efeitos socioeconômicos vinculados à vulnerabilidade, bem como em medidas como o *lockdown*, que restringiram a circulação no âmbito público. A percepção de que a pandemia poderia incrementar a violência doméstica e intrafamiliar (VDIF) suscitou o debate sobre a urgência de medidas do Poder Legislativo que viessem a considerar o cenário pandêmico. Daí a oportunidade do momento para se debaterem temas incomuns em condições “normais”.

Neste trabalho, examinam-se 34 normas elaboradas entre março de 2020 e outubro de 2022 no estado do Rio de Janeiro; elas tratam dos efeitos da pandemia no âmbito da VCM. Para isso, analisa-se o pressuposto de que tais políticas padeceriam de fragilidades usuais encontradas em estudos sobre VCM, tais como termos específicos compreendidos como abstratos, a assistência associada à política criminal, políticas de curto prazo ou pouco relacionadas às macroestruturantes. Tais aspectos evidenciam a temática *generificada* das políticas ainda dominadas por elementos distantes de pressupostos de equidade e igualdade de gênero (Bravo, 2019; Buta, 2018; Cabette, 2020; Campos, 2020; Coutinho Júnior, 2021;

² BAPTISTA, Vinicius Ferreira. Violência contra a mulher e Covid-19: as normativas em debate no estado do Rio de Janeiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 246, p. 99-124, abr./jun. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p99. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/246/ril_v62_n246_p99

³ Baptista, V. F. (2025). Violência contra a mulher e Covid-19: as normativas em debate no estado do Rio de Janeiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(246), 99-124. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p99

Grossi, 1994; Guimarães, 2020; Lins, 2018; Melo, 2022; Mendes, 2020; Montenegro, 2015; Penna, 2019; Pougy, 2010; Silva; Brito; Araújo; Abath, 2013; Teófilo; Kale; Eppinghaus; Azevedo; Farias; Maduro Neto; Costa; Cavalcanti, 2019).

Quanto à metodologia, num primeiro momento investigam-se dados sobre a Covid-19 fornecidos pelas secretarias de saúde tanto do estado quanto da capital do Rio de Janeiro e pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), bem como estatísticas sobre violência na região metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ) realizadas pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro (ISP) entre março de 2020 e outubro de 2022. Num segundo momento, no exame das normas, categorizam-se campos e sentidos de palavras conforme Bardin (2016), com o fim de organizar o lastro das políticas e comparar conceitos, objetivos e limites. Os dados reforçam esses pressupostos, mas igualmente demonstram que uma conjuntura de crise (pandêmica ou não) propicia o debate, que não necessariamente leva à superação de políticas públicas limitantes, em virtude do emprego de termos inadequados ou associados a campos que tampouco produzem efeitos.

O texto apresenta quatro seções, além desta introdução e das considerações finais. Na primeira, articulam-se aspectos conceituais da violência de gênero; nas seções seguintes, caracteriza-se o cenário dos dados pandêmicos e de vulnerabilidade e a violência na RMRJ; por fim, apresentam-se os resultados.

2 Violência contra a mulher: aportes iniciais

A temática da VCM agregada à VDIF abarca aspectos políticos, epistemológicos, jurídicos, sociais, econômicos e institucionais, que se reformularam a partir da promulgação da Lei nº 11.340/2006 (*Lei Maria da Penha* (LMP)). Nela se tipificaram os crimes de VDIF, equivocadamente definidos como sinônimos de VCM ou de violência de gênero.

Afirma o art. 1º da LMP que o objetivo da norma é “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher” (Brasil, [2024b]), dado que o § 8º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) proclama que o Estado “assegurarà a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (Brasil, [2024a]). O art. 2º da LMP estende o gozo de direitos fundamentais a toda mulher e o art. 3º garante as condições para o seu exercício. O art. 5º, I a III, conceitua a VDIF como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, no âmbito da unidade doméstica, da família ou de qualquer relação íntima de afeto. E o art. 6º considera a VDIF uma das formas de violação dos direitos humanos.

Contudo, de acordo com Saffioti (2015) e Segato (2021), a VCM é uma categoria com contornos políticos que faz parte de outra, a da violência de gênero – uma manifestação de violência com base em marcadores de gênero e de hierarquização social que rebaixam o papel da mulher na sociedade e nas relações íntimas, familiares e sociais. Igualmente,

a VDIF é uma manifestação da violência no ambiente doméstico e familiar que agrega à violência contornos da dicotomia público vs. privado (Vergès, 2021; Segato, 2021; Barsted, 2012; Lima, 2022; Gregori, 1993; Grossi, 1994).

Por conta disso, as dinâmicas da VCM são mais abrangentes que as da VDIF. O fato de esta ser interpretada como sinônimo daquela induz a generalizações equivocadas, como a de que toda VCM conteria parte de dinâmicas domésticas ou intrafamiliares. Por outro lado, produziria o efeito de reduzir ao âmbito doméstico e intrafamiliar os elementos críticos de subjugação, rebaixamento e hierarquização – quando, na verdade, a VCM que articule esses três elementos não necessariamente se fundamenta nos dois primeiros aspectos. Ainda assim, Bianchini, Bazzo e Chakian (2019) apresentam relatórios da ONU que salientam que parte significativa da VCM é composta por VDIF, o que exige das nações signatárias de tratados internacionais o compromisso de enfrentar convenientemente essas dinâmicas.

A VCM conjuga relações políticas de dominação, subordinação e hierarquização nas esferas pública e privada no contexto das disputas de poder e da afirmação do poder masculino (Vergès, 2021; Segato, 2021), cujas origens históricas atrelam o caráter político da violência como inerente ao poder dos homens sobre as mulheres (Gregori, 1993; Grossi, 1994; Penna, 2019; Bandeira, 2014; Coutinho Júnior, 2021). Por outro lado, na perspectiva dos direitos humanos, a VCM é construção relativamente recente; nela se evocam garantias ao direito fundamental da mulher a uma vida digna (Lima, 2022; Melo, 2022).

Assim, a temática pressupõe uma perspectiva jurídica de proteção, prevenção e combate que procura desmistificar a passividade das mulheres na violência, com o fim de fortalecer o ideal de não violência e de denúncia das condições estruturais que incitam à lógica de sua ocorrência (Barsted, 2012; Lima, 2013). Nesse processo, a LMP não seria o primeiro marco das propostas reivindicatórias de direitos das mulheres, mas é de fato o primeiro marco de uma proposta jurídica que transcende o nexos penal (Severi, 2018; Campos, 2020). De acordo com Almeida (2015), um crime denota reprovação de certa violência, mas essa condenação torna-se ineficaz quando dissociada de instrumentos de mudança e transformação da sociedade. Barwinski (2019) e Lima (2013) ponderam sobre a insuficiência da delimitação criminal desacompanhada da modificação de bases culturais, em especial quando se desconsidera a subjetividade e a objetividade de quem comete a agressão.

A VCM (e, em particular, a VDIF) contém elementos que reúnem a questão da violência em si, a letalidade relacionada ao assassinato de mulheres, as relações de dominação e as medidas de enfrentamento do feminicídio (Barros; Souza, 2021; Bianchini; Bazzo; Chakian, 2019; Botelho, 2022; Bravo, 2019; Xavier, 2019; Pasinato, 2011; Villa, 2020). Por outro lado, estudos evidenciam dificuldades, necessidades e intersectorialidades relacionadas ao desenvolvimento de políticas públicas como a LMP e a assistência social. Parte das críticas aponta a falta de recursos e de pessoal qualificado, de instrumentos jurídicos, de mudanças comportamentais, além do desenho institucional fragilizado das políticas e da falta de agenda comprometida com o combate à violência (Beliato; Ibrahim, 2021; Bozzo; Matos; Beraldi;

Souza, 2017; Buta, 2018; Campos, 2020; Guimarães, 2020; Lins, 2018; Montenegro, 2015; Severi, 2018; Almeida, 2015; Cabette, 2020; Pougy, 2010; Mendes, 2017, 2020).

Sob outra perspectiva, alguns estudos destacam que o território é aporte fundamental para se compreenderem a VCM e a VDIF; eles demonstram que a violência como lógica social tem relações com o entorno em termos de composição e frequência. A idade, o gênero, a raça (ou cor), a escolaridade, o local do fato e a relação conjugal, por exemplo, transformam-se em marcadores que permitem distintas leituras do fenômeno.

Duffrayer, Mota, Silva, Messias, Moura, Silva, Pereira e Silva (2021), em pesquisa no Rio de Janeiro, e Beccheri-Cortez e Souza (2013) sustentam que tanto a violência física quanto a psicológica predominam na residência, local mais associado ao cometimento do fato. Elas atingem a faixa etária mais jovem (entre 20 e 29 anos), de cor parda e ensino médio completo – e o cônjuge masculino é o autor do fato em parte significativa dos atos violentos. Também no Rio de Janeiro, Teófilo, Kale, Eppinghaus, Azevedo, Farias, Maduro Neto, Costa e Cavalcanti (2019) e Deslandes, Gomes e Silva (2000) identificam os mesmos referenciais; os primeiros afirmam que as adolescentes são as principais vítimas de violência sexual e os segundos apontam o esposo, o companheiro ou o namorado como agressores. Ao esquadrihar a RMRJ, Baptista (2022) destaca a preponderância das violências física, psicológica e moral, e as duas primeiras alternam posições em municípios da região. Além disso, a relação entre autor e vítima distingue-se por crime; em casos não sexuais, o agressor é conhecido, ao contrário dos casos sexuais. As violências, pois, modificam-se quando se associam distintos marcadores.

Trata-se, pois, de fenômeno multifacetado e complexo que demanda empiria e teorização inter-relacionadas a fim de que se evitem generalizações e se orientem processos em que há proximidade e distanciamento. Por isso, neste trabalho relacionam-se marcadores traçados por políticas públicas e o cenário social da VCM e VDIF no período pandêmico, considerando-se parcialmente o período anterior como base longitudinal de análise.

3 Cenários pandêmicos e vulnerabilidades no estado do Rio de Janeiro

Com o Decreto nº 46.973/2020, o governo do Rio de Janeiro reconheceu a situação de emergência na saúde pública provocada pela pandemia de Covid-19; e, com o Decreto nº 47.973/2022, nova metodologia e processos passaram a ser aplicados no âmbito do estado.

A Tabela 1 revela que no período pandêmico até 10/10/2022 registraram-se 58.873 óbitos confirmados. A cidade do Rio de Janeiro concentrou 63,87% desses casos, seguida por São Gonçalo, Niterói, Nova Iguaçu e Duque de Caxias (Painel [...], [2022]). Os anos 2020 e 2021 concentraram respectivamente 44,57% e 48,61% dos casos de falecimento, ao passo que 2022 concentrou 6,69% deles – o que indica a eficácia da vacinação. Em termos de faixa etária, assim se distribuíram os casos fatais: a) 0 a 19 anos (0,39%); b) de 20 a 59 anos (25,75%); c) de 60 a 69 anos (22,57%); d) de 70 a 79 anos (24,79%); e) de 80 a 89 anos

(19,15%); e f) de 90 anos e mais (7,34%). Ou seja, o número de mortes foi crescente até a faixa de 70 a 79 anos.

A concentração dos casos de óbito por sexo e cor foram definidas apenas na capital (46,72% de mulheres e 53,28% para homens) e em Niterói (com 47,71% para mulheres e 52,29% para homens). Por cor, registraram-se os casos fatais nas seguintes proporções: ignorada (32,73%), branca (38,00%), parda (32,21%), não informada (17,57%), preta (8,14%), amarela (0,41%) e indígena (0,04%). A alta porcentagem relativa a cor não informada ou ignorada (45,74%, que compõem os outros 20 municípios) dificulta o exame do aspecto racial. Sem a devida estratificação, compromete-se a disposição dos cenários, o que reduz a capacidade analítica para se formularem políticas.

Tabela 1 – Casos de Covid-19 na região metropolitana do Rio de Janeiro entre 2020-2022

MUNICÍPIO DE RESIDÊNCIA	IGNORADO	2020	2021	2022	TOTAL	%
Belford Roxo	7	448	526	42	1.023	1,74
Cachoeiras de Macacu	-	51	66	4	121	0,21
Duque de Caxias	5	1.040	775	110	1.930	3,28
Guapimirim	1	99	99	5	204	0,35
Itaboraí	4	354	564	104	1.026	1,74
Itaguaí	-	190	227	22	439	0,75
Japeri	1	49	104	10	164	0,28
Magé	1	355	337	49	742	1,26
Maricá	4	229	506	75	814	1,38
Mesquita	3	243	281	27	554	0,94
Nilópolis	6	296	320	32	654	1,11
Niterói	-	1.238	1.493	199	2.930	4,98
Nova Iguaçu	6	981	1.184	99	2.270	3,86
Paracambi	8	48	82	2	140	0,24
Petrópolis	9	425	1.137	145	1.716	2,91
Queimados	2	108	149	7	266	0,45
Rio Bonito	-	105	146	26	277	0,47
Rio de Janeiro	9	17.557	17.480	2.558	37.604	63,87
São Gonçalo	6	1.581	2.206	312	4.105	6,97
São João de Meriti	-	689	735	75	1.499	2,55
Seropédica	5	96	128	12	241	0,41
Tanguá	1	58	74	21	154	0,26
Total	78	26.240	28.619	3.936	58.873	100,00
%	0,13	44,57	48,61	6,69	100,00	

Fonte: elaborado pelo autor com base em dados do Painel Covid-19 ([2022]).

O período pandêmico produziu impactos nos macroindicadores sociais. Ao elaborar o Índice de Desigualdades Sociais para a Covid-19 (IDS-Covid-19), a Fiocruz agregou indicadores de renda, escolaridade e condições de habitação (domínio socioeconômico), indicadores populacionais de pobreza por marcadores (domínio sociodemográfico) e dificuldade de

acesso aos serviços de saúde. Com base nisso, ela definiu quatro momentos: a) antes do início da pandemia (fevereiro de 2020); b) julho de 2020; c) março de 2021; e d) janeiro de 2022 – e os três últimos são comparados com o primeiro. Demarcaram-se cinco quintis, do mais baixo ao mais alto.

Na distribuição dos casos de Covid no País, o IDS-Covid-19 destaca forte concentração da desigualdade nas regiões Norte e Nordeste nos quatro períodos demarcados, que se mantêm nos quintis 4 e 5, com leve redução generalizada nas duas regiões. Há melhora difusa nas regiões Sul e Sudeste do primeiro ao quarto momento, passando do quintil 3 para 2 e 1, sobretudo nas capitais, com partes da região Centro-Oeste oscilando entre os quintis 3 e 4 no início para 3 e 2.

Quanto ao estado do Rio de Janeiro, na capital e em Niterói pouco se alteraram os quintis nos quatro momentos da pandemia, assim como em toda a RMRJ. Boa parte dos municípios manteve-se nos quintis 4 e 3, exceto São João do Meriti, onde quintil 5 permaneceu nos quatro momentos. Dessa maneira, os indicadores da Fiocruz evidenciam que antes do período pandêmico já era crescente a desigualdade relacionada ao alcance populacional e à concentração territorial. O índice reforça a fragilidade da RMRJ – exceto Niterói e a capital – em termos socioeconômicos e de oferta de serviços públicos.

O Índice de Vulnerabilidade Social (IVS), adotado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), demonstra que na pré-pandemia se apresentavam territorialidades distintas entre mulheres no âmbito da desigualdade de renda e trabalho. De acordo com o Ipea, à exceção da capital e Niterói, boa parte da RMRJ apresentava IVS médio e alguns considerados altos. Assim, esse indicador revela que a RMRJ compõe um território com grande vulnerabilidade das mulheres em termos de trabalho e renda.

De acordo com o Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas (CPS-FGV), 29,6% da população brasileira viviam com renda domiciliar *per capita* de até 497 reais em 2021 (9,6 milhões a mais que em 2019) – um número recorde de pobres no País. O estado do Rio de Janeiro tinha naquele ano uma proporção de 22,81% de pobres, e o crescimento da pobreza entre 2019 e 2021 foi de 4,03%. Também segundo o CPS-FGV, a incidência da pobreza aumentou relativamente quanto mais distante da capital era o município (Neri, 2022).

Em relação ao desemprego, a pesquisa trimestral do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, [2022]) revela forte queda no rendimento médio da população brasileira entre o início de 2020 e o fim de 2021. No âmbito da taxa média de desocupação, no caso do estado do Rio de Janeiro nota-se o movimento de alta entre 2020 e 2021, com recuperação a partir dos anos seguintes. É notável que os maiores prejudicados tenham sido os mais jovens (de 14 a 24 anos) e que, no caso de gênero, demorou mais o retorno das mulheres ao mercado de trabalho.

Segundo Carvalho (2022, p. 2), marcou fortemente o período pandêmico o fato de “a perda de ocupações ter se concentrado nas piores remunerações”, cujo vínculo ou atividade implica alto grau de fragilidade. Ao mesmo tempo, quanto ao recorte de gênero, “os rendimentos efetivos e habituais recebidos pelas mulheres, nos quatro últimos trimestres,

mostraram quedas superiores às dos homens” (Carvalho, 2022, p. 6). Portanto, os indicadores sociais destacados delimitam cenários em que se confrontam situações de desigualdades territoriais na renda e no trabalho, que afetaram regiões periféricas (nos âmbito nacional e intraestadual), bem como recortes de gênero e classes sociais no período 2020-2021, em que se mostra mais incipiente e lenta a recuperação das pessoas vinculadas a esses marcadores. Tais cenários projetavam negatividade ainda em meados de 2020, o que levou as instituições a incrementarem políticas públicas. Neste estudo, abordam-se apenas as do estado do Rio de Janeiro.

4 A violência contra a mulher na região metropolitana do Rio Janeiro

Dados do ISP revelam a ocorrência de 502.404 casos de VCM entre janeiro de 2016 e dezembro de 2021 em todo o estado do Rio de Janeiro. Todavia, para delimitar de modo apropriado o universo de pesquisa, filtraram-se apenas três categorias: sexo *feminino*, conteúdo *vítima* e municípios da RMRJ. Essas variáveis foram selecionadas conforme dois critérios isolados: a) o sexo feminino corresponde a 420.602 casos (83,72%); e b) a RMRJ concentra 359.661 registros (71,59%). Assim, ao se agregarem o sexo *feminino* e a RMRJ, obtêm-se 302.523 casos (60,21%). O universo da análise da VCM entre 2016 e 2021 compreende 302.523 casos, mas as amostras derivadas desse universo foram alteradas, dada a insignificância de determinados campos. Os crimes compreendem 12 campos: ameaça, encontro de cadáver, estupro, extorsão com momentânea privação da liberdade (sequestro-relâmpago), homicídio culposo de trânsito, homicídio doloso, lesão corporal culposa de trânsito, lesão corporal dolosa, lesão corporal seguida de morte, pessoas desaparecidas, roubo seguido de lesão corporal grave e tentativa de homicídio.

Os números absolutos da Tabela 2 revelam que os 10 primeiros municípios da RMRJ com maior concentração são o Rio de Janeiro, Nova Iguaçu, Duque de Caxias, São Gonçalo, Niterói, Belford Roxo, São João de Meriti, Petrópolis, Magé e Maricá. Juntos, eles correspondem a 89% do universo da RMRJ. Contudo, os números absolutos confundem; e, nesse caso, a Tabela 2 destaca que Duque de Caxias, Maricá, Paracambi, Guapimirim, Queimados, Seropédica, Itaguaí, Magé, Nova Iguaçu e Petrópolis estão à frente nas taxas médias por 100 mil mulheres entre 2016 e 2021. Em ambos os casos – o dos números absolutos e o das taxas por 100 mil mulheres – aparecem Duque de Caxias, Maricá, Magé e Nova Iguaçu; isso demonstra que esses municípios precisam lançar de imediato um olhar especial para a VCM.

Tabela 2 – Violência contra a mulher na RMRJ entre 2016 e 2021, em números absolutos

MUNICÍPIO	ANO						
	2016	2017	2018	2019	2020	2021	TOTAL
Belford Roxo	2.022	1.564	1.834	2.275	2.012	2.052	11.759
Cachoeiras de Macacu	307	227	264	312	193	222	1.525
Duque de Caxias	3.504	3.179	4.401	4.776	3.643	4.085	23.588
Guapimirim	298	261	353	335	247	340	1.834
Itaboraí	1.091	844	815	1.059	729	657	5.195
Itaguaí	577	423	511	620	623	737	3.491
Japeri	442	370	480	379	330	399	2.400
Magé	1.189	1.158	1.186	1.417	1.170	1.298	7.418
Maricá	1.010	987	987	941	781	939	5.645
Mesquita	809	717	829	896	743	846	4.840
Nilópolis	834	594	740	830	605	589	4.192
Niterói	2.486	2.276	2.257	2.449	1.915	2.085	13.468
Nova Iguaçu	3.554	3.353	3.917	4.523	4.172	4.686	24.205
Paracambi	294	314	281	285	236	283	1.693
Petrópolis	1.220	1.530	1.494	1.757	1.504	1.481	8.986
Queimados	1.022	793	811	767	701	855	4.949
Rio Bonito	219	193	271	266	183	164	1.296
Rio de Janeiro	26.817	23.766	24.874	25.246	20.033	22.554	143.290
São Gonçalo	3.901	3.515	3.099	3.785	2.076	1.863	18.239
São João de Meriti	2.132	1.767	1.859	2.034	1.769	1.694	11.255
Seropédica	377	393	425	487	446	447	2.575
Tanguá	121	100	92	140	108	119	680
TOTAL	54.226	48.324	51.780	55.579	44.219	48.395	302.523

Fonte: elaborada pelo autor com base em dados do ISP.

A Tabela 3 evidencia outra questão. Considerando-se que números absolutos podem orientar leituras frágeis sobre a redução de criminalidade, convém destacar a variação por taxas. Teria a VCM sido reduzida em termos de taxas por 100 mil mulheres nos municípios da RMRJ entre 2016 e 2021? A princípio, 9 municípios – Belford Roxo, Duque de Caxias, Guapimirim, Itaguaí, Magé, Mesquita, Nova Iguaçu, Petrópolis e Seropédica – reduziram os casos de VCM, e apenas Maricá (que figura entre os 10 absolutos em taxas) não os reduziu. As maiores variações percentuais aconteceram em Cachoeiras de Macacu, Nilópolis, Rio Bonito e São Gonçalo.

Tabela 3 – Taxas de violência contra a mulher entre 2016 e 2021, por 100 mil mulheres

MUNICÍPIO	ANO							%
	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2016-2021	
Belford Roxo	833,56	644,75	756,05	937,85	829,43	845,92	807,93	- 0,01
Cachoeiras de Macacu	1128,22	834,22	970,20	1146,60	709,27	815,85	934,06	0,28
Duque de Caxias	64661,38	58663,96	81214,25	88134,34	67226,43	75382,91	72547,21	- 0,17
Guapimirim	1137,27	996,07	1347,17	1278,48	942,64	1297,56	1166,53	- 0,14
Itaboraí	975,69	754,80	728,86	947,07	651,95	587,56	774,32	0,40
Itaguaí	1055,19	773,56	934,49	1133,83	1139,31	1347,79	1064,03	- 0,28
Japeri	932,25	780,39	1012,40	799,38	696,03	841,56	843,67	0,10
Magé	1018,45	991,90	1015,88	1213,75	1002,18	1111,82	1058,99	- 0,09
Maricá	1558,35	1522,87	1522,87	1451,89	1205,02	1448,81	1451,63	0,07
Mesquita	913,24	809,38	935,81	1011,45	838,73	955,00	910,60	- 0,05
Nilópolis	995,81	709,25	883,57	991,03	722,38	703,28	834,22	0,29
Niterói	949,86	869,62	862,36	935,72	731,69	796,64	857,65	0,16
Nova Iguaçu	857,40	808,91	944,98	1091,18	1006,50	1130,50	973,24	- 0,32
Paracambi	1260,13	1345,85	1204,41	1221,55	1011,53	1212,98	1209,41	0,04
Petrópolis	787,50	987,60	964,36	1134,13	970,82	955,97	966,73	- 0,21
Queimados	1431,83	1111,00	1136,22	1074,58	982,11	1197,86	1155,60	0,16
Rio Bonito	775,69	683,60	959,87	942,16	648,18	580,88	765,06	0,25
Rio de Janeiro	797,98	707,19	740,16	751,23	596,11	671,12	710,63	0,16
São Gonçalo	743,81	670,21	590,89	721,69	395,83	355,22	579,61	0,52
São João de Meriti	886,23	734,51	772,75	845,50	735,34	704,16	779,75	0,21
Seropédica	948,36	988,60	1069,10	1225,06	1121,93	1124,44	1079,58	- 0,19
Tanguá	783,53	647,54	595,74	906,56	699,35	770,58	733,88	0,02

Fonte: elaborada pelo autor com base em dados do ISP.

Entre 2016 e 2021, oscilaram positivamente apenas as taxas de estupro (0,29%) e de tentativa de homicídio (0,05%); em contrapartida, reduziram-se levemente as de outros quatro crimes. No período 2019-2020, apenas o homicídio doloso teve variação positiva de 2,17% e caíram os outros cinco índices, inclusive o geral. Nesse período, o crime de estupro apresentou sua única queda menos expressiva: -1,79%. Por sua vez, no auge da pandemia (2020-2021), dentre os seis crimes, reduziram-se apenas as taxas de lesão corporal dolosa e de lesão corporal seguida de morte (-0,11% e -50%), ao passo que as outras se elevaram. No cômputo geral, os crimes apresentaram comportamentos distintos: a) as ameaças e os estupros tiveram tendência de alta; b) o homicídio doloso e as lesões corporais tenderam a cair, com leves altas recentes do primeiro; e c) as tentativas de homicídio apresentaram oscilações fortes de aumento e queda nos últimos anos.

O quadro geral de crimes denota, pois, que a pandemia alterou os fluxos da violência a partir de 2020 (se comparados com os de 2019) e que os crimes de ameaça, estupro e homicídio (consumados ou não) demonstraram tendência de alta, embora sua ocorrência (salvo o estupro) tivesse sofrido relativa queda até 2019.

5 Resultados e discussão: cenários normativos durante e depois da pandemia

Ao analisar as propostas relativas a mulheres apresentadas no Congresso Nacional em 2020, Baptista (2021) afirma que o cenário pandêmico permitiu operar instrumentos norteados pela "janela de oportunidade", em especial políticas que, em condições "normais" de atuação legislativa, não teriam alcance social nem seriam debatidas e posteriormente promulgadas. O autor também sustenta que as temáticas desenvolvidas foram capazes de agregar campos políticos distintos, o que não implicava necessariamente relativo "apaziguamento" das diferenças políticas, pois determinadas ações envolviam emergência sanitária que moderava a atenção da sociedade ao que o Congresso Nacional delimitava como agenda.

Sidney (2007) afirma que, em certa medida, a concretização de políticas públicas apresenta instrumentos que permitem o debate consciente das premissas, limites e perspectivas que dada ação pública é capaz de produzir para contornar um cenário com efeitos adversos. Birkland (2011), por sua vez, reforça a questão da *normalidade* necessária ao processo, pois o sentido de *crise* já permeia o objeto para o qual se orienta a política pública. Sefton (2006) argumenta que nesse processo se constroem percepções, critérios e fomentos subjetivos e objetivos que desenham institucionalmente o alcance das políticas no público-alvo, no território, nos marcadores, nas projeções de resultados, nos impactos e nas mudanças sociais.

Com efeito, foi crítico o período pandêmico, seja quanto ao objeto a ser superado, seja quanto ao debate e à instrumentalização dos mecanismos para se implantarem políticas públicas. Walby (2015) ressalta que em cenários de crise se reconfiguram forças políticas e arranjos institucionais. Eles podem produzir impactos *generificados*, dado que a construção política se orienta por esses termos; e, sem se verificar em que medida os novos termos congregam as mulheres, o cenário de crise pode desaguar em retrocessos.

Desse modo, convém delimitar os termos das propostas sancionadas. No período pandêmico, conceberam-se normas com suporte em casos concretos sem a devida abstração que permitisse conceber uma política pública de longo prazo para superar um contexto negativo. Ressalte-se que toda política pública advém da percepção de que um caso concreto generalizado acarreta efeitos negativos, mas o processo de produção em condições não ampliadas de crise (sem uma pandemia, por exemplo) leva à necessidade de se substanciar uma política pública que provoque impacto estrutural, e não apenas sobre uma causa específica – o que diminui o alcance e a produção de resultados ou impactos.

Quanto às leis estaduais⁴, entre 2020 e 2022 promulgaram-se mais de 200 normas no estado do Rio de Janeiro. Boa parte delas constituiu-se de atos administrativos relacionados à ampliação de despesas e de investimentos na área de saúde, bem como a ações estratégicas de saúde pública e de contorno de crises, como no caso do *lockdown*. No campo das políticas para mulheres firmaram-se 34 normas entre maio de 2020 e julho de 2022; posteriormente,

⁴ Os dados foram extraídos de Leis Estaduais ([2022]).

o governo do estado definiu programas específicos mediante decretos. As políticas desse período fazem menção a cinco outras criadas entre 2017 e 2019 (Quadro 1 do Apêndice).

Dentre essas 34 normas, a maior parte (76%, ou 26) compõe um conjunto de políticas permanentes de enfrentamento da VCM, ao passo que 21% (ou sete delas) são restritas àquele período – o que, a princípio, significa que as políticas postas em ação durante a pandemia têm perfil de longo prazo e interpretam a VCM na mesma medida. Dentre as concebidas no período, muitas dispõem sobre campanhas publicitárias relativas ao confinamento e a medidas urgentes de abrigo que não faziam parte do sistema já consolidado. Por outro lado, as políticas de caráter permanente abrangem instrumentos de denúncia, campanhas publicitárias ampliadas em lugares com grande circulação de pessoas e a institucionalização de medidas assistenciais em face de vulnerabilidades; além disso, alteram rotinas e processos para a compilação de dados, o tratamento de vítimas e agressores e a estruturação de planos gerais de enfrentamento da VCM (Quadro 2 do Apêndice).

O contexto da pandemia também afetou a produção normativa do Legislativo e do Executivo relacionada à VCM, em termos tanto de proteção, estruturas e rotinas administrativas quanto de políticas assistenciais para enfrentar os impactos da violência. São exemplos disso as leis nºs 8.816/2020 (renda mínima emergencial), 8.823/2020 (acolhimento de pessoas em situação de rua), 8.778/2020 (aluguel social), 9.236/2021 (gratuidade na emissão de documentos pessoais), 9.265/2021 (acesso a assistência jurídica gratuita), 9.403/2021 (prioridade em programas de geração de emprego e renda) e 9.802/2022 (prioridade no processo seletivo do Sistema Nacional de Emprego (Sine)).

Em outra frente, as campanhas publicitárias tiveram o escopo de prevenir a violência, seja com informações sobre canais de denúncias, abrigos e acolhimento, seja com orientações didáticas a respeito das formas de violência e do papel de denúncia, inerente à cidadania. Tal é o caso das leis nºs 8.856/2020, 8.967/2020, 8.938/2020, 9.201/2021, 9.220/2021, 9.241/2021, 9.644/2022 (Observatório do Feminicídio) e 9.724/2022 (campanha de divulgação do aplicativo Maria da Penha Virtual).

Também se procedeu a alterações significativas que já tinham sido objeto de debates antes da pandemia. Contudo, a oportunidade do momento permitiu reestruturar rotinas, procedimentos e alcances normativos e a própria política criminal. São exemplos disso as leis nºs 9.235/2021 (rotina de atendimento a mulheres em risco e situação de violência), 9.353/2021 (treinamento de guardas municipais para o atendimento de ocorrências na LMP), 9.245/2021 (monitoramento eletrônico do agressor) e 9.470/2021 (programa de ressocialização de agressores), além do Decreto nº 48.166/2022, que reestruturou os núcleos de feminicídio das delegacias especializadas de atendimento à mulher.

Essas três conjunturas demonstram que o período pandêmico possibilitou articular políticas de médio e longo prazo e conceber ações que transcendessem o enfrentamento penal da violência; elas conjugaram assistência e prevenção à luz de direitos básicos, como o acesso a documentos, renda, moradia e proteção – o que garante segurança à mulher em situação de violência e a sua não revitimização (Bianchini; Bazzo; Chakian, 2019; Melo,

2022). Isso leva a considerar que se avançou em políticas pouco capazes de alterar o *status quo* ao manterem as relações de subordinação (Barwinski, 2019; Gregori, 1993). Outras políticas igualmente generalistas foram criadas pelas leis nºs 9.303/2021 (empreendedorismo feminino), 9.469/2021 (inclusão do Dia de Luta pelo Fim do Feminicídio no calendário oficial do estado) e 9.595/2022 (rede estadual de apoio à mulher com deficiência vítima de violência doméstica).

Em suma: parte significativa das normas que entraram em vigor entre 2020 e 2022 aborda a segurança pública e a assistência social com um viés analítico da violência que se espelha na LMP, como o acesso a serviços definidos no inciso IV do seu art. 7º (Brasil, [2024b]), relativamente a necessidades materiais, direitos, valores e recursos. No período pandêmico criaram-se leis que determinaram a urgência em prover serviços e assistência num cenário de vulnerabilidade, como a inclusão em programas de transferência de renda e o acesso gratuito a documentos e assessoria jurídica (Quadro 3 do Apêndice).

Todavia, a conjuntura de oportunidade legislativa tem sido prejudicada pela compreensão da VCM como questão jurídico-penal. Esse entendimento fundamenta-se no caráter criminal e, ao mesmo tempo e em grau menor, reconhece a assistência como derivada da situação de violência (Guimarães, 2020; Pasinato, 2015). Trata-se de um complicador, pois a prevenção demanda conceber políticas que resultem em condições estruturais favoráveis às mulheres – sobretudo nos aspectos socioeconômicos e político-institucionais – e que reduzam sua vulnerabilidade (Neri, 2022; Penna, 2019). Dessa maneira, há o risco de que políticas de enfrentamento à VCM dissociem a prevenção, a proteção e a assistência do caráter estrutural de mudança da sociedade (Pougy, 2010).

Por outro lado, apenas a Lei nº 8.907/2020 – que trata do protocolo “de prevenção e acolhimento nos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres e crianças durante o estado de calamidade decretado em razão da pandemia do Covid-19” (Rio de Janeiro, 2020a) – define medidas de prevenção e acolhimento nas cinco formas de violência definidas na LMP. Entretanto, como foi datada para perdurar no período pandêmico, a lei concentra-se tão somente na delimitação processual em vez de prever medidas concretas conjunturais.

No âmbito do Direito Penal, por sua vez, enfatiza-se sobretudo a revisão de atos administrativos para a aplicação dos instrumentos jurídicos, a criação de canais de denúncias, a facilitação de mecanismos de recebimento de denúncia e a organização administrativa. De certo modo, há uma espécie de “revisão” dos atos administrativos para facilitar a prestação de serviços, o que se poderia tomar como um “redesenho” da política pública. Contudo, não é pela lógica criminal que uma política preventiva se torna mais eficaz para estancar o aumento da VCM e da VDIF (Campos, 2020).

Um aspecto a ser salientado é que apenas três municípios da RMRJ têm planos de enfrentamento do feminicídio: o Rio de Janeiro (Lei nº 7.291/2022), Niterói (Lei nº 3.602/2021) e São Gonçalo (Lei nº 1.296/2021). A partir de 2006 quase todos os municípios produziram alguma normativa relacionada à VCM e à VDIF, tais como planos, políticas específicas

de campanhas, assistência ou alteração de rotinas. Ainda que brevemente, é necessário comentar algumas dessas políticas públicas (Quadro 3 do Apêndice).

A Lei nº 9.655/2022 trata da implantação de atendimento humanizado, multidisciplinar e imediato, com triagem e acolhida feita por psicólogo e assistente social no quadro dos procedimentos policiais apuratórios nas delegacias de polícia civil. Dispõe sobre a capacitação em dinâmicas que afetam a garantia de direitos – em especial, o processo de não revitimização. Nelas se revelam fragilidades que Lins (2018) entende como próprias de um sistema policial dissociado das perspectivas políticas e pragmáticas de enfrentamento da VCM.

A Lei nº 9.659/2022 estabelece um programa de enfrentamento da violência doméstica contra as mulheres idosas nas unidades de saúde da rede pública do estado. A lei conjuga a LMP e a Lei nº 10.741/2003 (*Estatuto da pessoa idosa*) na consideração da vulnerabilidade de mulheres com mais de 60 anos atendidas em unidades de saúde. Define várias formas de violência praticadas por equipe médica, familiares, visitantes, dentre outros; em analogia com a LMP, a unidade doméstica está para o local assim como a unidade de saúde está para o espaço. Contudo, não se expõem os motivos da lei em função do contexto. Por isso, segundo Bitencourt (2022), ela seria uma lei com base em casos concretos denunciados, sem a abstração necessária à tessitura de uma lei.

O Decreto nº 48.002/2022 (plano estadual de redução de letalidade decorrente de intervenção policial (Rio de Janeiro, 2022)), aborda o feminicídio de modo confuso: a letalidade decorrente de intervenção policial não tem relação com feminicídio – mesmo que, na interpretação da letalidade violenta, se pudesse incluir o feminicídio no rol do artigo que enumera os crimes de lesão corporal seguida de morte, de homicídio, de latrocínio e de morte por intervenção de agente do Estado (Quadros 1 e 3 do Apêndice).

São particularmente relevantes três leis (Quadros 1 e 3 do Apêndice) surgidas durante a emergência sanitária. A Lei nº 8.907/2020 define um protocolo de prevenção e acolhimento (art. 2º) nos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres e crianças; e apresenta algumas inovações controvertidas, como a “ligação telefônica ou WhatsApp a todas as mulheres que tenham denunciado violência doméstica ou familiar ou maus tratos a menores” (art. 2º, I) e a expedição de medida protetiva de urgência para a retirada imediata do agressor (art. 2º, II). Também dispõe sobre “insumos mínimos necessários à sua higiene e sustento” (Rio de Janeiro, 2020a, art. 3º) e sobre outras medidas já previstas em lei. A segunda, a Lei nº 8.927/2020, permite ao governo estadual requisitar administrativamente propriedades privadas em todo o estado para o acolhimento e a proteção (art. 1º), garante às vítimas proteção policial, transporte, acompanhamento policial para a retirada de pertences, manutenção de vínculo trabalhista, bolsa-auxílio e acompanhamento psicológico (art. 1º, § 2º, I-VI), bem como indenizações (Rio de Janeiro, 2020b, art. 3º). É uma lei confusa em relação ao próprio objeto disposto à tutela, pois articula requisição de bens imóveis para a estrutura de acolhimento com medidas assistenciais, algumas das quais já previstas. E a terceira, a Lei nº 8.950/2020, autoriza a suspensão temporária da posse, do porte e do registro de armas de fogo de pessoas denunciadas, indiciadas e rés em processos de violência

doméstica, familiar e feminicídio; nesse caso, a arma deve ficar acautelada até o fim das investigações e o trânsito em julgado. Além delas, a Lei nº 9.015/2020 criou uma comissão interdisciplinar para analisar os dados relativos ao impacto da epidemia, especialmente as respostas para a mitigação da violência, a promoção da assistência social e da cobertura, as políticas de renda, emprego e trabalho (art. 3º) com o emprego de marcadores por faixa etária, ocupação, raça, sexo, local de moradia (Rio de Janeiro, 2020c, art. 4º).

A VCM tem sido abordada persistentemente sob a óptica criminal e pouco associada ao caráter de mudança social das condições estruturais das mulheres. Isso permite argumentar que as políticas empreendidas são remédios para uma doença diagnosticada de modo impreciso ou inadequado (Botelho, 2022; Duffrayer; Mota; Silva; Messias; Moura; Silva; Pereira; Silva, 2021). O desafio é instaurar políticas de enfrentamento concreto da violência não como acessórias de um ideal criminológico em que se alteram estruturas sociais unicamente pela pena ou por um viés de reação (Villa, 2020; Xavier, 2019).

Um último aspecto – eminentemente conceitual-normativo, mas com alcance político relevante – são as expressões *violência doméstica* e *violência intrafamiliar*, que têm sido adotadas como sinônimas de *violência contra a mulher*, uma expressão abrangente que não se pode reduzir ao âmbito doméstico ou intrafamiliar. Normas com essas delimitações levam à impressão de que alcançam as mulheres em todas as situações de violência que não abranjam os dois sentidos – o que não é verdade, pois estariam amparadas em outros dispositivos (Bravo, 2019; Buta, 2018; Cabette, 2020; Campos, 2020; Coutinho Júnior, 2021; Grossi, 1994; Guimarães, 2020; Lins, 2018; Melo, 2022; Mendes, 2020; Montenegro, 2015; Penna, 2019; Pougy, 2010; Silva; Brito; Araújo; Abath, 2013; Teófilo; Kale; Eppinghaus; Azevedo; Farias; Maduro Neto; Costa; Cavalcanti, 2019).

É notável que parte das políticas empreendidas entre 2020 e 2022 no estado do Rio de Janeiro fugiu ao usual e garantiu prerrogativas de direitos básicos para mulheres em situação de violência. Porém, é preciso reafirmar que tais políticas figuram como acessórias das medidas de assistência e de enfrentamento da violência, e não como macropolíticas estruturantes das condições sociais de mulheres; desse modo, ainda subsiste um alcance mínimo na estrutura da violência de que faz parte a VCM (Bandeira, 2014; Saffioti, 2015; Segato, 2021).

Há, assim, dois desafios: o primeiro, quanto ao ideal normativo de orientação das políticas públicas, e o segundo, quanto ao conteúdo que a oportunidade do momento permite orientar. Ao considerar casos concretos num cenário de urgência pandêmica, a produção legislativa no estado conseguiu em parte produzir políticas de que antes não dispunha para o enfrentamento da violência, além de ter propiciado o debate de temas incomuns em condições “normais”. Isso demonstra que é possível conhecer cenários e produzir políticas concretas com base em problemas reais (Baptista, 2021; Barsted, 2012; Birkland, 2011). Por outro lado, o desafio permanece, pois algumas dessas políticas são vagas na consideração de elementos estruturais de produção de violência e padecem de orientação minimalista

e acessória, que reduz a capacidade normativa e programática do instrumento legislativo de alterar o *status quo* das mulheres (Severi, 2018; Almeida, 2015; Vergès, 2021).

6 Considerações finais

A pandemia de Covid-19 afetou a produção legislativa fluminense relacionada à violência contra a mulher. O contexto de urgência e seus desdobramentos na vida das mulheres permitiu conjugar o objeto de análise (violência), a situação (vulnerabilidade) e a causalidade (pandemia); e, assim, houve discussões necessárias à normatização, que em condições “normais” não ocorreriam no debate legislativo.

A questão levantada na análise de 34 normas sancionadas no estado do Rio de Janeiro é em que medida elas refletem as origens da violência. Isto é: a normatização não significa necessariamente que um objeto será abordado em suas causas, pois ele pode ser enfrentado com medidas paliativas ou de pouco impacto. Ao mesmo tempo, não significa que a normatização se oriente como política estruturante ou de longo prazo associada a outras políticas.

Assim, essas normas corroboram estudos que indicam que o enfrentamento da VCM tem sido orientado por soluções de ordem penal esteadas em causas e não em consequências e com pouco alcance em políticas socioeconômicas ou político-institucionais. Evidenciam esse aspecto as políticas de cunho operacional de serviços de enfrentamento e proteção, que envolvem medidas assistenciais pós-violência, como o aluguel social ou a renda.

Não se propõe aqui reverberar a ineficácia dessas políticas públicas concebidas em contexto de urgência, mas ponderar sobre como algumas delas se podem alinhar às demais políticas para produzirem efeitos que transcendam o sentido imediato de VCM. E considerar como se podem articular os cenários de urgência para suscitar o debate de temas que normalmente não seriam discutidos, os quais forçam o legislador ao seu exame numa conjuntura de crise de grande impacto.

Referências

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direitos humanos e não violência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, DF, v. 29, n. 2, p. 449-469, maio/ago. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-69922014000200008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/QDj3qKFjDHLjPXmvFZGsrLq/?lang=pt>. Acesso em: 17 mar. 2025.

BAPTISTA, Vinicius Ferreira. Covid-19, janelas de oportunidade e políticas para mulheres: análise sobre projetos de lei apresentados no Congresso Nacional. *E-Legis*: revista eletrônica do programa de pós-graduação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, v. 14, n. especial, p. 194-234, mar. 2021. DOI: <https://doi.org/10.51206/e-legis.v14iEsp.612>. Disponível em: <https://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/612>. Acesso em: 17 mar. 2025.

_____. “Se te agarro com outro, te mato! Te mando algumas flores e depois escapo”: cenários da violência contra a mulher na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Estudos de População*: Rebec, Rio de Janeiro, v. 39, p. 1-26, 2022. DOI: <https://doi.org/10.20947/S0102-3098a0202>. Disponível em: <https://rebec.org.br/revista/article/view/1995>. Acesso em: 17 mar. 2025.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução de Luis Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2016.

BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó. *Feminicídio: controvérsias e aspectos práticos*. 2. ed. Leme, SP: Mizuno, 2021.

BARSTED, Leila Linhares. O avanço Legislativo contra a violência de gênero: a Lei Maria da Penha. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, ed. especial, p. 90-110, jan./mar. 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_90.pdf. Acesso em: 17 mar. 2025.

