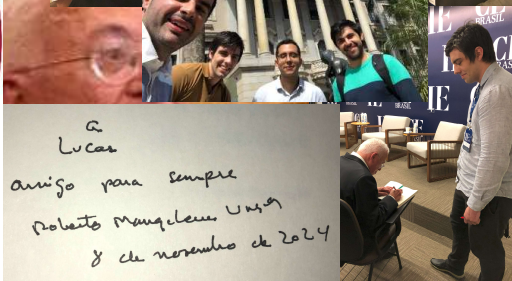




Nem Dogmática, Nem Utopia: imaginação institucional e experimentalismo democrático



**Lucas Fucci Amato
organizador**



o
Lucas
amigo para sempre
Roberto Mangabeira Unger
8 de novembro de 2024

*Este livro reúne uma série de estudos inspirados pela proposta de **Roberto Mangabeira Unger** de tomar a análise jurídica como ferramenta de **imaginação institucional**; isto é: de mapeamento de soluções jurídicas dominantes e desviantes (na história, no direito comparado, entre os diversos ramos jurídicos) e de crítica imanente dessas formas de organização postas, a partir dos ideais e interesses que são atribuíveis como justificações do direito atual, mas que ele realiza imperfeitamente. Esse exercício permite propor reformas jurídicas, traçando linhas possíveis como alternativas normativas para o direito futuro. Em vez de uma moldura institucional pronta e acabada, Mangabeira sugere que as reformas estruturais são encaminháveis por testes fragmentários e cumulativos, pela via que chama de **experimentalismo democrático**. Os capítulos ilustram a aplicação dessa proposta em diversos temas: Poder Judiciário, finanças públicas, tributação, trabalho, relações entre Executivo e Legislativo, participação popular, desinformação, direitos autorais, direito da concorrência, administração pública, regulação e meio ambiente.*



Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo
Portal de Livros Abertos da USP
[https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/
portaldelivrosUSP](https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP)

Lucas Fucci Amato
ORGANIZADOR

Nem Dogmática, nem Utopia:
*Imaginação Institucional e
Experimentalismo Democrático*



*Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo
Portal de Livros Abertos da USP
2025*



Este trabalho é de acesso aberto. A reprodução parcial ou total deste trabalho é permitida, desde que a fonte e o autor sejam citados e a licença Creative Commons seja respeitada.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: Professor Titular Carlos Gilberto Carlotti Junior

Vice-Reitora: Professora Titular Maria Arminda do Nascimento Arruda

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Professor Titular Celso Fernandes Campilongo

Vice-Diretora: Professora Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

CONSELHO EDITORIAL – LIVROS ABERTOS DA FACULDADE DE DIREITO

- Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Professora Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia e Vice-Diretora da Faculdade de Direito
- Gustavo Ferraz de Campos Monaco, Professor Titular do Departamento de Direito Internacional e Comparado e Presidente da Comissão de Pós-Graduação
- José Marcelo Martins Proença, Professor Doutor do Departamento de Direito Comercial e Vice-Presidente da Comissão de Pesquisa e Inovação
- Juliana Krueger Pela, Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial e Vice-Presidente da Comissão de Pós-Graduação
- Lucas Fucci Amato, Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito e Secretário Executivo da Coleção
- Sheila Christina Neder Cerezetti, Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial e Presidente da Comissão de Pesquisa e Inovação

O conselho editorial pode convidar pareceristas especializados para a avaliação das obras submetidas, conforme suas áreas e temáticas especializadas

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Nem dogmática, nem utopia [recurso eletrônico] : imaginação institucional e experimentalismo democrático / Lucas Fucci Amato, organizador. – São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2025.
602 p.

ISBN 978-85-53062-10-2

DOI: 10.11606/9788553062102

Inclui referências bibliográficas

1. Filosofia do direito. 2. Teoria do direito. 3. Democracia. I. Unger, Roberto Mangabeira. II. Amato, Lucas Fucci. III. Título: Imaginação institucional e experimentalismo democrático.

CDU – 340.12

Bibliotecário Sérgio Carlos Novaes CRB 8 - 6380

DOI: 10.11606/9788553062102



No início, nenhum de nós é ninguém. Mesmo quando nascidos em situação privilegiada ou bem-sucedidos nas empreitadas mundanas, recebemos da sociedade um roteiro de conduta que nos diz como fazer, pensar e sentir. Ao seguir o roteiro, morremos pouco a pouco. Para sermos gente, aumentando nossa capacidade de amar e ser amados, temos de jogar o roteiro fora.