BARWINSKI, Sandra Lia Leda Bazzo. *Poder, dominação e resistência: Lei Maria da Penha e a justiça de gênero*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BECCHERI-CORTEZ, Mirian; SOUZA, Lídio de. Mulheres de classe média, relações de gênero e violência conjugal: um estudo exploratório. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, Bogotá, v. 12, n. 24, p. 34-53, enero/jun. 2013. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-70272013000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 mar. 2025.

BELIATO, Araceli Martins; IBRAHIM, Francini Imene Dias (org.). *Lei Maria da Penha no direito policial*. Leme, SP: Mizuno, 2021.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra mulheres: Lei Maria da Penha, crimes sexuais, feminicídio*. Salvador: JusPODIVM, 2019.

BIRKLAND, Thomas A. Policy implementation, failure, and learning. In: _____. *An introduction to the policy process: theories, concepts, and models of public policy making*. 3rd ed. Armonk: M. E. Sharpe, 2011. p. 263-286.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: (arts. 121 a 154-B): crimes contra a pessoa*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. v. 2.

BOTELHO, Jeferson. *Violência doméstica e familiar: avanços e desafios da Lei Maria da Penha como aparato de prevenção*. Leme, SP: Mizuno, 2022.

BOZZO, Ana Clara Borborema; MATOS, Giovanna Canesin; BERALDI, Livia Parizi; SOUZA, Mônica Dilene de. Violência doméstica contra a mulher: caracterização dos casos notificados em um município do interior paulista. *Revista Enfermagem UERJ*, Rio de Janeiro, v. 25, p. 1-5, 2017. DOI: <https://doi.org/10.12957/reuerj.2017.11173>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/enfermagemuerj/article/view/11173>. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2025.

_____. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRAVO, Renata. *Feminicídio: tipificação, poder e discurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BUTA, Fernanda Luiza Horácio. *Masculinidades re(conhecendo) a Lei Maria da Penha: um estudo de caso da atuação do MPDFT em situações de violência doméstica contra mulheres*. Curitiba: CRV, 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crimes contra a dignidade sexual: tópicos relevantes*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2020.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia feminista: teoria feminista e crítica às criminologias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CARVALHO, Sandro Sacchet de. Retrato dos rendimentos do trabalho – resultados da PNAD contínua do segundo trimestre de 2022. *Ipea*: carta de conjuntura, [s. l.], n. 56, nt. 17, p. 1-15, jul./set. 2022. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2022/09/220901_cc_56_nota_17_rendimentos_e_horas_trabalhadas.pdf. Acesso em: 17 mar. 2025.

COUTINHO JÚNIOR, Ernesto. *Violência contra a mulher: crimes sexuais, feminicídio, Lei Maria da Penha*. Leme, SP: Cronus, 2021.

DESLANDES, Suely F.; GOMES, Romeu; SILVA, Cosme Marcelo Furtado Passos da. Caracterização dos casos de violência doméstica contra a mulher atendidos em dois hospitais públicos do Rio de Janeiro. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 129-137, jan./mar. 2000. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2000000100013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/c9mBfX8bKfCcnK5cmjvwbyF/?lang=pt>. Acesso em: 17 mar. 2025.

DUFFRAYER, Karoline Moreira; MOTA, Cristina Portela da; SILVA, Jorge Luiz Lima da; MESSIAS, Cláudia Maria; MOURA, Ana Carolina Cardoso Arruda Carvalho de; SILVA, Vitor Gabriel de França e; PEREIRA, Audrey Vidal; SILVA, Natália Viana Marcondes da. Perfil sociodemográfico de mulheres vítimas de violência no período de 2008 a 2017. *Research, Society and Development*, Vargem Grande Paulista, v. 10, n. 4, p. 1-12, 2021. DOI: <https://doi.org/10.33448/rsd-v10i4.13823>. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/13823>. Acesso em: 17 mar. 2025.

GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

GROSSI, Miriam Pillar. Novas/velhas violências contra a mulher no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 2, n. especial, p. 473-483, jul./dez. 1994. Disponível em: <https://miriamgrossi.paginas.ufsc.br/files/2012/03/16179-49803-1-PB.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2025.

GUIMARÃES, Maria de Nazaré Saavedra. *Direitos humanos no cotidiano jurídico: a violência contra a mulher – um estudo comparativo entre as legislações do Brasil e da Argentina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

IBGE. *Desemprego*. [Rio de Janeiro]: IBGE, [2022]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 17 mar. 2025.

LEIS estaduais. Rio de Janeiro: PGE-RJ, [2022]. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/covid19/estadual/leis-estaduais>. Acesso em: 17 mar. 2025.

LIMA, Ilana Driele Mendes da Cunha. *A violência contra a mulher: o enfrentamento à violência contra a mulher como forma de garantia dos direitos humanos e fundamentais – uma análise das legislações brasileira e espanhola*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. *Violência contra a mulher: o homicídio privilegiado e a violência doméstica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LINS, Beatriz Accioly. *A lei nas entrelinhas: a Lei Maria da Penha e o trabalho policial*. São Paulo: Ed. Unifesp, 2018.

MELO, Maria Marli Castelo Branco de. *Violência contra a mulher: um olhar sociojurídico e seus reflexos na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Série IDP: pesquisa acadêmica).

_____. *Processo penal feminista*. São Paulo: Atlas, 2020.

MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

NERI, Marcelo. *Mapa da nova pobreza*. Rio de Janeiro: FGV, Centro de Políticas Sociais, jun. 2022. Disponível em: https://www.cps.fgv.br/cps/bd/docs/Texto-MapaNovaPobreza_Marcelo_Neri_FGV_Social.pdf. Acesso em: 17 mar. 2025.

PAINEL Covid-19. Rio de Janeiro: Governo do Estado do Rio de Janeiro, [2022]. Disponível em: <https://painel.saude.rj.gov.br/monitoramento/covid19.html>. Acesso em: 17 mar. 2025.

PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-427, jul./dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/1808-2432201518>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/5sWmchMftYHrmcgt674yc7Q/?lang=pt>. Acesso em: 17 mar. 2025.

_____. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, SP, n. 37, p. 219-246, jul./dez. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-83332011000200008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/k9RYCQZhFvgJLhr6sywV7JR/?lang=pt>. Acesso em: 17 mar. 2025.

PENNA, Paula Dias Moreira. *Mulheres em situação de violência doméstica: um diálogo entre a psicanálise e o direito*. Curitiba: Juruá, 2019.

POUGY, Lília Guimarães. Desafios políticos em tempos de Lei Maria da Penha. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 76-85, jan./jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802010000100009>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/NVMYjtvdMLwYK9fd8F8xpZc/?lang=pt>. Acesso em: 17 mar. 2025.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Decreto nº 48.002, de 22 de março de 2022*. Estabelece o plano estadual de redução de letalidade decorrente de intervenção policial e dá outras providências. Rio de Janeiro: Leis Estaduais, 2022. Revogado. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rj/decreto-n-48002-2022-rio-de-janeiro-estabelece-o-plano-estadual-de-reducao-de-letalidade-decorrente-de>. Acesso em: 17 mar. 2025.

_____. *Lei nº 8.907, de 29 de junho de 2020*. Estabelece protocolo de prevenção e acolhimento nos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres e crianças durante o estado de calamidade decretado em razão da pandemia do Covid-19. Rio de Janeiro: Alerj, 2020a. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/e503699afafiddd6032585970083a589?OpenDocument&Highlight=0,8.907>. Acesso em: 17 mar. 2025.

_____. *Lei nº 8.927, de 8 de julho de 2020*. Autoriza o Poder Executivo a requisitar administrativamente as propriedades privadas que especifica para o acolhimento e proteção de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, enquanto perdurar a situação de emergência em saúde pública decorrente do novo coronavírus – Covid-19. Rio de Janeiro: Alerj, 2020b. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/4235b084459b2d57032585a4008003ab?OpenDocument&Highlight=0,8.927>. Acesso em: 17 mar. 2025.

_____. *Lei nº 9.015, de 18 de setembro de 2020*. Autoriza o Poder Executivo a criar uma comissão interdisciplinar para analisar dados do impacto da epidemia do Covid-19 nas mulheres fluminenses e da outras providências. Rio de Janeiro: Alerj, 2020c. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/153cf7ae6b13b0e7032585ee0079ff8e?OpenDocument&Highlight=0,9.015>. Acesso em: 17 mar. 2025.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015. Disponível em: https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2021/10/genero_web.pdf. Acesso em: 17 mar. 2025.

SEFTON, Tom. Distributive and redistributive policy. In: MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert E. (ed.). *The Oxford handbook of public policy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2006. p. 607-623. (The Oxford handbooks of political science).

SEGATO, Rita. *Crítica à colonialidade em oito ensaios: e uma antropologia por demanda*. Tradução de Danú Gontijo e Danielli Jatobá. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2021. (Coleção Rita Segato, 1).

SEVERI, Fabiana Cristina. *Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SIDNEY, Mara S. Policy formulation: design and tools. In: FISCHER, Frank; MILLER, Gerald J.; SIDNEY, Mara S. *Handbook of public policy analysis: theory, politics, and methods*. Boca Raton: CRC Press, 2007. p. 79-88. (Public administration and public policy, 125).

SILVA, Maria Carmelita Maia e; BRITO, Ana Maria de; ARAÚJO, Alessandra de Lima; ABATH, Marcella de Brito. Caracterização dos casos de violência física, psicológica, sexual e negligências notificados em Recife, Pernambuco, 2012. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, Brasília, DF, v. 22, n. 3, p. 403-412, jul./set. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.5123/S1679-49742013000300005>. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742013000300005. Acesso em: 17 mar. 2025.

TEOFILO, Marcella Martins Alves; KALE, Pauline Lorena; EPPINGHAUS, Ana Lúcia Fontes; AZEVEDO, Otilia Pimenta; FARIAS, Rejane Santos; MADURO NETO, José Pedro; COSTA, Antônio José Leal; CAVALCANTI, Maria de Lourdes Tavares. Violência contra mulheres em Niterói, Rio de Janeiro: informações do Sistema de Vigilância de Violências e Acidentes (2010-2014). *Cadernos Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 4, p. 437-447, out./dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/1414-462X201900040302X>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cadsc/a/S5DmRHyz9HLypcKZwpywnRp/?lang=pt>. Acesso em: 17 mar. 2025.

VERGÈS, Françoise. *Uma teoria feminista da violência*. Tradução de Raquel Camargo. São Paulo: Ubu, 2021.

VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro. *Circuito do feminicídio: o silêncio murado do assassinato de mulheres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

WALBY, Sylvia. *Crisis*. Cambridge, UK: Polity Press, 2015.

XAVIER, Rafael Ricardo. *Feminicídio: análise jurídica e estudo em consonância com a Lei Maria da Penha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Apêndice

Quadro 1 – Síntese da legislação relativa a mulheres em 2020 no estado do Rio de Janeiro

LEI	SANÇÃO	TEMA	CONTEÚDO	PROPOSTA	ALCANCE DAS MULHERES	PERÍODO
8.778	mar. 2020	assistência social	política social	instituição do aluguel social para pessoas ou famílias em situação de vulnerabilidade temporária	foco em mulheres vítimas de violência doméstica, em situação de vulnerabilidade temporária	permanente
8.823	maio 2020	assistência social	infraestrutura	criação de centros de acolhimento e abrigo para a população em situação de rua e vulnerabilidade social	vulnerabilidade social	durante a pandemia
8.856	maio 2020	segurança pública	conscientização e informação	ampliação da publicidade de medidas de proteção para mulheres em situação de risco de violência doméstica	campanhas publicitárias de amplo alcance social	durante a pandemia
8.816	maio 2020	economia	política social	renda mínima emergencial	vulnerabilidade de renda	permanente
8.907	jun. 2020	assistência social	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	protocolo de prevenção e acolhimento nos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres e crianças	norma específica para mulheres que tenham registrado ocorrência junto à autoridade policial especializada ou em qualquer outro órgão ou entidade de proteção	durante a pandemia
8.927	jul. 2020	assistência social	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	autorização para o governo estadual requisitar propriedades privadas para o acolhimento a vítimas de violência	ampliação da rede de acolhimento e proteção de mulheres vítimas de violência doméstica e família, bem como de seus dependentes	durante a pandemia
8.938	jul. 2020	saúde pública	conscientização e informação	criação de campanha integrada com os serviços essenciais para o enfrentamento da violência contra as mulheres no contexto pandêmico	campanhas publicitárias em locais de grande circulação pessoas	durante a pandemia
8.950	jul. 2020	segurança pública	política criminal	suspensão e apreensão (depois de decisão fundamentada da autoridade judiciária competente) da posse, do porte e do registro de armas de fogo de pessoas denunciadas, indiciadas e réis em processos de violência doméstica, familiar e feminicídio	suspensão da posse, do porte e do registro de armas de fogo até o trânsito em julgado dos processos judiciais e procedimentos de investigados em crimes definidos na LMP e feminicídio	durante a pandemia

LEI	SANÇÃO	TEMA	CONTEÚDO	PROPOSTA	ALCANCE DAS MULHERES	PERÍODO
Decreto nº 48.166	jul. 2020	segurança pública	política criminal	reestruturação dos núcleos de feminicídios nas delegacias de homicídios	medidas de prevenção e proteção contra violência	permanente
8.967	ago. 2020	segurança pública	conscientização e informação	ampliação da publicidade sobre os serviços de atendimento às mulheres vítimas de violência e sobre a proteção para mulheres em situação de risco de violência doméstica	campanhas publicitárias em locais de grande circulação de pessoas	durante a pandemia
9.015	set. 2020	segurança pública	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	criação de comissão interdisciplinar para analisar os dados relativos ao impacto da epidemia sobre as mulheres	subsídio à construção de ações para curto prazo e à proposição de política de proteção preventiva em caso de pandemias	pós-pandemia restrito
9.173	jan. 2021	economia	política social	criação do Selo Empresa Amiga da Mulher	apoio a empresas ou organizações que contribuem para ações e projetos de promoção e defesa dos direitos da mulher	permanente
9.201	mar. 2021	segurança pública	conscientização e informação	instituição do Programa de Cooperação e do Código Sinal Vermelho	medidas de prevenção e proteção contra violência	permanente
9.220	mar. 2021	segurança pública	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	instituição do programa Disque Maria da Penha	criação de canais de denúncia e prioridade de atendimento	permanente
9.235	abr. 2021	segurança pública	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	implantação do atendimento de mulheres em risco ou situação de violência	atendimento à mulher vítima de violência	permanente
9.236	abr. 2021	assistência social	política social	prioridade do atendimento e gratuidade para as mulheres em situação de risco, de violência doméstica, de violência familiar e ocorrências semelhantes	vulnerabilidade social	permanente
9.241	abr. 2021	segurança pública	política criminal	instituição do Programa Patrulha Maria da Penha – Guardiões da Vida	amplia a capacidade de fiscalização de medidas protetivas de urgência	permanente
9.242	abr. 2021	segurança pública	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	afastamento remunerado de servidoras estaduais vítimas de violência familiar ou doméstica	vulnerabilidade social	permanente
9.245	abr. 2021	segurança pública	política criminal	definição de regras de monitoramento eletrônico para o cumpridor de medida protetiva de urgência por violência doméstica e familiar contra a mulher	medidas de prevenção e proteção contra a violência	permanente

LEI	SANÇÃO	TEMA	CONTEÚDO	PROPOSTA	ALCANCE DAS MULHERES	PERÍODO
9.265	maio 2021	assistência social	política social	garantia de assistência jurídica gratuita às mulheres vítimas de violência de qualquer natureza	garantia de apoio jurídico às vítimas de VDIF	permanente
9.303	jun. 2021	economia	política social	definição de medidas de apoio e estímulo ao empreendedorismo feminino	fortalecimento de empreendimentos liderados por mulheres	permanente
9.353	jul. 2021	segurança pública	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	capacitação e treinamento de guardas municipais no âmbito de ocorrências enumeradas na LMP	melhoria da abordagem da VDIF no atendimento às vítimas	permanente
9.403	set. 2021	assistência social	política social	determinação da prioridade de inclusão da mulher vítima de violência doméstica ou familiar nos programas sociais, de saúde e de geração de emprego e renda gerenciados ou financiados pelo governo estadual	vulnerabilidade de renda	permanente
9.469	nov. 2021	administrativo	conscientização e informação	estabelecimento do Dia Estadual de Luta pelo Fim do Feminicídio	produção de informação	permanente
9.470	nov. 2021	segurança pública	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	instituição do Programa Tempo de Mudar	conscientização permanente, responsabilização e ressocialização de autores de violência doméstica	permanente
9.595	mar. 2022	assistência social	política social	instituição da Rede Estadual de Apoio à Mulher com Deficiência Vítima de Violência Doméstica	educação e atendimento especializado com escopo de mapear e criar políticas públicas com prioridade para as mulheres com deficiência vítimas de violência doméstica	permanente
Decreto nº 48.002	mar. 2022	segurança pública	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	instituição do Plano de Redução da Letalidade Decorrente de Investigação Policial	abordagem do feminicídio e mortes violentas de mulheres	permanente
9.614	mar. 2022	administrativo	conscientização e informação	obrigatoriedade da inclusão de questões sobre a LMP em concursos públicos na carreira da Polícia Militar	abordagem do conteúdo programático sobre LMP e VDIF	permanente
9.644	abr. 2022	segurança pública	política criminal	instituição do Observatório do Feminicídio	produção de informação	permanente
9.655	abr. 2022	assistência social	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	instituição, nas delegacias de polícia civil, de atendimento humanizado, multidisciplinar e imediato às mulheres vítimas de violência doméstica ou sexual	medidas de prevenção e de não revitimização	permanente

LEI	SANÇÃO	TEMA	CONTEÚDO	PROPOSTA	ALCANCE DAS MULHERES	PERÍODO
9.659	abr. 2022	segurança pública	política criminal	instituição, nas unidades de saúde da rede pública estadual, do Programa Estadual de Enfrentamento à Violência Doméstica contra as Mulheres Idosas	prevenção e repressão da violência perpetrada contra o idoso	permanente
9.724	jun. 2022	segurança pública	conscientização e informação	ampliação da publicidade do aplicativo Maria da Penha Virtual	facilitação de instrumento de denúncia	permanente
9.770	jul. 2022	educação	conscientização e informação	criação do prêmio <i>Olhar do colega que protege</i>	concurso com o fim de estimular no corpo discente o respeito aos direitos humanos e a rejeição a toda manifestação de violência de gênero e, em especial, ao feminicídio	permanente
9.802	jul. 2022	assistência social	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	instituição da prioridade no processo seletivo do Sistema Nacional de Emprego (Sine), para mulheres vítimas de violência sexual, doméstica e familiar	vulnerabilidade de renda	permanente
normas correlatas anteriores à pandemia						
7.757	out. 2017	assistência social	política social	garantia da prioridade às mulheres vítimas de violência doméstica, do tráfico de pessoas ou de exploração sexual nos programas habitacionais implantados pelo estado	vulnerabilidade social	permanente
8.528	set. 2019	segurança pública	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	determinação do funcionamento ininterrupto das delegacias de atendimento à mulher	atendimento à mulher vítima de violência	permanente
8.639	nov. 2019	segurança pública	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	estabelecimento de prioridade nos trâmites procedimentais das ações judiciais cíveis, criminais e administrativos, relativas à LMP e aos crimes de estupro e feminicídio	atendimento à mulher vítima de violência	permanente
186 (LC)	jun. 2019	administrativo	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	reestruturação do Fundo Estadual de Investimentos e Ações em Segurança Pública e Desenvolvimento Social	ações de combate ao feminicídio e de apoio à mulher vítima de violência doméstica	permanente
8.620	nov. 2019	segurança pública	atos administrativos e criação de protocolos de atuação	Estabelecimento da obrigação de o ISP elaborar estatísticas periódicas sobre a mortalidade de jovens, incluindo o feminicídio	criação de bancos de dados sobre a violência	permanente

Fonte: elaborado com base em dados obtidos em Leis Estaduais ([2022]).

Quadro 2 – Síntese das leis relativas à violência contra a mulher e a feminicídio no estado do Rio de Janeiro

LONGEVIDADE DA PANDEMIA ÁREA DA POLÍTICA ALCANCE DA POLÍTICA	ANO					
	2017	2019	2020	2021	2022	TOTAL
Durante a pandemia			7			7
Assistência social			3			3
Atos administrativos e criação de protocolos de atuação			2			2
Infraestrutura			1			1
Saúde pública			1			1
Conscientização e informação			1			1
Segurança pública			3			3
Conscientização e informação			2			2
Política criminal			1			1
Permanente	1	4	3	14	9	31
Administrativo		1		1	1	3
Atos administrativos e criação de protocolos de atuação		1				1
Conscientização e informação				1	1	2
Assistência social	1		1	3	3	8
Atos administrativos e criação de protocolos de atuação					2	2
Política social	1		1	3	1	6
Economia			1	2		3
Política social			1	2		3
Educação					1	1
Conscientização e informação					1	1
Segurança pública		3	1	8	4	16
Atos administrativos e criação de protocolos de atuação		3		5	1	9
Conscientização e informação				1	1	2
Política criminal			1	2	2	5
Pós-pandemia (restrito)			1			1
Segurança pública			1			1
Atos administrativos e criação de protocolos de atuação			1			1
Total geral	1	4	11	14	9	39

Fonte: elaborado com base em dados obtidos em Leis Estaduais ([2022]) e em pesquisas no site da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Quadro 3 – Síntese qualitativa das normas sancionadas entre 2020 e 2022 relacionadas aos tipos de violência definidos na *Lei Maria da Penha*

TIPO DE VIOLÊNCIA	RENDA	TRABALHO	HABITAÇÃO	ABRIGAMENTO	SERVIÇOS PÚBLICOS	DIREITO PENAL
Física	8.907/2020					8.856/2020
Sexual						8.907/2020
Psicológica						8.938/2020
Moral						8.950/2020
Patrimonial	8.816/2020 9.393/2021 9.403/2021	9.403/2021 9.802/2022 9.242/2021	8.778/2020	8.823/2020 8.927/2020	9.236/2021 9.265/2021 9.595/2021 9.614/2022	Decreto nº 48.166
						8.967/2020
						9.015/2020
						9.201/2021
						9.220/2021
						9.241/2021
						9.245/2021
						9.353/2021
						9.469/2021
						9.470/2021
						Decreto nº 48.002
						9.644/2022
						9.655/2022
						9.659/2022
						9.724/2022
						9.770/2022

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Uma história da Administração Pública: a construção da impessoalidade e da probidade na ordem jurídica brasileira

A History of Public Administration: the Construction of Impersonality and Probity in the Brazilian Legal Order

Tatiana Maria Guskow¹

Resumo

Baseado em pesquisas bibliográficas de viés tanto jurídico quanto histórico-sociológico, o estudo traça um panorama da formação da Administração Pública no Brasil e examina em especial os aspectos da moralidade e da impessoalidade. Procura identificar em que momento histórico e em que contexto jurídico começou a assentar-se o princípio de que o bom administrador busca o interesse público e o bem comum sem se utilizar da máquina pública para obter vantagens pessoais. O desenvolvimento desse conceito decorre da necessidade de se combater com normas punitivas a confusão dos âmbitos público e privado; nem sempre aplicadas, elas recrudesceram e multiplicaram-se em vários campos do Direito. Os cenários históricos descritos neste estudo demonstram que no País o conceito de *moralidade jurídico-administrativa* está em construção, permeado e impulsionado por fatos sociais.

Palavras-chave: moralidade administrativa; impessoalidade; patrimonialismo; crime de responsabilidade; improbidade administrativa.

Abstract

Based on bibliographical research with both legal and historical-sociological biases, the study provides an overview of the formation of Public Administration in Brazil and examines in particular the aspects of morality and impersonality. It seeks to identify at what point in Brazilian history and in what legal context the principle that a good administrator seeks the public interest and the common good without using the public machine to obtain personal advantages began to take hold. The development of this concept stems from

¹ Tatiana Maria Guskow é mestra em Direito pelo Uniceub, Brasília, DF, Brasil; procuradora da Fazenda Nacional, Brasília, DF, Brasil. E-mail: tattygus@gmail.com

the need to combat the confusion between the public and private spheres with punitive rules; not always applied, they have intensified and multiplied in various areas of Law. The historical scenarios described in this study demonstrate that in Brazil the concept of *legal-administrative morality* is under construction, permeated and driven by social facts.

Keywords: administrative morality; impersonality; patrimonialism; responsibility crime; administrative dishonesty.

Recebido em 6/7/23

Aprovado em 27/12/23

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p125

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

É lugar-comum a referência aos agentes da Administração Pública como portadores do dever de atuar com impessoalidade e moralidade. Entende-se que o Estado não se volta a interesses particulares, mas ao interesse público e ao bem comum (Marinela, 2018, p. 85), de modo que, por meio da transparência, da lealdade e da boa-fé, o agente público deve promover o cumprimento daquela finalidade.

Essas noções remontam à formação do Estado contemporâneo, depois de ultrapassadas as fases da administração patrimonialista do Estado absolutista e a da administração burocrática do Estado liberal; elas deram forma à profissionalização da atuação pública e estabeleceram mecanismos de controle dos agentes estatais. O desenvolvimento do Estado de bem-estar social após a Segunda Guerra Mundial levou à exigência de um modelo de gestão estatal mais eficiente, esteado no interesse público, na responsabilidade dos seus agentes, na transparência e na honestidade, com o fim de oferecer resultados úteis a todos os cidadãos. Nascia a Administração gerencial. No Brasil, esse modelo começa a efetivar-se com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e

² GUSKOW, Tatiana Maria. Uma história da Administração Pública: a construção da impessoalidade e da probidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 246, p. 125-145, abr./jun. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p125. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/246/ril_v62_n246_p125

³ Guskow, T. M. (2025). Uma história da Administração Pública: a construção da impessoalidade e da probidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(246), 125-145. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p125

as reformas administrativas que se seguiram, embora ele já se estivesse desenhando em momentos históricos anteriores (Campelo, 2010, p. 312-317).

Nesse modelo gerencial, a impessoalidade e a moralidade adquiriram o peso de princípios orientadores da Administração Pública, conforme o art. 37 da CRFB (Brasil, [2023]). O princípio da impessoalidade “traduz a ideia de que a Administração tem de tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen­to­sas. Nem favoritismos, nem perseguições são toleráveis. Simpatias, animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa” (Mello, 2009, p. 114). Por sua vez, o princípio da moralidade implica que atuação pública deve pautar-se pelo “senso moral no uso dos poderes jurídicos e dos meios técnicos e a conformidade desse uso com a própria ordem institucional” (Martins Júnior, 2001, p. 32-33). O tratamento da coisa pública como bem privado, os favorecimentos e o auferimento de vantagens pessoais não são tolerados pela economia em desenvolvimento, pela sociedade e pela ordem jurídica. Passaram a ser consideradas corruptas condutas realizadas por um ou mais agentes no intuito de auferir vantagens, econômicas ou não, em detrimento do interesse público.

O termo *corrupção* é polissêmico: seus significados dependem do contexto social em que é utilizado. Etimologicamente, provém do latim *rumpere* (romper), de que derivam o verbo *corrumpere* (corromper) e o substantivo *corruptione* (corrupção). Dentre outras acepções de *corrupção*, Houaiss e Villar (2009, p. 557) listam: a) o “ato ou efeito de deterioração, de decomposição física de algo; putrefação”; b) a “depravação de hábitos, costumes; devassidão”; e c) o “ato, processo ou efeito de subornar uma ou mais pessoas em causa própria ou alheia”, mediante “oferecimento de dinheiro, suborno”.

Alguém se corrompe quando seus interesses pessoais preponderam sobre o interesse comum, comportamento considerado um desvirtuamento ético. O conceito de Nye (1967, p. 419) conflui para essa ideia: corrupção é o desvio de comportamento de atores responsáveis por uma função pública formal com o objetivo de atender a interesses privados. Nessa dimensão ética, corrupção é o comportamento de alguém que, embora dotado da função de promover os interesses sociais, age com o fim de alcançar alguma vantagem para si, movido pelo “desejo de ditar o comportamento do outro, de conquistar meios para tirar vantagens de situações” (Mosquera, 2006, p. 21).

Mais recentemente, em termos jurídicos, a corrupção passou a ser denominada *improbidade administrativa*. Qualificam-se como atos *improbos* comportamentos em que o agente público confunde os domínios público e privado para proveito pessoal ou de terceiros, em vez do bem comum. Pazzaglini Filho (2005, p. 18-19) afirma que improbidade administrativa é “sinônimo jurídico de corrupção e malversação administrativas [...]; é violação ao princípio constitucional da probidade administrativa, isto é, ao dever do agente público de atuar sempre com probidade (honestidade, decência, honradez) na gestão dos negócios públicos”. *Corrupção* e *improbidade* são, pois, faces da mesma moeda. Em que pese tenha nascido devido a preocupações econômicas, a noção de *improbidade* não se esgota numa dimensão patrimonial, pois atos *improbos* flagelam mais que bens jurídicos de cunho

econômico (Justen Filho, 2022, p. 8-12, 16), ao se moverem por um intento desonesto, em virtude de oportunidades decorrentes do acesso ao Poder Público – uma prática vedada pela ordem jurídica.

Desde o início da colonização portuguesa no século XVI, há registros de práticas em que se confundem as esferas pública e privada. Eles são relevantes por fornecerem dados para identificar as causas mais remotas da generalização de comportamentos sociais hoje considerados casos de corrupção e combatidos pelo sistema normativo. Com o fim de identificar essas causas, investigações de caráter sociológico, histórico e jurídico intentam relacionar os fatos sociais do presente com os do passado. Além da natural imperfeição humana, Brünning (1997, p. 113) aponta causas de fundo: a) ético-cultural; b) socioeconômico, como a desigualdade social; c) político, como o autoritarismo e a falta de transparência; e d) jurídico, como as leis brandas e a impunidade. Elas interagem continuamente num processo de fomento de interesses individuais e de práticas destinadas à obtenção de vantagens no exercício da função pública. Por várias razões, pesquisadores afirmam que os portugueses criaram na colônia um ambiente propício à prática da corrupção (Pinto, 2011, p. 158).

A Administração Pública lusitana fundamentava-se num *modelo patrimonialista de administração*. A formação do Estado ocorreu mediante o domínio do rei sobre o território unificado, com base num direito pessoal que não distinguia entre o patrimônio público e o particular (Fausto, 2019, p. 56). O rei concedia terras, distribuía funções públicas e títulos. Em vez de existirem por uma criação racional decorrente da necessidade, os cargos públicos eram criados para conceder benefícios e títulos nobiliárquicos – infantes, duques, marqueses, condes, viscondes. A titularização de um cargo público era sinônima de status social, pois somente poderia ser concedido a pessoas de “boa linhagem” e de “limpo sangue”. E os destinatários dos favores reais reproduziam esse modelo em busca de benefícios – tanto para si próprios quanto para o rei. Nessas circunstâncias, a Administração estatal surge sem se definirem as fronteiras entre os interesses públicos e privados (Faoro, 2012, p. 18-21, 202).

Mesmo com o precoce desenvolvimento do comércio português, a burguesia manteve com o rei uma relação de dependência, na busca de títulos aristocráticos e de privilégios (Aquino; Vieira; Agostinho; Roedel, 2008, p. 72). Além disso, a sociedade não era afeita a trabalhos braçais (Holanda, 2013, p. 38); e o catolicismo dominante condenava os interesses econômicos burgueses, os quais deveriam subordinar-se à “salvação da alma”: “somente a casa do rei concilia a mercancia e a grandeza moral: o comércio em suas mãos será obra grata de Deus e necessária à pátria” (Faoro, 2012, p. 78). A economia portuguesa desenvolveu-se com base na intermediação comercial e, ao contrário do caso inglês, longe da inventividade e da industrialização. A sociedade projetou-se na dependência do soberano, com um estamento aristocrático e de feição burocrática, já que o cargo conferia fidalguia, acesso à riqueza e influência sobre as decisões da Coroa – e uma classe burguesa que as sustentava (Faoro, 2012, p. 91, 100).

Com essas noções preliminares sobre a Administração portuguesa, em que se confundiam as esferas pública e privada, este estudo traça um panorama histórico a fim de identificar

o desenvolvimento dos valores da *impessoalidade* e da *moralidade* na Administração Pública brasileira. Dividido em períodos históricos, da etapa colonial aos dias atuais, o artigo coteja fatos históricos com a ordem jurídica, dada a premissa de que o Direito é produto e instrumento de modulação de comportamentos sociais. Embora a desordem legal impedisse o efetivo controle da atuação administrativa, identifica-se já na colônia certo mal-estar advindo da confusão dos âmbitos público e privado, da dominação e do auferimento generalizado de vantagens pessoais por funcionários públicos – o que pode ser considerado o berço daqueles dois princípios da atual ordem jurídica.

2 A América portuguesa

O processo de colonização ocorreu num período de dificuldades econômicas do reino português; e o território sul-americano não despertou tanto interesse da Coroa, pois de início nele não se encontrara ouro nem prata (Faoro, 2012, p. 121). Por isso, o reino manteve-se voltado ao comércio de especiarias das Índias e explorou economicamente apenas recursos naturais.

Para assegurar o domínio do território e obter alguma renda, o rei distribuiu grandes extensões de terra a doze donatários, as chamadas *capitanias hereditárias*, que em momento posterior foram divididas em sesmarias, para serem mais bem exploradas. A distância oceânica da metrópole deu aos proprietários desses latifúndios a autoridade pública, o poder de decidir sobre questões locais e a concentração de funções, em especial a judiciária (Carvalho, 2021, p. 29). Inicialmente, a Coroa manteve-se indiferente ao poder dos donatários sobre a colônia, desde que lhe fosse remetida parcela dos lucros dos negócios, em particular os da extração do pau-brasil e os do plantio da cana-de-açúcar, a partir de 1530. Porém, não havia muita lealdade ao monarca; nem sequer prestavam contas de suas atividades, já que não havia fiscalização (Schwarcz, 2019, p. 69).

Para aumentar o controle sobre a colônia, em 1549 instalou-se um *governo geral*, com o objetivo de preservar a ordem, fiscalizar a faixa litorânea contra invasões estrangeiras, cobrar impostos e remetê-los a Portugal (Habib, 1994). Com essa decisão, transpôs-se para a colônia lusitana da América a estrutura de uma Administração Pública de caráter eminentemente patrimonialista (Godoy; Santos; Ferraz, 2016, p. 770-771), com a distribuição de cargos e benefícios aos escolhidos pelo rei (Schwarcz, 2019, p. 70). Era um corpo de funcionários burocratas, selecionados por critérios pessoais e não por mérito, e que se revelaram frequentemente perniciosos, já que a enorme distância da metrópole dificultava a fiscalização (Faoro, 2012, p. 197-198; Silva, 2000, p. 34).

Bueno (2006, p. 65) conta que diversos integrantes dos cargos mais relevantes na colônia haviam sido acusados de desvios de verbas públicas em solo português. Um exemplo: durante o primeiro governo geral, o de Tomé de Sousa, o ouvidor-mor – responsável pelas questões jurídicas e pela aplicação da lei na colônia – foi Pero Borges, que fora condenado

por desvio de verbas públicas quando era desembargador em Portugal. Romeiro (2017) também narra casos de conluio entre governadores-gerais e contrabandistas, sonegadores e burocratas que pediam favores em troca de serviços públicos.

Na prática, a autoridade do governador-geral era restrita, mais afeta à defesa da colônia, à administração da Justiça e do erário – e não muito eficiente, como o demonstram diversos episódios de enriquecimento ilícito identificados em documentos históricos. O latifúndio consolidou-se como modo de produção agrícola, e os donos dos grandes engenhos tornaram-se os chefes locais, dada sua posição econômica, social e política, o que garantia o acolhimento do senhor pela Administração. Mesmo com a pulverização do controle sobre a imensa colônia provocada pela criação de câmaras municipais, também os vereadores eram escolhidos entre membros das elites locais, o que consolidou o poder dos grandes latifundiários (Faoro, 2012, p. 170-173).

A América portuguesa não tinha um conjunto de leis próprias nem um sistema jurídico organizado, com distribuição racional de funções e competências (Figueiredo, 2008, p. 210-212; Prado Júnior, 2011, p. 300). Nela vigoraram as *Ordenações afonsinas* até 1512, as *Ordenações manuelinas* até 1603 e, por fim, as *Ordenações filipinas*. As primeiras nunca foram aplicadas (Prado, 2002, p. 94); e as segundas não foram aplicadas apropriadamente, pois a Justiça que se fazia sujeitava-as à vontade dos donatários (Dotti, 1998, p. 42):

embora formalmente estivessem vigorando ao tempo das capitanias hereditárias, as Ordenações Manoelinas não constituíam a fonte do direito aplicável no Brasil, pois o arbítrio dos donatários, na prática, é que impunha as regras jurídicas. Ao capitão era dada a faculdade de nomear ouvidor, o qual conhecia das apelações e agravos de toda a capitania e de ações novas até dez léguas de distância onde se encontrasse. A alçada do ouvidor era de cem mil réis nas causas cíveis, enquanto nas questões criminais o capitão e o ouvidor tinham competência para absolver ou para condenar impondo qualquer pena, inclusive a de morte, salvo tratando-se de pessoa de mor qualidade, pois nesse caso – exceptuados os crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa – só tinha alçada até dez anos de degredo e cem cruzados de multa.

Era natural, assim, que se buscasse o favor dos senhores como forma de proteção e de sobrevivência. Formava-se um modelo de sociedade patriarcal em que o senhor exercia o domínio sobre todos: os que com ele habitavam, os escravos, os trabalhadores das redondezas, os pequenos proprietários (que dele dependiam para transportar, comercializar seus produtos e tomar empréstimos), os artesãos, os empregados e os agregados que viviam de favor na propriedade. Cabia ao senhor cuidar de todos esses dependentes numa relação *personalista* e *clientelista* de submissão à sua autoridade como moeda de troca por favores e proteção (Fausto, 2019, p. 68). O patriarca revelava-se como homem emotivo e guiado por afetos; e a polidez, a simpatia, os gracejos dos menos favorecidos constituíam uma forma de alcançar certa intimidade que lhes garantisse segurança no círculo de proteção

e apadrinhamento. Era a *cordialidade*, delineada por Holanda (2013, p. 148) na obra *Raízes do Brasil*, de 1936. Formava-se uma sociedade onde poucos detinham riquezas e poder, e aprofundava-se o fosso da desigualdade social. Disso resultou o desenvolvimento de uma dominação tanto social quanto econômica fundada na dependência de favores, de apadrinhamentos dos senhores, os quais buscavam manter sua posição social e de seu poder político, com base em conchavos (Habib, 1994, p. 77).

Na ordem jurídica, as primeiras noções de moralidade na Administração Pública despontam nas *Ordenações filipinas* (Teles, 1999, p. 60). Numa perspectiva ainda incipiente, o rechaço à mixórdia dos espaços público e privado levou à noção de *enriquecimento ilícito* – a vantagem patrimonial obtida mediante o uso da função pública. O Livro V das *Ordenações* definia um primeiro crime de corrupção, o chamado *crime de peita* – proibiu-se ao funcionário do rei receber favores ou promessas em troca da prática de atos oficiais, sob a pena de perda do ofício e a obrigação de pagar um valor até vinte vezes maior que o recebido ilicitamente:

Título LXXI

Dos Officiaes del-Rey, que recebem serviços ou peitas, e das partes, que lhas dão, ou prometem.

Defendemos a todos os Dezembargadores e Julgadores, e a quaisquer outros Officiaes, assi da Justiça, como da nossa Fazenda, e bem assi na nossa Caza, de qualquer qualidade de seião, e aos da Governança das Cidades, Villas e lugares, e outros quaesquer, que não recebam para si, nem para filhos seus nem pessoas que debaixo de seu poder e governança stêm, dadivas algumas, nem presentes de pessoa alguma que seja, posto que com eles e não traga requerimento de despacho algum.

E quem o contrario fizer, perdera qualquer Officio, que tiver, e mais pagará vinte por hum do que receber, a metade para quem o acusar, e a outra para nossa Camara (Portugal, 1870, v. 5, p. 1.218).

Mesmo assim, observa-se um paradoxo entre a ordem jurídica e a Administração da colônia. Portugal instituíra a penalidade de deportação: como tinha apenas cerca de um milhão de habitantes (Carvalho, 2021, p. 28), para povoar a colônia passara a encaminhar os que não tinham perspectivas, como os falidos, os incorrigíveis e os condenados. Desse modo, a Administração colonial foi composta por quem não era desejado no reino. Houve casos, como no segundo governo geral, em que os cargos mais elevados foram preenchidos por condenados por ações hoje denominadas *corruptas* (Bueno, 2006).

A Administração colonial não foi planejada com o intento de forjar uma nação, nem por um compromisso ideológico de formar um povo; o objetivo central era a exploração de riquezas, cujos rendimentos se destinavam aos cofres da Coroa (Habib, 1994, p. 11). Distante dos detentores da riqueza e da cúpula do governo geral na escala socioeconômica, a população

era formada por funcionários, homens livres, agregados e indígenas – aos quais se tentou escravizar, o que foi combatido pelos jesuítas (Carvalho, 2021, p. 28) –, além de milhões de negros escravizados que, entre a metade do século XVI e os 300 anos seguintes, supriram a grande demanda por mão de obra nas lavouras de cana-de-açúcar, tabaco, café etc. Não se tentou criar condições básicas de vida nem aprimorar intelectualmente esses segmentos; afora o incipiente sistema dos jesuítas, não havia ensino na colônia (Habib, 1994, p. 10-12).

Eram comuns os desvios de verbas públicas, “a troca de favores, o tráfico de influência, os conchavos, os acordos, as composições, o apadrinhamento” (Habib, 1994, p. 9), e os ocupantes de altos cargos ou mesmo de cargos burocráticos normalmente deles se prevaleciam para obterem vantagens para si e para amigos e parentes. Os termos *corrupção* ou *improbidade* ainda não eram utilizados; seus conteúdos construíram-se ao longo dos séculos. As práticas hoje entendidas como contrárias ao interesse público segundo as leis, tais quais favorecimentos, tráfico de influência, nepotismo, eram inerentes ao cenário político, social, cultural e jurídico estabelecido na colônia. A literatura produzida na época contém denúncias do que ocorria:

Não são só ladrões, diz o Santo, os que cortam bolsas, ou espreitam os que se vão banhar, para lhes colher a roupa; os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título, são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. – Os outros ladrões roubam um homem: estes roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo do seu risco: estes sem temor, nem perigo; os outros se furtam, são enforcados: estes furtam e enforcam (Vieira, [1655], p. 6).

Que falta nesta cidade?... Verdade.

Que mais por sua desonra... Honra.

Falta mais que se lhe ponha... Vergonha.

O demo a viver se exponha,
por mais que a fama a exalta,
numa cidade onde falta

Verdade, Honra, Vergonha (Matos, 1999).

Sobre essa realidade histórica colonial, é possível sumariar os fatores do desenvolvimento de comportamentos administrativos contrários ao interesse público: a) impôs-se na colônia um modelo patrimonialista sem clara separação entre as esferas pública e privada; b) o poder exercia-se conforme a vontade do monarca, que concedia os benefícios que lhe aprouvessem; c) as atribuições do rei eram delegadas a particulares, que assumiam o poder de explorar e gerir a colônia de acordo com seus interesses privados, desde que à metrópole repassassem parte dos rendimentos; d) burocrática e distante da metrópole, a Administração colonial permitia que funcionários obtivessem vantagens pessoais sem o conhecimento do reino; e) a grande desigualdade social tornava a população dependente

dos detentores de riqueza e poder; e) a cultura do personalismo e do clientelismo, decorrente da imensa desigualdade e da falta de qualquer amparo da Administração, contribuiu para manter os privilégios dos senhores, dada a vantagem que a submissão criava; e f) a desordem legislativa e administrativa concorreu para o desconhecimento de deveres e direitos nas relações sociais e com a Administração colonial.

3 A transferência da Coroa e o período imperial

Depois da chegada da família real em 1808, houve grande desenvolvimento socioeconômico da colônia. Fundaram-se instituições públicas, como as escolas de medicina e de comércio, a Marinha, uma biblioteca, o Museu Nacional, o Banco do Brasil, o Jardim Botânico (Habib, 1994, p. 14). A Administração do reino transferiu-se para a colônia com todo o estamento burocrático, e nos primeiros oito anos foram concedidos mais títulos do que nos setecentos anos anteriores do império português (Gomes, 2007). Para acomodar e garantir rendimentos aos nobres fidalgos, criaram-se cargos públicos desnecessários, custeados pela população; e no Rio de Janeiro famílias foram desalojadas para que suas casas servissem aos recém-chegados (Schwarcz, 2019, p. 72). Afora o acréscimo desse estamento de nobres ligados ao rei, a estrutura da sociedade pouco se alterou: em 1822, o Brasil era escravocrata, economicamente baseado na monocultura e no latifúndio, e comandado por um Estado absolutista (Carvalho, 2021, p. 26).

O processo de independência da colônia tampouco acarretou mudanças profundas; persistiu a herança colonial em quase todos os setores e camadas sociais. Não houve significativa ruptura com a classe dominante e mantiveram-se comportamentos marcados pela pessoalidade, pelo patrimonialismo, pela troca de favores, pela preponderância dos grandes senhores. Num cenário de dominação e desordem institucional, as fraudes eleitorais enraizavam-se (Cavalcanti, 1991, p. 60).

A Constituição de 1824 organizou os Poderes e os órgãos estatais do Império brasileiro, mas manteve o modelo patrimonialista de Administração. Ela não tratou da impessoalidade e da probidade em atos de gestão pública do rei, pois – conforme a velha máxima inglesa de que “the king can do no wrong” – ele não se sujeitava a qualquer responsabilização. Para outras funções, começava a florescer o valor da responsabilidade no trato com a coisa pública, com o desenho de crimes contra a Administração, da lei de crimes de responsabilidade de ministros e conselheiros (Brossard, 1992) e da vedação constitucional de prevaricação, peita e suborno cometidos por juízes (Brasil, [1891], art. 156-157). O *Código criminal*, de 1830, que substituiu o Livro V das *Ordenações filipinas*, descreveu a corrupção em duas modalidades: a peita e o suborno. A primeira consistia no recebimento ou aceitação de dinheiro ou promessa de dinheiro para praticar ou deixar de praticar ato de ofício (arts. 130 a 132); e o suborno correspondia ao delito de deixar-se corromper por influência ou peditório, para praticar ou omitir ato de dever (Brasil, 1830, art. 133-134).

No fim do Império, a imprensa publicava inúmeros casos do que hoje se denomina *corrupção*. Rui Barbosa denunciava práticas que prejudicavam o bem comum por macularem princípios éticos e administrativos (Barbosa, 1966, p. 424). Pronunciamentos acalorados no Parlamento também passaram a rechaçar a concessão de títulos honoríficos a servidores públicos. A par da doença que acometia Pedro II, incapaz de atuar num cenário politicamente desfavorável (Habib, 1994, p. 18, 23), as denúncias de corrupção estiveram entre os fatores do enfraquecimento da monarquia; o seu fim coincidiu com o fim da escravidão, mas isso não afetou o poder oligárquico: a lealdade e a submissão transplantaram-se para um novo regime: República (Schwarcz, 2019, p. 53).

4 A primeira República

A primeira fase republicana, comumente denominada *República velha* ou *república dos coronéis*, caracterizou-se por uma grande aliança oligárquica do poder federal com os poderes locais – uma simbiose de interesses entre governantes e oligarcas, com troca de favores, apadrinhamento e proteção. Compunha-a uma rede de tráfico de influência que alcançava as nomeações dos funcionários públicos (da polícia, da educação, da saúde, da justiça) e as eleições. Nomeavam-se funcionários públicos ou escolhiam-se os candidatos somente depois de ouvidos os *coronéis* – autoridades de fato de quem dependiam as autoridades constituídas, o clero e os cidadãos comuns (Habib, 1994, p. 28). Faoro (2012, p. 633) explica esse poder detido pelos *coronéis*, que decidiam sobre tudo o que dizia respeito à Administração Pública:

Lidar com a polícia, com a justiça, com os cobradores de impostos, obter uma estrada, pleitear uma ponte são tarefas que exigem a presença de quem possa recomendar o pobre cidadão, mal alfabetizado e sem maneiras. Diante do guichê da coletoria o contribuinte solidário pagará todo o produto de seu trabalho, se a lei não for abrandada pelas circunstâncias. Um “simples” crime de morte, tratado pela lei, com o delegado, o promotor, os jurados e o juiz não advertidos, dará cadeia. Outro será o resultado se o réu ou o contribuinte tiveram um compadre ou um padrinho – quem tem padrinho não morre pagão.

Rui Barbosa (*apud* Habib, 1994, p. 30) bradava contra relações suspeitas do governo com particulares no caso da compra de matérias jornalísticas:

tudo é pouco, nada basta; e por isso de quantas veias há se derrama a sangria. É o Ministério das Relações Exteriores o corruptor-mor. É o Banco do Brasil, o esconderelo dos grandes empréstimos, nunca resgatados [...]. Mas isso tudo granjeia o governo

amigos, por isso tudo alicia o governo entusiasmos, e com tudo isso é que se obtém [...] o bom nome do governo.

Com efeito, a Constituição de 1891 (em grande parte redigida por Barbosa) de forma inédita prescreveu comandos éticos para o chefe maior da Administração do País, ao enunciar como crimes de responsabilidade do presidente da República atos contrários à “proibidade na administração” (Brasil, [1934], art. 54, 6º), delitos a serem definidos por lei especial. O Decreto nº 857/1890 (o primeiro *Código penal* da República) firmou para todos os cidadãos os princípios de moralidade no trato da coisa pública, ao preservar as tipificações de crimes contra a Administração.

5 A era Vargas

No período do governo provisório de Getúlio Vargas (1930-1934) (Fausto, 2019, p. 290), o Decreto nº 21.076/1932 implantou o voto secreto e instalou a Justiça Eleitoral com o propósito de enfraquecer o sistema de dominação política vigente (Habib, 1994, p. 29). No período constitucional (1934-1937), a Constituição de 1934 (Brasil, [1937], art. 57, f) manteve o aceno à ética na Administração, ao definir o crime de responsabilidade do presidente da República por ato atentatório à proibidade administrativa e estabelecer o acesso a cargos públicos mediante concurso. Substituiu-se o modelo patrimonialista dos períodos anteriores pelo modelo de Administração burocrática. O processo de industrialização exigiu que ela se nortearse pela racionalização, pelo profissionalismo, pela hierarquia, e que pusesse em prática controles rígidos nos processos públicos (Campelo, 2010, p. 307).

No Estado Novo (1937-1945) (Fausto, 2019, p. 301), a Constituição de 1937 manteve a previsão de crime de responsabilidade do presidente da República por ato atentatório à proibidade administrativa e a necessidade de concursos públicos para a investidura dos servidores (Brasil, [1946], art. 85, 156), o que foi regulamentado pelo Decreto-lei nº 1.713/1939. Isso significou um grande avanço, por suplantar a pessoalidade nas escolhas para a ocupação de cargos públicos. O Decreto-lei nº 2.848/1940 (o segundo *Código penal* republicano) acrescentou novas espécies de condutas indesejáveis contra a Administração Pública – dentre outras, os crimes de peculato, corrupção passiva, prevaricação e advocacia administrativa.

6 O período democrático

Depois da queda de Vargas, na Constituição de 1946 manteve-se o crime de responsabilidade e acresceu-se a infração de enriquecimento ilícito com a pena de perdimento de bens (Brasil, [1967]). Foi mantida também a necessidade de concursos para a primeira investidura em cargo público, e recepcionou-se o Estatuto dos Servidores Públicos de

1939, até que se editasse a Lei nº 1.711/1952 (Araújo, 2007, p. 143). Sob essa Constituição, no governo de Eurico Gaspar Dutra promulgou-se a Lei nº 1.079/1950 (*Lei do impeachment*), que dispôs sobre os crimes de responsabilidade do presidente da República, dos ministros de Estado e do Supremo Tribunal Federal (STF), e do procurador-geral da República, com as penas de perda do cargo e de inabilitação de até cinco anos para o exercício da função pública. Dentre eles, figuram no art. 9º os atos que atentam contra a probidade administrativa (Brasil, [2000]).

No segundo período de governo de Getúlio Vargas (1950-1954), os fatos revelados após o atentado contra o jornalista Carlos Lacerda fomentaram uma campanha antigovernista contra o que se denominava “mar de lama”; as denúncias de corrupção no governo e a exigência do *impeachment* (Carvalho, 1988, p. 93, 215) culminaram no suicídio do presidente da República. No mandato de Juscelino Kubitschek (1956-1961), manteve-se o discurso de combate à corrupção a par do projeto desenvolvimentista. Nesse período de liberdades públicas também predominavam práticas de burlar a lei para a obtenção de vantagens pessoais: a “corrupção concentrava-se sobretudo na política, no funcionalismo público e nos negócios envolvendo interesses estrangeiros no país, com a participação de banqueiros e empresários de peso” (Habib, 1994, p. 39). Nesse período, multiplicaram-se as normas definidoras da impessoalidade e da probidade na Administração Pública. Prevista constitucionalmente, regulamentou-se a infração de enriquecimento ilícito com perda de bens. Em consequência disso, foram promulgadas a Lei nº 3.164/1957 (*Lei Pitombo-Godói Ilha*), em que se determinava o sequestro e a perda de bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, e a Lei nº 3.502/1958 (*Lei Bilac Pinto*), que definia os comportamentos dos agentes públicos que configurassem enriquecimento ilícito, bem como estabelecia como legitimados para a ação de improbidade administrativa tanto o Ministério Público quanto os entes da Administração Pública vitimados.

Jânio Quadros, sucessor de Kubitschek, demonstrou maior preocupação com a moralidade dos costumes do que com Administração Pública; disso resultaram medidas curiosas, como a proibição das rinhas de galo, do biquíni nas praias e do lança-perfume. Sem apoio político, o presidente renunciou. Num cenário de crises, assumiu o cargo o vice-presidente João Goulart, que encontrou enorme resistência dos estratos mais conservadores da sociedade (Habib, 1994, p. 42).

7 A ditadura militar

Em 1964, uma operação articulada entre os EUA e setores civis e militares brasileiros instaurou uma ditadura, cujo pretexto era extirpar a subversão e a corrupção. Nesse período, o funcionalismo público cresceu e construíram-se obras de alto custo; a imprensa foi censurada e, como não havia controle externo dos atos de agentes militares, opositores políticos foram exilados ou passaram a figurar em listas de “desaparecidos” (Habib, 1994, p. 48).

O Ato Institucional (AI) nº 1/1964 estabeleceu a necessidade de se assegurarem os meios indispensáveis à “reconstrução econômica e moral” do Brasil e prometia rigor na punição de atos que atentassem contra a probidade administrativa. Em relação a concursos públicos, a Constituição de 1967 foi mais restritiva ao estabelecer no art. 95, §§ 1º e 2º (Brasil, [1985]), que a nomeação para cargo público – e não apenas a primeira investidura nele – dependeria de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, excetuados os cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração. Confirmada pela Emenda Constitucional nº 1/1969, a Constituição também estabelecia o perdimento de bens por enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

Todavia, o AI nº 5/1968 tornou o processo menos transparente, pois se conferiu ao presidente da República a prerrogativa de “decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, [...] sem prejuízo das sanções penais cabíveis” (art. 8º) e de “suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais” (Brasil, [1978a], art. 4º). O Decreto-lei nº 359/1969 instituiu no Ministério da Justiça a Comissão Geral de Investigações, com a incumbência de “promover investigações sumárias para o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido ilicitamente” (Brasil, [1978b]). As autoridades do regime, contudo, eram blindadas de denúncias ou investigações, porque era cerceado o controle público das instituições. A junta militar que assumiu o poder após o afastamento de Costa e Silva, baixou o Decreto-lei nº 898/1969, que estabeleceu ser crime contra a segurança nacional “notícia falsa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado que pudesse indispor o povo contra as autoridades constituídas” (Ribeiro, 2004, p. 43).

Alguns casos foram noticiados por jornais como *O Globo*, *Folha de S. Paulo* e *O Estado de São Paulo*, que inicialmente apoiaram o golpe civil-militar. Em 2014, tornaram-se públicos documentos das embaixadas dos EUA e do Reino Unido no Brasil em que se narram episódios de corrupção sobre os quais os diplomatas alertavam as autoridades militares. Porém, elas não os investigaram e os fatos foram “abafados” (Biason; Livianu, 2019, p. 123-124; Leite, 1987; Assis, 1984; Bueno, 1982).

8 Da redemocratização aos dias atuais

Eleito indiretamente por um colégio eleitoral com a missão de controlar a inflação e de firmar as bases éticas de um governo democrático (Reale, 1992, p. 53), Tancredo Neves faleceu antes de tomar posse no cargo de presidente da República, assumido por José Sarney, o vice-presidente eleito.

Durante seu mandato (1985-1990), reuniu-se a Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), a qual elaborou a CRFB, que estabeleceu a perda de função pública quando violada a probidade administrativa, sacramentou os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa e definiu a punição de agentes ímprobos. Em relação aos concursos, a CRFB

definiu a regra de que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (Brasil, [2023], art. 37, II); e determinou à União, aos estados, aos municípios e ao Distrito Federal a edição de leis que estabelecessem “critérios para a compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no art. 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente a elaboração de norma sobre o regime jurídico único” (Brasil, [2023], ADCT, art. 24).

A imprensa, agora livre, noticiava os atos antirrepublicanos de detentores de cargos públicos, e investigações eram promovidas em comissões parlamentares de inquérito (CPIs), mas sem grandes consequências. Eram frequentes os relatos de supostas práticas antirrepublicanas do próprio presidente da República (Habib, 1994, p. 61). Contudo, não se adotavam providências sancionadoras. Publicado na *Folha de S.Paulo* em 31/1/1988 (*apud* Habib, 1994, p. 61), o artigo *Simbiose III*, do jurista Miguel Reale, ilustra os sentimentos de indignação e a descrença nas instituições:

A pior dessas causas é, sem dúvida, a de ordem moral que se alastra por todos os quadrantes da Nação. Não se pense, porém, que me refiro apenas às esferas estatais, porquanto ela compromete até mesmo as raízes de nossa sociedade civil. Quando assistimos à lamentável despedida do último ministro do Planejamento, num episódio que é um modelo de convivência aberta com a corrupção; quando ouvimos o procurador-geral da República, homem culto e de bem, confessar sua impotência ante as forças corruptoras que grassam pela administração pública, não há como esconder a nossa mais profunda desilusão, como se fôssemos inexoráveis herdeiros, ou melhor, exímios aperfeiçoadores da “arte de furtar”, legada aos brasileiros desde os tempos coloniais.

Desde o início, marcou o novo período democrático a liberdade de expressão e de imprensa. Ela avivou a indignação social diante das práticas patrimonialistas, agora objetos de maior divulgação. Todavia, dadas as mudanças operadas na ordem eleitoral, como a pulverização dos partidos políticos e a necessidade de o Poder Executivo assegurar uma base parlamentar consistente, a CRFB também parece ter impulsionado a rede de trocas de apoio político por recursos privados canalizados para vantagens pessoais (Ribeiro, 2004, p. 44).

Depois de quase trinta anos, em 1989 ocorreu a primeira eleição direta para presidente da República. Seu vencedor, Fernando Collor de Mello, propunha-se combater a corrupção e os “marajás” – funcionários públicos com altos vencimentos indicados politicamente. No ano seguinte, o Poder Executivo encaminhou à Câmara dos Deputados duas proposições para regulamentar a atuação dos agentes da Administração Pública.

A primeira, o Projeto de Lei (PL) nº 5.504/1990, transformou-se na Lei nº 8.112/1990, que substituiu a Lei nº 1.711/1952. Ela dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores civis da Administração Pública federal e define punições pela prática de corrupção e de

atos de improbidade administrativa. E a segunda proposição, o PL nº 1.446/1991, tornou-se a Lei nº 8.429/1992 (*Lei de improbidade administrativa* (LIA)), que regulamenta o art. 37, § 4º, da CRFB (Brasil, [2023]), firma o princípio da improbidade administrativa na esfera administrativo-disciplinar e estende-o a infrações civil-administrativas autônomas. Quanto às infrações de improbidade administrativa, originalmente o PL nº 1.446/1991 e o substitutivo apresentado pela Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados só tratavam de enriquecimento ilícito – a percepção de vantagem econômica em razão de ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público. Do Senado Federal veio o substitutivo que classificava como violadoras de princípios da Administração Pública ações de improbidade administrativa, como as de enriquecimento do agente público e as lesivas ao erário. O projeto retornou à Câmara, foi aprovado com destaques em 5/5/1992 e sancionado pelo presidente da República em 2/6/1992.

O mandato de Collor foi marcado por políticas impopulares de redução da inflação, como o chamado *confisco da poupança*. Narra Casarões (2019, p. 152) que ele foi precedido de alertas ao círculo de compadrios do mandatário. Foi o caso do empresário Paulo César Farias, que pôde em tempo esvaziar suas contas bancárias; embora não ocupasse cargo algum, o tesoureiro de campanha e amigo do presidente, era responsável pelos comandos extraoficiais de liberação de verbas e de contratação de empresas por diversos ministérios. Quando Pedro Collor de Mello, irmão do presidente, apresentou à revista *Veja* um dossiê sobre os negócios das empresas de PC Farias, abriu-se uma CPI para se investigarem os fatos – ironicamente, dois dias antes de a LIA ser sancionada.

Com fundamento na *Lei do impeachment*, instaurou-se um processo de impedimento do presidente por cometimento de crime de responsabilidade (Figueiredo, 2013). Em dezembro de 1992, o vice-presidente Itamar Franco assumiu o cargo. Era a ocasião de ajustar a economia, sempre solapada por altos índices de inflação. O ajuste foi operado em 1994 pelo chamado *Plano Real*, concebido por uma equipe de economistas sob a coordenação do então ministro da Fazenda Fernando Henrique Cardoso. Para estabilizar o regime democrático, Franco instituiu uma comissão independente a pedido do Movimento Ética na Política, composto pela Ordem dos Advogados do Brasil, pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e por outras instituições. Seu objetivo era formular projetos de leis e de decretos, além de elaborar um projeto de *Código de ética* para o serviço público federal, o qual foi aprovado pelo Decreto nº 1.171/1994, mas revogado no governo seguinte (Biason; Livianu, 2019, p. 121).

Em 1994, Cardoso elegeu-se presidente. Seu primeiro mandato foi de certa estabilidade política, com o apoio dos grandes veículos de comunicação e dos órgãos de controle administrativo e judicial. Nesse período, concretizaram-se projetos ideados pelo Fundo Monetário Internacional, como a privatização de diversas empresas públicas, realizada somente após: a) o reajuste dos valores das tarifas, para se garantirem lucros imediatos aos adquirentes; b) a demissão massiva de trabalhadores, num processo em que o Estado arcou com indenizações e aposentadorias; e c) a assunção das dívidas pelo Tesouro Nacional. Desse

modo, “limpas” e com valores baixos, aquelas empresas foram entregues a particulares (Biondi, 2014; Ribeiro Junior, 2011).

Em 2002, Luiz Inácio Lula da Silva chegou à Presidência com o compromisso de efetivar uma Administração ética, transparente e responsável no emprego das verbas públicas. Fortaleceram-se as instituições de controle da República, como a Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União e o Ministério Público; os procuradores-gerais da República foram seguidamente escolhidos dentre os três indicados em lista elaborada pelo Ministério Público da União; e criou-se o Portal da Transparência para tornar públicas as contas do governo.

Em 2008, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 579.951/RN, o STF firmou o entendimento de que é antirrepublicana e contrária à moralidade administrativa a nomeação de parentes para cargos de nomeação e exoneração na Administração Pública, o chamado *nepotismo*. O parentesco não mais podia ser critério de admissão no serviço público, pois infringe os princípios da impessoalidade e da isonomia ao conferir privilégios de acesso a cargo público em nada são meritórios, já que fundados em vínculos familiares e de afeto. Foi um passo do STF para consolidar ambos os princípios no âmbito da Administração Pública. Resultou daquele julgamento a edição da Súmula Vinculante nº 13:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal (Brasil, 2020, p. 15).

Em 2010, o Poder Executivo encaminhou à Câmara dos Deputados o PL nº 6.826 para responsabilizar administrativa e civilmente pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, em especial a corrupção e a fraude em licitações e contratos administrativos; na Exposição de Motivos do PL, afirmava-se que até então não havia na ordem jurídica meios específicos de punir pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção. Já no primeiro mandato de Dilma Rousseff, esse PL transformou-se na Lei nº 12.846/2013 (*Lei anticorrupção*); nesse período, tramitaram outros PLs de combate à corrupção, como o PL nº 3.506/2012, que objetivava tornar crime hediondo a prática de crimes contra a Administração Pública. Cada vez mais, portanto, inseriam-se no ordenamento inovações com o fim de garantir a impessoalidade e a probidade na Administração Pública.

O fortalecimento das instituições e dos métodos de investigação tornou mais facilmente rastreáveis os atos de improbidade de gestores públicos. Buscou-se um equilíbrio na atuação pública com a Lei nº 13.869/2019 (*Lei dos crimes de abuso de autoridade*), oriunda dos debates em torno do PL do Senado nº 85/2017, de autoria de Randolfe Rodrigues. A lei visa acautelar

a atuação das instituições de persecução punitiva estatal e tornar crimes de abuso de autoridade condutas como “requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa” (art. 27) e “dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente” (Brasil, [2022], art. 30).

Por outro lado, debateu-se em 2021 o PL nº 2.505, de autoria do deputado Roberto de Lucena, destinado a alterar a LIA; nela o projeto promovia significativas modificações, ao descriminalizar condutas, reduzir prazos de persecução administrativa e alterar procedimentos.

9 Conclusão

O movimento de conformação da moralidade e da impessoalidade na ordem jurídica brasileira está em curso. Da América portuguesa ao Brasil de hoje, têm sido traçadas as fronteiras entre as esferas pública e privada, para superar a herança portuguesa do patrimonialismo e das criações personalistas e clientelistas de dominação pelos estamentos burocráticos. Ao público, o interesse voltado ao bem comum; ao privado, o *jeitinho* e a cordialidade, que fazem do brasileiro um “povo afetuoso e estimável” – ao menos no âmbito privado. Em busca de profissionalismo, respeito e igualdade, a boa Administração equilibra-se entre os paradigmas da ação movida por interesses pessoais, afetos ou animosidades, e os padrões éticos como lealdade, honestidade e boa-fé.

Os parâmetros da moralidade pública têm sido traçados ao longo dos séculos. A despeito do ambiente de dominação e dependência, a ordem jurídica passou a conceber a ética de uma Administração coesa e voltada para todos; primeiro, mediante normas sancionadoras que definiram o papel esperado do funcionário público, ainda que escolhido por preferências pessoais do chefe do Estado; e, depois, por meio de normas que preveniam o favorecimento pessoal, com a escolha dos agentes do Estado mediante concurso público. Numa e noutra frente, ou nelas combinadas, conceberam-se os parâmetros de conduta para um sistema e um agente administrativo ideais.

Os fatos históricos aqui sumariados parecem frustrar um entusiasta das abstrações legais (e de comportamentos ideais) desenvolvidas e sedimentadas na ordem jurídica como suficientes para transformar a realidade; contudo, é necessário considerar que transformações sociais não são instantâneas. Assim como a construção da cidadania, é paulatina a formação da consciência e da responsabilidade sobre o domínio público. O Direito tem papel decisivo nesse processo, porque o abrevia mediante a consignação da pauta *moral* esperada da sociedade. Trata-se de normas sancionadoras: se é efetivamente implantado o castigo previsto, mais brevemente se concretizarão as transformações ideadas.

O legislador parece ter enrijecido as exigências para a boa administração, primeiro com a tipificação de condutas em normas sancionadoras – crimes de responsabilidade, crimes contra a Administração Pública e infrações de improbidade administrativa –, e depois com o fortalecimento dos instrumentos persecutórios e das instituições de controle tanto administrativo quanto judicial. No entanto, como um pêndulo, depois de atingido o vértice da responsabilização, o impulso torna-se contrário, num movimento de equilíbrio de institutos e de procedimentos. Entre idas e vindas, ainda estão em construção as noções de impessoalidade e moralidade na Administração Pública, bem como os mecanismos que asseguram a sua observância.

Referências

- AQUINO, Rubim Santos Leão de; VIEIRA, Fernando Antônio da Costa; AGOSTINHO, Carlos Gilberto Werneck; ROEDEL, Hiran. *Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Os regimes jurídicos dos servidores públicos no Brasil e suas vicissitudes históricas. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 50, p. 143-169, jan./jul. 2007. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/32>. Acesso em: 9 jan. 2024.
- ASSIS, José Carlos de. *Os mandarins da República: anatomia dos escândalos na administração pública: 1968-84*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.
- BARBOSA, Rui. *Escritos e discursos seletos*. Seleção, organização e notas de Virgínia Côrtes de Lacerda. 2. ed. Rio de Janeiro: Aguilar, 1966. (Biblioteca Luso-Brasileira. Série Brasileira).
- BIASON, Rita; LIVIANU, Roberto (org.). *A corrupção na história do Brasil*. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2019. (Coleção AcadeMack, v. 41).
- BIONDI, Aloysio. *O Brasil privatizado: um balanço do desmonte do Estado*. São Paulo: Geração Editorial, 2014. (Coleção História Agora, v. 11).
- BRASIL. *Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968*. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [1978a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 9 jan. 2024.
- _____. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1891]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 9 jan. 2024.
- _____. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1934]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 9 jan. 2024.
- _____. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1937]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 9 jan. 2024.
- _____. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1946]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 9 jan. 2024.
- _____. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1967]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 9 jan. 2024.

_____. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 9 jan. 2024.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 jan. 2024.

_____. *Decreto-lei nº 359, de 17 de setembro de 1968*. Cria a Comissão Geral de Investigações e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1978b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0359.htm. Acesso em: 9 jan. 2024.

_____. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Código Criminal. [Brasília, DF]: Presidência da República, 1830. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 9 jan. 2024.

_____. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2000]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm. Acesso em: 9 jan. 2024.

_____. *Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019*. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm. Acesso em: 9 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas vinculantes*: atualizado em 8 de maio de 2020. [Brasília, DF]: STF, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/2020SmulaVinculante1a29e31a58CompletoCapeContedo.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2024.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment*: aspectos da responsabilidade política do presidente da República. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992.

BRÜNING, Raulino Jacó. *Corrupção*: causas e tratamento. 1997. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/77138/142682.pdf?sequence=1>. Acesso em: 9 jan. 2024.

BUENO, Eduardo. *A coroa, a cruz e a espada*: lei, ordem e corrupção no Brasil colônia: 1548-1558. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006. (Coleção Terra Brasilis, 4).

BUENO, Ricardo. *Escândalos financeiros no Brasil*: vinte histórias exemplares. Petrópolis: Vozes, 1982.

CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. Administração pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. *Ciência & Trópico*, Recife, v. 34, n. 2, p. 297-323, 2010. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/view/871>. Acesso em: 9 jan. 2024.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. 27. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

CARVALHO, Nanci Valadares de (org.). *Trilogia do terror*: a implantação: 1964. São Paulo: Vértice, 1988. (Enciclopédia Aberta de Ciências Sociais, 3).

CASARÕES, Guilherme. A corrupção no governo Collor. In: BIASON, Rita; LIVIANU, Roberto (org.). *A corrupção na história do Brasil*. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2019. p. 149-165.

CAVALCANTI, Pedro. *A corrupção no Brasil*. São Paulo: Siciliano, 1991.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. Colaboração de Sérgio Fausto. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Edusp, 2019. (Didática, 1).

FIGUEIREDO, Lucas. *Morcegos negros*: PC Farias, Collor, máfias e a história que o Brasil não conheceu. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Record, 2013.

FIGUEIREDO, Luciano Raposo. Corrupção no Brasil colônia. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008. p. 209-218.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; SANTOS, Júlio Edstron S.; FERRAZ, Diná da Rocha Loures. Iberismo, patrimonialismo e moralidade: fluxos e refluxos na história do Brasil. *Revista Jurídica [da] UniCuritiba*, Curitiba, v. 3, n. 44, p. 759-789, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v3i44.1897>. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1897>. Acesso em: 9 jan. 2024.

GOMES, Laurentino. *1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comparada e comentada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LEITE, Celso Barroso (org.). *Sociologia da corrupção*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1987.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATOS, Gregório de. *Torna a definir o poeta os maos modos de obrar na governança da Bahia, principalmente naquela universal fome, que padecia a cidade*. São Paulo: Biblioteca Virtual do Estudante Brasileiro, 1999. Disponível em: https://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/literatura/obras_completas_literatura_brasileira_e_portuguesa/GREGORIO_MATOS/CRONICA/BURGO.HTML. Acesso em: 9 jan. 2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOSQUÉRA, Júlio. *E eu com isso?: entenda como a política influencia o seu dia-a-dia*. São Paulo: Globo, 2006.

NYE, Joseph S. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. *American Political Science Review*, [s. l.], v. 61, n. 2, p. 417-427, June 1967. DOI: <https://doi.org/10.2307/1953254>.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PINTO, Céli Regina Jardim. *A banalidade da corrupção: uma forma de governar o Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2011.

PORTUGAL. [Ordenações Filipinas]. *Codigo Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. v. 5. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 9 jan. 2024.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral: arts. 1º a 120*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

REALE, Miguel. *De Tancredo a Collor*. 2. ed. São Paulo: Siciliano, 1992.

RIBEIRO, Antonio Silva Magalhães. *Corrupção e controle na administração pública brasileira*. São Paulo: Atlas, 2004.

RIBEIRO JÚNIOR, Amaury. *A privatária Tucana*. São Paulo: Geração Editorial, 2011. (Coleção História Agora, v. 5).

ROMEIRO, Adriana. *Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. (Coleção História e Historiografia).

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A economia política da corrupção do Brasil*. Coordenação de Benjamin Abdala Junior e Isabel Maria M. Alexandre. São Paulo: Senac, 2000. (Ponto Futuro, 8).

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral I: arts. 1º a 31 do Código Penal*. São Paulo: Editora de Direito, 1999. v. 1.

VIEIRA, Antônio. *Sermão do bom ladrão*. [S. l.: s. n., 1655]. Disponível em: <https://livros01.livrosgratis.com.br/fs000025pdf.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2024.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

O fundamento psicológico da validade jurídica em Weber e Hart: a crítica metodológica de Kelsen às teorias do reconhecimento

The Psychological Foundation of Legal Validity in Weber and Hart: Kelsen's Methodological Critique to the Theories of Recognition

Cesar Felipe Bolzani¹

Cesar Antonio Serbena²

Resumo

Com base na crítica kelseniana sobre os limites metodológicos entre a Ciência e a Sociologia do Direito, este artigo demonstra que, em razão dos métodos predominantemente sociológico-descriptivos, os argumentos da validade jurídica desenvolvidos por Max Weber e Herbert Hart apresentam um equívoco ao adotarem o pressuposto da *aceitação volitiva* da obrigatoriedade do Direito como fundamento da validade e da autoridade jurídicas (também conhecido como *fundamento psicológico da validade*). Defende-se que as teorias de Hart e Weber não devam ser descartadas como inválidas, mas devem ser mais bem delimitadas em suas fronteiras metodológicas, nos termos do rigor científico de Hans Kelsen, para demonstrar que a validade jurídica se fundamenta no fato de os jurisdicionados e as autoridades *agirem como se aceitassem* a autoridade do Direito. Assim, não se deve falar num *fundamento psicológico* da validade, mas num *fundamento sociológico*, auferível pela observação da ação social dos agentes relevantes.

Palavras-chave: validade jurídica; autoridade jurídica; metodologia científica; Teoria do Direito; Sociologia do Direito.

¹ Cesar Felipe Bolzani é mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; doutorando em Direito na UFPR, Curitiba, PR, Brasil; pesquisador-bolsista Capes/Proex; pesquisador no núcleo de pesquisas Fundamentos do Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil; advogado. E-mail: cesarbolzani@gmail.com

² Cesar Antonio Serbena é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; pós-doutor pela Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; livre-docente pela UFPR, Curitiba, PR, Brasil; professor titular de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil; coordenador do núcleo de pesquisas Fundamentos do Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil. E-mail: cserbena@gmail.com

Abstract

Based on Kelsen's critique of the methodological boundaries between the Science and Sociology of Law, this article demonstrates that, due to the predominantly sociological-descriptive methods, the arguments of legal validity developed by Max Weber and Herbert Hart present a mistake in adopting the assumption of the *volitional acceptance* of the obligation of Law as the basis of legal validity and authority (also known as the *psychological basis of validity*). It argues that Hart's and Weber's theories should not be dismissed as invalid, but should be better delimited in their methodological boundaries, in terms of Hans Kelsen's scientific rigor, to demonstrate that legal validity is based on the fact that those under jurisdiction and authorities *act as if they accepted* the authority of Law. Thus, one should not speak of a *psychological* basis for validity, but rather a *sociological* basis, which can be measured by observing the social action of the relevant agents.

Keywords: legal validity; legal authority; scientific methodology; Theory of Law; Sociology of Law.

Recebido em 3/6/24

Aprovado em 8/10/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p147

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

Os assuntos relevantes para a Filosofia carregam em si um caráter de tendência não diferente do relacionado às questões da moda. Temas não deixam de ser importantes, nem atingem um ponto de solução absoluta que os torne obsoletos. Questões são levantadas e esquecidas, ou assumidas como dadas, até o momento em que são novamente colocadas em pauta, por se tornarem decisivas para a solução de um novo problema ou por fragilizarem a estatura de velhas respostas. Algumas questões, porém, parecem marcar a história do conhecimento e prolongar-se pelos grandes trabalhos e pesquisas de determinada área do

³ BOLZANI, Cesar Felipe; SERBENA, Cesar Antonio. O fundamento psicológico da validade jurídica em Weber e Hart: a crítica metodológica de Kelsen às teorias do reconhecimento. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 246, p. 147-172, abr./jun. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p147. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/246/ril_v62_n246_p147

⁴ Bolzani, C. F., & Serbena, C. A. (2025). O fundamento psicológico da validade jurídica em Weber e Hart: a crítica metodológica de Kelsen às teorias do reconhecimento. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(246), 147-172. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p147

saber. Na Filosofia do Direito, uma dessas questões – e talvez a mais central – é o problema da validade jurídica.

Com base no questionamento do objeto da Teoria do Direito ou da adequada definição do seu objeto, é possível dizer o que é e o que não é parte do fenômeno *jurídico*. Neste artigo, adota-se a seguinte definição de *validade jurídica*, vista em termos de pertencimento: é juridicamente válido tudo o que pertence ao sistema jurídico. Compreender os mecanismos e a forma como determinada proposição (imperativa ou não) adquire caráter jurídico – e torna-se o Direito – tem sido a missão central de grande parte da Filosofia do Direito ao longo da história. O estudo expõe esse problema perene no modo como foi analisado por grandes pensadores da área, especificamente Hans Kelsen, Max Weber e Herbert Hart.

Típico do estilo britânico, Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) não cita uma diversidade de fontes, de maneira que por vezes é difícil (e mesmo especulativo) buscar as influências de seu pensamento, majoritariamente concentrada na Filosofia da Linguagem de John Langshaw Austin (1911-1960). Busca-se demonstrar aqui que o argumento psicológico da *aceitação da autoridade do Direito* elaborado por Hart encontra fac-símile no conceito de *validade jurídica* weberiano.

Maximilian Karl Emil Weber (1864-1920) já havia reconhecido que o conceito de *validade jurídica* e do próprio Direito teria dupla natureza e poderia ser analisado de formas distintas: a) por seu pertencimento ao conjunto de leis, numa análise dogmático-jurídica mediante a Ciência do Direito; ou b) por seu pertencimento ao mundo fático do funcionamento material e humano do Direito, numa análise empírica empreendida pela Sociologia do Direito.

Congruente com pensamento weberiano, Hart desenvolve sua Teoria do Direito evidenciando essas duas facetas da natureza do Direito. Todavia, no método proposto por ele, a análise da natureza empírica e normativo-formal do Direito seriam indissociáveis na busca de um conceito de *Direito*; e os autores convergem especificamente sobre a centralidade do aspecto empírico como condição de existência da validade jurídica.

Ambos defendem que, em algum nível, a validade jurídica depende tanto de um fundamento psicológico de aceitação pelos jurisdicionados quanto, principalmente, das autoridades estatais responsáveis pela aplicação e operacionalização do Direito. Ou seja, em algum nível as autoridades e os jurisdicionados devem não só agir de forma convergente com o conteúdo do Direito mas também assumir uma posição crítica, indicando algum nível de aceitação (no sentido volitivo do termo) da autoridade do Direito a ser aplicado.

Esse aspecto específico comum da teoria de ambos os autores permite expor a análise metodológica de outro jurista, o austríaco Hans Kelsen (1881-1973). Numa palestra transcrita em forma de artigo em 1911, Kelsen analisa problemas metodológicos específicos nesse tipo de fundamento psicológico. Assim como Weber, reconhece Kelsen que o Direito pode ser analisado por ciências distintas, mas critica o argumento da *aceitação volitiva*, comum a Weber e Hart. Ainda que o texto de Kelsen anteceda os de Hart e Weber, estes defendem formas do que Kelsen denominou *teorias do reconhecimento* com base no conceito de *aceitação volitiva*. Para ele, as teorias do reconhecimento ultrapassam os limites metodológicos da

Ciência do Direito e da Sociologia do Direito; elas recaem no campo de pesquisa da Psicologia, por dependerem da análise do conceito e funcionamento da *vontade*, objeto alheio àquelas outras ciências.

O artigo de Kelsen é aplicável ao fundamento psicológico da validade jurídica contido nas obras de Hart e de Weber, nos segmentos convergentes entre as teorias. Essa aplicabilidade implica uma correção metodológica nas teorias do reconhecimento. Espera-se com este trabalho compreender melhor a dimensão e a natureza do argumento da aceitação – conhecido como *fundamento psicológico da validade jurídica*. Para cumprir esse objetivo, o artigo apresenta as metodologias e os argumentos da validade jurídica de Hart e de Weber, bem como coteja os métodos e as conclusões dos autores. Ao final, apresenta-se a crítica de Kelsen ao argumento da *aceitação volitiva*, seguida de uma proposta de reforma na compreensão do fundamento psicológico da validade jurídica presente nas obras de Weber e Hart.

2 O fundamento psicológico da validade jurídica: a teoria prática das regras de Hart

A obra *O conceito de Direito*, publicada por Hart em 1961, tornou-se o epicentro de uma série de debates que ocupariam a atenção da maioria dos estudos de jurisprudência na segunda metade do século XX. Com esteio sobretudo nas obras de Austin e Ludwig Wittgenstein (1889-1951), a introdução de elementos de Filosofia de Linguagem em sua teoria jurídica criou uma perspectiva tida como revolucionária, e muitos autores atribuíram a Hart o papel de operador de uma virada hermenêutica na Filosofia e na Teoria do Direito.

Para compreender o fundamento psicológico da validade jurídica, é preciso repassar alguns pontos significativos de sua obra. De acordo com Hart (2009), o Direito contemporâneo deve ser concebido como uma forma complexa de sistema que resulta da união de dois tipos diferentes de normas, denominadas *regras primárias* e *secundárias*⁵:

As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre as operações que conduzem não apenas a

⁵ Neste artigo há referências a *primary rules*, *secondary rules*, *rules of adjudication* e *rule of recognition*. Suas respectivas traduções contêm o vocábulo *norma* em vez de *regra*, embora neste texto se tenha traduzido literalmente o termo *rule* por *regra*. Como por vezes na terminologia positivista se firmam distinções entre *normas* e *regras*, optou-se aqui por preservar a literalidade da obra do autor (Hart, 1994).

movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações (Hart, 2009, p. 105-106).

As regras primárias são simples regras de conduta que determinam aos seus subordinados permissões, obrigações e proibições. Como regras de conduta, seu objeto é o comportamento do jurisdicionado: suas atitudes no tráfego urbano, sua obrigação relativa aos tributos, sua permissão para contratar, sua proibição de matar etc. Hart (2009) observa que sistemas compostos exclusivamente por regras desse tipo seriam formas primitivas de sistemas jurídicos. Tal sistema seria ineficiente, pois apresentaria três defeitos: a) a incerteza sobre a natureza e a autoridade das regras primárias; b) o caráter estático das regras primárias no tempo; e c) a ineficácia das regras primárias na ausência de uma instância institucional de resolução de conflitos.

Para solucionar esses problemas, Hart percebeu que os sistemas jurídicos contemporâneos incorporam regras de um tipo especial: as regras secundárias. As *regras de modificação*, cuja função é criar mecanismos normativos para a alteração de regras primárias, são regras secundárias que resolvem o problema do caráter estático; por sua vez, as *regras de julgamento* resolvem a questão da eficácia e das formas de aplicação do Direito. Permanece, contudo, o problema da incerteza sobre o pertencimento das regras primárias ao sistema jurídico:

Em primeiro lugar, as normas que orientam a vida do grupo não formam um sistema, mas consistem simplesmente num conjunto de padrões isolados, sem nenhuma característica identificadora comum, exceto, é claro, pelo fato de constituírem as normas aceitas por um grupo específico de seres humanos. Sobre esse aspecto, lembram nossas normas de etiqueta social. Assim, em caso de dúvida sobre a essência das normas ou sobre o âmbito preciso de aplicação de qualquer uma delas, não existe um procedimento instituído para dirimir essa incerteza, por meio da referência quer a um texto autorizado, quer a uma autoridade cujas declarações sejam vinculantes a esse respeito (Hart, 2009, p. 119).

Os indivíduos não seguem simplesmente qualquer norma que se lhes apresenta. Normas jurídicas só podem ser consideradas como tais se forem de obediência obrigatória – não opcional – pelos seus subordinados. A determinação dessa obrigatoriedade encontra-se, porém, numa área de penumbra. Hart (2009) afirma que a obrigatoriedade é formada por um ponto de vista interno: o indivíduo deve “sentir-se obrigado” ao cumprimento da norma.

De um ponto de vista externo, o indivíduo segue uma norma em razão da coerção imposta ao seu descumprimento, seja essa coerção apenas uma repreensão social, seja uma reação institucional. Todavia, afirma Hart (2009), o reconhecimento da autoridade do Direito está mais intimamente ligado ao ponto de vista interno, um processo psicológico do indivíduo que, por algum motivo, acredita ser obrigado a obedecer a determinada norma tão somente pelo fato de ela ser o Direito.

De certa maneira, a autoridade de um sistema jurídico advém da simples aceitação por um grupo de indivíduos de que aquele sistema jurídico é obrigatório. Mesmo que pareça inócua, essa afirmação ilumina uma questão essencial sobre a própria natureza da autoridade jurídica⁶: ser uma autoridade significa ser capaz de emitir diretivas obrigatórias para seus subordinados, e a obrigatoriedade das diretivas decorre apenas do ponto de vista externo (do medo da sanção, por exemplo), mas sobretudo do ponto de vista interno, pela aceitação de que a diretiva é obrigatória. Nas palavras de Raz (1939-2022) (2009, p. 9, tradução nossa),

uma pessoa precisa de mais do que poder (como influência) para ter autoridade *de facto*. Ela deve alegar que tem autoridade legítima ou ser vista por outros como se a tivesse. Há uma diferença importante entre, por exemplo, o uso da força bruta para impor sua vontade e o mesmo feito com uma alegação de que se tem direito. Apenas o último pode ser qualificado como uma autoridade efetiva ou *de facto*⁷.

Hart preocupa-se aqui com a questão da autoridade: é necessária uma regra secundária que permita averiguar as normas do sistema jurídico. Assim, ele identifica um tipo especial de regra secundária, a *regra de reconhecimento*, a qual especifica as características de uma norma para ser considerada jurídica. Essa regra pode assumir diversas formas – por exemplo, a criação de um código escrito a que se possa fazer referência quando for necessário identificar as normas que detêm autoridade jurídica. Embora a regra apresente uma variedade de contingências, num primeiro momento aqui interessam os elementos essenciais. A respeito disso, Hart (2009, p. 123) afirma que, sob o

ponto de vista histórico, esse passo do pré-jurídico ao jurídico pode, sem dúvida, ser efetivado em etapas distintas entre si, a primeira das quais é a simples transcrição escrita de normas, até então conservadas apenas sob forma oral. O que é crucial é o reconhecimento de que se deve considerar a norma escrita ou inscrição como a *fonte da autoridade*, isto é, como a *maneira correta* de esclarecer dúvidas sobre a existência da norma. Quando tal reconhecimento existe, verifica-se a existência de uma forma muito simples de norma secundária: uma norma destinada à identificação conclusiva das normas primárias de obrigação.

⁶ Essa percepção de Hart pode ter atingido sua forma mais sofisticada na tese da *autoridade alegada* de Joseph Raz, para quem o Direito é uma autoridade efetiva, internalizada como moralmente correta – como legítima – pelo seu subordinado. Raz demonstra que não apenas é aceita a diretiva de autoridade como obrigatória, mas também que ela é aceita em razão de sua internalização como correta, benéfica, legítima. Obviamente, isso não quer dizer que a diretiva seja boa ou má em termos naturais, mas que ela é, no mínimo, considerada socialmente adequada para os fins que se propõe; ver Bolzani (2018).

⁷ No original: “A person needs more than power (influence) to have *de facto* authority. He must either claim that he has legitimate authority or be held by others to have legitimate authority. There is an important difference, for example, between brute use of force to get one’s way and the same done with a claim of right. Only the latter can qualify as an effective or *de facto* authority”.

Em um sistema jurídico evoluído, as normas de reconhecimento são evidentemente mais complexas: em vez de identificarem as normas exclusivamente pela consulta a um texto ou lista, o fazem por meio da referência a algumas características gerais das normas primárias. Poder ser, por exemplo, o fato de terem sido aprovadas por um órgão específico, ou sua longa prática consuetudinária, ou ainda por sua relação com as decisões judiciais. Além disso, quando mais de uma dessas características gerais são tratadas como critérios de identificação, deve-se admitir a hipótese de um eventual conflito, o que leva as normas a serem classificadas por ordem de primazia, como no caso da habitual subordinação do costume ou do precedente à lei positivada, constituindo esta última uma “fonte hierarquicamente superior”.

Nesse excerto, uma variedade de elementos merece destaque. Ao sustentar a possibilidade de uma regra de reconhecimento atribuir autoridade jurídica a diferentes fontes (texto legal, ordens de um congresso, costumes, ordens judiciais), Hart assume que algum tipo de hierarquia se formará entre essas fontes, sendo apenas “habitual” a tradicional subordinação do precedente à lei positivada; ele reconhece que o Direito, além dela, pode apresentar uma diversidade de fontes jurídicas. Segundo Hart, a relação de hierarquia entre essas fontes é arbitrária e pode assumir uma ou outra forma. A função essencial cumprida pela regra está diretamente ligada à atribuição e à identificação da autoridade jurídica. No entanto, compreender seu papel não explica o que é e como pode ser identificada a regra de reconhecimento, que, diferentemente das outras regras secundárias, não pode ser identificada mediante simples referência a fontes jurídicas.