A essência da sabedoria consiste em aprender a desproteger-nos. É o que nos ensina a imaginação. O erro fatal é apelar ao distanciamento irônico para nos resguardar contra a desilusão e o risco. Mumifica-nos.

Das muitas razões para democratizar a sociedade e assegurar direitos ao indivíduo, a mais importante é permitir a cada pessoa engrandecer-se, quebrando a múmia que a vai encobrendo e matando. As ilusões políticas que mais temos a temer são aquelas que tomam certas instituições como a forma definitiva da liberdade e param no meio a luta contra a mumificação.

Há um problema tanto na aventura moral quanto na transformação política: a incerteza sobre o caminho. Sempre há caminhos diferentes e nunca a escolha é clara e segura. Precisamos descobrir o que é mais e o que é menos ilusório. Para isso, não bastam livros sobre cavaleiros andantes. É preciso sair a campo, arriscando derrotas, desvarios e desilusões. Da ação resultam esclarecimento e esperança. Da imitação da grandeza resulta grandeza.

Se os brasileiros, ricos e pobres, doutos e iletrados, compreendessem tudo isso, teriam mais compaixão uns para com os outros e visão engrandecida da vida e de suas possibilidades.

(Roberto Mangabeira Unger, “Quixote”, *Folha de São Paulo*, 1 dez. 1998)



SUMÁRIO

1.	Mangabeira Unger e a antidogmática jurídica: modos de usar	6
2.	Superliberalismo: a filosofia política de Mangabeira Unger e as teorias da justiça contemporâneas (Rawls, Habermas, Honneth)	46
3.	As regras do jogo e o jogo das regras: reciclagem institucional e o caso do Brasil Império	97
4.	Propostas para uma reforma global no processo de conhecimento: balanço de uma década de carreira e as dificuldades reais no cenário brasileiro	114
5.	A democratização do órgão especial do Poder Judiciário por uma perspectiva de gênero	142
6.	Swaps de taxas de juros: uma alternativa para a redução do custo da dívida pública(?).....	164
7.	Enfrentando a crise de governabilidade: três propostas para a escolha das Presidências do Congresso Nacional.....	206
8.	A conjuntura política brasileira e os mecanismos de democracia semidireta (plebiscitos e referendos).....	229
9.	Democracia de alta energia em um contexto de exaustão: possível estratégia para a redução do impacto da escassez de tempo livre em prol da inovação nas estruturas sociais e políticas	266
10.	O fortalecimento da educação para o alcance da democracia de alta intensidade	282
11.	Experimentalismo democrático para os micromunicípios: um olhar ungeriano sobre a sustentabilidade municipal.....	299
12.	Os impactos do federalismo brasileiro no ecossistema de inovação aberta no setor público: propostas para o fortalecimento de políticas públicas nas esferas subnacionais	319



13.	Imaginação institucional e crise democrática digital: reflexões sobre a agência reguladora de desinformação na internet.....	334
14.	A regulamentação das redes sociais e o imperativo da imaginação institucional	356
15.	Digitalizando os direitos humanos e fundamentais: desestabilização, imunidade, participação e autonomia	378
16.	A necessária reforma do direito autoral na era da inteligência artificial: compensar autores sem conter a inovação.....	389
17.	Superando o colonialismo mental: o direito concorrencial brasileiro e a necessidade de convergências institucionais mais amplas	415
18.	Tributação, desenvolvimento e (re)distribuição.....	436
19.	A Tributação de Heranças e o Incentivo à Filantropia no Brasil: Diagnóstico Crítico e Proposta de Reforma.....	453
20.	O que interessa à maioria: direito do trabalho na sociedade digital	467
21.	Experimentalismo na administração pública.....	488
22.	A burocracia como barreira ao acesso a políticas públicas por populações vulneráveis	516
23.	Mudança Institucional e o Direito Ambiental Brasileiro: Codificação, Coordenação Estratégica e Revolução Produtiva	540
24.	A fragilidade institucional na reparação de crimes socioambientais: uma análise do caso Mariana sob a perspectiva do colonialismo mental.....	564
25.	Imaginando um direito global multiescalar: crise ambiental e teoria social do direito.....	584