Em muitos casos, as regras de modificação e julgamento podem ser identificadas na lei positivada ou em precedentes. Nisso tais regras secundárias compartilham características das regras primárias; a regra de reconhecimento, porém, tem a mesma autoridade das fontes jurídicas⁸. Caso também fosse encontrada em fontes jurídicas, o argumento de sua existência seria circular: autoridades são autoridades porque são; por isso, Hart (2009) conclui que a *regra de reconhecimento* é uma regra social. Ela não é identificada por referência a fontes jurídicas, mas demonstrada pela análise de uma prática social, pois em geral “a norma de reconhecimento não é explicitamente declarada, mas sua existência fica *demonstrada* pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais

⁸ Hart (2009, p. 138) expõe esse ponto nesta passagem: “Caso se indague sobre a validade jurídica de uma norma qualquer, devemos, para responder à pergunta, utilizar um critério de validade oferecido por outra norma. Será válida tal norma local promulgada pelo Conselho do Condado de Oxfordshire? Sim, pois foi elaborada no exercício dos poderes para isso outorgados num decreto expedido pelo Ministério da Saúde e de acordo com o procedimento aí especificado. Nessa primeira etapa, o decreto fornece os critérios em cujos termos se pode avaliar a validade da norma local. Pode não haver razão de ordem prática para ir além disso, mas existe a possibilidade de fazê-lo. Podemos questionar a validade do decreto e avaliá-la em termos da legislação que confere poderes ao ministro para emitir esse tipo de ato normativo. Finalmente, quando já se tenha questionado a validade de tal legislação e esta tenha sido avaliada por referência à norma que estipula que uma atuação legislativa do Parlamento atuando como representante da Coroa constitui lei, devemos cessar as indagações concernentes à validade, pois atingimos uma norma que, como o decreto e a legislação intermediária, oferece critérios para a avaliação da validade de outras normas, mas difere delas pelo fato de que não existe outra norma que forneça critérios para a avaliação de sua própria validade jurídica”.

ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos” (Hart, 2009, p. 131).

Há duas condicionantes para que uma regra desse tipo seja identificada na prática social: a convergência de comportamento e a aceitação psicológica da autoridade jurídica. Para Hart, a regra de reconhecimento é um fato social passível de representação em forma normativa. Em outras palavras, seu conteúdo é o resultado de uma prática social convergente e aceita como obrigatória e, por isso, não tem sua validade em fontes jurídicas, pois ela mesma determina a validade das fontes. Essa é a importância do conceito de *ponto de vista interno* comentado anteriormente. De acordo com Hart (2009, p. 140), só

necessitamos da palavra “validade”, e em geral só a usamos, para responder às perguntas que surgem dentro de um sistema de normas no qual o *status* de uma norma como elemento do sistema depende de que satisfaça certos critérios estabelecidos pela norma de reconhecimento. Não pode surgir uma pergunta desse tipo sobre a validade da própria norma de reconhecimento que provê os critérios; esta não pode ser nem válida nem inválida, mas seu uso para esse fim é simplesmente aceito como apropriado. [...] Nesse aspecto, entretanto, como em outros, a norma de reconhecimento é diferente das outras normas do sistema. A afirmação de que existe só pode ser um enunciado factual externo. Pois, enquanto uma norma subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, existir, mesmo que seja geralmente desrespeitada, a norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato.

Nessa afirmação contundente de que a existência da regra de reconhecimento é uma questão de fato está o cerne do argumento que se busca reconstruir. Se, por um lado, as regras primárias são regras de conduta cuja aplicabilidade social é uma questão de Direito com base nas fontes jurídicas válidas, por outro, a regra de reconhecimento é secundária e determina a autoridade das regras primárias de conduta, nascida de uma prática social complexa.

Hart (2009, p. 150) enuncia que um sistema jurídico se fundamenta em dois aspectos: a) a obediência habitual a regras primárias consideradas válidas pela regra de reconhecimento; e b) a efetiva aceitação pelas autoridades de sua vinculação à regra de reconhecimento que determina os critérios de validade do sistema, bem como às regras de julgamento e modificação que estabelecem as formas de aplicação e alteração das regras primárias. Disso ele depreende que a regra de reconhecimento é uma questão de fato extraída de uma prática social convergente de obediência; para um sistema jurídico existir, os cidadãos precisam cumprir apenas uma exigência: obedecer habitualmente às normas primárias do sistema. Diferentemente, a segunda condição de existência do sistema jurídico exige ser satisfeita, não pelos cidadãos, mas pelas autoridades, que precisam de fato seguir uma regra de

reconhecimento, não apenas no sentido habitual da *obediência*, mas também num sentido crítico de *aceitação* pela qual modulam o seu comportamento e o de outras autoridades. Hart (2009, p. 151) conclui que a

afirmação de que um sistema jurídico existe é, assim, uma declaração bifronte como Jano, que contempla tanto a obediência dos cidadãos comuns quanto a aceitação das normas secundárias pelas autoridades, que encaram tais normas como padrões críticos comuns para o comportamento oficial. [...] onde exista a união de normas primárias e secundárias – que é, como sustentamos, a maneira mais frutífera de conceber um sistema jurídico –, a aceitação das normas como padrões comuns para o grupo pode ser separada da questão relativamente passiva do consentimento individual às normas por meio da obediência em caráter exclusivamente pessoal. Num caso extremo, o ponto de vista interno com seu uso caracteristicamente normativo da linguagem jurídica (“Esta é uma norma válida”), poderia ficar limitado ao mundo oficial. Num tal sistema complexo, só as autoridades aceitariam e utilizariam os critérios de validade jurídica do sistema. Uma sociedade assim poderia ser deploravelmente subserviente e acarnerada, e os carneiros poderiam acabar no matadouro; mas não há motivos para pensarmos que não poderia existir ou para negar-lhe a qualificação de sistema jurídico.

Como, para poder existir, a regra de reconhecimento deve ser aceita de um ponto de vista interno, e como não é uma necessidade para a existência de sistemas jurídicos que os cidadãos adotem esse mesmo ponto de vista interno, conclui-se que o conteúdo da regra de reconhecimento advém primariamente do comportamento convergente aceito, praticado e exigido pelas autoridades (Marmor, 2001, p. 195). Essa teoria é conhecida como *teoria prática das regras* (Hart, 2009, p. 329). Tal comportamento convergente pode, em certos momentos, apresentar variantes e até mesmo desacordos quanto ao conteúdo específico da regra de reconhecimento. Se se considera a natureza factual e social dessa regra, seria mesmo impossível imaginar um sistema em que sua aplicação não apresentasse dissensos. Se a regra de reconhecimento é a expressão de uma questão de fato – o dos padrões de validade aceitos e convergentemente respeitados pelas autoridades como regras que regulam os seus comportamentos –, invariavelmente surgirão em sistemas complexos desvios de conduta em relação ao que ela exige.

Entretanto, pode-se imaginar que sistemas jurídicos complexos têm a previsão de procedimentos de resolução do conflito na forma de regras de julgamento e de padrões específicos de uma regra de reconhecimento. Nada nessa regra impede a existência de conflito; ela é necessária à convergência de forma “habitual”, e há elasticidade (textura aberta) para divergências. Isso representa o fundamento psicológico da validade jurídica em Hart: a exigência de um comportamento de “aceitação” pelas autoridades jurídicas. Compreende-se, pois, a afirmação hartiana de que o Direito é um fenômeno fático-normativo. Sua existência e o funcionamento de suas normas dependem de questões fáticas (empíricas) de reconhecimento da validade dessas normas; e o processo de reconhecimento por seu

agente condutor humano e sua plataforma condutora da linguagem permitem a abertura para contradições, arbitrariedades e incerteza na forma de reconhecer ou interpretar as fontes de Direito válido.

Hart concebe dois componentes interligados no fenômeno jurídico: os fático-sociais e os normativo-formais. Trata-se de objetos de naturezas distintas que apenas analisados em conjunto permitem compreender o Direito – considerado bifronte como Jano, a antiga divindade romana com uma face voltada para o passado e outra para o futuro. Neste ponto, é possível abordar a conexão que se busca demonstrar entre o conceito hartiano de validade jurídica e o conceito weberiano. Diversos argumentos de Hart, expostos sobretudo em *O conceito de Direito* e no seu pós-escrito de 1994, encontram ressonância na pesquisa desenvolvida por Weber, especialmente em *Economia e sociedade* (1921). Assim como Hart, o sociólogo alemão compreende que o Direito tem essa dupla natureza e dedicou diversos estudos metodológicos sobre a distinção entre uma Ciência do Direito (centrada no aspecto dogmático-jurídico) e uma Sociologia do Direito (que focaliza a esfera empírica).

A análise dessa distinção demonstra que os autores não defendem ideias idênticas nos pressupostos metodológicos e epistemológicos de suas propostas para a análise do fenômeno jurídico. Isso se reflete em diferenças fundamentais na técnica científica proposta por eles; contudo, cada qual com sua perspectiva, adotam o fundamento psicológico do reconhecimento (a aceitação) como mecanismo necessário ao Direito.

3 O conceito de *validade jurídica*: convergências e divergências entre Weber e Hart

No capítulo “Sociologia do Direito” de *Economia e sociedade*, Weber (1999) dedica-se a compreender a formação do sistema jurídico moderno, ressalta questões econômicas e políticas fundamentais nesse processo e aborda aspectos epistemológicos e metodológicos de ciências voltadas ao estudo do Direito. Weber, como Hart, constatou que o desenvolvimento da máquina jurídica moderna se baseava numa estrutura institucional, composta por elementos humanos, cuja racionalização formal seria constantemente submetida a novas interpretações influenciadas por elementos internos ao raciocínio lógico-formal ligado a questões morais e econômicas, estimulando contraditoriamente uma espécie de *antiformalismo*:

o desenvolvimento das qualidades formais do direito exhibe traços estranhamente contraditórios. O direito, rigorosamente formalista e limitado ao que é manifesto, na medida em que o exige a segurança das relações comerciais, é não-formal no interesse da lealdade comercial, na medida em que é condicionado pela interpretação lógica do sentido da vontade das partes ou dos “bons costumes comerciais”, entendidos como um “mínimo ético”. Além disso é forçado a tomar um rumo antiformal por todos aqueles

poderes que exigem da prática jurídica algo diverso de um meio de luta de interesses pacífica. Atuam nesse sentido as reivindicações materiais de justiça de interesses de classes sociais e as ideologias, a natureza também hoje atuante em determinadas formas de dominação políticas, especialmente autocráticas e democráticas e as ideias sobre a finalidade do direito que lhe são adequadas, e a exigência pelos “leigos” de uma justiça que seja compreensível para eles. Eventualmente também, pressionam nesse sentido, como vimos, as pretensões de poder, ideologicamente fundamentadas, da própria classe dos juristas. Mas, qualquer que seja a forma que assumam o direito e a prática jurídica, sob essas influências, seu destino inevitável, como consequência do desenvolvimento técnico e econômico e a despeito de toda judicatura leiga, será o desconhecimento crescente, por parte dos leigos, de um direito, e a crescente tendência a considerar o direito vigente um aparato técnico com conteúdo desprovido de toda santidade racional e, por isso, modificável a submissão, muitas vezes crescente, por razões gerais, ao direito já existente, mas não há como o direito realmente afastar-se dele. Todas as exposições modernas mencionadas⁹, cientificamente muitas vezes bastante valiosas, de tipos sociológico-jurídico e filosófico-jurídico, somente contribuirão para fortalecer essa impressão, ainda que representem teorias sobre a natureza do direito ou sobre a posição do juiz, qual for seu conteúdo (Weber, 1999, p. 153).

Tanto para Weber quanto para Hart, a existência e a validade das normas jurídicas estão numa situação contraditória (“bifronte”): de um lado, são reguladas por um sistema lógico-formal e, de outro, são submetidas a pressões e interesses da sociedade a que se vincula o sistema jurídico. Nota-se aqui um fac-símile do argumento da natureza convencional da validade jurídica (ou da teoria prática de regras de Hart). Nas palavras de Weber (1999, p. 151), sua

crescente sublimação lógica significa sempre a substituição da vinculação a critérios formais, externamente perceptíveis, pela crescente interpretação lógica do sentido, tanto nas próprias normas jurídicas, quanto particularmente na interpretação dos negócios jurídicos. Na doutrina do direito comum, esta interpretação do sentido pretendia fazer valer a “vontade verdadeira” das partes, introduzindo já por isso, no formalismo jurídico, um elemento individuador e (relativamente) material.

Todavia, diferentemente de Hart, cuja análise do aspecto empírico do Direito encontra fundamento nas consequências de sua Filosofia da Linguagem, Weber assume pressupostos metodológicos para duas ciências distintas consagradas ao estudo daquelas duas facetas do fenômeno jurídico: a Ciência do Direito e a Sociologia do Direito. A primeira se volta para a análise da dogmática jurídica e seus aspectos lógico-formais, ao passo que a segunda

⁹ Nesse tópico, Weber distinguia as formas modernas de Direito e as anteriores, como o Direito romano, o Direito natural, o *common law* norte-americano e inglês e o *civil law*.

se orienta para a análise da natureza factual do Direito, na relação entre sua institucionalidade e elementos sociais de pressão externos, bem como nos elementos individuais de interpretação e moralidade humana das autoridades. Fariñas Dulce (1989, p. 60-61, tradução nossa) afirma:

Para Weber, por outro lado, existem dois tipos de abordagem do Direito: o sociológico e o jurídico, e consequentemente dois métodos distintos, mas ambos igualmente válidos sob o ponto de vista científico. Na obra de Weber, não há predominância de um sobre outro: trata-se de uma distinção metodológica que origina dois tipos de abordagens científicas em torno do Direito¹⁰.

Fariñas Dulce (1989) também sustenta que Weber foi influenciado por discussões metodológicas desenvolvidas pelo filósofo do Direito e juiz alemão Georg Jellinek (1851-1911). Ele julgava que era bastante limitada a Ciência do Direito voltada para a pura análise da dogmática jurídica; e, no caso de Weber, era incapaz de explicar diversas formas como a institucionalidade, a burocratização e os aspectos econômico-sociais, os quais influenciariam o próprio conteúdo do Direito e, portanto, o seu conceito:

Em minha opinião, são precisamente as duas últimas observações que melhor revelam um tipo de pensamento que também foi partilhado por Weber. Neles, nota-se um interesse pelo aspecto empírico do Direito, em contraste com o tratamento dogmático-jurídico da Ciência do Direito. Metodologicamente, tanto Jellinek quanto Weber destacaram a existência de uma abordagem empírica do Direito, ao lado da estritamente jurídica. No entanto, Weber, em maior medida do que Jellinek, rejeitou tratar do Direito com base num ponto de vista jurídico-dogmático, por considerá-lo excessivamente limitado, e preferiu a sua análise empírica, o que implicava um campo de ação mais amplo e um conhecimento do fenômeno jurídico mais enriquecedor (Fariñas Dulce, 1989, p. 63, tradução nossa)¹¹.

Há, pois, um ponto de divergência metodológica entre as ciências propostas por Hart e Weber. De um lado, Weber reconhece a possibilidade de um conceito jurídico empírico-social e outro dogmático-normativo. Hart, por sua vez, não os diferencia; para ele, embora

¹⁰ No original: "Para Weber, por el contrario, existen dos tipos de aproximación al derecho: el sociológico y el jurídico, y consiguientemente, dos métodos diferentes, pero ambos igualmente válidos desde un punto de vista científico. En la obra de Weber, no se da predominio a uno sobre otro: se trata de una distinción metodológica, que da lugar a dos tipos de aproximaciones científicas, que giran en torno al derecho".

¹¹ No original: "A mi juicio, son precisamente las dos últimas observaciones, las que mejor revelan un tipo de pensamiento que fue compartido también por Weber. Se denota en ellas un interés por el aspecto empírico del derecho, frente al tratamiento dogmático-jurídico de la Ciencia del Derecho. Metodológicamente, tanto Jellinek como Weber destacaron la existencia de un enfoque empírico del derecho, junto al estrictamente jurídico. Pero, Weber en mayor medida que Jellinek rechazó hacer un tratamiento del derecho desde un punto de vista jurídico-dogmático, por considerarlo excesivamente limitado y prefirió el análisis empírico del mismo, que implicaba un campo de acción más amplio y un conocimiento del fenómeno jurídico más enriquecedor".

em termos puros sejam conceitualmente distintos, os contextos fático e normativo não encontram ponto de dissociação no fenômeno que se entende como jurídico. Ou seja: como o Direito é um fenômeno fático-normativo, não é possível analisar o fenômeno jurídico em contextos conceitualmente puros, uma vez que a coisa, por sua própria natureza, não carrega em si essa pureza. Em outros termos, não há contexto normativo sem contexto fático: as normas não existem num estado de pureza, separadas da natureza, do uso da linguagem, da prática das autoridades ou das cortes – ou das pressões socioeconômicas externas, para fazer referência também a preocupações weberianas. Elas são tão responsáveis por regulá-las quanto têm o seu conteúdo por elas recriado. Dessa forma, a separação metodológica proposta por Weber seria pouco proveitosa para Hart, pois o conceito do objeto depende de uma análise interdisciplinar. Para Hart, uma Teoria do Direito completa deveria estar metodologicamente comprometida tanto com a questão dogmático-jurídica quanto com a empírico-social.

Desse modo, compreende-se a afirmação hartiana de que a existência do Direito seria bifronte como Jano, já que ligado às transições e à dualidade. Para Hart, a existência do Direito é contida nessa dualidade, condicionada a elementos práticos de obediência, aceitação, institucionalidade, pressões socioeconômicas e operacionalização, bem como elementos dogmáticos como regras, princípios, precedentes e fontes diversas, cuja relação de causalidade pode ser difícil identificar ao longo da existência de um sistema.

Tem-se aqui uma breve contextualização dos posicionamentos metodológicos de cada autor no estudo do objeto jurídico. Demonstrou-se que Weber considera o aspecto fático do Direito e sua análise empírica um campo de pesquisa mais frutífero que o ligado à dogmática. Em certos aspectos, Hart talvez concordasse com essa afirmação, especialmente no caso da análise que ambos fazem das condições para a existência de conteúdo jurídico com o fim de compreenderem os fundamentos da validade jurídica.

Weber (assim como Hart) trabalhou com um fac-símile da teoria prática das normas; de acordo com o autor, há relações sociais permanentes que podem ter seu sentido formulado verbalmente por meio de *máximas*, com as quais os participantes da relação podem esperar a adesão de outros, além de eles mesmos orientarem sua ação por elas (Schmill Ordóñez, 1989, p. 167). Afirma Schmill Ordóñez que nesses termos Weber introduz o conceito de *norma*, mas não explicitamente. Como a relação social se encontra consignada em *máximas*, o conteúdo do sentido da relação social será uma ordem ou ordenamento (Schmill Ordóñez, 1989, p. 169). Segundo Weber, só se pode falar em validade de uma ordem quando as *máximas* são tidas como modelos obrigatórios de conduta. E tal consideração é central nesse conceito, dado que é um conceito prático: a crença majoritária e convergente na obrigatoriedade das *máximas* é a fonte de sua validade; o prestígio da obrigatoriedade é a fonte de validade. De acordo com Weber (*apud* Schmill Ordóñez, 1989, p. 170-171), esse prestígio poderia ser entendido como um prestígio de legitimidade, que poderia ser atribuída ao ordenamento em razão: a) dos méritos da tradição; b) das crenças afetivas; c) de crenças racionais com apego a valores; e d) dos estatutos positivados.

Como se pode ver, ao estudar sistemas normativos (ordenamentos de máximas), Weber chega à mesma conclusão de Hart: de alguma forma a validade de uma máxima depende da ação intencional do indivíduo de agir de acordo com o seu conteúdo, em razão de questões internas (vontade, aceitação) ou externas (probabilidade de coerção). Também de acordo com Weber, o conceito de máximas não abrange a noção das consequências normativas da conduta (sanção). Para ele (*apud* Schmill Ordóñez, 1989, p. 173), a sanção é uma garantia da norma e não seu conteúdo, de modo que a norma seria apenas uma máxima que impõe obrigações e sua garantia estaria no campo dos fatos, e não no âmbito semântico das normas. Duas relações sociais específicas no campo dos fatos seriam as garantidoras da sanção – as convenções e o Direito:

Em contraposição ao direito (no sentido em que usamos essa palavra) falta (na convenção) um quadro de pessoas especialmente dedicado a impor seu cumprimento... Uma ofensa contra a convenção (costume estamental) é frequentemente punida com muito mais força do que poderia alcançar qualquer forma de coerção jurídica, por meio de consequências eficazes e sensíveis do boicote declarado pelos demais membros do próprio estamento. O que falta unicamente é um corpo de pessoas especialmente destinado a manter seu cumprimento (juiz, fiscais, funcionários administrativos etc.). O que é decisivo... é que o indivíduo é quem emprega os meios repressivos e em razão precisamente da reprovação convencional, mas não um corpo de pessoas encarregadas dessa função (Weber, 1981, p. 5 *apud* Schmill Ordóñez, 1989, p. 173, tradução nossa)¹².

A mudança de uma convenção para o Direito é um processo fluido. A garantia de uma ordem torna-se jurídica quando a aplicação do boicote é formalmente organizada e proclamada em sua ameaça. Ou seja, a principal diferença entre as sanções convencionais e as jurídicas está no fato de estas últimas serem necessariamente aplicadas por um quadro organizado de indivíduos voltados para essa função, e não pelos indivíduos como um todo (Schmill Ordóñez, 1989, p. 174). Porém, Weber não ignora que o Direito tem uma natureza que transcende a social. Como se mencionou, o autor reconhece uma dualidade no conceito jurídico ao afirmar a existência de um conceito *sociológico* de Direito e de um conceito *jurídico* de Direito – este se relaciona com o cosmos formal das normas jurídicas e

¹² No original: “En contraposición al derecho (en el sentido en que usamos esta palabra) falta (en la convención) un cuadro de personas especialmente dedicado a imponer su cumplimiento... Una falta contra la convención (costumbre estamental) se sanciona con frecuencia con mucha más fuerza que la que pudiera alcanzar cualquier forma de coacción jurídica, por medio de las consecuencias eficaces y sensibles del boicot declarado por los demás miembros y sensibles del boicot declarado por los demás miembros del propio estamento. Lo que falta únicamente es el cuerpo de personas especialmente destinado a mantener su cumplimiento (juez, fiscales, funcionarios administrativos, etcétera). Lo decisivo es que... es el individuo el que emplea los medios represivos (a menudo drásticos) y en méritos precisamente de la reprobación convencional, pero no un cuerpo de personas encargadas de esa función”.

aquele se preocupa “com a conduta real e efetiva dos sujeitos quando orientada por normas consideradas válidas” (Schmill Ordóñez, 1989, p. 176, tradução nossa)¹³.

Com efeito, pode-se conjecturar que a teoria do reconhecimento de Hart tenha sido diretamente importada da teoria de Weber. De fato, alguns pontos são essencialmente idênticos. Assim como Weber, ele sustenta que um dos requisitos para a possibilidade do conceito de validade jurídica é o “reconhecimento” de um ordenamento como válido por determinado grupo de indivíduos; também concebe que o conteúdo jurídico é validado por certo grupo de pessoas investidas na função de garantir a eficácia normativa; reconhece, pois, o aspecto institucional do Direito. E ambos admitem que a relação entre o ordenamento e a institucionalidade cria um ponto de conflito entre o formalismo e o antiformalismo jurídico.

Nesta seção, analisaram-se pontos de convergência e de divergência nos métodos propostos por Hart e Weber na análise do Direito. Demonstrou-se que, por caminhos distintos, ambos concluem que a existência e validade do Direito dependem, em algum grau, de um fundamento psicológico que se pode definir como *aceitação* ou *reconhecimento*. Identificou-se essa conclusão em comum, conquanto resulte de pressupostos metodológicos distintos, visto que Kelsen fez contundente crítica às teorias que identificou como *teorias do reconhecimento*, categoria na qual se enquadram os conceitos de *validade* de Weber e Hart; e entende-se que a crítica kelseniana se aplica diretamente às teorias de ambos. Na próxima seção, examina-se essa crítica, com o fim de averiguar sua consistência e as consequências de sua aplicação, sobretudo na regra de reconhecimento hartiana.

4 A crítica de Kelsen ao fundamento psicológico da validade jurídica: a vontade como ficção

No artigo “Sobre as fronteiras entre métodos jurídicos e sociológicos”, Kelsen (1989) confronta as teorias do reconhecimento e reflete sobre as fronteiras entre os métodos sociológicos, psicológicos e jurídicos; além disso, dirige inúmeras críticas às teorias do reconhecimento tanto sobre a natureza essencialmente distinta dos métodos e objetos da Sociologia e da Ciência do Direito, quanto sobre a incapacidade do método empírico jurídico para determinar questões de vontade, ao se referir à ideia de obrigatoriedade com base na aceitação, contida nos pensamentos de Weber e Hart.

Esse artigo de 1911 foi publicado 50 anos antes de *O conceito de Direito* de Hart e 10 anos antes de *Economia e sociedade* de Weber. Ele antecede sua *Teoria pura do Direito* em mais de 20 anos e insere-se na fase de sua obra mais voltada à fundação de uma pureza metodológica das ciências jurídicas. À época, Kelsen estava essencialmente preocupado com as zonas limítrofes entre disciplinas em contato direto em razão de seu objeto e afirmava que

¹³ No original: “sino la conducta real y efectiva de los sujetos cuando está orientada por normas que se consideran válidas”.

nesses âmbitos não se deve prescindir de um método rigoroso, pois se pode, sem saber, recair no campo de uma disciplina diferente que trabalha com seus métodos específicos (Kelsen, 1989, p. 284).

As teorias de reconhecimento criticadas por Kelsen chegam à mesma conclusão de Weber e Hart: a validade e a existência do Direito dependeriam, em algum nível, da aceitação por um grupo específico ou geral de indivíduos. Em termos kelsenianos, ao adotarem o conceito de aceitação, as teorias do reconhecimento incorrem em argumento psicológico afastado de suas áreas de pesquisa – o conceito de *vontade*, cuja análise pertence ao campo da Psicologia. Kelsen concentrava-se, pois, na libertação da construção conceitual jurídica de determinados elementos de caráter sociológico ou psicológico e introduzidos na Teoria do Direito “unicamente em razão de uma compreensão errônea do problema” (Kelsen, 1989, p. 284, tradução nossa)¹⁴.

Entre os muitos argumentos, interessa neste artigo analisar como Kelsen concebeu a questão da *vontade* e a possibilidade do conceito de *aceitação* nas ciências jurídicas, bem como o papel desse conceito na Sociologia e na Teoria do Direito. Para isso, é necessário comentar sobre a distinção kelseniana entre *ser* (*sein*) e *dever ser* (*sollen*). De acordo com o autor, *ser* e *dever ser* têm uma distinção lógico-formal. Um *dever ser* pode ser suprimido justificadamente apenas por outro *dever ser*. Essa justificação, porém, tem um caráter psicológico-histórico-materialista. A denominada *força normativa do fático* é justamente um fato psicológico e histórico. Todavia, quando se toma um *dever ser* sob a perspectiva psicológica, toma-se um fato do mundo – um *ser* –, de maneira que não mais se estão manejando os conceitos opostos de *ser* e *dever ser* na lógica formal. Nessa perspectiva, desde o começo se toma o *dever ser* como um *ser* qualificado. Com isso, responde-se à questão sobre como funcionam os atos psíquicos especiais da *vontade* daqueles a quem se dirigem certas ordens: “No entanto, todo esse querer e fazer não é um *dever* – num sentido lógico-formal –, senão um *ser*, um acontecimento efetivamente psicológico ou corporal, é o conteúdo de um *dever ser*, mas não o *dever ser* propriamente dito, que é apenas uma forma” (Kelsen, 1989, p. 288, tradução nossa)¹⁵.

Num sentido estritamente lógico, toma-se o *dever ser* como contraposição total ao *ser*; não se deve reduzir o *dever ser* a uma *vontade*, ou seja, a um fato psíquico. Nisso se baseia a divisão entre ciências normativas e ciências descritivas. Estas devem mostrar o comportamento real das coisas em suas relações causais, devem explicar o real – e a Sociologia seria esse tipo de ciência. A Teoria do Direito, por sua vez, seria uma ciência normativa, e releva determinar em que sentido. Ela não é uma potência legislativa, não exerce uma função independente da função da lei. Diz-se *normativa* no sentido de que não lhe cabe explicar

¹⁴ No original: “únicamente debido a un planteo erróneo del problema”.

¹⁵ No original: “Todo este querer y hacer no es sin embargo un deber –en sentido lógico-formal– sino un ser, un acontecer efectivo psicológico o corporal, es el contenido de un deber ser, pero no el deber ser propriamente dicho, que solamente es una forma”.

qualquer fato de forma causal, mas que dirige sua atenção ao conteúdo das normas (ou do dever) exclusivamente com suporte nas leis positivadas (Kelsen, 1989, p. 290).

Kelsen (1989) ressalta que é indispensável estudar tanto os fatos quanto o dever ser jurídico, mas que se devem evitar explicações dos fatos com mecanismos especificamente voltados ao dever ser; disso resulta a distinção entre as disciplinas do saber. Aqui, Kelsen aplica a Lei de Hume¹⁶, segundo a qual não se pode derivar um ser ou um fato de um dever ser ou um valor (Hume, 2000, p. 509). Como exemplo desse tipo de confusão (“sincretismo equivocado”) Kelsen cita o Direito natural, em que se elaborou o conceito de *pacto social* para explicar a validade de normas jurídicas. Ou seja, as normas seriam válidas em razão da legitimidade moral advinda do pacto social mediante o qual os indivíduos aceitariam sua validade; ademais, a superação dessa teoria seria uma considerável conquista da teoria jurídica de seu tempo. Com isso, Kelsen critica os juristas que buscam da mesma forma explicar a validade da norma jurídica pela teoria do reconhecimento. Para Kelsen (1989), assim como o Direito natural, esses teóricos do reconhecimento oferecem uma resposta explicativa para um problema normativo. Desse modo, ambas as teorias seriam uma forma de ficção criada para explicar o real. Qualquer tipo de aceitação das leis só pode ser identificada pela análise empírica típica das ciências sociopsicológicas:

[C]omo a pergunta sobre a causa de um dever ser ou de uma norma pode levar unicamente a um dever ser ou norma colocada acima da primeira, o reconhecimento, que significa um ser fático, não pode dar uma resposta à pergunta sobre a causa da validade da norma jurídica (Kelsen, 1989, p. 294, tradução nossa)¹⁷.

Com isso, Kelsen utiliza seu conceito de *hierarquia da validade jurídica*: a validade de uma norma advém da validade de uma norma superior. E, no topo do ordenamento, está a norma hipotética fundamental, fonte de validade de todo o sistema, conforme enuncia em sua *Teoria pura do Direito*:

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validação já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão.

¹⁶ Formulada pelo filósofo escocês David Hume (1711-1776) e exposta em seu *Tratado da natureza humana* (1739).

¹⁷ No original: “como la pregunta por la causa de un deber ser o ser de una norma puede llevar únicamente a un deber ser o a una norma colocada por sobre la primera, el reconocimiento, que significa un ser fático, no pueda dar una respuesta a la pregunta por la causa de validez de la norma legal”.

Uma tal norma pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito. Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (Kelsen, 2009, p. 217).

Por outro lado, ao atribuir a autonomia moral aos indivíduos para reconhecerem a validade da lei, Kelsen afirma que o argumento do reconhecimento recai na negação total de um ordenamento jurídico autônomo e o abandono total da perspectiva positivista, que se caracteriza sobretudo pela adoção de normas jurídicas independentes das normas morais. Kelsen dirige suas críticas também ao uso pela Teoria do Direito do conceito de *vontade* (de que derivaria o conceito de *aceitação*); afirma que os juristas deveriam satisfazer-se com os resultados da ciência especificamente voltada para isso: a Psicologia. Em resumo, Kelsen procede a uma discussão semântica sobre a aplicabilidade do conceito de *vontade geral* na Teoria do Direito e conclui haver contradições insuperáveis, como o citado exemplo de que a validade não pode ser dependente da vontade, a fim de que não se negue a obrigatoriedade do Direito. Ao estudar o Direito Público, o conceito de *vontade* aparece recorrentemente, a despeito de Kelsen afirmar que este não é um objeto natural de sua análise; afinal, a Teoria do Direito é exclusivamente normativa e só pode oferecer perguntas e respostas desse tipo sob pena de ser outra coisa:

Se alguém se atém à realidade dos fatos psicológicos, ou seja, à concordância na direção da vontade, então as pessoas que vivem dentro dos limites do Estado devem dividir-se numa multiplicidade de grupos; e, como a formação de uma comunidade cultural não se contém de forma alguma nos limites legais do Estado, deve ser possível mesmo assim que entre os habitantes de áreas adjacentes – pertencentes a dois Estados diferentes, que compartilham transações econômicas e outras – se formem conglomerados de vontade, como os que se encontram dentro dos limites do Estado (Kelsen, 1989, p. 298, tradução nossa)¹⁸.

¹⁸ No original: “Si uno se atiene a la realidad de los hechos psicológicos, a saber, a la concordancia en dirección de la voluntad, entonces el pueblo que vive dentro de los límites de los límites del Estado debe disgregarse en una multiplicidad de grupos; y como la formación de una comunidad cultural no se detiene de ninguna manera en los límites jurídicos del Estado, debe poder formarse asimismo entre los habitantes de zonas aledañas, pertenecientes a dos Estados completamente diferentes, que viven compartiendo el tráfico económico y otros, conglomerados de voluntad tales como los que se encuentran dentro de los límites del Estado”.

Kelsen (1989) conclui que cada processo mental específico, segundo o qual se imputa a alguém algum fato, é levado a cabo com esteio em normas de natureza jurídica ou ética. Esse processo de imputação é a vinculação de um fato (o objeto da norma) a uma pessoa (sujeito da norma) realizada com base numa norma. Afirma que essa imputação não é uma conexão causal nem teleológica, mas sim de natureza muito especial, que se pode chamar *normativa*. Kelsen (1989) afirma que um postulado ideal poderia ser dirigido aos legisladores para que criassem as leis e a sua imputação com base num nexos causal. Contudo, as normas não correspondem necessariamente ao postulado; em verdade, as próprias normas vinculam o objeto e o sujeito da norma. Ele também aponta que o conceito de *vontade* é bastante diferente na Psicologia e na Teoria do Direito:

Capacidade volitiva e capacidade de ser pessoa, vale dizer, sujeito de imputação jurídica e ética – responsabilidade – são uma só coisa. A vontade da Psicologia é um fato comprovável empiricamente por auto-observação, que pertence ao mundo do ser, e a vontade da ética e da Teoria do Direito é uma construção levada a cabo sob o ponto de vista da norma, do dever ser, que não corresponde a nenhum processo concreto no caminho da alma do homem (Kelsen, 1989, p. 312, tradução nossa)¹⁹.

Com isso, fica claro o entendimento de Kelsen a respeito do uso da vontade na dogmática jurídica. Leva-se a cabo toda imputação com fundamento em normas, que são os critérios para determinar quando e em que circunstâncias uma ação humana deve ser imputada, não ao homem – no seu sentido psicológico –, mas aos sujeitos comuns concebidos de forma diferente do homem. Por conseguinte, determina-se a tarefa de reconhecer o ordenamento jurídico como uma soma de regras de imputação. Não por outro motivo, ao abordar a vontade na Teoria do Direito, Kelsen afirma que o conceito não passaria de uma ficção:

Quando se diz que a lei contém a vontade do Estado, isso significa que a lei detecta os fatos que devem valer como ações do Estado, “desejadas” por ele, vale dizer, que devem ser imputadas ao Estado e não aos atuantes físicos – aos organismos. A concepção de uma vontade unitária do Estado ou de uma pessoa estatal unitária não é mais que uma expressão da uniformidade da organização, da homogeneidade do ordenamento jurídico, da consistência lógica e da indispensável ausência de contradição interna das normas legais, do mundo do dever ser legal. Esta é a essência da vontade estatal: uma

¹⁹ No original: “Capacidad volitiva y capacidad de ser persona, es decir, sujeto de la imputación legal y ética –reponsabilidad– son una sola cosa. La voluntad de la psicología es un hecho comprobable empíricamente por auto-observación, que pertenece al mundo del ser –la voluntad de la ética y de la jurisprudencia es una construcción llevada a cabo bajo el punto de vista de la norma, del deber ser, que no corresponde por lo tanto a ningún proceso concreto en la vía anímica del hombre”.

construção normativa levada a cabo com fins de imputação e que nem um pouco tem a ver com uma vontade global sociopsicológica (Kelsen, 1989, p. 313, tradução nossa)²⁰.

Assim se resume o argumento kelseniano contra as teorias do reconhecimento. Ele se baseia na limitação metodológica do objeto da ciência jurídica – a análise normativa da lei positiva –, muito diferente da análise fática do comportamento social. A crítica é diretamente dirigida às teorias do reconhecimento, que abordam o conceito de *vontade* para analisar a validade jurídica com base na aceitação pelos subordinados ao Direito, tal como o fizeram posteriormente Weber e Hart.

5 O fundamento psicológico da validade jurídica revisitado

A crítica de Kelsen é relevante para a compreensão da forma como o conceito de *vontade* é utilizado nas teorias do reconhecimento. Ao delinear sua regra de reconhecimento – e sua Teoria do Direito como um todo –, Hart combina os métodos da Sociologia e da Teoria do Direito. Em sua concepção o Direito é um fenômeno prático que envolve elementos sociais e normativos, de modo que uma Teoria do Direito não poderia abdicar de realizar a análise metodologicamente conjunta do objeto a fim de não recair em erros grosseiros e expor um panorama muito limitado do fenômeno jurídico. Por isso, Andrei Marmor chama de “reduitiva” a teoria de Hart:

A Teoria do Direito de Hart leva os fundamentos de Kelsen para as suas conclusões razoáveis, baseando-se em alguns dos melhores *insights* de Kelsen, mas remenda-os em pontos cruciais. Em particular, a falha de Kelsen em prover uma explicação não reduitiva para a validade jurídica é a lição que Hart aprendeu com cuidado. A explicação de Hart é reduitiva do começo ao fim. A explicação reduitiva que Hart ofereceu não é confinada à explicação da validade jurídica; estende-se também a uma análise quase sociológica da normatividade do direito (Marmor, 2011, p. 35, tradução nossa)²¹.

²⁰ No original: “Cuando se dice que la ley contiene la voluntad del Estado, ello no significa ninguna otra cosa sino que la ley detecta los hechos que deben valer como acciones del Estado, ‘deseadas’ por éste, es decir, que deben ser imputadas al Estado y no a los actantes físicos –los organismos. La concepción de una voluntad unitaria del Estado o de una persona estatal unitaria no es más que una expresión de la uniformidad de la organización, de la homogeneidad del orden jurídico, de la consistencia lógica y de la indispensable ausencia de contradicción interna de las normas legales, del mundo del deber ser legal. Esta es la esencia de la voluntad estatal: una construcción normativa llevada a cabo con fines de imputación –nada que tenga que ver, ni en lo más mínimo, con una voluntad global sociopsicológica”.

²¹ No original: “Hart’s theory of law takes Kelsen’s foundation to its reasonable conclusions, relying on some of Kelsen’s best insights but amending them in some crucial aspects. In particular, Kelsen’s failure to provide a nonreductive explanation of legal validity is a lesson that Hart carefully learned. His theory is reductive all the way through. The reductive explanation that Hart offered is not confined to the explanation of legal validity; it extends to a quasi-sociological account of normativity of law as well”.

Muitos autores alegaram que a teoria de Hart assumiria a forma do Direito inglês, no mantra muito repetido e não refletido de que haveria diferenças essenciais entre o *civil law* e o *common law* – e, como Hart estava inserto no primeiro sistema, sua teoria seria inaplicável ao segundo. O argumento é falacioso por diversos motivos. Hart expõe meticulosamente que a normatividade compreende diversas fontes jurídicas, expostas de forma não taxativa – a lei, os precedentes, os costumes, os princípios (reconhecidos por Hart após as críticas de Ronald Dworkin)²² – e que a hierarquia entre essas fontes seria apenas contingente. Isto é, nada em seu modelo impediria sua aplicação num sistema menos baseado em costumes e precedentes do que em fontes legislativas.

Por outro lado, de acordo com aquele artigo de 1911, Kelsen acredita que o Direito é um conjunto de regras de imputação (normas) derivadas da lei positivada²³. Conclui, em consonância com a lei de Hume e o problema da relação entre o ser e o dever ser, que apenas uma lei poderia conceder validade a outra; ela estaria no topo do sistema de validação uma norma hipotética fundamental²⁴, também de natureza normativa – afinal, a validade jurídica (elemento normativo) jamais poderia ser derivada de uma questão fática. Entretanto, como se observou, dada a sua preocupação de fundar uma metodologia pura, Kelsen atribui certos valores ao Direito, como a sua obrigatoriedade autônoma, o que pode não ser verdadeiro. A posição de Kelsen foi objeto de diversas críticas, especialmente em debate com o filósofo e jurista dinamarquês Alf Ross (1899-1979) exatamente por não conter elementos para uma análise empírica do Direito:

Ross, em sua primeira etapa em *Towards a realistic jurisprudence*, como vimos nas várias passagens citadas anteriormente, efetua uma profunda crítica ao Realismo norte-americano e ao normativismo kelseniano, e parece caminhar para uma teoria jurídica cujo método seria a fenomenologia (não obviamente no sentido de Husserl), ou um método que pudesse conciliar a norma jurídica como um fenômeno complexo, ao mesmo tempo linguístico e social. Esta sua preocupação foi algo permanente em sua filosofia do direito.

Em seu livro *Lógica de las normas* (seguindo a tradução em espanhol), a qual é uma obra da maturidade de Ross e essencial para o entendimento completo de sua teoria, a sua posição para entender a norma jurídica como um fenômeno linguístico e social se torna bastante clara (Serbena, 2022, p. 68).

²² Ver Shapiro (2007).

²³ Ver nota 22.

²⁴ No original: “La concepción de una voluntad unitaria del Estado o de una persona estatal unitaria no es más que una expresión de la uniformidad de la organización, de la homogeneidad del orden jurídico, de la consistencia lógica y de la indispensable ausencia de contradicción interna de las normas legales, del mundo del deber ser legal”.

Seria também sem sentido afirmar que a Teoria do Direito deveria limitar-se a uma análise normativa, quando a própria teoria falha em identificar a riqueza social das fontes jurídicas dessa normatividade e a contingência hierárquica nas mais variadas formas do Direito contemporâneo. Nada impede que uma teoria do Direito se proponha unificar os campos da normatividade e da experiência fática do fenômeno para a proposta de um conceito que leve em consideração essa dualidade da natureza do objeto. E também Ross, de acordo com Serbena (2022, p. 70),

estabelece uma série de considerações sobre os argumentos do sociólogo do direito Theodor Geiger. Não podemos analisar todos os argumentos formulados por Ross. O importante a ressaltar é que Ross considera ambos os enfoques sobre o conceito de norma, ou seja, a norma ora como conceito linguístico ora como fato social, como enfoques reducionistas e sua proposta consiste em fundir as duas abordagens.

Nenhum dos autores examinados neste estudo nega a existência dessa dualidade. De um lado, Kelsen e Weber mantêm delimitações rígidas entre as diferentes ciências em ação na análise do objeto; em linha similar à de Ross, por outro lado, Hart constrói sua teoria de forma redutiva para uma análise interdisciplinar do fenômeno como normatividade e facticidade, e incorpora tanto problemas de linguagem e interpretação quanto problemas fático-sociais. Porém, a teoria hartiana fundamenta-se na Filosofia da Linguagem de Austin, perfeitamente compatível com problemas de interpretação e linguagem, mas de certa forma extrapolada para sua Sociologia descritiva da ação social das autoridades.

De fato, algumas questões de linguagem sobrepõem-se a diversos problemas sociológicos. Como a linguagem é um fenômeno fático-normativo, compreende-se a aplicabilidade de vários de seus pressupostos para a análise de fenômenos sociais. Todavia, a ausência de um método especificamente sociológico rendeu a Hart diversas críticas por ter construído uma teoria sociológica do Direito sem um método sociológico adequado; sua análise, mais ligada à Filosofia da Linguagem, é nesse ponto mais precisa. Não por outro motivo, grande parte dos esforços da escola hartiana que continuou a aprimorar a teoria voltou-se para o aprofundamento das questões epistemológicas e metodológicas do aspecto empírico-pragmático dessa teoria. Assim o fez Joseph Raz em *Practical Reason and Norms* (1975) e em *The Authority of Law* (1979), além de Jules Coleman (1947) em *The Practice of Principle* (2001) e de Andrei Marmor (1959), que desenvolveu uma teoria mais sofisticada do conceito de *convencionalidade* à teoria hartiana (Marmor, 2001), com base na obra *Convention: A Philosophical Study* (1969), de David Lewis (1941-2001).

Qualquer que seja o método adotado, não se pode descartar o rigor kelseniano como infundado ou banal. Ao apontar a diferença entre os conceitos de *vontade* tipicamente usados na Psicologia e os das ciências ditas “normativas”, como a Teoria do Direito e a Ética, Kelsen ressalva o significado desse conceito nas teorias do reconhecimento. Com

efeito, quando se fala em ato volitivo de aceitação na teoria hartiana do Direito e na Sociologia weberiana, afirma-se que os indivíduos agem como se aceitassem a autoridade do Direito; no caso de Hart, não os indivíduos que poderiam obedecer apenas sob o estalido do chicote, mas as personalidades institucionais investidas da missão de manter e aplicar as fontes jurídicas tidas como válidas pela convenção de autoridades. Obviamente, é um conceito de *aceitação* muito fraco; porém, mais que mera ficção para preencher um vazio explicativo, é uma observação necessária do fato de que existe um grupo de indivíduos revestidos de poder para decidir o que é o Direito e de que esse grupo age como se seguisse uma regra que pode contingentemente ser jurídica (ou incorporada), mas que é social antes de tudo.

Inevitavelmente se depreende da crítica kelseniana que o conceito de *aceitação* utilizado por Weber e Hart não é efetivamente volitivo, advindo da Psicologia. A crítica de Kelsen permite perceber que as teorias do reconhecimento devem tratar de ação social, e não de vontade (que poderia ser identificada apenas acessando a alma do indivíduo e, portanto, mediante métodos da Psicologia). Por isso, importa entender que os indivíduos “agem como se aceitassem”. Assim, não mais se está abordando o problema da vontade, do *dever ser* de aceitar, mas sim de uma questão fática, identificável empiricamente: o fato social. Maranhão (2012, p. 33) afirma que a

questão epistemológica central do positivismo é “Por que sabemos o que sabemos sobre o direito?”. Se temos certeza, então deve haver algum conhecimento jurídico, i.e., deve ser possível identificar os critérios objetivos de verdade ou falsidade dessas proposições sobre o direito. O outro elemento de convicção subjacente é que a objetividade somente poderia ser alcançada por meio da identificação de fenômenos observáveis. Ademais, uma proposição claramente verdadeira em uma sociedade pode ser claramente falsa em outra (como o enunciado acima sobre o direito praticado no Irã), o que mostra ser o direito uma prática cujo conteúdo é socialmente contingente. Daí porque tomá-lo como um dado social, cuja fonte é externa ao observador. Isso garante ao cientista do direito um *input* externo, independente de suas valorações políticas ou morais.

Com efeito, devem-se conceder méritos à crítica metodológica de Kelsen por apontar um equívoco metodológico nas obras de Weber e Hart. Isso não refuta as teorias do reconhecimento, mas delimita melhor suas fronteiras metodológicas e o alcance de suas conclusões. É o fato social de “agir como se aceitasse”, e não o fato volitivo de “aceitar”, que melhor representa o ponto de vista interno na obra de Hart. Dessa forma, não se trata de um fundamento psicológico da validade jurídica, mas de um fundamento fático-sociológico – e iluminar essa questão parece ser a grande virtude da aplicação das análises metodológicas conjuntas dos trabalhos desses autores.

6 Conclusão

A aplicação da já centenária análise metodológica desenvolvida por Kelsen às obras de Weber e Hart rende frutos significativos para compreender melhor os conceitos de *validade jurídica* empregados pelos autores.

Este trabalho demonstra que para Weber e Kelsen o Direito pode ser estudado sob diferentes perspectivas, todas relevantes para compreender o objeto em sua integralidade; contudo, ambos defendem uma delimitação rigorosa dos objetos da Ciência do Direito e da Sociologia do Direito. Kelsen sustenta que a primeira é a verdadeira ciência do jurista, ao passo que Weber se alinha com Jellinek, para defender que seria pouco profícua para a compreensão do fenômeno do Direito uma análise puramente lógico-formal das normas jurídicas.

Por outro lado, Hart pugna por um método interdisciplinar para entender o fenômeno jurídico, por se tratar de um objeto fático-normativo, impossível de ser compreendido sem colocar em perspectiva, ao mesmo tempo, questões de interpretação e linguagem e questões de convencionalidade institucional, de forma que um conceito de *Direito* seria dependente de uma análise tanto lógico-formal das normas quanto empírico-social do comportamento de jurisdicionados e autoridades.

Por caminhos distintos, Hart e Weber concluem que de alguma forma a autoridade e a validade jurídica seriam dependentes de uma posição volitiva de aceitação da autoridade do Direito. Neste artigo não se nega que esta seja de fato a posição defendida por eles. Entretanto, ao aplicar a análise metodológica produzida por Kelsen em 1911, constata-se a necessidade de reformar os conceitos de *aceitação* utilizados por eles, dado que ultrapassam os limites da Ciência do Direito e os da Sociologia do Direito, recaindo em argumentação típica da Psicologia indevidamente fundamentada. Essa reforma é necessária para compatibilizar os métodos dos autores com suas conclusões. Como se trata de teóricos que concederam grande relevância à natureza fática da validade e à Sociologia descritiva, conclui-se que, se o argumento de aceitação trata de fato social (de indivíduos que *agem como se aceitassem*), e não de volição, torna-se mais consistente a relação entre os métodos e as conclusões dos autores. É inegável a possibilidade de se desenvolver um argumento volitivo, mas deve-se questionar a capacidade de suas metodologias para identificarem o problema.

Tal consistência permite o avanço coerente das pesquisas nessa área – em especial, sobre a obra *O conceito de Direito*, de Hart, que se tornou verdadeira obsessão da Filosofia do Direito contemporânea. Como argumenta McCormick (2008, p. 8, tradução nossa) na segunda edição de sua obra *H.L.A. Hart*, a conceituação do pensador britânico “pode fazer companhia até mesmo às obras extremamente eruditas e agudamente perspicazes do grande austríaco Hans Kelsen, entre os grandes estudos da Teoria do Direito do século XX”²⁵.

²⁵ No original: “*The Concept of Law* can keep company even with the massively erudite and acutely perceptive works of the great Austrian jurist Hans Kelsen, among the great works of the twentieth century jurisprudence”.

Algumas questões periféricas para o desenvolvimento de pesquisas futuras foram reveladas no desenvolvimento deste artigo. Investigações mais profundas sobre a metodologia interdisciplinar desenvolvida por Ross podem iluminar questões essenciais dos aspectos fáticos da teoria de Hart, assim como a aplicação da Sociologia do Direito weberiana pode suprir a ausência de uma metodologia especificamente sociológica naquela obra. A despeito de divergências metodológicas entre os autores, a incorporação da teoria empírica de Weber é compatível com a teoria geral de Hart e permite uma análise mais aprimorada da ação social das autoridades.

Referências

- BOLZANI, Cesar Felipe. A teoria do direito de Joseph Raz: autoridade, direito e moral. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). *O positivismo jurídico no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. v. 5, p. 89-118. (Coleção teoria crítica do direito).
- FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. México, DF: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989. (Serie G: estudios doctrinales, n. 121).
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF).
- _____. *The concept of law*. 2nd ed. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1994.
- HUME, David. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Ed. Unesp: Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- KELSEN, Hans. Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico. In: CORREAS, Óscar (comp.). *El otro Kelsen: con textos de Hans Kelsen*. México, DF: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989. p. 283-317. (Serie G: estudios doctrinales, n. 122).
- _____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF).
- MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. 2nd ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2008. (Jurists: profiles in legal theory).
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. (Coleção filosofia e direito).
- MARMOR, Andrei. Legal conventionalism. In: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's postscript: essays on the postscript to The concept of law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2001. p. 193-217.
- _____. *Philosophy of law*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2011. (Princeton foundations of contemporary philosophy).
- RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. 2nd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. El concepto del derecho en las teorías de Weber y de Kelsen. In: CORREAS, Óscar (comp.). *El otro Kelsen: con textos de Hans Kelsen*. México, DF: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989. p. 163-193. (Serie G: estudios doctrinales, n. 122).
- SERBENA, Cesar Antonio. *Novas perspectivas do realismo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. *University of Michigan Law School*: working paper, Ann Arbor, MI, n. 77, p. 1-54, Mar. 2007. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf. Acesso em: 14 out. 2024.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1999. v. 2.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Por que exigir das plataformas digitais transparência na moderação de conteúdo?

Why Require Digital Platforms to Be Transparent in Content Moderation?

João Pedro Favaretto Salvador¹

Alexandre Pacheco da Silva²

Resumo

Com base em mapeamento da literatura e de proposições legislativas, o artigo teoriza sobre quatro objetivos orientadores de uma regulação que exija transparência das plataformas digitais no exercício da moderação de conteúdo: aprimorar a moderação, permitir que os usuários protejam e exerçam seus direitos, permitir a fiscalização do uso das plataformas como “procuradoras” por autoridades governamentais e promover a confiança e o sentimento de legitimidade dos usuários, governos e anunciantes na atividade da plataforma. Os objetivos são construídos, primeiro, mediante um estudo dos potenciais e limites da transparência como ferramenta regulatória e, segundo, com esteio na reflexão sobre as razões que justificam a intervenção do Poder Público na atividade das plataformas. Com esses referenciais teóricos e exemplos práticos, apresentam-se os objetivos das intervenções de transparência e sugere-se o que se pode exigir das plataformas para que eles sejam cumpridos.

Palavras-chave: transparência; liberdade de expressão; moderação de conteúdo; plataformas digitais; Direito Digital.

Abstract

Based on a mapping of the literature and Brazilian legislative proposals, the article theorizes four guiding objectives for a regulation that requires transparency from digital platforms in the exercise of content moderation: improving moderation, enabling users to protect

¹ João Pedro Favaretto Salvador é mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Direito e Desenvolvimento na Fundação Getulio Vargas (FGV) Direito, São Paulo, SP, Brasil; líder de Projetos no Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV Direito, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: joao.salvador.pro@gmail.com

² Alexandre Pacheco da Silva é doutor em Política Científica e Tecnológica pela Unicamp, Campinas, SP, Brasil; professor de Direito da Fundação Getulio Vargas (FGV) Direito, São Paulo, SP, Brasil; coordenador do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV Direito, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: alexandre.silva@fgv.br

and exercise their rights, allowing government authorities to monitor the use of platforms as “proxies”, and promoting trust and a sense of legitimacy among users, governments, and advertisers in the platform’s activity. The objectives are constructed, first, through a study of the potential and limits of transparency as a regulatory tool and, second, based on a reflection on the reasons that justify government intervention in the activity of platforms. Using these theoretical references and practical examples, the objectives of transparency interventions are presented and what can be required of platforms to achieve these purposes are suggested.

Keywords: transparency; freedom of expression; content moderation; digital platforms; digital Law.

Recebido em 28/6/24

Aprovado em 28/12/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p173

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

O crescimento das plataformas digitais fez com que acumulassem poderes. Ao atingirem bilhões de usuários em todo o mundo, elas têm impactado não apenas o dia a dia de seus clientes, mas também têm influído diretamente no debate público. Por meio da moderação do conteúdo publicado, disputas entre cidadãos comuns, eleições nacionais e até debates internacionais sobre conflitos armados passaram a ser temperados por decisões de atores privados sobre o fluxo de informação em espaços digitais. Desse acúmulo de poder surgiu a demanda por maior responsabilidade.

Inicialmente opacas (Klonick, 2018, p. 1.665), as decisões das plataformas começaram a fundamentar-se em regulamentos abertos ao público e passíveis de crítica. Porém, ainda que o grau de transparência tenha evoluído muito, tanto a literatura especializada⁵

3 SALVADOR, João Pedro Favaretto; SILVA, Alexandre Pacheco da. Por que exigir das plataformas digitais transparência na moderação de conteúdo? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 246, p. 173-202, abr./jun. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p173. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/246/ril_v62_n246_p173

4 Salvador, J. P. F., & Silva, A. P. da. (2025). Por que exigir das plataformas digitais transparência na moderação de conteúdo? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(246), 173-202. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p173

5 Ver Suzor (2019); Hovyadinov (2019); Suzor, West, Quodling e York (2019); Leerssen (2020); Karanicolos (2021); Zornetta (2021).

quanto organizações da sociedade civil⁶ consideram-no insuficiente, pois têm sido cada vez maiores os impactos das decisões das plataformas no exercício da livre expressão e na forma do debate democrático.

O resultado dessa percepção foi que a exigência de maior transparência voluntária das plataformas acarretou a necessidade de maior intervenção do Poder Público em suas atividades. No exterior, essa demanda converteu-se em iniciativas legislativas como o *Online Safety Act* (United Kingdom, 2023), do Reino Unido, e o *Digital Services Act* (The Digital [...], 2024), da União Europeia. No Brasil, também cresceu a exigência de intervenções legais de transparência: entre janeiro de 2020 e junho de 2022, deputados e senadores apresentaram 20 projetos de lei (PLs) em que se obrigavam as plataformas digitais a divulgarem informações. O primeiro deles foi o PL nº 2.630/2020 (*Projeto de lei das fake news*)⁷.

Este artigo é fruto da pesquisa *Uma taxonomia da transparência na moderação de conteúdo*, realizada entre o início de 2022 e o fim de 2023. Ela não só se concentrou nesse contexto, particularmente em virtude da ausência de consenso a respeito de como se deve organizar o debate sobre transparência na moderação de conteúdo, mas também sistematizou as principais razões e modelos de intervenções de transparência encontrados na literatura especializada e na prática legislativa brasileira. Mapeou-se e examinou-se o conteúdo dos 20 PLs que definiam intervenções de transparência na moderação de conteúdo. Alguns deles são referidos ao longo do texto, especialmente como exemplos das categorias teorizadas pelos pesquisadores. Também se investigou o conteúdo de 53 obras (entre artigos, relatórios e livros) que se propõem discutir aspectos da transparência dentro e fora do contexto da moderação de conteúdo; nem todas elas são aqui mencionadas, mas se podem encontrar em outros produtos da pesquisa⁸.

O principal resultado desse processo foi a teorização de quatro objetivos que podem informar e justificar a construção e a interpretação de intervenções de transparência na moderação de conteúdo: a) aprimorar a atividade de moderação; b) permitir que usuários protejam e exerçam seus direitos; c) permitir que autoridades governamentais fiscalizem o uso das plataformas como “procuradoras”; e d) promover a confiança e o sentimento de legitimidade dos usuários, governos e anunciantes na atividade da plataforma. Antes de

⁶ Ver Coalizão Direitos na Rede ([2024]); Kurtz, Carmo e Vieira (2021); Ribeiro, D’Agostini, Sarmento e Rachid (2021); Cruz, Lana e Jost (2023).

⁷ De início, utilizou-se o Sigalei, um sistema de monitoramento de proposições, com o objetivo de coletar o maior número possível de PLs que criassem obrigações (de transparência ou não) direcionadas às plataformas digitais de rede social. Para isso, foram utilizados termos de busca bastante amplos. Com o emprego das expressões *rede social* ou *redes sociais*, detectaram-se 337 projetos de lei ordinária e de lei complementar, propostos entre 1º/1/2020 e 6/4/2022 (data de realização da busca). Chegou-se a uma base de 20 PLs após a filtragem manual que visou encontrar os PLs que “exigiam que as plataformas revelassem informações sobre seus procedimentos internos de análise, detecção, sancionamento e controle de conteúdo para agentes externos”. Dado que nenhum deles alcançou a aprovação até a data de redação deste artigo, é plausível que ainda esteja aberto a contribuições o debate sobre as melhores formas de se regular a moderação de conteúdo. Para mais detalhes sobre a metodologia de coleta e para o acesso à base de projetos de lei encontrados, ver Salvador, Guimarães e Galati (2024).

⁸ Quanto a pormenores da metodologia de seleção da literatura e para o acesso à lista de obras analisadas, ver Salvador, Galati e Guimarães (2023).

apresentar os resultados, o artigo responde a duas perguntas cujas respostas são necessárias para compreender tanto o raciocínio traçado pelos pesquisadores quanto os objetivos da transparência teorizados.

Na seção 2, examinam-se as contribuições da transparência como técnica de regulação, com o fim de encontrar um referencial teórico para se entenderem as funções da transparência no caso específico da moderação de conteúdo. Com fundamento na literatura, conclui-se que, apesar de potencialmente transformadoras a um baixo custo, as intervenções de transparência têm sua efetividade limitada por variáveis contextuais nem sempre controláveis e que hipóteses de sigilo legítimo têm restringido seu alcance. Por isso, o regulador é desafiado a identificar e controlar certas variáveis para ampliar a probabilidade de sucesso da intervenção, sem, com isso, ultrapassar seus limites legais.

Na seção 3, discute-se sobre o que torna a moderação de conteúdo digna de intervenções de ordem pública, em resposta a uma suposta impertinência de intervenções do Estado numa atividade, a princípio, de natureza privada. A resposta, que se torna pressuposto dos resultados apresentados, é que a moderação de conteúdo, embora fundada legalmente numa relação contratual, tem efeitos que transcendem essa relação, e pode apresentar-se tanto como fonte de riscos quanto como ferramenta de proteção para o debate público. Além disso, os erros e a opacidade na moderação podem levar a decisões problemáticas que refreiam injustificadamente o exercício de liberdades fundamentais pelos usuários. Essas características criam a demanda por intervenções do Estado destinadas a proteger o debate público e os direitos dos usuários de decisões problemáticas das plataformas e do conteúdo publicado por outros usuários.

A seção 4 organiza-se em torno dos quatro objetivos da transparência na moderação de conteúdo. Apresentam-se as principais características de cada um deles e sua relação com os fundamentos teóricos da transparência expostos na seção 2 e com os efeitos da moderação descritos na seção 3. Para cada objetivo o artigo sugere categorias de informação – que, se divulgadas, têm maior potencial de atingir resultados efetivos – e apresenta exemplos práticos para se compreender melhor a questão.

A conclusão do artigo aponta temas complexos que merecem pesquisas mais aprofundadas para que a qualidade das intervenções de transparência continue a evoluir. Destaca-se o uso cada vez mais comum de ferramentas de detecção automática de conteúdo, cuja implantação – como resposta para o volume de publicações que precisam ser analisadas pelas plataformas – cria uma série de novas dificuldades para se efetivar o ideal de transparência e de motivação das decisões.

2 O potencial e os limites da transparência

O vocábulo *transparência* costuma ser entendido como o contrário de *opacidade*; remete, pois, às noções de clareza e de visibilidade. Contudo, *transparência* significa também

ausência de sigilo. Assim, uma organização ou uma pessoa são perfeitamente *transparentes* quando não mantêm informações em sigilo: elas podem ser acessadas por outras pessoas ou organizações. Uma intervenção legal que promove transparência, portanto, visa tornar acessível por meio de obrigações legais uma informação anteriormente sigilosa, tais como os assuntos internos de uma organização. Com isso, espera-se que a informação revelada permita ao destinatário tomar decisões informadas ou estimule mudanças socialmente positivas no comportamento do alvo da intervenção.

De início, a ideia de transparência como um caminho para a promoção de mudanças concretas fortaleceu-se como movimento político nos EUA na primeira metade do século XX. Suas primeiras grandes vitórias foram a aprovação do *Freedom of Information Act*⁹ em 1966 e sua posterior atualização em 1974, como resposta a escândalos de corrupção como o caso Watergate (Birchall, 2011, p. 11). À época, a ideia de *transparência* ligava-se intimamente à prestação de contas pelo Poder Público. Grupos políticos e organizações da sociedade civil que defendiam o avanço da transparência propagavam um ideal: a publicidade dos atos previne a corrupção, que é quase inevitável em processos sigilosos¹⁰.

Segundo Zuccolotto e Teixeira (2019, p. 13), numa democracia representativa o povo delega poder ao representante, mas conserva o poder de destituí-lo. Esse poder pode ser exercido apenas se houver instrumentos de controle do poder político que permitam aos representados tanto avaliar se os governantes estão agindo como representantes de fato quanto, de algum modo, decidir com base nessa avaliação. A transparência, na forma da publicidade dos atos públicos, desponta então como condição para o devido funcionamento desses instrumentos, já que é impossível avaliar a qualidade de atos sigilosos. Além disso, a correção desses problemas numa democracia teria como pressuposto o debate, a deliberação e a troca de argumentos informados sobre as diversas opções e caminhos para a ação, o que também só seria possível sem graves assimetrias de informações entre governantes e governados (Zapatero Gómez, 2019, p. 110).

Há mérito, pois, na premissa de que a transparência poderia, em algum grau, prevenir o abuso no exercício do Poder Público: os cidadãos estariam munidos de informação para: a) exigir prestação de contas pelo governo, seja por seus gastos, seja por seu desempenho no oferecimento de serviços públicos (o que, em tese, reduziria a corrupção e ineficiência); e b) participar do debate público sobre o futuro de sua nação. A transparência é necessária tanto para a supervisão dos atos administrativos quanto para a tomada coletiva de decisão; ambas são condições para a dissuasão de atos ineficientes e mal-intencionados. Ao longo

⁹ O *Freedom of Information Act* exige que as agências governamentais norte-americanas divulguem diversas categorias de documentos e informações, além de exceções a esse dever de transparência. O texto foi alterado diversas vezes desde sua concepção (United States, 2022).

¹⁰ Durante esse período, popularizou-se a frase “a luz do sol é um dos melhores desinfetantes; a luz elétrica, o mais eficiente policial”, cunhada em 1914 por Louis Brandeis, então advogado e posteriormente juiz da Suprema Corte norte-americana. A frase está no ensaio “What Publicity Can Do”, publicado no livro *Other People’s Money and How the Bankers Use It* (Brandeis, 1914, p. 92): “Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman”.

do tempo, com a popularização da transparência como ferramenta de controle do Poder Público, também se fortaleceram argumentos a favor de intervenções de transparência direcionadas a agentes privados. Aqui também fincou raízes o conceito de que a divulgação de informação é capaz de provocar impactos sociais positivos.

Zapatero Gómez (2019, p. 110) apresenta duas explicações para o surgimento e a popularização dessa abordagem. Em primeiro lugar, a correção de assimetrias de informação pelo Estado seria relevante para garantir a eficiência do mercado e a proteção de interesses dos consumidores; para o autor, esses dois objetivos só podem ser alcançados se o consumidor estiver munido de informações claras, acessíveis e suficientes sobre produtos e serviços. Em diversos casos, há incentivo econômico para que as empresas divulguem informação sobre seus produtos para os consumidores; em outros casos, porém, o custo de revelar a informação pode ser maior que os benefícios, o que justifica a regulação com o fim de garantir a divulgação de dados importantes¹¹. Em segundo lugar, se comparado a outras formas de regulação, não é muito alto o custo de estabelecer essas obrigações para o governo e para os governados (Zapatero Gómez, 2019, p. 112). Exigir mais informação é uma boa alternativa para intervir em processos internos ou nas características do produto oferecido aos consumidores, quando o risco do produto é moderado ou baixo ou quando as empresas não são motivadas de modo suficiente para voluntariamente divulgar a informação necessária. Segundo o autor, a obrigação de transparência contribuiria para melhorar a qualidade dos produtos e proteger o consumidor sem impactos profundos sobre a concorrência e a inovação, o que lhe permitiria fazer escolhas informadas sobre o serviço que contrata ou sobre o produto que adquire.

Assim, todas as intervenções de transparência, tanto no setor público quanto no privado, fundamentam-se no ideal bastante convincente de que a divulgação de informações sigilosas é capaz de iniciar processos que levam a mudanças positivas no comportamento de seus usuários e alvos. Essas mudanças podem ser tanto a melhoria de produtos e de serviços disponíveis no mercado quanto a inibição de atos administrativos ilícitos e ineficientes. Todavia, não é óbvio o nexo causal entre a divulgação da informação e a ocorrência das mudanças concretas desejadas, nem ocorre efetivamente em toda intervenção de transparência. Muitos dentre os que exigem mais transparência acreditam em que a possibilidade de observar um sistema ou uma instituição é suficiente por si só para haver controle e compreensão, o que legitimaria qualquer intervenção nesse sentido. A verdade, porém, é que a transparência não implica controle por si mesma (Ananny; Crawford, 2018, p. 975). Embora tenha grande potencial, a transparência também apresenta limites, pois existem

¹¹ Um exemplo é a divulgação de informações em rótulos de produtos alimentícios. É comum que as empresas que os produzem e distribuem sejam obrigadas a divulgar nos rótulos informações não particularmente convidativas, mas consideradas essenciais para o consumidor tomar decisões informadas sobre sua saúde; é o caso de quando o rótulo alerta sobre riscos à saúde por adição excessiva de sódio, açúcar ou gorduras saturadas. Não se espera que os produtores divulguem essas informações sem que tenham um incentivo externo, pois elas podem afastar o consumidor, o que representa um custo contrário aos interesses empresariais.

variáveis que influenciam no sucesso de uma intervenção de transparência que promova mudanças no comportamento dos agentes obrigados a divulgar informação.

Apesar do baixo custo, se concebidas sem atenção às variáveis adequadas, intervenções de transparência também se podem tornar empecilhos para a atividade de seu alvo ou até prejudicar o sigilo legítimo de indivíduos. Nesses casos, por mais convenientes que pareçam, elas podem falhar e causar mais problemas.

2.1 Nem toda intervenção de transparência é efetiva

Tornar disponíveis grandes quantidades de informação pode ser pouco útil e até prejudicial para se atingirem as finalidades de uma intervenção de transparência. Quando ausentes determinadas condições sociais e técnicas ideais, pode ser ineficaz a visibilidade de uma intervenção. Uma intervenção de transparência é efetiva apenas quando realmente tem o potencial de gerar as mudanças pretendidas, algo que os estudiosos costumam chamar de transferência significativa (*meaningful transparency*) (Hovyadinov, 2019; Suzor; West; Quodling; York, 2019; Karanicolas, 2021). Esse potencial depende tanto de características da intervenção – o *quê*, para *quem* e *de que forma* é divulgado – quanto de condições contextuais, como a propensão dos usuários da transparência (os que recebem a informação) a serem motivados a agir pela informação revelada e a predisposição dos alvos da transparência (os que são obrigados a divulgar a informação) para mudarem seu comportamento.

Com o fim de sistematizar essas variáveis, Fung, Graham e Weil (2007, p. 51) concebem o chamado *ciclo da ação*, em que a informação difundida por uma intervenção de transparência gera efeitos positivos sobre o comportamento de seu alvo – normalmente um provedor de um serviço, público ou privado. Por meio do mapeamento de intervenções de transparência bem-sucedidas, os autores identificaram que: a) a informação tornada disponível é útil e acessível a pelo menos um grupo de usuários da informação insatisfeito com a prestação do serviço; b) essa informação leva os usuários a mudarem suas decisões e ações, seja para buscarem prestadores de serviços concorrentes, seja para se mobilizarem por mudanças; c) essas novas ações acarretam consequências significativas para o prestador; e d) os prestadores respondem de forma construtiva a essas consequências e buscam a resolução do problema.

Para ilustrar o ciclo da ação, Kosack e Fung (2014, p. 70-71) dão o exemplo da informação divulgada por prestadores de serviço de saúde pública. Os autores apontam que cidadãos com acesso a informações sobre a prestação de serviços de saúde são capazes de comparar a qualidade de prestadores, como os hospitais e as unidades de pronto atendimento, e exigir mudanças com base nisso. Dados úteis para esse tipo de comparação são: a) a disponibilidade de recursos e medicamentos; b) a duração das filas de espera; e c) a abrangência dos procedimentos oferecidos. Com esses dados, os destinatários da informação podem identificar o prestador que mais se adequa a seus interesses, avaliar a eficiência da alocação de recursos públicos ou mesmo identificar as tecnologias e modalidades de

prestação de serviços disponíveis. Ao encontrarem problemas ou pontos de discordância nessas informações, podem demandar melhorias. Contudo, para que essas demandas resultem em mudanças concretas, os cidadãos devem pressionar os prestadores que têm agido de forma ineficiente – seja optando apenas por prestadores de alta qualidade, seja engajando-se em protesto, seja utilizando canais de sugestão ou crítica pré-estabelecidos. Se estiverem propensos a responder de forma construtiva, os prestadores ineficientes ou os órgãos públicos responsáveis por sua administração podem utilizar esse feedback para buscar melhorias em seu desempenho, ao realocar o uso de recursos para reduzir filas, garantir a disponibilidade de medicamentos ou ampliar os procedimentos oferecidos.

Na justificação das intervenções de transparência, o regulador pode influenciar as variáveis do ciclo, como a tendência dos usuários de agirem baseados na informação recebida e a dos prestadores de serviços de responderem construtivamente a aspectos relacionados à qualidade da informação e à forma de sua divulgação. A predisposição dos usuários para agirem pode ser aumentada se o regulador exigir a criação de canais de reclamação que reduzam os custos da ação. E, com base no estabelecimento de sanções à inação, é possível ampliar a inclinação dos prestadores para responderem de forma positiva.

Porém, trata-se de técnicas regulatórias posteriores à exigência de divulgação de informação. Mais importantes para o enfoque deste artigo são as duas variáveis que promovem a efetividade de uma intervenção de transparência e podem ser influenciadas quando se exige a divulgação dos dados: a visibilidade e a capacidade de inferência da informação. Zuccolotto e Teixeira (2019, p. 52) argumentam que a informação adquire visibilidade ao ser divulgada de forma completa, acessível e com relativa facilidade. O regulador garante visibilidade ao determinar o grau de pormenorização dos dados a serem divulgados e o meio cabível para essa divulgação. Assim, a visibilidade é condição para a efetiva intervenção de transparência, pois, se a informação não estiver facilmente acessível e completa, é improvável que seja capaz de persuadir seus usuários a agirem para fomentar mudanças no comportamento do prestador de serviços.

No caso do exemplo anterior, se apenas parte das unidades de pronto atendimento e hospitais públicos divulga dados sobre a disponibilidade de medicamentos, torna-se impossível comparar a qualidade dos prestadores de serviços de saúde, o que inviabiliza a ação fundamentada dos usuários desses serviços. Da mesma forma, se os dados forem divulgados, mas estiverem acessíveis apenas mediante procedimentos burocráticos complexos, é improvável que motivem os usuários à ação. Às vezes, mesmo completa e totalmente acessível, a informação pode estar disponível de um modo que torna difícil ao usuário chegar a conclusões úteis com base na observação. Nessa situação, diz-se que a informação tem capacidade de inferência limitada (Zuccolotto; Teixeira, 2019, p. 54). Assim, o regulador pode exigir que os prestadores de serviço divulguem informações em formatos variados que influam diretamente na capacidade de inferência dos usuários.

Em vez de tornar disponíveis os dados brutos, frequentemente em formatos distintos para cada instituição, o regulador pode facilitar o exercício de comparar hospitais públicos

e exigir que se divulguem os dados em formato de tabela comparativa elaborada por especialistas externos ao alvo da intervenção. Nesses casos, as possíveis inferências tornam-se mais acessíveis ao público não especializado, o que propicia a tomada de ação¹². Desse modo, conquanto não tenha controle sobre a propensão dos usuários ou do alvo da transparência à mudança de comportamento, o regulador é capaz de manejar a qualidade e a forma da divulgação dos dados a fim de garantir que sejam visíveis e passíveis de interpretação. Se exige a disponibilidade dos dados corretos, da forma correta e para os usuários corretos, o regulador pode criar um cenário fértil para a proteção dos interesses dos usuários e o controle de seus alvos.

Não obstante, tais decisões só podem ser tomadas de forma adequada se o regulador tiver consciência dos efeitos pretendidos ou, no mínimo, esperados da intervenção. Sem um ciclo de ação pré-concebido, a mera divulgação de informação tem pouca probabilidade de ser efetiva; dessa maneira, a transparência não deve ser tratada como fim, mas como meio.

2.2 Nem toda intervenção de transparência é positiva

O movimento político por transparência ganhou força ao responsabilizar o sigilo pela ineficiência e pela corrupção; em regra, passou-se a considerá-lo problemático. Contudo, existem circunstâncias nos âmbitos privado e público em que o sigilo é desejável e mesmo valorizado numa democracia. É essencial que o regulador leve em conta esses limites, visto que suas intervenções de transparência podem causar mais prejuízos que benefícios ao exigirem a divulgação de informações cujo sigilo é justificado.

O valor do sigilo prepondera com mais frequência no âmbito privado que no público. Por exemplo, a efetivação da privacidade – ideal constitucionalmente protegido – pressupõe ser possível ao cidadão manter em sigilo aspectos de sua vida privada. Sem que algum grau de sigilo seja considerado legítimo, o sujeito da democracia pode ver tolhido aquilo que o torna singular: a sua autonomia (Birchall, 2011, p. 12). Um regime que promove a transparência não deve ir longe demais a ponto de restringir o sigilo legítimo mediante uma política de vigilância das atividades privadas.

Além da privacidade do indivíduo, as atividades do mercado também pressupõem um grau legítimo de sigilo. A livre concorrência depende de decisões estratégicas relacionadas a informações sobre o desenvolvimento de produtos e serviços que devem ser compartilhadas, patenteadas ou mantidas em segredo para a maximização dos lucros (Birchall, 2011, p. 13). Diferentemente do caso da Administração Pública – a respeito da qual existe a expectativa de que seja a mais transparente possível para viabilizar seu controle por vias

¹² Em contrapartida, ainda que menos acessíveis *a priori*, dados brutos podem evitar a interferência de vieses de terceiros e a manipulação na interpretação da informação. Além disso, se oferecidas em formato propício e padronizado, grandes quantidades de dados brutos podem ser interpretadas mediante a tecnologia da informação. Existe, portanto, um equilíbrio a ser alcançado entre a autonomia do usuário da informação e a capacidade de inferência dos dados.

democráticas –, as empresas privadas em geral não têm o dever de divulgar informações sobre suas práticas internas; por razões concorrenciais e de privacidade, muitas dessas informações costumam ser protegidas pelo Direito como segredos de negócio¹³ e dados pessoais¹⁴. Nos casos em que se exige transparência das empresas privadas, torna-se mais complexo fundamentar a intervenção: no âmbito público, a transparência é regra e o sigilo deve ser justificado; no âmbito privado, costuma valer o contrário.

No campo da Administração Pública, contudo, também existem situações em que a necessidade de transparência deve ser contrabalançada com o valor do sigilo. É o caso da atividade das autoridades de investigação e segurança pública: elas também devem ser controláveis, mas a transparência completa de suas atividades pode inviabilizar a efetivação de seus fins. Técnicas de investigação como a interceptação telefônica e a infiltração, bem como outras relativamente comuns em inquéritos criminais, pressupõem o desconhecimento do investigado a respeito de sua vigilância. Assim, por mais que o sigilo justifique o uso dessas técnicas pelas autoridades, sua transparência deve ser limitada para não inviabilizar investigações. Nesses casos, deve-se tanto preservar ao máximo o sigilo quanto buscar outras ferramentas de controle, tal como a exigência de autorização judicial prévia e de divulgação *a posteriori* das informações sigilosas¹⁵.

2.3 Elaborar intervenções de transparência não é esforço trivial

Intervenções de transparência podem ser pouco custosas e muito transformadoras; por isso, frequentemente são consideradas positivas e efetivas por si mesmas. No entanto, como se afirmou, esse ideal de transparência encontra limites nas condições práticas para a sua implantação e nas hipóteses em que o sigilo é legítimo e desejável. Reconhecer a existência desses limites não inviabiliza o uso das intervenções de transparência, mas atribui ao regulador um ônus significativo de planejamento e justificação.

¹³ O art. 195 da Lei nº 9.279/1996 (*Lei de propriedade industrial*) reconhece a legitimidade dos segredos de negócio e protege-os ao firmar que comete crime de concorrência desleal quem “divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato” (Brasil, [2024]).

¹⁴ De acordo com o art. 6º da Lei nº 13.709/2018 (*Lei geral de proteção de dados*), a empresa tem o dever de proteger e manter em sigilo dados pessoais de seus clientes durante seu tratamento: “As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...] VII – segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão” (Brasil, [2022b]).

¹⁵ Para o emprego da interceptação telefônica, a Lei nº 9.296/1996 não só exige que a autorização judicial seja prévia e fundamentada, mas também determina que as diligências devam ocorrer em autos apartados até o momento em que seus resultados estejam prontos para o relato. Assim, é possível garantir o sigilo e a efetividade da investigação até ele se tornar desnecessário e voltar a prevalecer a lógica de transparência: “Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas” (Brasil, [2019]).

Para que as intervenções sejam efetivas, o regulador deve ter consciência das mudanças concretas que pretende incentivar, presumir como usuários e alvos da transparência se comportarão dentro do ciclo de ação e, com esses fundamentos, decidir sobre que informações devem ser divulgadas e qual será a forma de sua divulgação. Em outras palavras, a chance de sucesso de uma intervenção de transparência será muito pequena se o regulador não tiver em mente os objetivos dessa intervenção.

Ao mesmo tempo, o regulador deve considerar se a divulgação de determinadas informações pode ser problemática diante das situações em que o sigilo é desejável. A busca de um equilíbrio nesse sentido será mais trabalhosa na elaboração de intervenções de transparência sobre atores privados do que sobre os públicos, já que o âmbito privado tem a autonomia informacional como regra. Desse modo, a criação de obrigações de transparência para organizações privadas não é algo trivial: sempre que se obriga uma empresa a divulgar uma informação sobre suas práticas internas, essa obrigação deve cumprir uma finalidade legítima e não provocar mais prejuízos que benefícios. Só se devem divulgar os dados realmente necessários para que ocorram os efeitos visados pelo regulador.

3 A relevância pública da moderação de conteúdo

A moderação de conteúdo tem recebido atenção particular quando realizada por plataformas digitais. Trata-se de condutas que elas adotam para garantir o cumprimento das regras de comportamento que elas mesmas estabelecem em seus contratos de adesão (como termos de uso e políticas da comunidade) ou que são levadas a aplicar em razão de legislação e de ordens judiciais. Assume-se neste artigo uma concepção ampla da *moderação de conteúdo*; conforme define Grimmelmann (2015, p. 47, tradução nossa), ela compreende todos “os mecanismos de governança que estruturam a participação em comunidade para facilitar a cooperação e prevenir abuso”. Desse modo, aqui se considera que a moderação de conteúdo transcende as sanções explicitamente direcionadas ao conteúdo que viola as regras das plataformas, como a remoção de uma publicação ou a suspensão de uma conta; ela inclui a ampliação e a redução do alcance de uma publicação com base num juízo sobre sua qualidade.

A moderação de conteúdo é uma atividade que tem fundamento legal num contrato entre a plataforma e o usuário, no qual este reconhece e aceita que sua livre expressão se sujeite a restrições firmadas por aquele. Com efeito, há uma inquietação sobre a pertinência e a legitimidade de se interferir nessa atividade eminentemente privada. Em outras palavras: por que o Estado deve interferir no que se apresenta, a princípio, como manifestação de vontade dos envolvidos (Nunziato, 2018)? A resposta a essa pergunta condiciona os fins da intervenção, que devem ser legítimos, justificados e discutidos antes de reflexões mais aprofundadas.

No caso particular da moderação de conteúdo, a justificativa para a intervenção assenta-se em particular nos efeitos dessa atividade sobre o debate público¹⁶ e sobre os usuários diretamente afetados. As plataformas digitais propõem-se organizar e fazer escolhas sobre como o conteúdo de seus usuários é transportado e tornado disponível a outros (Gillespie, 2018, p. 81). Elas o fazem para oferecer-lhes uma audiência que não teriam se utilizassem tecnologias de comunicação tradicionais. As plataformas, pois, não são meras distribuidoras de informação, como as operadoras de telefonia: elas moldam o espaço de comunicação ao observarem o comportamento dos usuários com o fim de garantir seu engajamento e, consequentemente, seu contato com anúncios – fonte de parcela significativa da sua receita¹⁷. A moderação de conteúdo é justamente a ferramenta utilizada para delinear esse espaço de comunicação – e, como afirma Grimmelmann (2015, p. 47, tradução nossa), “facilitar a cooperação e prevenir o abuso”.

Entretanto, a enorme quantidade de usuários significa que as plataformas, ao modelarem ativamente o espaço, também têm exercido influência considerável sobre a opinião pública. Ao tomarem decisões sobre que tipo de conteúdo terá mais ou menos alcance em vista das regras que criam, elas têm intervindo sobre o que pode e o que não pode ser dito também em temas sensíveis, como eleições, discriminação e conflitos culturais. Além disso, o fato de atores mal-intencionados propagarem nas plataformas conteúdo prejudicial ao debate público – como a desinformação e as mensagens de ódio – faz com que a moderação de conteúdo seja tratada como a primeira linha de defesa contra tais discursos.

Essa configuração cria um forte interesse das autoridades públicas na forma como é exercida essa moderação. Pode ser uma poderosa aliada do Estado na efetivação de direitos fundamentais e dos pressupostos do debate democrático uma plataforma que modere de forma eficiente e com o mínimo possível de erros com o fim de proteger o debate público de conteúdos danosos. Por outro lado, uma plataforma que modere conteúdo de forma inconsistente e opaca – apenas para garantir o engajamento dos usuários, independentemente de potenciais malefícios ao debate público – pode tornar-se alvo de regulações que tencionam evitar a proliferação desses danos.

Assim, certos efeitos da moderação sobre os afetados diretamente por ela também se podem tornar um fundamento para intervenções de ordem pública. Não se trata necessariamente do caso do usuário que age em contrariedade com os regulamentos das plataformas e é sancionado conforme preveem esses regulamentos. Isso poderia ser defendido como uma dinâmica típica de uma relação contratual, apesar de ser questionável a discricionariedade das plataformas para a elaboração das regras – como apontam Mendes e Fernandes (2022, p. 43). Fala-se, sobretudo, dos casos em que, devido a uma assimetria de informação, o usuário não entende por que foi sancionado ou, pior ainda, nem sequer compreende as

¹⁶ Na mesma linha, o Tribunal Superior Eleitoral costuma utilizar-se do argumento da preservação da saúde do “ambiente informacional” para justificar intervenções na atividade de moderação de conteúdo. Ver Osorio, Alvim, Siqueira, Barcelos, Vargas, Rodrigues e Rondon (2022).

¹⁷ Em 2020, praticamente toda a receita do Facebook proveio da publicidade de outras empresas. Ver Statista (2024).

regras com que, em tese, concordou. A isso se acrescentam os casos problemáticos em que plataforma simplesmente erra ao sancionar usuários que não agiram irregularmente.

A relevância desses casos (abordados mais detidamente na subseção 4.2) está no impacto que a moderação pode ter sobre os direitos dos usuários afetados por decisões injustas. Embora as plataformas só detenham poder sobre as ações do usuário nos espaços digitais que elas controlam, a restrição do acesso a eles pode acarretar danos que alcançam outros aspectos da vida privada (West, 2018). Assim, quando atingidos pelas sanções mais graves aplicadas pelas plataformas, muitos usuários lamentam a perda de fotos e de outros documentos de valor sentimental, bem como a privação da capacidade de comunicar-se com amigos e familiares. Diversos usuários que dependem de formas digitais de remuneração (como propaganda) alegam dano à sua vida profissional quando são considerados infratores das regras da plataforma. Sem acesso às plataformas, eles também perdem o acesso à sua comunidade familiar, profissional, econômica e cultural.

A participação nesses espaços virtuais de comunicação tem sido um instrumento notável para o exercício pleno das liberdades individuais e políticas, já que condensam grande parte do debate público e cumprem papel significativo, especialmente em períodos eleitorais (Mendes; Fernandes, 2022, p. 43). A exclusão injustificada de usuários desses espaços, então, significa também uma restrição ao acesso a informações, opiniões e dados essenciais à plena participação política. Quando são consequência de uma relação contratual sem assimetria de informação entre usuário e plataforma, é até plausível defender que esses efeitos danosos não justificam uma intervenção de ordem pública. Pelo menos em tese, as plataformas têm uma margem de discricionariedade para tomar decisões sobre que conteúdo deve ou não circular em seus espaços de comunicação, o que não é necessariamente problemático quando são transparentes essas regras. No entanto, decisões injustificadas, erradas e opacas das plataformas podem afetar as liberdades fundamentais dos usuários, o que leva ao interesse das autoridades públicas em protegê-los dessas decisões, seja ao corrigirem assimetrias de informação, seja ao exigirem das plataformas maior precisão na moderação de conteúdo.

Desse modo, apesar de seu fundamento numa relação contratual entre a plataforma e o usuário, a moderação de conteúdo: a) tem efeitos que excedem o que é estabelecido entre as partes, de forma que seu direcionamento afeta o debate público democrático; e b) pode ser exercida de maneira viciada e acarretar danos injustificados aos direitos individuais e públicos dos alvos de decisões problemáticas.

4 Objetivos da transparência na moderação de conteúdo

Realizam-se intervenções de transparência com o fim de mudar o comportamento de seu alvo e dos usuários da informação divulgada, dada a pressuposição de que existe alguma assimetria de informação entre eles. O regulador busca, com isso, fornecer ao

público informações para tomadas de decisão socialmente benéficas. Problemas comuns a serem resolvidos mediante obrigações de transparência, por exemplo, são: a) os riscos resultantes da assimetria de informação; b) a baixa qualidade da prestação de serviços críticos providos por uma organização; c) a perpetuação de discriminação e desigualdades sociais devida à assimetria de informação; e d) a prevalência da corrupção em instituições que servem ao interesse público (Zapatero Gómez, 2019, p. 110).