1. Mangabeira Unger e a antidogmática jurídica: modos de usar

Lucas Fucci Amato¹

Podemos, por exemplo, fazer uma descoberta ou pensar um pensamento que não faz sentido de acordo com nossos métodos estabelecidos e pressupostos estabelecidos e, então, desenvolver, retrospectivamente, os métodos e pressupostos que nos permitem lhes dar sentido. Podemos experimentar uma forma de organizar nossa vida social que não tenha expressão institucional anterior e só depois elaborar regras, instituições e ideias que tornem nossa experiência regular, recorrente, legítima e inteligível. Esse poder de exceder todas as determinações finitas de nossa existência, investido em nós tanto como seres humanos individuais quanto como humanidade, é a nossa transcendência. [...]

Recorde-se que os dois movimentos definidores da imaginação são o distanciamento do fenômeno (sublinhado por Kant: a imagem é a memória de uma percepção) e a subsunção do fenômeno, uma vez distanciada, a uma gama de variações acessíveis. Só se apreende o que é o fenômeno imaginando o que ele pode vir a ser em função de certos acontecimentos ou intervenções. As variações mais importantes são aquelas que podem acontecer no domínio das possibilidades adjacentes: os “*lás*” que podemos alcançar a partir *daqui*.

A imaginação ilumina o caráter bruto do mundo – a falsa impressão da finitude ou necessidade da sua forma atual. Alivia-a ao representar essa forma como nada mais do que um lugar de repouso temporário numa sequência de possíveis mudanças ou variações. Devolvemos o mundo ao tempo: dizer que o mundo e os fenômenos se revelam apenas através da variação é dizer que se revelam apenas temporalmente.

A mente como imaginação pode combinar e recombinar todas as percepções, imagens e ideias com todas as outras – o que em matemática descrevemos como o seu poder recursivo. Além disso, pode desafiar as suas próprias pressuposições estabelecidas e pôr de lado os seus métodos habituais para melhor ver ou inventar o que pode fazer sentido, de acordo com métodos e pressuposições alterados, apenas retrospectivamente. (Unger, 2024, p. 6, 388)

¹ Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard. Livre-docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD.



Roberto Mangabeira Unger, carioca nascido em 1947, completa meio século de sua obra intelectual neste ano – dado o marco de seu primeiro livro, *Conhecimento e Política*, de 1975, culminando agora em 2025 na tradução brasileira do volume que sintetiza todo esse percurso de pensamento: *O mundo e nós*².

Professor de Harvard desde que tinha vinte e poucos anos, líder nos idos de 1970 e 80 do movimento americano de Estudos Críticos do Direito e envolvido desde aqueles tempos da redemocratização brasileira na política nacional, Mangabeira é (ou era até há pouco) praticamente ignorado na academia brasileira, inclusive nas faculdades de direito, embora seja, no campo do pensamento jurídico, social e filosófico, um craque “nível exportação”, como Pelé, Tom Jobim, Villa-Lobos, Oscar Niemeyer, Candido Portinari, Elis Regina ou Milton Nascimento.

Mangabeira mantém presença nos principais ambientes de discussão acadêmica mundial, com conferências em instituições como Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), London School of Economics and Political Science (na série *States and Markets in a Global Age*), Stanford University (*Tanner Lectures*) e Cambridge University (Corpus Christi College, *Boutwood Lectures*).

Todos conhecem seu sotaque americano e alguns decoram algumas de suas frases de efeito. Quem se dispuser a ler suas obras, empolgantes mas por vezes tortuosas, diretas mas densas, poderá discordar, mas provavelmente será tocado pela mensagem: cada um de nós transcendemos as contingentes circunstâncias em que nascemos e vivemos. Queremos mais e melhor, para nós, para quem amamos e, se possível, para a maioria ou para todos. O direito, em particular, é a forma em que o poder é forjado na sua combinação de ideais e interesses em disputa; os vencedores ganham o selo provisório de “norma jurídica”, dando forma explícita e regramento em detalhe das instituições que moldam nossas vidas cotidianas: como se organizam nossas famílias e escolas, as oportunidades de trabalho e os acessos ao poder.

² A quase integralidade de suas obras está disponível em seu site: <http://www.robertounger.com>. Para uma introdução a Unger centrada na teoria do direito, especificamente, ver Amato, 2023.