Os objetivos de uma intervenção de transparência devem ser o mais claros possível, tanto no início quanto no final do processo regulatório. Isso ocorre porque: a) não será possível definir adequadamente as informações a serem divulgadas, nem como ou para quem elas devem ser divulgadas, se não houver um objetivo claro traçado no início da elaboração de uma intervenção de transparência; b) no objetivo de uma intervenção de transparência está a fonte de sua justificação, e é essencial haver uma finalidade explícita para avaliar se se justifica uma intervenção; e c) o objetivo de uma intervenção de transparência pode subsidiar a interpretação quando a legislação não é suficientemente clara a respeito dos limites dessa intervenção nas hipóteses de sigilo legítimo.

A primeira dessas razões foi comentada na subseção 2.1: os objetivos da transparência determinam as variáveis que condicionam sua efetividade. A segunda razão pode ser ilustrada com o caso das plataformas; se intentam corrigir um desequilíbrio que causa problemas específicos, as intervenções devem ter como alvos as organizações tidas como responsáveis por criarem um risco ao interesse público. Como se observou, é cada vez mais comum entidades do setor privado estarem sujeitas a exigências de transparência semelhantes às do setor público, o que ocorre justamente quando a atividade dessas entidades privadas se intersecciona com interesses públicos (Karanicolas, 2021, p. 62). Plataformas de redes sociais são administradas por empresas privadas e, por isso, não se lhes aplica a noção de que a transparência é regra e o sigilo, exceção. Qualquer intervenção de transparência direcionada a essas plataformas deve fundamentar-se na ideia de que a divulgação de informações anteriormente sigilosas tem o potencial de evitar dano ou risco ao interesse público relacionado à atividade dessa plataforma. Além disso, em razão das hipóteses de sigilo legítimo comuns à atividade empresarial privada, essas intervenções devem limitar-se a divulgar informação necessária para cumprir esse objetivo de proteger o interesse público. Assim, dois exercícios de justificação são necessários para se legitimarem intervenções de transparência: o regulador deve demonstrar não só que a moderação é prejudicial ao interesse público mas também que, de alguma forma, a intervenção proposta limita esse prejuízo. Na ausência de clareza sobre os objetivos de uma intervenção, é impossível avaliar se o regulador considerou esses exercícios. Em outras palavras: não se pode verificar se essa intervenção é legítima em face dos limites estabelecidos pela autonomia privada.

E a terceira razão decorre das dificuldades práticas de se proceder a uma intervenção de transparência. Dentre os problemas cruciais na sua elaboração está o de identificar que informação se deve revelar, como e para quem – e eles só podem ser solucionados por uma decisão sobre a finalidade da intervenção. Não é possível decidir sobre o *quê* sem decidir

sobre *para quê* é suficiente. Esse desafio reflete-se em particular na concepção dos limites da intervenção: são as hipóteses em que o alvo pode recusar-se a divulgar algo, seja porque a informação é desnecessária para atingir os objetivos propostos, seja por existirem razões legítimas para a manutenção do sigilo. Porém, dada a dificuldade de se traçarem esses limites para todos os casos específicos, é comum que o legislador utilize linguagem aberta para definir essas hipóteses e atribua ao aplicador da regra a tarefa de estabelecer com precisão o que o alvo da intervenção tem a obrigação de divulgar em decorrência da lei. Um exemplo dessa prática observa-se no PL nº 2.630/2020¹⁸. Dentre as determinações relacionadas ao tema, o art. 21 do projeto define o conteúdo a ser divulgado pela plataforma em seus termos de uso:

Art. 21. Os termos de uso dos provedores devem conter os parâmetros utilizados nos seus sistemas de recomendação de conteúdo, *ressalvados os segredos comercial e industrial*, bem como:

I – descrição geral dos algoritmos utilizados;

II – destaque para os principais parâmetros que determinam a recomendação ou direcionamento de conteúdo ao usuário; e

III – opções disponíveis aos usuários para modificar os parâmetros de recomendação ou direcionamento (Brasil, 2023, grifo nosso).

Conquanto tenha proposto um conteúdo mínimo para os termos de uso divulgados pelas plataformas, o legislador estabeleceu que o alvo da intervenção não é obrigado a fornecer essas informações se consideradas segredos comerciais ou industriais. Contudo, não existe definição legal de *segredo comercial e industrial*; desse modo, o limite exato da intervenção não é claro para o alvo, nem para os usuários, nem para o aplicador da norma¹⁹. A interpretação da norma, nesse caso, não pode torná-la inefetiva; a obrigação de transparência em questão não pode ser ampla demais para não prejudicar os segredos comerciais e industriais da plataforma. E o contrário também é verdade: se a noção de *segredo comercial e industrial* for considerada excessivamente ampla, a norma que impõe a obrigação de transparência perde sua razão de ser, pois não se fornecem informações suficientes para a realização de seu objetivo.

Por conseguinte, a solução dessa incerteza começa por uma questão: que resultado se espera da divulgação dos parâmetros utilizados pelas plataformas em seus sistemas de recomendação de conteúdo? Depois de se responder a essa pergunta, é possível indagar sobre

¹⁸ A referência aqui é à versão mais avançada do PL nº 2.630/2020. Ele pode ser acessado no site da Câmara dos Deputados e estava em tramitação quando se concluiu este artigo. Trata-se do Parecer Preliminar de Plenário nº 1, publicado em 27/4/2023 pelo deputado Orlando Silva (PCdoB-SP), relator do projeto (Brasil, 2023).

¹⁹ O aplicador da norma pode ser um órgão do Judiciário ou uma autoridade administrativa supervisora, a depender da configuração final do projeto.

quão detalhadas devem ser essas informações ou sobre que dados devem ser divulgados para que esse resultado seja atingido. Se for capaz de responder a esses questionamentos, o intérprete pode encontrar soluções que não só promovam a ocorrência de mudanças concretas e um ciclo da ação de sucesso, mas também preservem ao máximo o sigilo legítimo das plataformas.

Por três motivos – um de orientação, um de legitimação e outro de interpretação –, é essencial que o debate sobre como devem ser conduzidas as intervenções de transparência na moderação de conteúdo suponha compreender suas finalidades. A fim de contribuir para esse debate, apresentam-se exemplos de quatro principais objetivos buscados com essas intervenções: a) aprimorar a atividade de moderação, tanto ao permitir colaboração e opinião de *stakeholders* (como pesquisadores e organizações da sociedade civil), quanto ao gerar fiscalização, incentivos e pressão para a mudança de comportamento das plataformas; b) permitir que usuários protejam e exerçam seus direitos de manifestação ao compreenderem as regras da moderação e as ferramentas de recurso e correção de erros; c) fiscalizar o uso das plataformas como “procuradoras” pelas autoridades governamentais, que as utilizam mediante demandas judiciais e administrativas, formais e informais, para controlar conteúdo²⁰; e d) promover a confiança e o sentimento de legitimidade dos usuários, governos e anunciantes na atividade da plataforma.

4.1 Transparência para aprimorar a moderação de conteúdo

É comum que obrigações de transparências sejam justificadas pela ideia de que a divulgação de mais informações pelas plataformas sobre seus procedimentos internos poderia aprimorar a atividade de moderação. Isso ocorreria, por exemplo, não só com a colaboração, a pressão e a opinião de *stakeholders*, pesquisadores, imprensa, organizações da sociedade civil, mas também com a regulação informada pelo maior conhecimento sobre o funcionamento da moderação.

A ideia de aprimoramento da moderação de conteúdo pressupõe um juízo sobre o que é uma *moderação de conteúdo positiva*. Neste estudo, considera-se que a qualidade da moderação de conteúdo não se mede apenas por um critério de eficiência na remoção de conteúdo potencialmente lesivo. Uma boa moderação não remove todo conteúdo lesivo o

²⁰ Nas categorias a seguir, é possível identificar um paralelo entre elas e alguns dos tipos gerais de transparência identificados por Kosack e Fung (2014, p. 68-69). Eles concebem quatro categorias de transparência identificadas por seu alvo e pelos usuários da informação divulgada: a) quando o alvo é o governo e os usuários são os cidadãos na posição de participantes do debate público democrático, fala-se em “transparência para a liberdade de informação” – aqui há um paralelo com a fiscalização do uso de plataformas como *proxies* (“procuradoras”), que visa justamente permitir um debate público sobre os limites do poder governamental; b) quando o alvo é o governo, mas os usuários são cidadãos na posição de consumidores ou beneficiários de serviços públicos, configura-se a “transparência para a prestação de contas” – aqui não há paralelo, já que a moderação de conteúdo não trata de serviços públicos; c) quando os alvos são entidades privadas e os usuários são cidadãos na posição de participantes do debate público democrático, realiza-se a “transparência para o comportamento corporativo responsável” – em linha com a categoria de transparência para o aprimoramento da moderação; e d) quando os alvos são entidades privadas e os usuários são consumidores e beneficiários de serviços, caracteriza-se a “transparência regulatória” – categoria similar à transparência para a autoproteção dos usuários.

mais rápido possível, mas o faz porque pode adequadamente distinguir entre conteúdo lesivo e conteúdo permitido. Desse modo, protege o debate público enquanto preserva a liberdade de expressão de quem não está agindo em desacordo com o Direito e com as regras da plataforma. Isso significa buscar a redução da taxa não só de *falsos positivos* (casos em que um conteúdo permitido é detectado como problemático), mas também de *falsos negativos* (situações em que não se identifica nem se sanciona conteúdo problemático).

Esse aprimoramento dos sistemas de moderação de conteúdo depende muito da supervisão de terceiros, ao sinalizarem conteúdo problemático e ao sugerirem mudanças estruturais quando o sistema não cumpre as funções esperadas. Aqui existe um paralelismo claro entre essa função da transparência e o ciclo da ação: a transparência é o primeiro passo para as mudanças que resultem da adoção construtiva de *feedbacks* (Karanicolas, 2021, p. 61). A necessidade de *feedbacks* cresce quando as plataformas passam a tomar decisões cada vez mais difíceis e cujo impacto sobre o debate público é cada vez mais significativo. Quando, por exemplo, começaram a combater ativamente a desinformação, as plataformas assumiram um compromisso com a garantia de veracidade do conteúdo publicado por usuários – o que é desafiador, visto que a própria definição de *desinformação* é controversa. Inevitavelmente, isso levou ao controle de conteúdo de caráter político, o que envolve autoridades públicas (Karanicolas, 2021, p. 58). Nesses casos, apenas mediante a transparência relativa ao seu processo decisório, as plataformas podem saber se estão tomando as decisões corretas.

Existem pelo menos dois caminhos que, no caso das plataformas, transformam a informação em *feedback*, e este em mudanças concretas: a) por vias sociais e econômicas (usuários, organizações, anunciantes e a imprensa pressionam as plataformas para mudarem o comportamento); e b) por vias institucionais (o regulador utiliza os dados para informar novas obrigações legais que mudem o comportamento das plataformas).

No primeiro caso, espera-se que os usuários e anunciantes usem as informações divulgadas, normalmente alavancadas pela imprensa, ao tomarem decisões sobre que plataformas utilizarão ou sobre que plataformas terão como parceiras comerciais. Além disso, espera-se que a sociedade civil se organize para demandar mudanças quando há desacordo entre usuários e a atividade das plataformas. Exemplos reais indicam que dados sobre a moderação podem afetar o comportamento de usuários e anunciantes, e gerar movimentos que impulsionam a mudança. Em junho de 2020, diversas empresas parceiras do Facebook ameaçaram abandonar as ferramentas de publicidade da plataforma (que representam grande parte de seus lucros), devido à percepção de que a moderação estava ocorrendo de forma inadequada. O retorno à parceria dependia de uma postura mais rigorosa no combate ao discurso de ódio. Cruciais para o sucesso financeiro da plataforma, as marcas não desejavam ser associadas a esse tipo de conteúdo²¹. Com isso, promoveu-se um grande incentivo econômico para a mudança de comportamento da plataforma. Ao menos

²¹ Ver Hsu e Isaac (2021).

nesse caso, a ação dos anunciantes iniciou-se com um juízo negativo sobre a capacidade do Facebook de moderar discursos de ódio; essa percepção só podia estar fundamentada em informações (não necessariamente precisas) sobre processos internos da plataforma que alcançaram o público geral. Assim, é razoável esperar que intervenções de transparência que divulguem informações claras sobre a capacidade da moderação tenham efeitos semelhantes ao revelarem inadequações.

No segundo caso, o regulador pode obrigar as plataformas a divulgarem informações com a finalidade de se obterem subsídios para decisões que visem aprimorar a qualidade da moderação, pois a falta de informação sobre como ocorre a moderação torna mais difícil proceder a um debate público informado sobre como regular conteúdo na internet para proteger a liberdade de expressão e outros interesses (Suzor; West; Quodling; York, 2019, p. 1.527). Não é factível propor, por exemplo, normas para a composição das equipes de moderadores de conteúdo, se não se sabe como elas se compõem nem qual é o impacto dessa composição para a qualidade da moderação. Aliás, é provável que diversos defeitos nas práticas internas das plataformas, corrigíveis pela regulação, sejam imperceptíveis se não forem implantadas práticas de transparência.

Essas obrigações devem ser concebidas para preservar ao máximo a autonomia das empresas e a privacidade dos usuários, dado que quase todos os tipos de intervenção de transparência, com diferentes graus de sucesso persuasivo, se podem justificar pela finalidade de melhorar a moderação de conteúdo. Por conseguinte, a fim de controlar essas intervenções, o regulador deve considerar e explicar como os dados que ele pretende revelar influenciarão o comportamento dos usuários da informação e, baseado disso, divulgar a informação necessária para o público necessário. No caso de dados utilizados para informar nova regulação, por exemplo, pode ser mais adequado exigir a divulgação apenas para os órgãos reguladores, por meio de auditorias. Entretanto, quando se espera que o público em geral atue em resposta à informação divulgada, é necessário que a transparência seja mais abrangente.

O que divulgar?

Qualquer informação sobre os processos internos da moderação de conteúdo tem, em maior ou menor grau, o potencial de promover seu aprimoramento, já que sua divulgação abre portas à contribuição externa. Porém, como a transparência tem custos, importa que o regulador eleja tipos de informação com maior utilidade, visibilidade e capacidade de inferência. Destacam-se nesse quesito ao menos três categorias de informação: a) dados quantitativos discriminados sobre a atividade de moderação; b) dados sobre a composição e o treinamento dos times de moderadores humanos; e c) dados sobre o funcionamento e o desenvolvimento das tecnologias de moderação.

Quando divulgados, dados quantitativos sobre a atividade de moderação (como o número de publicações removidas e contas banidas, discriminadas pelo motivo da sanção) permitem

traçar um panorama da atividade das plataformas e de seus desafios²². Normalmente revelados em relatórios periódicos de transparência, os dados relativos à detecção de discursos de ódio ou de desinformação permitem – a quem monitora e regula a atividade das plataformas – identificar padrões ao longo do tempo tanto sobre a propagação desse conteúdo quanto sobre o comportamento reativo da plataforma (Zornetta, 2021, p. 8). Esses padrões denotam a fragilidade da moderação de conteúdo: por um lado, viabilizam a construção coletiva de conhecimento a respeito de soluções para essas dificuldades; por outro, regulam a pressão da imprensa, anunciantes e usuários sobre as plataformas para que incorporem tais soluções.

Dados sobre a composição e o treinamento das equipes de moderadores humanos (como critérios de treinamento, idiomas falados pelos moderadores e suas condições de trabalho) revelam fraquezas significativas na organização interna das plataformas. Para Suzor, West, Quodling e York (2019, p. 1.535), elas deveriam divulgar informações agregadas sobre seus quadros de moderadores, inclusive características demográficas e dados sobre os procedimentos de treinamento. Exemplo de como essas informações podem permitir a avaliação da moderação e a construção de feedbacks foi o relatório de transparência publicado pelo X (antigo Twitter) em 2023, como resposta às obrigações estabelecidas pelo *Digital Services Act*, da União Europeia²³. O relatório revelou que havia 2.294 moderadores para publicações em inglês, mas para postagens em espanhol e em português eram apenas 20 e 41, respectivamente. Para idiomas como o croata e o holandês, havia apenas um moderador em todo o continente. Como consequência, a plataforma foi muito criticada pela falta de comprometimento com a moderação adequada de conteúdo em língua não inglesa.

Essa debilidade, que não foi apontada até surgir obrigação nesse sentido, pode ter efeitos catastróficos para a eficiência e a qualidade da tomada de decisão nesses cenários, pois as ferramentas de detecção automática de conteúdo são incapazes de oferecer soluções satisfatórias para todos os casos. Também pode ser relevante a informação sobre os agentes envolvidos na moderação de conteúdo (Zornetta, 2021, p. 43). Decisões podem ser tomadas por funcionários terceirizados, por empregados da empresa ou até por executivos (mais comum apenas quando os moderados ocupam cargos de grande repercussão²⁴). O contato com esses dados permite avaliar como diferentes recursos têm sido destinados a diferentes casos e em diferentes países.

²² Exemplo de obrigação nesse sentido ocorre no art. 4º, § 1º, do PL nº 836/2022, proposto pelo deputado Eduardo Bolsonaro (PL-SP), no qual se sugere que os “relatórios [de transparência] devem conter: I – número total de medidas aplicadas a contas e conteúdos, conforme *caput*, adotadas em razão do cumprimento das regras próprias dos provedores e do cumprimento desta Lei, segmentadas por regra aplicada, por metodologia utilizada na detecção da irregularidade, e por tipo de medida adotada” (Brasil, 2022a).

²³ Ver Labate (2023).

²⁴ Foi o caso do banimento de Donald Trump pelo Twitter em janeiro de 2021. A decisão resultou de diversas reuniões entre os executivos do Twitter, que em geral não participavam do dia a dia da moderação de conteúdo na plataforma. Ver Dwoskin e Tiku (2021).

Por fim, dados sobre o funcionamento e o desenvolvimento das tecnologias de moderação (por exemplo, como funcionam os algoritmos utilizados para a detecção automática de conteúdo) são relevantes para haver opinião informada sobre seu desempenho. Porém, alguns desses dados são particularmente sensíveis sob o ponto de vista concorrencial, já que as plataformas desenvolvem essas tecnologias para se diferenciarem no mercado. Como apontam Gorwa, Binns e Katzenbach (2020), a funcionalidade desses sistemas e as bases de dados que os alimentam costumam ser intencionalmente escondidas ou apresentadas de forma vaga, e não é simples atingir um consenso sobre a legitimidade desse grau de sigilo²⁵.

4.2 Transparência para a autoproteção dos usuários

Em diversos casos, intervenções de transparência visam habilitar consumidores para protegerem seus interesses (Kosack; Fung, 2014, p. 68), pois, sem acesso a certos dados, consumidores não são capazes de exercerem seu poder de escolha de forma informada e de se protegerem dos potenciais riscos decorrentes dos serviços e produtos consumidos²⁶.

No caso da moderação de conteúdo, é comum a assimetria de informação entre o moderador (a plataforma) e o moderado (o usuário da plataforma). Quando o usuário é afetado por uma decisão de moderação, tal como a remoção de uma publicação ou o banimento de sua conta, as plataformas nem sempre fornecem razões suficientemente claras para essa decisão ou mecanismos para seu questionamento (Zornetta, 2021, p. 26). Às vezes, a plataforma limita-se a apontar a regra infringida, mas sem explicar como o conteúdo sancionado se enquadra nessa categoria. Nesses casos, o moderado não tem acesso a dados suficientes sobre seu caso para questionar de forma fundamentada a decisão do moderador, algo essencial para a posterior correção de erros²⁷.

A assimetria relacionada aos critérios de moderação pode ser considerada problemática antes mesmo de serem tomadas decisões concretas. A moderação encontra fundamento legal justamente no consentimento do usuário no controle de seu conteúdo, explicitado quando ele concorda com os termos e regulamentos das plataformas. Desse modo, poder-se-ia argumentar que a legalidade de sua atividade estaria prejudicada, se a plataforma não é clara sobre os critérios que usa para moderar conteúdo ou se na prática modera de forma diferente do que determinam seus regulamentos. Quando presente, a assimetria

25 Uma discussão mais aprofundada sobre esse tema não cabe neste artigo, mas deve ser fomentada para que esses conflitos sejam esclarecidos.

26 Retoma-se, aqui, o exemplo das informações divulgadas em rótulos de produtos alimentícios; apesar de pouco convidativas para os consumidores, são necessárias para viabilizar decisões de autoproteção.

27 Existem argumentos favoráveis ao sigilo na aplicação de sanções pelas plataformas, mesmo que em hipóteses bastante específicas. Um exemplo é a aplicação de mecanismos de *soft moderation*, em que publicações problemáticas não são removidas, mas seu alcance é reduzido (Zornetta, 2021, p. 26). Para Suzor, West, Quodling e York (2019, p. 1.531), plataformas podem reduzir o alcance de um *spammer* (aquele que utiliza ferramentas para disseminar conteúdo repetitivo e em quantidade enorme para atingir uma grande audiência), mas omitir essa informação de forma a evitar que ele saiba que foi detectado e crie outras contas.

de informação relativa aos fundamentos da moderação torna vulnerável o usuário, o que pode justificar intervenções de transparência.

O que divulgar?

Naturalmente, as intervenções com maior potencial de promover a proteção dos usuários contra decisões infundadas determinam a divulgação dos fundamentos da moderação de conteúdo. Esses dados existem tanto em abstrato (nos regulamentos das plataformas) quanto em concreto (razões para decisões específicas).

Os regulamentos gerais das plataformas precisam ser pormenorizadamente divulgados para que os usuários sejam capazes de consentir nas sanções aplicáveis por elas e adequar seu comportamento a tais regras. Hoje esses regulamentos são bastante minuciosos; mas, quando as redes sociais se tornaram populares, a moderação de conteúdo era conduzida de forma bastante opaca (Klonick, 2018, p. 1.630). Embora os termos de uso já existissem, as regras que guiavam a atividade de moderação não eram públicas ou eram pouco claras. Na prática, os moderadores seguiam protocolos internos, muitas vezes genéricos e permeáveis a valores subjetivos, que tornavam a moderação uma tarefa pouco compreensível ou previsível pelos usuários afetados (Klonick, 2018, p. 1.631).

Apesar de os regulamentos terem evoluído, ainda é comum a disparidade entre o que está disposto e os critérios efetivamente utilizados para moderar conteúdo. Vazamentos publicados por veículos de imprensa e pesquisas (Keller; Leerssen, 2019, p. 28; West, 2018) revelaram que, em algumas plataformas, os moderadores continuam a seguir parâmetros e políticas internas indisponíveis ao público e que contêm regras diferentes dos regulamentos acessíveis. É difícil avaliar quão distintos esses parâmetros são dos regulamentos públicos, ou se isso é uma prática generalizada entre as plataformas; mas essa disparidade é problemática e, por isso, pode motivar intervenções de transparência²⁸.

As razões que fundamentam decisões específicas são igualmente necessárias para o usuário proteger-se de moderação infundada. Quando o moderador é um revisor humano, é perfeitamente viável exigir que, com base nos regulamentos gerais, a plataforma ao menos informe ao moderado o porquê de seu conteúdo ter sido identificado como infrator – ou seja, como o conteúdo viola uma regra e que regra é essa²⁹. As plataformas tendem a concordar em que o usuário deva ter acesso a dados e sistemas que lhe permitam questionar as

²⁸ Há um exemplo de obrigação nesse sentido no art. 8º-B do PL nº 2.393/2021, proposto pela deputada Renata Abreu (Podemos-SP); nele se sugere que as redes sociais “com pelo menos um milhão de usuários registrados devem: [...] III – oferecer aos usuários regras claras sobre condutas que possam levar a exclusão de postagens do usuário, do perfil do usuário, ou a limitação de acesso a conteúdo postado pelo usuário” (Brasil, 2021).

²⁹ No art. 21-B do PL nº 2.883/2020, de iniciativa do deputado Filipe Barros (PL-PR), propõe-se que na “hipótese de exclusão de conteúdo ou de conta ou perfil de usuário na aplicação, fica o provedor de conteúdo, sem prejuízo das demais disposições desta lei e do Código de Defesa do Consumidor, a declinar, em linguagem clara, de fácil entendimento e compreensão, os motivos que conduziram à exclusão, garantido ao usuário procedimento que garanta contraditório e ampla defesa, dentro da própria aplicação e por meios intuitivos e de fácil acesso e utilização” (Brasil, 2020b).

decisões das plataformas de acordo com sua própria interpretação de seus regulamentos. Por esse motivo, elas tornam disponíveis processos internos de recurso.

Porém, quando as decisões são tomadas por ferramentas de detecção automática de conteúdo (caso da esmagadora maioria das decisões de moderação a partir de 2020³⁰), o acesso às razões da decisão é restrito, o que pode inviabilizar o cumprimento de certas intervenções de transparência. Em razão do modo como são elaboradas e funcionam as ferramentas mais sofisticadas de detecção automática de conteúdo³¹, de um ponto de vista técnico é desafiador tornar inteligíveis para o usuário os fundamentos de suas decisões. Nesses casos, a definição do *mínimo* de informação³² a ser divulgado deve resultar de um debate técnico e jurídico mais aprofundado.

4.3 Transparência para as autoridades públicas fiscalizarem o controle das plataformas

Intervenções de transparência direcionadas às plataformas também podem revelar informações relevantes sobre seu uso como “procuradoras” de autoridades públicas, pois partem da premissa de que estas se utilizam das ferramentas e técnicas de moderação de conteúdo das plataformas para fazerem valer seus interesses; e, com esse fim, utilizam-se de procedimentos formais (como ordens administrativas e judiciais) e de mecanismos informais (como a pressão política) para alinhar o comportamento das plataformas com seus objetivos de limitação da livre expressão.

À primeira vista, é notável que a Administração Pública seja capaz de garantir que a atividade de moderação de conteúdo seja compatível com o interesse público. Isso é especialmente verdade quando essa interferência tem fundamento legal e intenta assegurar que se cumpra a legislação nos espaços digitais de comunicação. É o caso, por exemplo, de decisões judiciais que exigem da plataforma a remoção de conteúdo ilegal de acordo com a legislação de determinado país.

Os problemas surgem quando essa interferência ocorre de forma opaca, desestruturada ou em desacordo com o ordenamento jurídico. Existem casos em que os regulamentos

³⁰ De acordo com os relatórios de transparência do Youtube referentes ao período de janeiro a março de 2020, de um total de 6,1 milhões de vídeos removidos (por diversos motivos), 5,7 milhões foram identificados por ferramentas de detecção automática, sem interferência humana (Google, [2020]).

³¹ Em geral, essas ferramentas são construídas por meio do chamado *aprendizado de máquina*, técnica que permite desenvolver um algoritmo de tomada de decisão mediante o processamento de um grande banco de dados. No caso da moderação de conteúdo, ele “aprende a decidir” ao ler e identificar padrões no enorme conjunto de decisões humanas anteriores contidas no banco de dados. Ao entrar em contato com uma nova publicação, a ferramenta verifica se os padrões que encontrou no banco de dados estão presentes e rotula aquela publicação como infratora ou não. Para uma visão aprofundada e ao mesmo tempo didática sobre o funcionamento de algoritmos e do aprendizado de máquina, ver Desai e Kroll (2017).

³² Zornetta (2021, p. 313) sugere que as plataformas deveriam, no mínimo, revelar o número de falsos positivos e falsos negativos resultantes do uso de algoritmos, ou seja, o número de publicações legítimas sancionadas e o número de publicações problemáticas consideradas legítimas. Esse dado permite que atores externos avaliem não só se a taxa de erros é baixa o suficiente para justificar seu uso na moderação, mas também a evolução desse indicador ao longo do tempo, e demandem melhorias.

das plataformas são alterados e publicações são sancionadas como resultado de pressões informais dos governos, e não de procedimentos formais fiscalizáveis³³. Isso acontece especialmente quando a legislação do país não prevê de forma clara a ilicitude de certo conteúdo que as autoridades públicas querem tornar inacessível. Esse fenômeno é mais comum em ordenamentos jurídicos como o dos EUA, em que a liberdade de expressão é tratada com alta prioridade³⁴; mas ocorre também quando as autoridades buscam soluções para problemas cuja definição ou ilicitude ainda não é consenso, como a proliferação de conteúdo desinformativo.

Pode-se questionar que a transparência, nesse caso, deveria partir das autoridades que empregam ferramentas informais ou sem fundamento legal para influir na atividade das plataformas. De fato, o fundamento para esse tipo de intervenção está no dever de publicidade dos atos do Estado, e não nos efeitos da moderação de conteúdo sobre questões de interesse público. Contudo, é inegável que as plataformas se encontram em posição estratégica para organizar e revelar essas informações essenciais para o controle do Poder Público. Assim, existe também uma razão de conveniência por trás dessa finalidade da transparência.

O que divulgar?

Em geral, as plataformas têm divulgado voluntariamente informações sobre o número de demandas formais de remoção de conteúdo em seus relatórios periódicos de transparência, discriminadas por sua origem³⁵. Entretanto, elas divergem quanto ao grau de detalhamento; e nelas prevalece a divulgação de demandas, como ordens judiciais.

Quanto à divulgação dessas informações, a legislação brasileira determina que a plataforma notifique os usuários quando um conteúdo de seus contatos é removido em decorrência de ordem judicial ou administrativa³⁶. Porém, a maioria dos relatórios e essas formas de divulgação específica não capturam o uso mais problemático do Poder Público para influenciar o comportamento das plataformas: as demandas por modificações nos regulamentos das plataformas e pela remoção de conteúdo por mecanismos informais e opacos, como notificações extraleais e pressão política. Nesse cenário, quando as autoridades públicas exigem alterações nos regulamentos por vias inacessíveis aos usuários,

³³ É o caso de quando a moderação ocorre por pressão de governos na forma de e-mails entre autoridades e executivos das empresas. Ver Liang (2023).

³⁴ Citron (2018) atribuiu o nome *censorship creep* ao fenômeno em que as plataformas são utilizadas por governos para restringir discursos de uma forma que, de acordo com o ordenamento jurídico local, seria considerada censura se fosse realizada diretamente pelas autoridades públicas.

³⁵ Ver, por exemplo, a aba *solicitações governamentais de remoção de conteúdo* do relatório periódico de transparência que o Google ([2024]) tornou disponível.

³⁶ O art. 20, parágrafo único, da Lei nº 12.965/2014 (*Marco civil da internet*), por exemplo, determina que, “quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização” (Brasil, [2018]).

pode parecer que a remoção de certas publicações decorre unicamente de decisões da plataforma, quando, na verdade, elas resultam do exercício do poder político.

A respeito disso, Citron (2018, p. 1.058) defende que as plataformas deveriam divulgar relatórios pormenorizados sobre os esforços de autoridades públicas para restringir conteúdo também por meios informais. Segundo a autora, ao atenderem a esses requisitos, os relatórios de transparência satisfazem ao princípio da transparência ao viabilizarem um debate público sobre os efeitos da censura estatal e ao permitirem que cidadãos e organizações da sociedade civil proponham os limites da influência de autoridades públicas sobre o conteúdo publicado e moderado por plataformas digitais.

É difícil conceber como se daria na prática a exigência de divulgação proposta pela autora. Especialmente nos casos em que, por meio de pressões informais, solicitam a remoção de conteúdo ou a mudança dos regulamentos, as autoridades públicas estão optando por manter essas interlocuções longe do público, talvez por compreenderem que sua legitimidade é questionável. Como a falta de transparência dos agentes públicos é intencional, não parece razoável exigir que as plataformas revelem todos os contatos realizados por atores políticos e arquem com os custos decorrentes da falta de transparência dessas autoridades. É justificável, porém, exigir que as plataformas mantenham a divulgação das informações já compartilhadas em formato visível e de modo que viabilize inferências.

4.4 Transparência para promover o sentimento de confiança e da legitimidade

Além das três finalidades apresentadas, a divulgação de mais informações pelas plataformas tem uma finalidade mais abstrata; ainda assim, pode justificar algum nível de intervenção de ordem pública. A transparência, na forma das obrigações já comentadas, também promoveria a confiança dos usuários nas plataformas, bem como o sentimento de que é legítima a atividade de moderação de conteúdo.

À primeira vista, a confiança dos usuários, governos e investidores nas plataformas parece ser positiva exclusivamente para elas – e, desse modo, um interesse de ordem privada que não justificaria a mobilização de recursos públicos para sua promoção. Afinal, ao confiarem na plataforma, os usuários a utilizam mais, os investidores formam mais parcerias com as empresas e os governos evitam uma regulação que pode ser custosa.

Todavia, a desconfiança dos usuários na atividade de moderação das plataformas pode prejudicar sua efetividade, a qual é desejável pela capacidade de efetivar interesses públicos. Esse prejuízo surge sobretudo quando os usuários estão frustrados com a opacidade dos processos internos de moderação. Como já se mencionou, existem situações em que as plataformas não divulgam de forma clara as razões de suas decisões (ou os regulamentos que de fato põem em prática no dia a dia da moderação de conteúdo), nem se esforçam para explicar ao destinatário os motivos para sua sanção. Nesses casos, o usuário interpreta a ação da plataforma como ilegítima, o que afeta diretamente o potencial de mudança de seu comportamento.

Quando os usuários confiam na plataforma e consideram legítima sua atividade, a moderação de conteúdo de publicações problemáticas pode ter efeitos positivos no debate público, pois uma forma particularmente significativa de promover bons comportamentos é a formação de um sentimento de comunhão numa comunidade (Grimmelmann, 2015, p. 63). Quando as plataformas os articulam e os aplicam de forma adequada, os códigos de conduta são recebidos pelo usuário como indicadores de que o comportamento deve ser adaptado a fim de preservar a comunidade digital. Por consequência, o usuário que recebe a sanção da plataforma – mas acredita que ela é justa – tem uma chance muito menor de reincidir no comportamento problemático.

O contrário disso é bem mais provável quando os usuários não confiam na plataforma ou julgam ilegítima sua atividade. Pesquisa conduzida por West (2018) revelou que, por não compreenderem a razão de sua publicação ou conta ter sido sancionada, muitos usuários forjam narrativas e explicações que atribuem à plataforma motivações ocultas ou, muitas vezes, perversas. É o caso dos que acreditam serem alvos de perseguição, em virtude de sua posição ideológica tornada pública, ou de uma conspiração de que fazem parte as plataformas; e tais percepções podem ser validadas quando a sanção é recorrente (Suzor; West; Quodling; York, 2019, p. 1.533). Com esse raciocínio, tais usuários passam a tratar as plataformas como antagonistas, ameaças à sua liberdade, em vez de ajustarem seu comportamento para participar da comunidade de forma regrada, interpretando as regras da plataforma como forças positivas para a construção de um ambiente saudável. O potencial de mudança de comportamento da moderação de conteúdo – e, por consequência, seu potencial de promoção de interesses públicos – fica prejudicado.

Por isso, o objetivo de promover a confiança dos usuários na moderação de conteúdo pode justificar a exigência de que as plataformas divulguem informações, em especial sobre suas regras e sobre as razões das decisões tomadas. Quanto mais informação for revelada, os sancionados estarão mais bem informados sobre as normas que regem uma comunidade digital para tomarem decisões sobre seu comportamento. Por conseguinte, obrigar as plataformas a serem mais transparentes pode torná-las melhores “empreendedoras de normas” (Fagan, 2018, p. 394), capazes de propagar boas práticas de comunicação e debate.

5 Conclusão

Com fundamento em pesquisa exploratória da literatura e da prática legislativa brasileira, este artigo propôs quatro objetivos que podem dar sentido a intervenções de transparência na moderação de conteúdo e direcionar sua interpretação: a) aprimorar a atividade de moderação, tanto ao permitir a colaboração e a opinião de *stakeholders* (como pesquisadores e organizações da sociedade civil), quanto ao gerar fiscalização, incentivos e pressão para a mudança de comportamento das plataformas; b) permitir que usuários protejam e exerçam seus direitos de manifestação por compreenderem as regras da moderação e das

ferramentas de recurso e correção de erros; c) fiscalizar o emprego das plataformas como “procuradoras” por autoridades governamentais, que as utilizam mediante demandas judiciais e administrativas, formais e informais, para o controle de conteúdo; e d) promover a confiança e o sentimento de legitimidade dos usuários na atividade da plataforma.

Espera-se que a proposta sirva como ponto de partida para investigações mais profundas sobre os desafios inerentes à realização desses quatro objetivos. Este estudo apenas tangencialmente tratou dos dados que poderiam ser divulgados para efetivar esses objetivos, com o propósito de conferir maior concretude à teoria, ao mencionar brevemente certas dificuldades. Isso não significa que elas sejam simples, ou que seja simples a escolha das informações a serem divulgadas por intervenções. Na verdade, embora essa discussão seja facilitada se houver consenso sobre os objetivos da transparência, nela residem as principais controvérsias da temática.

Em particular, os autores acreditam que os conflitos concretos entre os objetivos da transparência e as hipóteses de sigilo legítimo merecem mais atenção da literatura. Se é verdade que a privacidade tem sido tema de aprofundamento significativo com o advento da proteção de dados pessoais como linha de pesquisa, também é verdade que há muito pouco escrito e previsto na legislação sobre quão ampla é no Direito brasileiro a proteção concedida pelos segredos comerciais. A identificação dos limites dessa categoria é tão conveniente quanto essencial para que se superem barreiras teóricas e jurisprudenciais para a concretização dos objetivos da transparência.

Também merecem atenção especial os desafios para que se efetive a transparência resultante da adoção de tecnologias de detecção automática de conteúdo pelas plataformas. Essas ferramentas podem tornar-se cada vez mais eficazes para identificar conteúdo problemático; porém, sem dedicação especial, dificilmente se tornarão melhores para explicar os fundamentos de suas decisões. Naturalmente, se o moderador não é sequer capaz de revelar suas razões de forma compreensível para humanos, existe aqui um empecilho considerável para se efetivarem alguns objetivos da transparência; ela demanda colaboração entre os pesquisadores da transparência e os pesquisadores que desenvolvem e implantam essas tecnologias.

Para se superarem tais desafios, é crucial atingir um grau mínimo de consenso sobre as finalidades que legitimam e dão sentido às intervenções de transparência. Os limites do segredo de negócios dependerão do quanto dificultam a efetivação de outros direitos; e o nível de detalhamento exigido das explicações da detecção automática dependerá do que se considera necessário para dar efetividade a esses objetivos. Em suma: um consenso sobre os objetivos da transparência pode organizar um debate produtivo, caso se coordenem os esforços de pesquisadores que investigam os mais diversos aspectos de sua efetivação.

Referências

- ANANNY, Mike; CRAWFORD, Kate. Seeing without knowing: limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability. *New Media & Society*, [s. l.], v. 20, n. 3, p. 973-989, Mar. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/1461444816676645>.
- BIRCHALL, Clare. Introduction to 'Secrecy and transparency': the politics of opacity and openness. *Theory, Culture & Society*, [s. l.], v. 28, n. 7-8, p. 7-25, Dec. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1177/0263276411427744>.
- BRANDEIS, Louis D. *Other people's money: and how the bankers use it*. New York: Frederick A. Stokes Co., 1914.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer proferido em Plenário ao Projeto de Lei nº 2.630, de 2020, e apensados*. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codeor=2265334. Acesso em: 2 dez. 2024.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 283, de 2020*. Dispõe sobre o rito sumário para a retirada de conteúdos ilegais de redes sociais. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2237042>. Acesso em: 2 dez. 2024.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 836, de 2022*. Institui o marco legal dos provedores de mensageria e redes sociais e estabelece regras para educação midiática. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2022a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2319323>. Acesso em: 2 dez. 2024.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.393, de 2021*. Altera o Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 – para promover a liberdade de expressão nas redes sociais, e proibir a exclusão de perfis de usuários sem decisão judicial, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2288858>. Acesso em: 2 dez. 2024.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.883, de 2020*. Altera o Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, e a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Lei nº 12.529/2011. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2253673>. Acesso em: 2 dez. 2024.
- _____. *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 2 dez. 2024.
- _____. *Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 2 dez. 2024.
- _____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 2 dez. 2024.
- _____. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 2 dez. 2024.
- CITRON, Danielle Keats. Extremist speech, compelled conformity, and censorship creep. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, IN, v. 93, n. 3, p. 1.035-1.071, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol93/iss3/3/>. Acesso em: 2 dez. 2024.
- COALIZÃO DIREITOS NA REDE. *Regulação de plataformas*. [S. l.]: Coalizão Direitos na Rede, [2024]. Disponível em: <https://direitosnarede.org.br/campanha/pl2630/>. Acesso em: 2 dez. 2024.

CRUZ, Francisco Brito (coord.); LANA, Alice de Perdigão; JOST, Iná. Iguais perante as plataformas?: equidade e transparência na moderação de conteúdo em plataformas digitais. *InternetLab*: diagnósticos e recomendações, São Paulo, n. 9, p. 1-23, jul. 2023. Disponível em: https://internetlab.org.br/wp-content/uploads/2023/08/relatorio_internetlab_crosscheck_PORTUGUES_ok2.pdf. Acesso em: 2 dez. 2024.

DESAI, Deven R.; KROLL, Joshua A. Trust but verify: a guide to algorithms and the law. *Harvard Journal of Law & Technology*, [s. l.], v. 31, n. 1, p. 1-64, 2017. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/31HarvJLTech1.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2024.

DWOSKIN, Elizabeth; TIKU, Nitasha. How Twitter, on the front lines of history, finally decided to ban Trump. *The Washington Post*, Washington, DC, Jan. 16, 2021. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/01/16/how-twitter-banned-trump/>. Acesso em: 2 dez. 2024.

FAGAN, Frank. Systemic social media regulation. *Duke Law & Technology Review*, Durham, NC, v. 16, n. 1, p. 393-439, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dltr/vol16/iss1/14/>. Acesso em: 2 dez. 2024.

FUNG, Archon; GRAHAM, Mary; WEIL, David. *Full disclosure: the perils and promise of transparency*. New York: Cambridge University Press, 2007.

GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media*. New Haven: Yale University Press, 2018.

GOOGLE. *Cumprimento das diretrizes da comunidade do YouTube*: relatório de transparência. [S. l.]: Google, [2020]. Disponível em: https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/removals?hl=pt_BR&total_channels_removed=period:2020Q1&lu=total_channels_removed. Acesso em: 2 dez. 2024.

_____. *Solicitações governamentais de remoção de conteúdo*: relatório de transparência. [S. l.]: Google, [2024]. Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/government-removals/overview>. Acesso em: 2 dez. 2024.

GORWA, Robert; BINNS, Reuben; KATZENBACH, Christian. Algorithmic content moderation: technical and political challenges in the automation of platform governance. *Big Data & Society*, [s. l.], v. 7, n. 1, Jan./June 2020. DOI: <https://doi.org/10.1177/2053951719897945>.

GRIMMELMANN, James. The virtues of moderation. *Yale Journal of Law & Technology*, New Haven, v. 17, n. 1, p. 42-109, 2015. Disponível em: <https://openyls.lawyale.edu/handle/20.500.13051/7798>. Acesso em: 2 dez. 2024.

HOVYADINOV, Sergei. Toward a more meaningful transparency: examining Twitter, Google, and Facebook's transparency reporting and removal practices in Russia. *SSRN*, [s. l.], Nov. 30, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3535671>. Acesso em: 2 dez. 2024.

HSU, Tiffany; ISAAC, Mike. Advertiser exodus snowballs as Facebook struggles to ease concerns. *The New York Times*, New York, Oct. 5, 2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/06/30/technology/facebook-advertising-boycott.html>. Acesso em: 2 dez. 2024.

KARANICOLAS, Michael. A FOIA for Facebook: meaningful transparency for online platforms. *Saint Louis University Law Journal*, Saint Louis, MO, v. 66, n. 1, p. 49-77, 2021. Disponível em: <https://scholarship.law.slu.edu/lj/vol66/iss1/4/>. Acesso em: 2 dez. 2024.

KELLER, Daphne; LEERSSEN, Paddy. Facts and where to find them: empirical research on internet platforms and content moderation. *SSRN*, [s. l.], Dec. 16, 2019. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=3504930>. Acesso em: 2 dez. 2024.

KLONICK, Kate. The new governors: the people, rules, and processes governing online speech. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 131, n. 6, p. 1.598-1.670, Apr. 2018. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/print/vol-131/the-new-governors-the-people-rules-and-processes-governing-online-speech/>. Acesso em: 2 dez. 2024.

KOSACK, Stephen; FUNG, Archon. Does transparency improve governance? *Annual Review of Political Science*, [s. l.], v. 17, p. 65-87, May 2014. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-032210-144356>.

KURTZ, Lahis Pasquali; CARMO, Paloma Rocillo Rolim do; VIEIRA, Victor Barbieri Rodrigues. *Transparência na moderação de conteúdo: tendências regulatórias nacionais*. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2021. Disponível em: <https://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2021/07/Transparencia-na-moderacao-de-conteudo-tendencias-regulatorias-nacionais-IRIS.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2024.

LABATE, Alice. Relatório de transparência do X revela números baixíssimos de moderadores não falantes de inglês. *Estadão*, São Paulo, 7 nov. 2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/link/empresas/relatorio-de-transparencia-do-x-revela-numeros-baixissimos-de-moderadores-nao-falantes-de-ingles/>. Acesso em: 2 dez. 2024.

LEERSSEN, Paddy. The soap box as a black box: regulating transparency in social media recommender systems. *European Journal of Law and Technology: EJLT*, [s. l.], v. 11, n. 2, 2020. Disponível em: <https://www.ejlt.org/index.php/ejlt/article/download/786/1012/3408>. Acesso em: 2 dez. 2024.

LIANG, Annabelle. Biden officials must limit contact with social media firms. *BBC News*, [s. l.], 5 July 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-66106067>. Acesso em: 2 dez. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas da internet: o dilema da moderação de conteúdo em redes sociais na perspectiva comparada Brasil-Alemanha. *Revista de Direito Civil Contemporâneo: RDCC*, São Paulo, v. 31, n. 9, p. 33-68, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/1107>. Acesso em: 2 dez. 2024.

NUNZIATO, Dawn Carla. From town square to Twittersphere: the public forum doctrine goes digital. *GWU: legal studies research paper*, [s. l.], n. 40, p. 1-75, 2018. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3249489>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249489. Acesso em: 2 dez. 2024.

OSORIO, Aline Rezende Peres; ALVIM, Frederico Franco; SIQUEIRA, Giselly; BARCELOS, Julia Rocha de; VARGAS, Marco Antonio Martin; RODRIGUES, Tainah Pereira; RONDON, Thiago. *Programa permanente de enfrentamento à desinformação no âmbito da Justiça Eleitoral: plano estratégico eleições 2022*. Brasília, DF: TSE, 2022. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/programa-permanente-de-enfrentamento-a-desinformacao-novo.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2024.

RIBEIRO, Gustavo; D'AGOSTINI, Julia; SARMENTO, Paulo; RACHID, Raquel. *Report on algorithmic transparency and disinformation: a multisectoral approach*. Brasília, DF: Laboratory of Public Policy and Internet, 2021. Disponível em: https://lapin.org.br/wp-content/uploads/2022/05/Transparencia-algoritmica_V6-final.pdf. Acesso em: 2 dez. 2024.

SALVADOR, João Pedro Favaretto; GALATI, Luiz Fernando; GUIMARÃES, Laíssa Maria. *Transparência na moderação de conteúdo: uma bibliografia*. São Paulo: FGV Direito SP, CEPI, 2023. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br:80/dspace/handle/10438/33701>. Acesso em: 2 dez. 2024.

SALVADOR, João Pedro Favaretto; GUIMARÃES, Tatiane; GALATI, Luiz Fernando. Uma taxonomia da transparência na moderação de conteúdo. In: SEMINÁRIO GOVERNANÇA DAS REDES, 4., 2023, Belo Horizonte. *Anais [...]*. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2024. p. 40-58. Disponível em: <https://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2024/06/Anais-IVSGDR.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2024.

STATISTA. *Annual advertising revenue of Meta platforms worldwide from 2009 to 2023*. [s. l.]: Statista, Feb. 2024. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/271258/facebooks-advertising-revenue-worldwide/>. Acesso em: 2 dez. 2024.

SUZOR, Nicolas P. *Lawless: the secret rules that govern our digital lives*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2019. Disponível em: <https://osf.io/preprints/socarxiv/ack26>. Acesso em: 2 dez. 2024.

SUZOR, Nicolas P.; WEST, Sarah Myers; QUODLING, Andrew; YORK, Jillian. What do we mean when we talk about transparency?: toward meaningful transparency in commercial content moderation. *International Journal of Communication: IJoC*, [s. l.], v. 13, p. 1.526-1.543, 2019. Disponível em: <https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/9736>. Acesso em: 2 dez. 2024.

THE DIGITAL Services Act package. In: SHAPING Europe's digital future. [S. l.]: European Commission, 4 Oct. 2024. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>. Acesso em: 2 dez. 2024.

UNITED KINGDOM. *Online Safety Act 2023*. [London]: legislation.gov.uk, 2023. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/50/enacted>. Acesso em: 2 dez. 2024.

UNITED STATES. *The Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552. Washington, DC: U.S. Department of Justice, Office of Information Policy, Jan. 21, 2022. Disponível em: <https://www.justice.gov/oip/freedom-information-act-5-usc-552>. Acesso em: 2 dez. 2024.

WEST, Sarah Myers. Censored, suspended, shadowbanned: user interpretations of content moderation on social media platforms. *New Media & Society*, [s. l.], v. 20, n. 11, p. 4.366-4.383, Nov. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/1461444818773059>.

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. *The art of legislating*. Translated by Jorge Yetano Roche. Cham: Springer, 2019. (Legisprudence library: studies on the theory and practice of legislation, v. 6).

ZORNETTA, Alessia. *Online misinformation: improving transparency in content moderation practices of social media companies*. 2021. Thesis (Master of Laws) – McGill University, Montreal, 2021. Disponível em: <https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/rf55zd782>. Acesso em: 2 dez. 2024.

ZUCCOLOTTO, Robson; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. *Transparência: aspectos conceituais e avanços no contexto brasileiro*. Brasília, DF: Enap, 2019. (Coleção governo e políticas públicas). Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/4161>. Acesso em: 2 dez. 2024.

Nota

Este artigo é fruto da pesquisa *Uma taxonomia da transparência na moderação de conteúdo*, conduzida pelo Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (Cepi) da FGV Direito SP entre o início de 2022 e o fim de 2023.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Aprimoramento regulatório no Brasil: incorporando as práticas da OCDE em análises de impacto

Regulatory Improvement in Brazil: Incorporating OECD Practices in Impact Assessments

Christiane Rabelo de Souza¹

Saulo José Casali Bahia²

Resumo

O artigo examina a aplicabilidade da análise de impacto regulatório (AIR) no Brasil de acordo com os padrões da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Com o propósito de salientar sua capacidade de aprimorar a transparência, a eficácia regulatória e o desenvolvimento sustentável, argumenta-se que a integração das práticas da OCDE pode aumentar a previsibilidade e a estabilidade do ambiente de negócios, de modo a atrair investimentos e fomentar o crescimento econômico, ao mesmo tempo em que promove justiça social. É essencial que as regulamentações sejam mais inclusivas e efetivas para a adaptação de uma AIR que respeite a diversidade socioeconômica e regional do País. A metodologia inclui a análise documental e estudos de caso para compreender mais profundamente a AIR e suas implicações. Ao final, enfatiza-se a necessidade de práticas regulatórias globalmente reconhecidas e localmente relevantes e a importância da AIR no incremento da inovação e da inclusão social.

Palavras-chave: governança informada; harmonização internacional; participação cívica; sustentabilidade econômica; equidade regulatória.

¹ Christiane Rabelo de Souza é doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil; pós-doutoranda em Direito no Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil; mestra em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, SE, Brasil; professora dos programas de graduação e pós-graduação *lato sensu* da Anima Educação, São Paulo, SP, Brasil; coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas da instituição Ages, Paripiranga, BA, Brasil; advogada. E-mail: chrisrabeloo@yahoo.com

² Saulo José Casali Bahia é doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, BA, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação *stricto sensu* da UFBA, Salvador, BA, Brasil; professor visitante da University of Florida, Gainesville, FL, EUA, e da Université François Rabelais, Tours, França; líder do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais (PPGD/UFBA); juiz federal da 1ª Região da Seção Judiciária do Estado da Bahia. E-mail: saolocasalibahia@uol.com.br

Abstract

This article examines the applicability of regulatory impact analysis (RIA) in Brazil according to the standards of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). In order to highlight its capacity to improve transparency, regulatory effectiveness and sustainable development, it is argued that the integration of OECD practices can increase the predictability and stability of the business environment, so as to attract investment and foster economic growth, while promoting social justice. It is essential that regulations be more inclusive and effective for an adaptation of RIA that respects the socioeconomic diversity and regional particularities of Brazil. The methodology includes documentary analysis and case studies to gain a deeper understanding of RIA and its implications. Finally, the need for globally recognized and locally relevant regulatory practices and the importance of RIA in increasing innovation and social inclusion are highlighted.

Keywords: informed governance; international harmonization; civic participation; economic sustainability; regulatory equity.

Recebido em 4/7/24

Aprovado em 10/3/25

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p203

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

A dinâmica globalizada da economia contemporânea impõe aos Estados a necessidade de constante atualização e aprimoramento dos seus marcos regulatórios. Nesse contexto, o Brasil enfrenta o desafio de reformar suas práticas regulatórias com o fim de promover um ambiente de negócios estável e ao mesmo tempo propício ao desenvolvimento sustentável e à inclusão social.

³ SOUZA, Christiane Rabelo de; BAHIA, Saulo José Casali. Aprimoramento regulatório no Brasil: incorporando as práticas da OCDE em análises de impacto. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 62, n. 246, p. 203-215, abr./jun. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p203. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/246/ril_v62_n246_p203

⁴ Souza, C. R. de, & Bahia, S. J. C. (2025). Aprimoramento regulatório no Brasil: incorporando as práticas da OCDE em análises de impacto. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 62(246), 203-215. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p203

A análise do impacto regulatório (AIR), prática recomendada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), é uma ferramenta estratégica para atender a essa demanda. Investigam-se aqui as vias pelas quais a AIR pode ser adaptada e implantada no Brasil, com o fim não só de alinhá-lo aos padrões internacionais de regulação, mas também de concretizar políticas públicas que reflitam valores democráticos e o compromisso com a sustentabilidade. Essa implantação insere-se num movimento mais amplo de harmonização regulatória internacional, que contém desafios e oportunidades únicos.

Analisa-se o papel da transparência e da previsibilidade nas políticas públicas e como a integração com as práticas da OCDE pode fortalecer o ambiente regulatório. Além disso, dada a diversidade socioeconômica do País, busca-se entender como se pode adaptar a AIR de modo a respeitar suas particularidades. Para isso, intenta-se responder à questão de como as diretrizes da OCDE sobre a AIR podem ser aplicadas no contexto regulatório nacional.

A pesquisa fundamenta-se em metodologia qualitativa que inclui revisão bibliográfica, análise documental e estudos de caso. Essa abordagem permite uma investigação consistente das práticas de AIR e do seu potencial no Brasil; por meio da AIR e da adoção de práticas baseadas em evidências, ele pode avançar em sua agenda de reformas regulatórias para estimular a inovação, o crescimento econômico e a equidade social.

Espera-se que o estudo contribua para o debate sobre o aprimoramento regulatório no País, ao fornecer uma base analítica para se elaborarem recomendações práticas e se implantarem ações regulatórias eficazes.

2 Harmonização regulatória internacional: desafios e oportunidades para o Brasil

A crescente globalização econômica promove a aproximação entre as regras nacionais e as práticas e padrões internacionais com o propósito de facilitar o comércio e os investimentos. Segundo a OCDE (2022), a regulação é um conjunto de intervenções governamentais que estipulam regras, padrões e requisitos para diversos segmentos sociais e econômicos. Ela não se limita à legislação e a normas produzidas por agências reguladoras; estende-se também a decretos, portarias, instruções normativas e outras espécies de normatização que ditam o funcionamento de múltiplas atividades econômicas e interações sociais.

Mais que um desafio normativo e técnico, esse movimento representa uma oportunidade estratégica para o Brasil impulsionar o desenvolvimento. A OCDE considera a transparência e a previsibilidade nas políticas públicas elementos fundamentais para se criar um ambiente de negócios robusto; elas fortalecem a confiança dos investidores e promovem um cenário regulatório mais eficiente e equitativo.

A OCDE (2012) enfatiza a transparência como pilar da confiança entre governos e *stakeholders*⁵ e como catalisador da eficácia regulatória. A transparência nas políticas públicas é condição *sine qua non* para a estabilidade das operações econômicas e a previsibilidade necessária ao planejamento dos agentes econômicos. A previsibilidade regulatória, por sua vez, é assegurada quando se desenham e se implantam políticas com base em evidências e análises de impacto, aspectos que reduzem a incerteza e permitem à sociedade civil planejar suas ações num terreno mais sólido. A OCDE sustenta que a previsibilidade se reforça com uma regulação que leve em conta a opinião dos envolvidos e que esteja alinhada às melhores práticas internacionais.

No Brasil, o desafio está em superar as barreiras burocráticas e as resistências institucionais que impedem a fluidez da harmonização regulatória. Devem-se estabelecer mecanismos de diálogo entre os diversos setores da sociedade e o governo, com o fim de construir a base regulamentadora que contemple as especificidades nacionais sem se afastar dos padrões internacionais (Santos, 2019, p. 72-75). A harmonização regulatória representa uma oportunidade para o Brasil inserir-se numa dinâmica de mercado mais ampla, beneficiando-se da redução de custos de transação e do acesso facilitado a mercados externos. A experiência de países-membros da OCDE demonstra o sucesso dessa estratégia ao promover ambientes de negócios dinâmicos e competitivos (OCDE, 2012).

Com efeito, deve-se proceder a estudos de impacto que mensurem as consequências específicas dessa adaptação às normas da OCDE. Por isso, o processo de harmonização deve ser progressivo e contar com a participação de todos os setores afetados, a fim de que se realizem eficientemente as mudanças. Orientada pelos princípios de transparência e previsibilidade, a harmonização pode modernizar as estruturas regulatórias. De acordo com a OCDE, a experiência internacional demonstra que a harmonização regulatória é um investimento que gera retorno ao reduzir barreiras no comércio e ao fomentar um ambiente inovador e atraente para investimentos (OECD, 2021).

Em sua trajetória recente de reformas regulatórias, o Estado brasileiro tem percorrido um caminho paralelo às diretrizes da organização (OECD, 2021), ao instituir instrumentos como a AIR e as consultas públicas. Contudo, as observações da OCDE sugerem que há um hiato entre a adoção dessas ferramentas e a existência de uma política regulatória unificada e estratégica que englobe e direcione todas as dimensões regulatórias. Segundo a OCDE (2022), a fragmentação das iniciativas regulatórias pode ser vista como resultado da ausência de uma lei que defina de modo exclusivo uma estratégia abrangente para a melhoria da regulação. As leis nºs 13.848/2019 (*Lei das agências reguladoras (LAR)*) e 13.874/2019 (*Lei de liberdade econômica (LLE)*) representam avanços significativos, mas limitam-se a esferas

⁵ *Stakeholders* são indivíduos ou grupos afetados por atividades e decisões de uma empresa ou organização, tais como acionistas, funcionários, clientes, fornecedores, comunidades e governos. Em suas diretrizes, a OCDE ressalta a importância do engajamento dos *stakeholders*, sobretudo no âmbito da governança corporativa e da política regulatória. Ele é imprescindível ao fomento de políticas eficazes e de governança responsável (Stakeholder [...], 2021).

específicas da regulação e não alcançam todas as entidades com atribuições regulatórias. Dessa lacuna normativa resultam a ineficiência e a falta de alinhamento estratégico que maximize os benefícios da regulação tanto para o mercado quanto para a sociedade.

A ênfase na simplificação administrativa e na digitalização impulsionada pela LLE reflete uma tendência modernizadora e alinhada aos princípios da OCDE (2022); no entanto, essa abordagem não captura plenamente o ciclo regulatório. A melhoria da regulação deve ser considerada em todas as suas fases, desde a identificação do problema de política pública, passando pela escolha e implantação de instrumentos políticos, até o monitoramento e a avaliação *ex post* – sempre com esteio na participação social.

A OCDE recomenda uma visão abrangente e integrada do ciclo regulatório (OECD, 2021). Trata-se de um desafio significativo para o Brasil, dada a complexidade de suas estruturas governamentais e de sua diversidade socioeconômica – e a lacuna regulatória e de coordenação constitui uma barreira ao crescimento econômico sustentável. Para superar esse desafio, é essencial incrementar uma estratégia regulatória unificada e de longo prazo, com objetivos claros e uma abordagem de coordenação eficaz, o que permita melhorar a qualidade da regulação e tornar o País mais competitivo no cenário internacional.

A integração com práticas internacionais não deve ser tomada como um processo de simples adoção de ferramentas, mas como uma oportunidade para remodelar a cultura regulatória, com o fim de promover um ambiente mais dinâmico, responsivo e inclusivo. Apesar do empenho do Estado brasileiro em aprimorar a política regulatória, a falta de uma norma unificadora compromete a eficácia desse esforço. Além disso, a supervisão e a coordenação de diversas instituições são fundamentais para se evitar a sobreposição de funções e responsabilidades e, assim, garantir a melhoria regulatória. Desse modo, ao considerar as recomendações da OCDE, o Brasil deve não só incrementar ferramentas específicas, mas também construir um ecossistema regulatório consistente e adaptável a mudanças econômicas e sociais, mediante uma política regulatória orientada por princípios estratégicos, a qual deve conjugar as esferas pública e privada. Mais que simples formalidade, esse é um imperativo estratégico; trata-se de um posicionamento apoiado num estudo da OCDE (2012) que constata a estreita relação entre a qualidade da regulação e o desempenho econômico dos países.

Embora tenham introduzido melhorias significativas, a LAR e a LLE operam de forma isolada, o que pode levar a uma aplicação e a um impacto descoordenados das práticas regulatórias. Segundo a OCDE (2022), para uma governança eficaz e o fortalecimento da economia, é necessário um marco legal que integre todas as dimensões do processo regulatório. A organização (2022) ressalta a estratégia integrada e de longo prazo e que as reformas devem ser orientadas por objetivos claros. No caso brasileiro, a ausência da norma unificadora dificulta a avaliação de progresso e limita a capacidade de ajustar as políticas quando necessário.

Em suma: a transição para uma regulação econômica alinhada às práticas da OCDE transcende a simples adoção de novas ferramentas; ela requer a institucionalização de

políticas integradas que sustentem o desenvolvimento e estejam em consonância com padrões internacionais.

3 Análise de impacto regulatório: dinâmicas procedimentais e sua conformação no Brasil

A AIR é essencial à governança regulatória contemporânea. Trata-se de uma abordagem sistemática para avaliar os efeitos potenciais de regulações antes da sua implantação. Amplamente reconhecida, é decisiva para aperfeiçoar a qualidade regulatória ao aprimorar a transparência, eficiência e eficácia das políticas públicas.

A implantação da AIR ainda está em processo e enfrenta desafios que espelham as singularidades socioeconômicas e institucionais do País. Sua aclimação põe em evidência a complexidade dos desafios devida a sua significativa diversidade, com disparidades regionais marcantes e um panorama sociopolítico tão rico quanto desafiador. Assim, para tornar efetiva a AIR, é preciso entender como as políticas regulatórias afetam as diferentes regiões e setores econômicos, pois uma política uniforme pode não ser eficaz em todas as áreas. Há, por exemplo, normas de estímulo à inovação tecnológica em centros urbanos avançados que podem não ser aplicáveis ou benéficas em regiões que enfrentam questões básicas de infraestrutura (OCDE, 2022).

Também se devem considerar as particularidades institucionais e sociopolíticas, como os diferentes níveis de governo e as relações entre os setores público e privado; disso resulta, por exemplo, que decisões regulatórias tomadas em Brasília podem ter impactos diversos em São Paulo, Manaus ou no interior do Nordeste. Por conseguinte, um modelo de AIR eficaz deve capturar essas nuances e promover uma investigação tão ampla em seu escopo quanto detalhada em sua aplicação (OCDE, 2022). Isso implica a coleta e o exame de dados regionalizados, consultas públicas com ampla participação dos *stakeholders* e uma avaliação dos impactos regulatórios ancorada no cenário econômico e nas dimensões socioambientais. Em outras palavras, a modelagem da AIR deve incorporar essa capacidade de adaptação e permitir que se reajustem políticas conforme as circunstâncias e os resultados observados, para que as regulamentações propostas sejam não só eficientes do ponto de vista econômico, mas também justas, inclusivas e sustentáveis. Dessa forma, no contexto da modernização regulatória, a AIR é ferramenta que avalia as consequências de propostas normativas, ao assegurar que as decisões sejam tomadas com base em evidências e conhecimento aprofundado dos possíveis efeitos.

Instituída pelo Decreto nº 10.411/2020 e pelas leis nºs 13.848/2019 e 13.874/2019 (Brasil, 2019, [2022a], [2022b]), a AIR consolida-se como mecanismo de uma governança regulatória marcada pela qualificação técnica, pela robustez e pela racionalidade nas decisões dos entes reguladores. Ela exige uma flexão aprofundada sobre os problemas a serem abordados e as opções regulatórias disponíveis, bem como sobre os impactos positivos e negativos dessas

opções, com o propósito de garantir que as melhores informações disponíveis fundamentem a decisão regulatória. Trata-se, pois, de um procedimento analítico que visa assegurar que a regulação não seja uma resposta automática à demanda por normatização, mas um ato deliberado, informado e eficaz.

O Decreto nº 10.411/2020 (Brasil, [2022a]) regulamenta a elaboração da AIR. Pormenoriza o procedimento e os requisitos para isso e determina sua realização antes de se editarem normas regulamentadoras, decretos e outras normas relevantes. São etapas fundamentais da AIR a definição do problema regulatório, a identificação de objetivos, a formulação de alternativas regulatórias e a análise de impactos, que inclui efeitos econômicos, sociais, ambientais e administrativos. Além disso, devem-se realizar consultas públicas a fim de que a sociedade contribua para a formulação de políticas. Empreendida a AIR, elabora-se um relatório que deve acompanhar a proposta regulatória ao longo do processo de decisão.

O decreto também determina que a AIR contenha uma análise comparativa das possíveis alternativas regulatórias (que inclui a opção de não regulamentar), com o objetivo de identificar a alternativa mais benéfica e com o menor custo para a sociedade. Igualmente se deve considerar a possibilidade de remover normas obsoletas ou ineficientes, como parte do esforço contínuo de aperfeiçoamento do ambiente regulatório. O decreto é parte de uma política mais ampla de governança regulatória em linha com as práticas recomendadas por organismos internacionais; sua adoção pretende assegurar que as normas produzidas tenham como base evidências sólidas e análises técnicas, a fim de que contribuam para a previsibilidade e a segurança jurídica.

O Decreto nº 10.411/2020 contém exigências relacionadas à capacitação dos servidores envolvidos no processo de AIR e indica a necessidade de sua formação contínua para que possam aplicar competentemente os métodos e as técnicas de análise. Ademais, a norma reforça o papel das agências reguladoras como atores-chave no processo de aprimoramento regulatório, ao determinar que desenvolvam metodologias adaptadas às especificidades de cada setor regulado. A implantação da AIR delineada no decreto é, pois, um avanço significativo na cultura de formulação de políticas públicas, ao assegurar intervenções regulatórias mais bem fundamentadas, orientadas por evidências e alinhadas com o interesse público. Embora mais recente que a de outros países, a experiência das agências reguladoras tem evoluído para incorporar essa ferramenta analítica a seu arsenal regulatório. Apesar do caráter desburocratizante, paradoxalmente a LLE (Brasil, [2022b]) fortalece a AIR ao determinar a sua obrigatoriedade, o que reflete a crescente preocupação com o aprimoramento do processo regulatório.

A AIR deve apresentar informações e dados acerca dos efeitos de um ato normativo, com o fim de permitir a verificação da razoabilidade do impacto econômico envolvido. Trata-se de um movimento legislativo que busca tanto reduzir a intervenção estatal desnecessária quanto assegurar que toda regulamentação seja fundamentada e justificada. A viabilidade da AIR decorre de sua capacidade de proporcionar uma avaliação sistemática das

consequências de novas regulamentações, o que contribui para reduzir custos regulatórios e promover um ambiente de negócios mais dinâmico e previsível.

No entanto, a aplicabilidade da AIR enfrenta desafios. Além do investimento significativo na formação dos servidores públicos e na estruturação de equipes multidisciplinares que abordem os diversos aspectos envolvidos nas regulamentações, a AIR depende de dados confiáveis e atualizados, o que pode ser um obstáculo devido à carência de bases de dados estruturadas e de sistemas de informação integrados no setor público; e, para sustentar as análises de impacto, é imprescindível coletar, processar e interpretar dados. Outro desafio é mudar a cultura regulatória das instituições, que frequentemente resistem a novas metodologias. Assim, interesses estabelecidos e a inércia institucional podem obstar a transição para um modelo mais analítico e fundado em evidências (OCDE, 2022). Como a regulação estatal é segmentada, com distintas agências e órgãos com autonomia regulatória, outro desafio é padronizar a aplicação da AIR em diferentes esferas e níveis de governo para garantir a coerência e a uniformidade na qualidade regulatória. Esse procedimento pressupõe a contribuição de uma sociedade civil bem-informada e comprometida mediante mecanismos transparentes e acessíveis a consulta pública, além da constante reavaliação das normas implantadas e da disposição de realizar ajustes ou desregulamentações quando as normas não mais atingirem os objetivos propostos.

Porém, a alocação de recursos suficientes é um obstáculo, sobretudo num contexto de restrições orçamentárias. O alinhamento da AIR com as políticas e prioridades do Estado exige planejamento estratégico e coordenação eficaz entre os diferentes setores da Administração Pública. Conforme o princípio da transparência, os processos e os resultados das análises devem ser amplamente divulgados e acessíveis, a fim de se legitimarem as decisões regulatórias. Nisso reside a dificuldade de se desenvolverem sistemas asseguradores dessa transparência sem comprometer as informações sensíveis ou a propriedade intelectual. Embora a AIR seja um instrumento de natureza executiva, é necessário sensibilizar o Poder Legislativo não só para dele obter apoio à avaliação regulatória baseada em evidências, mas também para alertá-lo sobre a importância da qualidade das leis.

A característica da interseccionalidade deve ser incorporada ao processo de análise para considerar como diferentes populações podem ser afetadas pelas normas, o que implica aprofundamento metodológico e uma perspectiva ampliada de investigação. Saliente-se também tanto a intersecção da teoria com a prática regulatória quanto a abordagem de cada desafio para que se maximize a eficácia do instrumento (OCDE, 2022).

A implantação bem-sucedida da AIR depende do enfrentamento desses desafios e requer compromisso político e institucional de longo prazo para aprimorar a governança regulatória. E esse confronto envolve o esforço coordenado dos diferentes Poderes e esferas governamentais com a academia e a sociedade civil.

4 Análise de impacto regulatório: casos concretos

Há um campo fértil para a análise da interação da teoria da AIR com a sua implantação. Por meio do exame de casos concretos, é possível identificar padrões de desafios e de êxitos para o aperfeiçoamento do mecanismo.

Um exemplo é a regulamentação do setor de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). A AIR assegurou mudanças normativas que promovessem a competitividade e a inovação e que, ao mesmo tempo, protegessem os consumidores. Os desafios observados na incorporação de todas as partes interessadas no processo de consulta pública demonstram a necessidade de formas mais eficazes de engajamento dos *stakeholders* (Anatel, 2021). Em outro setor, o de energia elétrica, a implantação acarretou a revisão de normas relacionadas à expansão da geração de energia renovável. As dificuldades nesse cenário envolveram equilibrar os interesses econômicos com a sustentabilidade ambiental e a justiça social. O sucesso foi parcialmente alcançado com a criação de incentivos para a adoção de energias renováveis; contudo, a análise poderia ter-se beneficiado de uma avaliação mais sólida dos impactos socioeconômicos de longo prazo. Ambos os exemplos ressaltam que ainda há desafios, embora a AIR possa aprimorar a regulação. Desse modo, a capacitação técnica para realizar análises, a integração de considerações de longo prazo e a participação efetiva dos interessados requerem atenção.

A experiência brasileira comprova a necessidade de constante revisão dos procedimentos, para assegurar que sejam inclusivos e capazes de capturar a dinâmica e a diversidade dos cenários regulatórios. Apesar de a AIR ter influído positivamente nas políticas regulatórias da Anatel, ao garantir a promoção da competitividade e a proteção dos consumidores, permanece o repto de incluir todas as partes interessadas no processo, o que ressalta a carência de mecanismos de engajamento que possibilitem a coleta de perspectivas e contribuições, com o objetivo de ampliar a base de evidências para a tomada de decisão (Anatel, 2021).

Especialmente quanto à expansão da geração de energia renovável, a aplicação da AIR pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) exemplifica o complexo equilíbrio entre interesses econômicos, sustentabilidade e justiça social. A criação de incentivos para energias renováveis foi um passo positivo, mas a falta de uma avaliação de impacto socioeconômico mais aprofundada revelou a oportunidade de incremento da AIR (Aneel, 2023).

Esses casos revelam uma conjuntura em que a AIR é capaz de contribuir significativamente para a melhoria do ambiente regulatório. É fundamental um aperfeiçoamento metodológico que contemple na análise técnica uma abordagem que considere os aspectos socioeconômicos de longo prazo (OCDE, 2022). Para que cumpra seu papel de instrumento facilitador de desenvolvimento equilibrado e sustentável, a AIR deve ser continuamente aprimorada, para integrar eficazmente as distintas vozes e realidades do contexto regulatório.

5 Regulação e práticas baseadas em evidências

De acordo com a recomendação da OCDE, a implantação de práticas baseadas em evidências é um passo significativo para fazer avançar a regulação. Elas têm implicações profundas na inovação regulatória e melhoram substancialmente a qualidade das políticas públicas. No contexto da OCDE, a coleta e a análise de dados são relevantes para entender as dinâmicas sociais, econômicas e ambientais, pois permitem aos formuladores de políticas públicas identificarem os problemas com precisão, desenvolverem intervenções direcionadas e monitorarem a eficácia das políticas implantadas (OCDE, 2022).

A utilização de dados na formulação de políticas exige a construção de capacidades estatísticas e analíticas em órgãos governamentais e a promoção de uma cultura que valorize a tomada de decisões baseada em evidências. Isso envolve desde a coleta e o compartilhamento de dados até o desenvolvimento de técnicas de análise de dados avançadas, como a mineração de dados e a análise preditiva (OCDE, 2022). Assim, para que os dados desempenhem papel central na formulação de políticas eficazes, é preciso desenvolver a capacidade dos órgãos governamentais de identificarem a urgência no investimento em tecnologias de mineração de dados e análise preditiva, em que transparecem padrões e tendências essenciais à tomada de decisão (OCDE, 2022).

A mineração de dados envolve o uso de técnicas estatísticas, de aprendizado de máquina e de inteligência artificial para se extrair conhecimento de grandes conjuntos de dados. Esse processo permite revelar *insights* e identificar correlações e causas subjacentes a certos fenômenos. As análises de dados podem, por exemplo, ser empregadas para prever surtos de doenças, aperfeiçoar a alocação de recursos ou identificar as necessidades de infraestrutura em regiões carentes (OCDE, 2022). Por sua vez, na análise preditiva usam-se dados históricos para prever eventos e contribuir para a concepção de políticas preventivas em vez de repressivas – o que pode ser utilizado para a prevenção de crimes, o planejamento urbano e o desenvolvimento de políticas de educação e saúde pública que antecipem as necessidades da população (OCDE, 2022).

No contexto da regulação estatal, o princípio da prevenção alicerça a implantação de políticas e atividades econômicas. Sob esta óptica, o Estado e os agentes privados são compelidos a adotarem as medidas de cautela possíveis, respaldadas por conhecimentos técnicos e científicos, para minimizar riscos e danos potenciais (Justen Filho, 2023, p. 32-35). A aplicação do princípio da prevenção ou da precaução realiza-se, pois, mediante a proporcionalidade, o que exige uma análise comparativa metódica dos possíveis desfechos de distintas opções. A escolha recai sobre a alternativa que simultaneamente minimize o potencial nocivo e maximize a capacidade de gerar resultados benéficos. Desse modo, é imperativo buscar um equilíbrio prudente que reconheça a impossibilidade de eliminar integralmente o risco de danos (Justen Filho, 2023, p. 32-35).

Nessa perspectiva, a incorporação do princípio da prevenção no âmbito da AIR é decisiva para o aprimoramento regulatório; sua instrumentalização adquire profundidade ao

transplantar a consideração apenas das repercussões imediatas de uma regulamentação, ao alcançar as possíveis consequências em longo prazo e, por conseguinte, alinhar-se com um modelo de governança que privilegia a sustentabilidade e a segurança jurídica.

A incorporação efetiva dessas técnicas na formulação de políticas públicas depende de um esforço coordenado. Uma governança assentada em dados é um passo significativo em direção a políticas mais efetivas e eficientes. Desse modo, a AIR fomenta a democracia participativa ao incorporar opiniões de *stakeholders* no processo regulatório.

A superação dos entraves institucionais, da capacidade burocrática limitada e da necessidade de maior cooperação interinstitucional são substanciais para que se consolide a AIR; para simplificar esse enfrentamento, há o benefício de uma abordagem que incorpore lições de países-membros da OCDE, adaptando-as ao contexto nacional. Esse cenário aproximaria o País das melhores práticas internacionais e catalisaria da modernização da governança pública. Relativamente ao desenvolvimento sustentável, a AIR permite por menorizar possíveis impactos de novas regulamentações e contribui para a formulação de políticas que conciliem o crescimento econômico com a proteção ambiental e a inclusão social (OCDE, 2022).

Além disso, é necessário fomentar a cooperação interinstitucional, conforme a necessidade de estimular o esforço colaborativo entre diferentes agências e níveis de governo, o que contribuiria para o compartilhamento de dados e de melhores práticas e asseguraria uma abordagem abrangente e integrada na análise dos impactos regulatórios (OCDE, 2022).

6 Conclusão

A incorporação das práticas da AIR da OCDE representam uma oportunidade para o Brasil aprimorar a qualidade e a eficiência da regulação e promover a inclusão social. A transparência, a participação pública e a adaptação estratégica às especificidades do contexto nacional são essenciais. Essa harmonização regulatória com a incorporação das boas práticas da OCDE pode posicionar o Brasil como parceiro global forte, atrair investimentos e fomentar o crescimento econômico sustentável.

No entanto, para isso é preciso o compromisso com a adaptação das ferramentas de AIR que considere a diversidade econômica, regional e social do País. A adoção de uma abordagem de AIR simultaneamente global em sua excelência e local em sua aplicação, pode garantir regulamentações que fomentem a inovação, protejam o meio ambiente e promovam a justiça social, pavimentando o caminho para um futuro em que as políticas públicas deixem de ser apenas regras a serem seguidas e representem instrumentos de transformação e inclusão social, para fortalecer o compromisso com o bem-estar de todos os cidadãos.

Dados os desafios e as potencialidades expostos neste estudo, urge que os formuladores de políticas, os órgãos reguladores e outras partes interessadas adotem um roteiro

estratégico para a implantação eficaz da AIR. É essencial estabelecer metas precisas, promover iniciativas de capacitação e incentivar o diálogo entre os diferentes segmentos da sociedade para assegurar sua aplicação transparente e bem-sucedida. A incorporação de práticas internacionais consagradas e o compromisso com a transparência e a avaliação contínua podem catalisar a reforma regulatória e reforçar a governança pública. É indispensável formar alianças estratégicas e promover estudos que estimulem a inovação e o aperfeiçoamento regulatório.

A pesquisa jurídica ultrapassa os limites da mera formulação de teorias e avança significativamente em direção à aplicação efetiva. Com o fim de compor uma base empírica que resulte em normas e atos administrativos atentos aos desafios contemporâneos, deve a comunidade acadêmica engajar-se ativamente nos processos de decisão da Administração Pública para que a regulação conjugue a excelência teórica com a viabilidade prática.

Referências

ANATEL (Brasil). *Relatório de análise de impacto regulatório (2021)*. Brasília, DF: Anatel, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/anatel/pt-br/dados/relatorios-de-acompanhamento/2021#R2021_36. Acesso em: 21 mar. 2025.

ANEEL (Brasil). *Guia de boas práticas para monitoramento da regulação e avaliação de resultados regulatórios*. Brasília, DF: Aneel, 2023. Disponível em: https://git.aneel.gov.br/publico/centralconteudo/-/raw/main/manuaisinstrucoes/pdecisorio/2023_Relatorio_ARR.pdf. Acesso em: 21 mar. 2025.

BRASIL. *Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020*. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm. Acesso em: 21 mar. 2025.

_____. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em: 21 mar. 2025.

_____. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acesso em: 21 mar. 2025.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Forense, 2023. E-book.

OCDE. *Recomendação do Conselho sobre política regulatória e governança*. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: https://www.oecd.org/pt/publications/recomendacao-do-conselho-sobre-politica-regulatoria-e-governanca_9789264209084-pt.html. Acesso em: 21 mar. 2025.

_____. *Reforma regulatória no Brasil*. Paris: OCDE, 2022. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/reforma-regulatoria-no-brasil_f7455d72-pt. Acesso em: 21 mar. 2025.

OECD. *OECD regulatory policy outlook 2021*. Paris: OECD, 2021. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2021_38b0fdb1-en. Acesso em: 21 mar. 2025.

SANTOS, Marcelo Figueiredo. *Transparência regulatória e competitividade: o caminho brasileiro para a OCDE*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

STAKEHOLDER engagement. *OECD Web Archive*, [s. l.], 1st Aug. 2021. Disponível em: <https://web-archive.oecd.org/2021-08-02/585272-stakeholderengagement.htm>. Acesso em: 21 mar. 2025.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Artigo em
língua estrangeira



Los cambios en la legislación brasileña en materia de Derecho Penal Económico: tendencias en política legislativa penal

Changes in Brazilian Legislation on Economic Criminal Law: Trends in Criminal Legislative Policy

Chiavelli Facenda Falavigno¹

Resumen

Este estudio se centra en los cambios legislativos ocurridos en Brasil desde la promulgación de la Constitución en 1988, especialmente en la legislación penal económica. En el artículo se define qué se entiende por *política legislativa penal* y *Derecho Penal Económico* para establecer el marco teórico y el alcance del objeto. Luego de una breve introducción se analizan los cambios legislativos producidos en el ámbito del Derecho Penal Económico (*Código penal* y normas conexas), con el objetivo de comprobar la hipótesis inicial de que se han intensificado tanto la criminalización como el uso de técnicas legislativas problemáticas en este ámbito. Otro objetivo es investigar las posibles tendencias en los cambios legales. La investigación se basa especialmente en la literatura española y en la recopilación de datos empíricos que pueden o no corroborar ese punto de vista. La metodología consiste en una revisión bibliográfica y un análisis legislativo y documental.

Palabras clave: Derecho Penal Económico; política legislativa penal; Constitución brasileña; cambios legislativos; aumento de la criminalización.

Abstract

This study focuses on legislative changes that have occurred in Brazil since the promulgation of the Constitution in 1988, especially in economic criminal legislation. The article defines what is meant by *criminal legislative policy* and *Economic Criminal Law* to establish the theoretical framework and the scope of the object. After a brief introduction, legislative changes produced within the scope of the Economic Criminal Law (*Penal Code* and related norms) are analysed, with the objective of proving the initial hypothesis that both

¹ Chiavelli Facenda Falavigno é doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutoranda na Universidade de Málaga, Málaga, Espanha; professora e pesquisadora da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil. E-mail: chiavelli.falavigno@gmail.com

criminalization and the use of problematic legislative techniques have been intensified in this area. Another objective is to investigate possible trends in legal changes. The investigation is based especially on Spanish literature and on the collection of empirical data that may or may not corroborate this point of view. The methodology consists of a bibliographic review and a legislative and documentary analysis.

Keywords: Economic Criminal Law; criminal legislative policy; Brazilian Constitution; legislative changes; increase in criminalization.

Recebido em 3/6/24

Aprovado em 23/8/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p219

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

Esta investigación analiza los cambios ocurridos en la legislación brasileña en materia de Derecho Penal Económico (DPE) desde la promulgación de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 (CRFB). La idea es abordar la tendencia político-legislativa con base a las normas modificadas, añadidas y revocadas en ese período⁴. La investigación no incluye disposiciones procesales penales, las cuales serán mencionadas solo de manera complementaria. Se entiende que la CRFB dio lugar a una nueva perspectiva en materia política y normativa, sobre todo porque buscó regular diversos temas, incluyendo aspectos político-criminales. Algunas disposiciones relacionadas a la criminalización de conductas que ofenden al orden económico provienen directamente del art. 225 de la CRFB, sobre el medioambiente. Esta cuestión se tratará con profundidad al inicio de la segunda parte de este trabajo.

2 FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Los cambios en la legislación brasileña en materia de Derecho Penal Económico: tendencias en política legislativa penal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 246, p. 219-238, abr./jun. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p219. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/246/ril_v62_n246_p219

3 Falavigno, C. F. (2025). Los cambios en la legislación brasileña en materia de Derecho Penal Económico: tendencias en política legislativa penal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(246), 219-238. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n246_p219

4 Este trabajo no tiene como objetivo analizar detenidamente los documentos del proceso legislativo, lo que se está haciendo específicamente con la ley brasileña de blanqueamiento de capitales en otra investigación.

Los objetivos de esta investigación son: a) realizar una sistematización de estos cambios legislativos ocurridos en el ámbito del DPE; b) verificar si es posible observar una tendencia en la materia; c) verificar si se observa alguna de las dos tendencias mencionadas y si se puede comprobar la hipótesis predominante en la literatura⁵, según la cual ha habido un aumento constante de la punición en el ámbito económico; d) observar si entre el número total de leyes penales promulgadas en el período analizado, puede ser significativo el porcentaje de leyes sobre economía; e) verificar si existe alguna conexión entre la criminalización de la economía y la ideología del partido de los presidentes entre 1988 y 2021 y su participación e influencia política en el proceso legislativo; f) verificar si la promulgación de esas leyes tuvo algún efecto en el encarcelamiento por crímenes relacionados con el orden económico; g) contribuir a la creación y desarrollo de un campo de investigación propio de la política legislativa penal (PLP), ayudando a ajustar una agenda de temas; y h) estrechar el contacto con la literatura española en esa materia.

En el ámbito jurídico dogmático –principalmente por la prevalencia de investigaciones que tienen como metodología única la revisión bibliográfica–, los trabajos con análisis más allá de la lectura de textos ya publicados sobre el tema cuentan con una presencia casi anecdótica; y es común la repetición de muchas ideas sin que exista siquiera un análisis de datos para su comprobación. Esta es, por cierto, una importante crítica: la necesidad del abordaje de las ciencias criminales de forma integrada, lo que se puede hacer aprovechando mejor, en la construcción de criterios dogmáticos, los análisis empíricos realizados con aportes de criminología y política criminal.

En la primera parte de esta investigación, se realiza un análisis teórico, por medio de una revisión bibliográfica y su consiguiente crítica, y trata dos temas. En primer lugar, se delimita lo que se entiende por *política legislativa penal*⁶, concepto utilizado posteriormente para el análisis de los resultados obtenidos. El marco teórico utilizado toma como base, sobre todo, la literatura española. Esta elección se justifica por la importancia de las investigaciones realizadas por José Luis Díez Ripollés sobre el tema, en el ámbito del Instituto Andaluz de Criminología de la Universidad de Málaga. En segundo lugar, se define *Derecho Penal Económico*, aclarándose qué tipos penales serán considerados como objeto de análisis. El criterio predominante adoptado para esa selección de leyes y de tipos será el del bien jurídico protegido por la ley, declarado en ella o no, con algunos aportes críticos. Ese

⁵ Entre los autores que adoptan la perspectiva de proliferación de leyes penales en el sector económico, sobre todo en las décadas de 1980 y 1990, se pueden citar Helena Lobo da Costa, René Ariel Dotti y Luiz Regis Prado. Muchos autores brasileños inspiran sus estudios en las ideas de Jesús María Silva Sánchez, que investiga la expansión penal y sus consecuencias en ese sector.

⁶ La idea de política legislativa y los temas que hacen parte de su agenda no están delimitados uniformemente por la literatura.

criterio se justifica una vez que se hayan analizado las leyes en abstracto⁷, y la protección de bienes jurídicos es lo que hace legítima una criminalización (Bechara, 2009).

En la segunda parte del trabajo se utiliza la metodología de investigación documental legislativa. Se analizan dos tablas ya construidas y se construye una tercera⁸. Las dos tablas inicialmente utilizadas recogen todas las normas penales promulgadas entre 1988 y 2021; la primera incluye las leyes que alteraron el Decreto-ley nº 2.848/1940 (*Código penal* (CP)) y la segunda, las llamadas *leyes penales especiales*⁹. De estas tablas se extraen las disposiciones que pertenecen al ámbito del DPE, conforme a los criterios que se encuentran detallados en la primera parte de la investigación. Esas disposiciones serán objeto de análisis para la construcción de la tercera tabla.

2 La construcción de los marcos teóricos

Como en este estudio se analizan los cambios legislativos en materia de DPE ocurridos en el sistema penal entre 1988 y 2021, desde el punto de vista de la PLP, es conveniente delimitar ambos conceptos.

2.1 La política legislativa penal como un campo de investigación

La idea de *ciencias criminales* –entendidas como un enfoque multidisciplinario que incluye Derecho Penal, Proceso Penal, Criminología y política criminal– ya se encuentra muy difundida en Brasil, aunque todavía muchos currículos de cursos de Derecho terminan por sobreponer la dogmática a las demás áreas, lo que supone que la formación de los futuros profesionales del campo no incluye un abordaje suficientemente atento a la elaboración de la legislación. Esto repercute luego en la escasez de trabajos de investigación del área penal que se dedican precisamente al procedimiento legislativo, a las decisiones criminalizadoras, al análisis de los documentos que atañen a la argumentación y a los debates que ocurren en el Congreso, a los trámites de los proyectos de ley, los estudios empíricos, las consultas populares a ese respecto e incluso a las normativas internas del Legislativo –es decir, los regímenes, las funciones y las competencias de órganos, como la Comisión de Constitución y Justicia o las consultorías legislativas. Todos esos temas no forman parte de la agenda predominante de investigación en el campo penal.

⁷ En el análisis de casos concretos, puede pasar que un delito lesione otros bienes jurídicos más allá de los que el legislador ha deseado proteger por medio de la criminalización –por ejemplo, en escándalos de corrupción. Sin embargo, la metodología elegida para esta investigación (análisis de leyes en abstracto) hace del bien jurídico inicialmente pensado por el legislador lo criterio más adecuado para la selección de tipos.

⁸ La obra utilizada como referencia para las leyes especiales fue Mendonça y Dupret (2021). La tabla fue complementada con más leyes obtenidas por medio de búsquedas en internet.

⁹ Incluidas las que no son totalmente penales, pero poseen disposiciones criminalizadoras.

Es urgente hacer en Brasil un mayor hincapié en los estudios relacionados con la ciencia de la legislación, para que se pueda definir un campo de investigación aplicado al Derecho Penal, sobre todo a la política criminal. El reconocimiento del carácter político de las normas jurídicas y la innegable interdisciplinariedad que reina en el campo legislativo –o sea, la total insuficiencia de la dogmática penal para analizarlo– son los puntos clave que permiten dar inicio a la conceptualización de lo que se entiende por PLP. La participación de científicos en un campo político, ideológico e influido por los centros mediáticos y las demandas electorales, como suele ser el Legislativo, parece ser el camino más corto para la construcción de parámetros de racionalidad legislativa:

Así, el legislador goza de autonomía para formular en exclusiva la política legislativa en materia penal, lo que abarca la selección de los bienes jurídicos a proteger, los comportamientos a prohibir y las penas a imponer. No obstante, la política legislativa de control penal tiene que acomodarse a las pautas constitucionales; el estricto respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas suele ser el criterio de referencia determinante (Díez Ripollés, 2019, p. 159).

La legislación es producto de una decisión política; se trata de un proyecto político criminal que incluye diferentes medidas para combatir la violencia, y por ello la confección de leyes penales en alguna medida debe insertarse en ese contexto. Por otra parte, incluso las decisiones políticas deben ser fundamentadas y justificadas en los datos de la realidad social que pretenden alterar. En 2021, se añadió a la CRFB una determinación para el Poder Ejecutivo que versaba sobre la necesidad de evaluación constante de las políticas públicas¹⁰:

La acción de crear y promulgar la norma jurídica (y la norma jurídico-penal) es una acción más, dentro de las políticas públicas (en nuestro caso, referidas a ciertos conflictos sociales, que se pretenden resolver –entre otros medios– a través de prohibiciones y de sanciones). Por ello, justificar dicha norma y su contenido prescriptivo solamente es posible en el marco del conjunto de dichas políticas. Nunca fuera: el esfuerzo por justificar normas jurídicas sin referirse a objetivos políticos (y a la justificación de estos) resulta siempre inútil (Paredes Castañón, 2014-2015, p. 119).

La política criminal y la PLP –que no coinciden pero sí cuentan con puntos afines– pueden ser comprendidas como un conjunto de medidas para la solución de problemas colectivos, como la seguridad pública, y es esencial evaluar sus resultados para la definición de sus rumbos. Esta evaluación también debe formar parte de la agenda de estudio del área de PLP. Sin embargo, se observa en la práctica que muchas de esas leyes no forman parte de

¹⁰ “Art. 37 [...] § 16. Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021)” (Brasil, [2024a]).

un proyecto con fines determinados y no se fundamentan en datos de la realidad: no tienen otra justificación más que el sentimiento de indignación colectiva (Díez Ripollés, 2019, p. 120), ni otro propósito más allá de los electorales. La falta de evaluaciones que puedan aportar datos que confirmen que las finalidades declaradas de la ley fueron cumplidas contribuye a que los discursos ideológicos predominen en el área.

La racionalización del proceso de confección de leyes penales presupone un estudio que se profundice en todas sus etapas: las funciones del Poder Legislativo como agente de política criminal, la inserción de evaluaciones y estudios de impacto, la definición de una agenda, la construcción de espacios de intercambio entre científicos y políticos en el área de violencia, etc.

Por lo tanto, esta investigación se centra principalmente en la observación de los resultados abstractos (la ley) de las decisiones tomadas por el Poder Legislativo en la definición de los puntos que componen el diseño de la política criminal (criminalización de conductas, definición de sanciones y procedimientos específicos) aplicados al bien jurídico *orden económico*. Este estudio no se enfoca en los documentos referentes a esos procesos legislativos, pero sí en los resultados –en las leyes propiamente dichas– para saber si existe una tendencia de mayor o menor criminalización en el sector.

2.2 El Derecho Penal Económico: ¿una definición posible?

Este estudio se decanta por la opción del DPE, que es un campo que se encuentra en acalorado debate en Brasil desde estos últimos años. La expansión de la criminalización en el sector económico, con la creación de más tipos penales y el aumento reiterado de sanciones es mencionada por gran parte de la literatura. Lo que se pretende aquí es verificar si realmente ha ocurrido, de qué manera y cuáles son sus efectos.

Considerando el análisis propuesto, es importante fijar un concepto de DPE y definir qué criterio se utilizará en la elección de los delitos a analizar, y lo que se entiende por DPE para los fines de esta investigación. Se puede clasificar al DPE de diversas maneras: de acuerdo con los agentes, con el objeto, con el bien jurídico ofendido, etc. Se pueden también combinar estos criterios de manera que precisen todavía más lo que se pretende examinar.

En primer lugar, debe ser subrayado que son muchos los términos utilizados por la literatura, como *derecho penal de la empresa*, *criminalidad de cuello blanco*, etc. La expresión *criminalidad de cuello blanco* remonta a los estudios de Sutherland, relacionándose con la figura de los agentes, los cuales no caben fácilmente en la categoría de los *delincuentes comunes*. A su vez, la expresión *criminalidad de la empresa* se refiere al ambiente de comisión de dichos delitos, o sea, al hecho de que ocurran en el ámbito de actividades propias de las personas jurídicas.

La expresión *Derecho Penal Económico* ha sido más relacionada con los bienes jurídicos lesionados por medio de la conducta practicada:

Lo característico del Derecho penal económico es que los delitos que lo integran tutelan un conjunto de bienes jurídicos supraindividuales, que representan, de un lado, las principales instituciones de nuestro modelo u orden económico (libre competencia, mercado bursátil, sistema crediticio, confianza en la información societaria, etc.) y, de otro, los mecanismos de intervención del Estado en la economía (Hacienda pública, Seguridad Social, subvenciones públicas, regulación del comercio exterior, etc.). [...] No obstante, y pese a los esfuerzos doctrinales, no se han aislado con precisión los bienes jurídicos propios del Derecho penal económico y, por otro lado, resulta complicado en ocasiones trazar una línea de división clara entre lo patrimonial y lo supraindividual (Mata Barranco; Dopico Gómez-Aller; Lascuraín Sánchez; Nieto Martín, 2018, p. 47).

Aparte de la dificultad de delimitar el bien lesionado por algunas conductas, como es el caso del blanqueo de capitales, hay contradicciones con respecto al concepto de *bien supraindividual*, criterio que, según Tiedemann (1983, p. 68), es esencial para diferenciar entre criminalidad económica y criminalidad patrimonial, todavía más cuando se trata de la protección a particulares, como consumidores o competidores. Sin embargo, el criterio del bien jurídico parece ser el más adecuado para esta investigación, sobre todo teniendo en cuenta que en el Derecho Penal la protección de bienes jurídicos es el fundamento primero para nuevas criminalizaciones. Todos los tipos penales que forman parte del ordenamiento deben proteger algún bien jurídico, y la promulgación de una ley penal no se encuentra justificada y legitimada en el sistema normativo si no se puede encontrar el bien ahí tutelado. Atendiendo, además, a que esta investigación versa sobre las leyes de manera abstracta –es decir, no se abordan casos concretos o juzgados, pero sí la propia norma–, el bien jurídico declarado en la ley o reconocido por la literatura es fundamental para elegir lo que se puede considerar un crimen económico.

Costa (2013, p. 66) determina de manera más concreta qué tipos de criminalizaciones podrían ser considerados como parte de la criminalidad económica en el Derecho Penal:

Assim, entende-se que os crimes econômicos se referem a: (i) elementos do sistema financeiro, inclusive a moeda e as instituições que a colocam em circulação e que concedem crédito; (ii) liberdade de atuação no mercado, incluindo a concorrência; (iii) arrecadação tributária do Estado; (iv) elementos de política econômica do Estado; (v) relação com o consumidor, na qualidade de destinatário de um conjunto de relações econômicas; e (vi) crimes ambientais.

Sin embargo, hay leyes que poseen muchos tipos penales distintos, y algunos de ellos tienen más características del DPE que otros. Así, otras reflexiones también son cruciales para la delimitación de los tipos que se pueden considerar como criminalidad económica, como la repercusión del daño: “Se trata de una delincuencia vinculada a las estructuras de la globalización y financiarización de la economía, que genera ingentes costes económicos,

entre los que deben contarse, junto a los perjuicios directos, los derivados de los efectos resaca y espiral” (Terradillos Basoco, 2015, p. 14). El hecho de que el crimen pueda o no ser considerado como parte de la llamada *criminalidad económica* necesita también de un análisis dinámico, más allá de la mención abstracta al bien jurídico. Es el caso de la legislación ambiental, en la cual muchos delitos suelen ser cometidos por personas físicas sin relación directa con actividades empresariales, como aquellos relacionados con pintadas en bienes de valor cultural¹¹.

Por otro lado, como ya se mencionó, existen tipos penales respecto de los cuales no hay consenso sobre el bien jurídico tutelado, como el blanqueo de capitales. Una parte de los autores afirma que sería el orden económico, mientras que la otra defiende que sería el bien jurídico del crimen antecedente, o la misma administración de la justicia (Martinelli, 2012, p. 48). Sin embargo, se optará por incluir dicho delito en el análisis a causa de sus características, como el objeto material, las obligaciones que genera en las instituciones financieras (incluso con la necesidad constante de programas de cumplimiento para la prevención de esas conductas) y la afectación en general del orden económico que produce. Del mismo modo, se incluyen los crímenes de licitaciones y contratos públicos, no solo por relacionarse con conductas perpetradas en el ámbito de personas jurídicas, sino también por afectar, entre los bienes jurídicos protegidos, la competencia entre empresas, esencial para la idea de orden económico.

Hay también delitos que se quedan en una zona gris: su práctica puede tener repercusión en la economía dependiendo del caso en particular, pero no afecta a la economía como bien jurídico de manera directa. Entre los casos se encuentran, por ejemplo, la corrupción y otros delitos contra la Administración Pública, así como algunos delitos contra las relaciones de trabajo. Estos crímenes pueden –dependiendo del agente, del montante desviado, del contexto político, etc.– influenciar en diversos aspectos de la economía, por ejemplo, en la competencia entre empresas o en el presupuesto de políticas públicas. Sin embargo, como este artículo investiga los cambios legales de manera abstracta, estos delitos no se analizan. Además, algunas de las alteraciones consideradas relevantes son mencionadas en nota, a título complementario.

3 El análisis de datos

Partiendo de los conceptos de PLP y DPE, se analizan los cambios legislativos ocurridos en el ámbito del Derecho Penal brasileño entre 1988 y 2021; a continuación, se justifica el periodo temporal y el contexto de su escenario político.

¹¹ No son objeto de esta investigación las leyes que tratan exclusivamente ese tipo de delito.

3.1 La Constitución y el escenario político a partir de 1988

Como punto de partida para este análisis se eligió el año 1988, cuando se promulgó la CRFB. La relevancia del marco reside en que ella, más allá de consolidar el período democrático, cubre muchos temas, incluyendo disposiciones tanto penales como de política criminal. La regulación de los derechos fundamentales y de garantías penales como la legalidad también se encuentra recogida en el texto, en el extenso art. 5º. La CRFB alude específicamente a la economía, y el art. 170 dispone todo lo que estaría cubierto por la idea de *orden económico*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (Brasil, [2024a]).

De hecho, la concepción del artículo no corresponde precisamente a lo que entiende la literatura especializada por el bien jurídico *orden económico*, como se infiere de la mención a la propiedad privada, que podría llevar al entendimiento de que los delitos patrimoniales deberían estar incluidos en este concepto¹². La protección del medio ambiente también está amparada por la CRFB, que se remite a la responsabilidad por la vía criminal:

¹² Sobre ese punto, este análisis se mantiene en línea con lo explicado en la primera parte de la investigación.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (Brasil, [2024a]).

Con respecto al escenario político, Brasil ha sufrido una serie de cambios después del período dictatorial, y partidos políticos con diferentes ideologías se han alternado en el poder. A partir de 1988, se sucedieron como jefes del Poder Ejecutivo José Sarney (PMDB, 1985-1990), Fernando Collor (PRN, 1990-1992), Itamar Franco (PMDB, 1992-1995), Fernando Henrique Cardoso (PSDB, 1995-2003), Luiz Inácio Lula da Silva (PT, 2003-2011), Dilma Rousseff (PT, 2011-2016), Michel Temer (PMDB, 2016-2019), Jair Bolsonaro (PSL y PL, 2019-2022) –y nuevamente Lula da Silva a partir de 2023.

En un estudio sobre el período 1989-2016, Campos y Azevedo (2020) concluyen que no se puede atribuir una política criminal más o menos punitiva dependiendo del espectro político del jefe del Ejecutivo. En la práctica se observa la alternancia entre diferentes proyectos, casi todos rigoristas y sin comprobación empírica de la efectividad de las leyes, denotando una ausencia de objetivos claros en la política criminal¹³, lo que impide la construcción de una agenda político-legislativa mínimamente coherente:

Percebe-se, portanto, que a política criminal brasileira não segue [apenas] uma tendência, como quer boa parte da bibliografia nacional sobre o tema. Foram analisadas 130 leis sancionadas e divididas em variáveis (partidos, regiões, casa proponente, ano de sanção, tipo de punição, casa proponente, tempo de tramitação). Desse modo, os principais resultados desta investigação apontam que a política criminal foi aprovada nos primeiros anos dos primeiros governos de FHC, Lula e Dilma; os mandatos presidenciais de FHC e Lula são os que sancionaram mais leis nesta matéria; PSDB, PMDB e, por último, o PT são os partidos que tiveram o maior número de dispositivos legais aprovados; o Legislativo possui dominância em relação ao Executivo nesta área temática com o maior número de proposições aprovadas; há uma forte associação entre casa proponente/tempo de tramitação e, uma associação também entre o tipo de punição/tempo de tramitação. E, por fim, os tipos de punição indicam que a política criminal é definida pela sua dualidade – hibridez – entre princípios hierárquicos e universais de cidadania, ora ampliando, ora restringindo direitos e garantias fundamentais dos acusados; [...] é marcada também pela expansão do Direto Penal nas diferentes áreas da vida social. [...] Nesse sentido, políticos de diferentes espectros político-partidários,

¹³ En otro trabajo publicado sobre el tema, hemos mencionado los planes políticos criminales implementados por el Poder Ejecutivo federal en los últimos años, y que todavía están vigentes. Aunque con poca profundidad, tratan sobre cuestiones relativas a seguridad pública, políticas de prevención de criminalidad y datos sobre violencia (Falavigno, 2021).

[e mesmo] parte dos movimentos sociais acreditam e recorrem a punição, novas penas e prisão como forma de mudança de comportamentos, caso de [muitas] leis neocriminalizadoras sancionadas (Campos; Azevedo, 2020, p. 17).

En el mismo sentido, investigaciones sobre la fundamentación aportada a las leyes penales promulgadas a partir de 1988 comprueban la casi inexistencia de propuestas que busquen reducir la punición o descriminalizar (Machado; Pires; Parent; Matsuda; Ferreira; Luz, 2010; Mendes, 2015).

3.2 Análisis de los cambios legislativos

Basado en las nociones de PLP y en el DPE, se empieza la última parte de esta investigación, en la que se procede al análisis de los cambios legislativos y sus consecuencias en materia de punición en el sector económico. El análisis se divide, para fines didácticos, entre las leyes que modificaron el CP, que son analizadas con más detalles, y la legislación especial y sus modificaciones. Algunas leyes son mencionadas en los dos apartados, cada uno de acuerdo con los cambios propuestos.

3.2.1 Código penal

El CP fue promulgado en 1940. Debido a los cambios que sufrieron la economía y la sociedad en los más de 80 años transcurridos desde entonces, la norma ha cambiado considerablemente. Entre 1988 y 2021 se registran alteraciones que pueden estar relacionadas con diferentes aspectos de la economía. En esta investigación se consideran incluidos en el concepto de DPE los cambios realizados por las leyes 8.137/1990, 9.279/1996, 9.983/2000, 10.467/2002, 12.694/2012, 13.008/2014, 13.606/2018, 13.964/2019 y 14.133/2021 (Tabla 1).

Tabla 1 – Cambios en el Código penal

Leyes	Comentarios
Ley 8.137/1990	Criminaliza comportamientos que lesionen el orden tributario, económico y las relaciones de consumo. Respecto a los cambios introducidos en el CP, se destaca, en el ámbito de los crímenes patrimoniales, la alteración de la pena y la redacción del art. 172. En el ámbito de los crímenes contra la Administración Pública, por otra parte, se destaca el aumento de la pena en el delito de concusión y de facilitación al contrabando o <i>descaminho</i> ¹⁴ . Aunque haya disidencias teóricas sobre la inclusión de esos crímenes en la llamada <i>criminalidad económica</i> , en esta investigación se adopta la idea de que no se encuentran, por norma general, cubiertos por este concepto. Sin embargo, hay una alteración que sí se puede considerar como ejemplo de aumento de la punición en los delitos económicos. Se trata de la revocación del art. 279, encargado de regular la venta de sustancias impropias para el consumo. El CP había establecido una pena de entre 1 y 3 años para este delito. La nueva ley pasa a prever la misma conducta en el art. 7º, IX, pero con una sanción de entre 2 y 5 años, además de la posibilidad de responsabilidad a título de culpa, según el párrafo único del mismo artículo. La ley también añade un nuevo tipo al CP sobre explotación de bienes públicos, el cual ha sido revocado por la Ley 8.176/1991.
Ley 9.279/1996	Ordena los delitos contrarios a la propiedad industrial y ha revocado crímenes contra ella que estaban definidos en el CP. Hubo muchos cambios en las redacciones de los delitos, así que no es posible hacer un análisis directo de cada tipo para llegar a una conclusión sobre una política uniforme de aumento de sanciones en el sector. Sin embargo, en la mayoría de los crímenes, se mantuvieron las penas, preservando incluso el procesamiento de los delitos mediante la llamada <i>queja-crime</i> –es decir, cuando la denuncia es hecha por un abogado privado y no por la fiscalía. Algunas observaciones que se pueden hacer al comparar los tipos revocados y los nuevos previstos son las que siguen, teniendo en cuenta, sin embargo, que casi todos los tipos preexistentes sufrieron alteraciones en su redacción: a) la falsa declaración de depósito, que estaba prevista en el art. 190 con una sanción de 1 a 3 meses, pasa a poder considerarse concurrencia desleal en el inciso XIII del art. 195, cuya sanción varía entre 3 meses y 1 año; b) La violación del derecho de marca prevista en el art. 192 del CP pasa al capítulo III de la ley; la sanción anterior variaba de entre 3 meses a 1 año para todas las conductas, mientras la nueva ley divide las acciones en dos artículos más específicos, mantiene uno de ellos la sanción de 3 meses a 1 año (reproducción, imitación y alteración de la marca) y determina para el otro una sanción de 1 a 3 meses (venta de productos con ilegitimidad en la marca); c) la marca con falsa indicación de procedencia, que tenía una sanción de 1 a 6 meses en el art. 194 del CP, pasa a una pena de 1 a 3 meses en el mismo artículo de la nueva ley; y d) el tipo de concurrencia desleal, antes previsto en el art. 196, ahora se encuentra en el art. 195, que reproduce la mayor parte de los incisos anteriores y mantiene la sanción de 3 meses a 1 año.
Ley 9.983/2000	Es un hito en el tema de los crímenes económicos en el CP. Más allá de otros cambios, introduce dos figuras delictivas muy relevantes: en el art. 168-A, sobre la apropiación indebida por el empresario de valores descontados de la remuneración de empleados para su transferencia a la Seguridad Social; y en el art. 337-A, sobre la supresión de la contribución a la Seguridad Social. Ambos poseen la misma sanción: de 2 a 5 años. En los dos delitos se pueden observar conductas relacionadas con el orden tributario, que en esta investigación se entiende como parte del orden económico. Sin embargo, además de la introducción de esos tipos penales, llaman atención los detalles de la redacción de esos tipos. En ambos delitos están previstos beneficios penales, incluida la posibilidad de extinguir la punibilidad por el pago. La Ley 13.606/2018 altera el art. 168-A para establecer una cláusula de reenvío normativo, en el sentido de que algunos de esos beneficios no se aplican si se ha superado el valor establecido administrativamente para que sea posible el inicio de procedimientos judiciales para el cobro de impuestos.
Ley 12.694/2012	Establece posibilidades de comiso o embargo de bienes equivalentes cuando los bienes del acusado estuvieran localizados en el exterior; es una medida que se aplica a la criminalidad económica y que representa un endurecimiento de la política criminal en el sector. La Ley 13.964/2019 hizo cambios en esas disposiciones y estableció el llamado <i>comiso ampliado</i> , en el que el agente debe probar qué valores son compatibles con sus rendimientos lícitos, con el riesgo de que todo lo demás sea considerado producto del delito. Esa disposición representa una modificación muy rigurosa, aplicable también a crímenes económicos que suelen generar provecho financiero. Eso comiso solo se aplica a crímenes con sanciones máximas superiores a 6 años.

¹⁴ Tipo penal similar al contrabando, pero no de mercancías prohibidas. Constituye una infracción al orden fiscal “[e]ludir, en todo o en parte, el pago de derechos o impuestos a la entrada, salida o consumo de mercancías” (Brasil, [2024b], traducción propia).

Leyes	Comentarios
Ley 13.008/2014	Establece la distinción entre los crímenes de contrabando y de <i>descaminho</i> , antes previstos en artículo único. Para el contrabando se observa un aumento de sanción, pasando de ser de 1 a 4 años a ser de 2 a 5 años; y para el <i>descaminho</i> la sanción se mantiene como estaba, encontrándose solo algunas pocas alteraciones de redacción, las cuales aumentan el alcance del tipo (cláusula de equiparación de algunas formas de comercio irregular a actividades comerciales e inclusión de transporte marítimo y fluvial como causas de aumento de pena). Aunque los tipos están previstos en la parte del CP que trata de crímenes practicados por particular contra la Administración Pública, es posible deducir la tutela al orden tributario en ambos, sobre todo en el <i>descaminho</i> . En términos político-criminales, muchos beneficios previstos en la legislación especial para los delitos tributarios terminan por ser extendidos al <i>descaminho</i> . El contrabando, a su vez, tutela también otros bienes jurídicos, al abarcar la importación o exportación de "mercancía prohibida": la salud pública, parámetros de higiene y seguridad de productos, etc. Aquí, la asociación con la pura criminalidad económica es discutible, lo que igualmente se observa en la política criminal aplicable, no solo por el aumento de la sanción, sino también por la menor aplicación de beneficios penales. Sin embargo, considerando el criterio del bien jurídico, se incluye ese tipo penal en el análisis propuesto.
Ley 14.133/2021	Ejemplifica la tendencia actual de codificación en el Derecho Penal, con la inclusión en el CP de delitos antes tratados en leyes especiales. Esta ley ha proporcionado nueva redacción y sanciones a los delitos ocurridos en el ámbito de licitaciones y contratos públicos, revocando la parte penal de la Ley 8.666/1993 (<i>Ley general de licitaciones</i>). Además de modificaciones en la redacción de los tipos, prácticamente todos tienen elevaciones en las penas, con la excepción de la violación de sigilo y del impedimento indebido, actualmente en los arts. 337-J y 337-N del CP. Se destacan los delitos de contratación directa ilegal y de frustración del carácter competitivo de la licitación, respectivamente en los arts. 337-E y 337-F del CP, que correspondían a dos crímenes muy recurrentes en el sector. Ambos tuvieron una notable elevación de pena: de 3 a 5 años, y de 2 a 4 años a 4 a 8 años. En ningún tipo hubo disminución de la pena. Además, la Ley 14.133/2021 ha creado el delito referente a la omisión de dato o información del diseñador de proyectos ¹⁵ .

Fuente: elaborada por Raquel lung.

3.2.2 Legislación especial

En esta sección, se hacen comentarios sobre las leyes penales especiales que se ocupan de delitos relacionados con el bien jurídico orden económico, de acuerdo con el marco teórico y temporal establecido en esta investigación. Algunas leyes mencionadas en la subsección anterior son citadas de nuevo si sus propuestas van más allá de las modificaciones en el CP.

¹⁵ Otras leyes introdujeron cambios en el CP en materias relacionadas con la economía. Sin embargo, en razón del criterio del bien jurídico y sus matices, no serían esas leyes propiamente criminalización del orden económico. Con todo, se las mencionan brevemente: a) Ley 9.127/1995 (cambio en la redacción y aumento de pena en el delito de tráfico de influencia, art. 332 del CP); b) Ley 9.677/1998 (cambios y aumentos de pena en los delitos de falsificación, corrupción, adulteración o alteración de productos alimenticios (art. 272) y terapéuticos o medicinales (art. 273)); el último es conocido por la total falta de proporcionalidad en la sanción, que pasa de 1 a 3 años a 10 a 15 años; c) Ley 9.777/1998 (entre otros cambios, aumenta la sanción de delitos contra la organización del trabajo (arts. 203 y 207 del CP)); d) Ley 10.028/2000 (introduce en el CP el capítulo de crímenes contra las finanzas públicas, con ocho nuevos tipos penales); e) Ley 10.467/2002 (introduce en el CP el capítulo de crímenes practicados por particulares contra la Administración Pública extranjera en el ámbito de transacciones comerciales, con dos nuevos tipos penales); la ley añade ese crimen entre los crímenes antecedentes del blanqueo de capitales, en la Ley 9.613/1998, pero esa inclusión fue posteriormente revocada por la Ley 12.683/2012; f) Ley 10.763/2003 (establece la reparación del daño o la devolución del producto como requisito para la progresión de régimen para condenados por crímenes contra la Administración Pública y aumenta las penas de corrupción activa y pasiva de 1 a 8 años a 2 a 12 años); g) Ley 10.803/2003 (altera la redacción del crimen de reducción a la condición de esclavo, mantiene la pena, pero detalla las formas de comisión y establece una causa de aumento de pena); y h) Ley 13.964/2019 (entre otros cambios, altera la pena del delito de concusión, que pasa de 2 a 8 años a 2 a 12 años, como ocurrió a los crímenes de corrupción por medio de la Ley 10.763/2003).

En razón de los límites propuestos para este trabajo¹⁶, no se realiza una descripción detallada de cada artículo de estas leyes, sino una consideración general sobre sus propuestas más relevantes. Cuando la ley establece cambios en disposiciones ya existentes, se realiza un estudio de más profundidad para verificar la tendencia de aumento o disminución de punición. A su vez, las leyes totalmente nuevas que crean tipos penales son consideradas como aumento de punición en general (Tabla 2)

Tabla 2 – Cambios en general

Leyes	Comentarios
Ley 7.802/1989	Criminaliza conductas relativas al manejo de agrotóxicos en los arts. 15 y 16.
Ley 8.078/1990	Establece el <i>Código de defensa del consumidor</i> (CDC), creando infracciones penales en el Título II.
Ley 8.137/1990	Define crímenes contra el orden tributario, económico y de las relaciones de consumo.
Ley 8.176/1991	Define infracciones contra el orden económico relacionadas con el sistema de almacenamiento de combustibles. Revoca el tipo añadido al CP por la Ley 8.137/1990 sobre explotación de bienes y materia prima pertenecientes al Estado y prevé la misma conducta con un aumento de pena, que pasa de 1 a 4 años a 1 a 5 años.
Ley 8.212/1991 (Ley orgánica de la seguridad social)	Establece disposiciones sobre el sistema de seguridad social, con una previsión de naturaleza penal en el art. 95. Llama atención que muchas conductas descritas en el artículo no tienen sanción prevista. La disposición fue posteriormente revocada por la Ley 9.983/2000, que ha añadido esos crímenes al CP, con cambios de redacción y sanción.
Ley 8.383/1991	Establece la responsabilidad por coautoría de administradores de instituciones financieras que concurren en la apertura de cuentas donde circulen recursos de personas con nombre falso, inexistentes o con irregularidades de representación. Revoca la disposición de la Ley 8.137/1990 que preveía la extinción de la responsabilidad penal por pago.
Ley 8.666/1993 (Ley de licitaciones y contratos administrativos)	Establece diversos tipos penales, posteriormente revocados por la Ley 14.133/2021.
Ley 8.884/1994	Dispone sobre el Consejo administrativo de defensa económica (Cade) y establece, en el art. 35-C, la posibilidad de acuerdo de conformidad para la extinción de la responsabilidad penal para personas investigadas por los delitos previstos en la Ley 8.137/1990; su art. 78 describe conductas que pueden ser equiparadas a delitos ya previstos en el CP. Esta ley ha sido revocada por la Ley 12.529/2011.
Ley 9.080/1995	Establece casos de disminución de pena para delitos de la Ley 7.492/1986 (<i>Ley de los crímenes contra el sistema financiero nacional</i>) y la Ley 8.137/1990.
Ley 9.249/1995	Establece la posibilidad de extinción de punibilidad en algunos crímenes económicos (incluidos los de la Ley 8.137/1990) por el pago.
Ley 9.279/1996	Regula derechos y obligaciones relativas a la propiedad industrial, revocando tipos del CP, pero mantiene en gran parte las penas.
Ley 9.605/1998 (Ley de los crímenes ambientales) ¹⁷	Define los crímenes contra el medioambiente, hace uso de técnicas de complementación administrativa en muchos tipos, prevé diversas conductas culposas y causas propias de aumento de pena y establece el único caso de responsabilidad penal de las personas jurídicas del Derecho Penal, que ha sufrido constantes críticas doctrinarias; otros tipos penales contra el medio ambiente que ya existían en el sistema fueron implícitamente revocados por ella, como los arts. 165 y 166 del CP, cuyas conductas ahora se encuentran previstas en esta norma, pero con aumento de pena.

¹⁶ Cuando se trata de leyes que cubran muchos temas distintos, se utilizan los términos *pena*, *crime* y *criminal* para buscar las disposiciones pertinentes a este análisis.

¹⁷ De acuerdo con los criterios establecidos en la primera parte de este trabajo, hay modificaciones de esa ley que no se pueden considerar propiamente criminalidad económica; por ejemplo, la descriminalización de las pintadas, hecha por la Ley 12.408/2011, o el aumento de pena para malos tratos a perros y gatos, hecho por la Ley 14.064/2020.

Leyes	Comentarios
Ley 9.613/1998 (<i>Ley de blanqueo de capitales</i>)	Criminaliza el blanqueo de capitales y ha sufrido diversas reformas posteriores; el tipo de blanqueo está en el art. 1º, que establece originalmente un listado de crímenes antecedentes y una sanción de 3 a 10 años de prisión.
Ley 9.964/2000	Reglamenta el programa de recuperación fiscal y establece la posibilidad de extinción de punibilidad de delitos previstos en las leyes 8.137/1990 y 8.212/1991 mediante el pago de los débitos.
Ley 9.974/2000	Altera la Ley 7.802/1989; en el área penal, introduce cambios en el art. 15, mantiene la sanción y extingue la modalidad culposa.
Ley 9.983/2000	Esta ley ha introducido cambios en el CP y revoca el art. 95 de la Ley 8.212/1991. En términos de aumento de la punición, se observan dos movimientos: la pena máxima de algunos delitos previstos en el revocado art. 95 disminuye de 6 a 5 años, pero se crean nuevas figuras delictivas –una con sanción que puede llegar a 12 años.
Ley 9.985/2000	En términos penales, añade disposiciones a la Ley 9.605/1998, con agravaciones de penas en dos tipos y previsión de punición de la modalidad culposa.
Ley 10.446/2002	Establece la posibilidad de que el Departamento de Policía Federal del Ministerio de la Justicia y Seguridad Pública investigue determinados crímenes de repercusión internacional o que cubran más de un estado de Brasil y que exijan represión uniforme; uno de esos crímenes es el delito de cartel, definido en la Ley 8.137/1990; se desprende de ese cambio una política criminal más rigurosa.
Ley 11.101/2005	Regula la suspensión de pagos judicial, extrajudicial y las quiebras de empresas, revoca el Decreto-ley 7.661/1945 (<i>Ley de quiebras</i>) y crea 11 tipos penales; en relación a los delitos de quiebra previstos en la norma revocada, prácticamente todas las penas fueron aumentadas; entre ellos se encuentra el delito del art. 168, que establece una sanción mínima de 3 años para algunas conductas que tenían 3 años como sanción máxima; además de eso, la redacción es genérica, pues pasa a describir como punible el “acto fraudulento”; algunas hipótesis de actos pasan a ser causas de aumento de sanción.
Ley 11.284/2006	Añade dos delitos a la <i>Ley de los crímenes ambientales</i> .
Ley 11.428/2006	Añade un delito a la <i>Ley de los crímenes ambientales</i> .
Ley 11.941/2009	Altera la legislación tributaria y establece causas de extinción de punibilidad por el pago aplicables a delitos de la Ley 8.137/1990 (arts. 168-A y 337-A do CP).
Ley 12.305/2010	Añade incisos en un artículo de la <i>Ley de los crímenes ambientales</i> .
Ley 12.529/2011	Estructura el Sistema Brasileño de Defensa de la Concurrencia y revoca, entre otras, la Ley 8.884/1994; en términos penales, en su art. 87 aumenta las hipótesis de crímenes que pueden tener extinta la punibilidad por el cumplimiento, por parte del investigado, de acuerdo de conformidad; revoca dos delitos de la Ley 8.137/1990 y establece una redacción más genérica para otro de ellos, manteniendo la sanción.
Ley 12.683/2012	Modifica la <i>Ley de blanqueo de capitales</i> ; la principal alteración fue la desaparición de la lista de crímenes antecedentes, posibilitando que cualquier infracción penal pueda originar la imputación por blanqueo.
Ley 13.425/2017	Añade un tipo penal ao CDC.
Ley 13.964/2019	Además de la alteración ya mencionada en el CP, añade una disposición a la <i>Ley de blanqueo de capitales</i> , haciendo posible la utilización de medios de prueba más intervencionistas en su persecución.
Ley 14.112/2020	Entre otros cambios, altera la Ley 11.101/2005, que regula las quiebras y suspensión de pagos de empresas; en el ámbito penal, altera la redacción de un tipo y añade una hipótesis típica.

Fuente: elaborada por Raquel lung.

3.2.3 Tendencias político-legislativas en derecho penal económico

En relación con la criminalización de la economía, y teniendo en cuenta que en Brasil se han alternado gobiernos de diferentes ideologías en los últimos años, se pueden exponer los datos de la Tabla 3.

Tabla 3 – Tendencias político-legislativas (1989-2021)

Leyes	Presidentes	Tendencias
Ley 7.802/1989	José Sarney	Aumento de la punición

Leyes	Presidentes	Tendencias
Ley 8.078/1990	Fernando Collor de Mello	Aumento de la punición
Ley 8.137/1990	Fernando Collor de Mello	Aumento de la punición
Ley 8.176/1991	Fernando Collor de Mello	Aumento de la punición
Ley 8.212/1991	Fernando Collor de Mello	Aumento de la punición
Ley 8.383/1991	Fernando Collor de Mello	Aumento de la punición
Ley 8.666/1993	Itamar Franco	Aumento de la punición
Ley 8.884/1994	Itamar Franco	Disposiciones en los dos sentidos
Ley 9.080/1995	Fernando Henrique Cardoso	Disminución de la punición
Ley 9.249/1995	Fernando Henrique Cardoso	Disminución de la punición
Ley 9.279/1996	Fernando Henrique Cardoso	No está claro
Ley 9.605/1998	Fernando Henrique Cardoso	Aumento de la punición
Ley 9.613/1998	Fernando Henrique Cardoso	Aumento de la punición
Ley 9.964/2000	Fernando Henrique Cardoso	Disminución de la punición
Ley 9.974/2000	Fernando Henrique Cardoso	Disminución de la punición
Ley 9.983/2000	Fernando Henrique Cardoso	Disposiciones en los dos sentidos
Ley 9.985/2000	Fernando Henrique Cardoso	Aumento de la punición
Ley 10.446/2002	Fernando Henrique Cardoso	Aumento de la punición
Ley 11.101/2005	Luiz Inácio Lula da Silva	Aumento de la punición
Ley 11.284/2006	Luiz Inácio Lula da Silva	Aumento de la punición
Ley 11.428/2006	Luiz Inácio Lula da Silva	Aumento de la punición
Ley 11.941/2009	Luiz Inácio Lula da Silva	Disminución de la punición
Ley 12.305/2010	Luiz Inácio Lula da Silva	Aumento de la punición
Ley 12.529/2011	Dilma Rousseff	Disminución de la punición
Ley 12.683/2012	Dilma Rousseff	Aumento de la punición
Ley 12.694/2012	Dilma Rousseff	Aumento de la punición
Ley 13.008/2014	Dilma Rousseff	Aumento de la punición
Ley 13.425/2017	Michel Temer	Aumento de la punición
Ley 13.606/2017	Michel Temer	Aumento de la punición
Ley 13.964/2019	Jair Bolsonaro	Aumento de la punición
Ley 14.112/2020	Jair Bolsonaro	Aumento de la punición
Ley 14.133/2021	Jair Bolsonaro	Aumento de la punición

Fuente: elaboración propia.

Con base en los datos de la Tabla 3, se pueden extraer algunas conclusiones¹⁸.

Primera: desde 1988 fueron promulgadas 136 leyes de materia penal. De estas, según el concepto de DPE adoptado en esta investigación, 32 atañen a la economía, lo que representa un 23,5% del total, es decir, casi un cuarto de ellas. Considerándose los diversos bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento –persona, patrimonio, salud pública, Administración Pública, fe pública, dignidad sexual, etc.–, se considera expresivo el porcentaje de legislación que ha versado sobre conductas relacionadas con la economía.

¹⁸ Fueron hechas elecciones, como el concepto de *derecho penal económico*, que no son inmunes a la crítica y que influyen directamente en los datos obtenidos. Además, las tablas con las leyes fueron construidas a partir de obras de compilación de leyes, conforme se aclara en notas explicativas, lo que también puede contener omisiones. El análisis de los textos de las leyes, sobre todo las que introdujeron cambios en tipos ya existentes, fue hecho de forma detallada con el uso de las palabras claves citadas, lo que también puede presentar alguna omisión en relación a artículo que no usen dichas expresiones.

Segunda: de las 32 leyes sobre el tema, 23 aumentan la punición de alguna manera, creando tipos, subiendo penas, o endureciendo el procedimiento, lo que corresponde al 71,8% de las leyes analizadas; se puede concluir que existe una política legislativa que tiende mayoritariamente al aumento de la punición en el sector, aunque se puedan observar también algunas previsiones en el sentido contrario, es decir, de una política criminal que apuesta más por la reparación del daño que por el encarcelamiento (como las previsiones que posibilitan la extinción de punibilidad por pago de débitos).

Tercera: de las 23 leyes que aumentan la punición, 7 fueron promulgadas en los gobiernos del Partido de los Trabajadores (PT), lo que representa el 30,4% del total. De los 34 años analizados (1988 a 2021), 14 años fueron del gobierno del PT (el 41,17%). Así, no se puede concluir que los gobiernos con ideologías asociadas a la izquierda tengan una mayor tendencia a la criminalización de la economía, y más sabiendo la influencia limitada que el jefe del Poder Ejecutivo posee en el procedimiento legislativo¹⁹.

Cuarta: analizados los datos oficiales de encarcelamiento obtenidos entre julio y diciembre de 2021 (Datos [...], [2022]), no hay indicación de que los crímenes relacionados con la economía representen un porcentaje significativo entre los tipos que más encarcelan. De un total de 749.233 personas presas, constan 56.418 que corresponderían a presos por tipos penales previstos en legislación específica, y 1.118 presos por crímenes practicados por particular contra la Administración Pública, título donde se encuentran previstos los tipos de contrabando y *descaminho*. Como se constituye el Derecho Penal, en gran parte, por leyes especiales que regulan diferentes materias aparte de la economía –y no habiendo indicación clara de cuáles son los tipos en el grupo *crímenes practicados por particular contra la Administración Pública*–, no hay modo de saber el porcentaje real de personas encarceladas en razón de delitos económicos. Como tampoco se encontraron datos de 1988 sobre ese aspecto, no se puede establecer una comparación entre los cambios en la legislación por crímenes económicos y eventuales impactos en el encarcelamiento.

4 Consideraciones finales

La materia económica ha sido tema de intensa producción legislativa penal en los años posteriores a la promulgación de la CRFB, representando casi un cuarto de las leyes promulgadas durante el período. Aunque las razones de esa tendencia no sean objeto de este trabajo, los cambios de orientación política y la inestabilidad social y económica que se han dado, así como la influencia de legislaciones extranjeras, pueden sin duda estar conectados con los resultados obtenidos.

¹⁹ La misma conclusión se obtuvo en el análisis realizada en España: “Se constata igualmente que en este asunto se han difuminado las diferencias ideológicas entre la derecha y la izquierda, siendo trabajoso percibir una política criminal distinta entre el Partido Popular y el Partido Socialista en todos estos años” (Díez Ripollés, 2013, p. 4).

También se observa una tendencia político-legislativa de criminalización en el sector, con más de 70% de las reformas buscando aumentar penas, crear nuevos tipos penales y endurecer en general la persecución de ese tipo de delitos. Sin embargo, hubo también algunas leyes en el sentido contrario, especialmente en relación con las formas de reparación del daño.

A su vez, los datos disponibles de encarcelamiento relativos al año de 2021 no demuestran una relación entre la criminalización de las conductas ofensivas al orden económico y el número de personas presas. De la misma forma, no se obtuvieron datos que permitieran establecer la relación de esa política criminal y la tasa de crecimiento del encarcelamiento de 1988 a 2021.

En términos de los partidos políticos de los jefes del Poder Ejecutivo en el período, tampoco se puede constatar una mayor tendencia a la criminalización en el sector económico en función de su ideología de izquierda o de derecha –sin olvidar que la influencia del presidente de la República en el procedimiento legislativo es limitada, desde el punto de vista tanto normativo como político.

Los datos obtenidos en esta investigación no pretenden agotar el tema, sino servir al desarrollo de investigaciones futuras sobre las causas y consecuencias del fenómeno observado. Este estudio busca contribuir al desarrollo del campo de investigación en PLP, sea ofreciendo un panorama de los cambios legislativos, como se ha hecho en este trabajo, sea con futuros análisis detallados de alguna fase del procedimiento legislativo. Ambos temas deben formar parte de una agenda de investigación de las motivaciones y de los efectos de las leyes penales para que se puedan implementar parámetros de racionalidad y control en la producción legislativa. De la misma manera, la atención creciente a él debe servir para que se dé mayor importancia a su estudio en las facultades de Derecho brasileñas.

Referencias

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acceso en: 27 agosto 2024.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2024b]. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acceso en: 27 agosto 2024.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 28, n. 73, p. 1-19, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/1678-987320287302>. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/vR44MqkgK4qjHYh6kDbxH5S/>. Acceso en: 27 agosto 2024.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

DADOS estatísticos do sistema penitenciário. [Brasília, DF]: Secretaria Nacional de Políticas Penas, [2022]. Disponible en: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/servicos/sisdepen>. Acceso en: 27 agosto 2024.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: decisiones en un procedimiento socio-legislativo complejo. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (ed.). *La legislación en serio: estudios sobre derecho y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 119-170. (Alternativa, 97).

_____. Rigorismo y reforma penal: cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011): parte II. *Boletín Criminológico*, Málaga, n. 19, art. 143, p. 1-5, abr. 2013. DOI: <https://doi.org/10.24310/Boletin-criminologico.2013.v19i0.7975>. Disponible en: <https://revistas.uma.es/index.php/boletin-criminologico/article/view/7975>. Acceso en: 27 agosto 2024.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Racionalidade legislativa penal: a contribuição da Academia e do Judiciário. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano 20, n. 82, p. 131-150, jul./set. 2021.

MACHADO, Maíra Rocha; PIRES, Álvaro Penna; PARENT, Colette; MATSUDA, Fernanda Emy; FERREIRA, Carolina Cutrupi; LUZ, Yuri. *Análise das justificativas para a produção de normas penais*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2010. (Série pensando o direito, n. 32).

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico tutelado. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 72, p. 43-61, fev./mar. 2012.

MATA BARRANCO, Norberto J. de la; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; NIETO MARTÍN, Adán. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.

MENDES, André Pacheco Teixeira. *Por que o legislador quer aumentar penas? Populismo penal legislativo na Câmara dos Deputados: análise das justificativas das proposições legislativas no período de 2006 a 2014*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponible en: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26913/26913.PDF>. Acceso en: 27 agosto 2024.

MENDONÇA, Ana Cristina; DUPRET, Cristiane (org.). *Vade mecum penal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2021.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal*. *Revista Penal México*, Ciudad de México, DF, v. 4, n. 7, p. 117-148, sept./feb. 2014-2015. Disponible en: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/199>. Acceso en: 27 agosto 2024.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Derecho penal económico: lineamientos de política penal. *IUS - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Ciudad de México, DF, año 9, n. 35, p. 7-36, enero/jun. 2015. DOI: <https://doi.org/10.35487/rius.v9i35.2015.109>. Disponible en: <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/109>. Acceso en: 27 agosto 2024.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, CL, v. 10, n. 1, p. 59-68, 1983. Disponible en: <https://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/79104>. Acceso en: 27 agosto 2024.

Financiación

Comisión Europea, Beca María Zambrano, 2022.

Agradecimiento

Las Tablas 1 y 2 fueran construidas por Raquel Iung, estudiante de la Universidad Federal de Santa Catarina e investigadora becaria de CNPq. A ella muestro mi agradecimiento.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/ril



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/ril