Em vez de se alicerçar em princípios metafísicos ou obtusas sistematizações doutrinárias, o próprio estudo do direito deveria ser organizado a partir de grandes “complexos institucionais” conectáveis aos grandes problemas do Brasil e do mundo, às pautas do cidadão e do profissional do dia-a-dia, aos temas de interesse público, ao mapeamento conectado de problemas e soluções alternativas (Unger, 2006; Falcão, 2009 [1977]; Rodriguez, 2022; Gordon, 2002).

Há algo grande e importante, portanto, por trás da montanha de leis e regulamentos, casos, enunciados e princípios, opiniões doutrinárias em linguagem parnasiana e outras criaturas que habitam a selva jurídica. Para explorar essa fauna e essa flora, teríamos que aprender a relacionar formas e funções. E, como diz Unger (2004a [1996], p. 11) em *O direito e o futuro da democracia*: “entendemos como as coisas funcionam ao descobrir sob que condições, em que direções e dentro de que limites elas podem mudar.” E mais: “A inclusão de fenômenos reais em um campo maior de oportunidades não aproveitadas não é, para a ciência, uma conjectura metafísica; é um pressuposto operativo indispensável.”

Mesmo que não tenhamos intenção de mudar nada, ao compararmos alternativas (como as instituições cristalizadas pelo direito positivo atualmente vigente poderiam ser alteradas, quais suas configurações mais próximas ou mais remotas), entenderíamos melhor porque e como as coisas são como são. Mas, se ainda tivermos alguma vontade de transformar nossas críticas em combustível construtivo para propor reformas, aí então o pensamento jurídico é uma ferramenta indispensável. Ele é que trata de formalizar e disciplinar em detalhe como a sociedade é organizada, tentando dar justificativas racionais para isso. São esses detalhes e justificativas a matéria-prima de trabalho no dia-a-dia dos juristas. É esse material que, submetido à radiação do direito comparado e da história, filosofia, teoria e sociologia do direito, pode servir à imaginação de alternativas institucionais. Essas disciplinas “zetéticas” ou “propedêuticas” deixam de ser um estudo curioso e diletante e passam a ser instrumentos para potencializar nossa capacidade ativa e criativa. Quando o estudo



do direito positivo é por elas contaminado, aí já não temos mais apenas uma dogmática jurídica – o discurso que parte do direito atualmente vigente como dogma, para interpretá-lo e a partir dele argumentar –, mas também uma “antidogmática jurídica”, um campo de explorações para a reforma jurídica, para o discurso *de lege ferenda*. Não se trata de buscar a utopia, por definição inalcançável, da sociedade perfeita, sem pecado nem perdão. Trata-se de usar o acervo de conhecimento jurídico para contribuir com ideias que possam inovar o próprio direito, mas também a política, a economia e outros campos sociais juridicamente disciplinados.

Em outro livro digital, exploramos na dimensão histórica a construção institucional do constitucionalismo brasileiro (Amato e Ribeiro, 2024). Aqui, os olhos estão voltados para o futuro, próximo e possível. Este livro congrega trabalhos apresentados no âmbito da disciplina *Inovações Institucionais: Direito, Democracia e Desenvolvimento*, que ministrei no segundo semestre de 2024 no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da USP. Tivemos a oportunidade inestimável de contar, neste curso, com aulas de convidados luminosos, como José Eduardo Faria (professor titular de Sociologia Jurídica do Largo São Francisco), Marcelo Neves (Universidade de Brasília), Lars Vinx (Universidade de Cambridge, Inglaterra)... e o próprio Roberto Mangabeira Unger³, que, aliás, na última década trocou ideias com o público “franciscano” em várias ocasiões⁴.

³ Tudo gravado e disponível no YouTube: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLIOHUNM3bEj79kO8D09xEZOQDFFmDhE5c> ;

⁴ Agradeço em especial ao Filipe Pedra o contato com o professor Mangabeira Unger em Harvard para trazê-lo de novo ao Largo São Francisco em 5 novembro de 2024. Dez anos e um dia antes, 5 de novembro em 2014, eu havia organizado sua vinda para duas palestras, disponíveis aqui: <https://www.youtube.com/watch?v=MqX64m392l0&list=PLIOHUNM3bEj6ugv6bKJJU7qg10LplgfBb&index=9&t=2815s> ; https://www.youtube.com/watch?v=r4yR1Wmg_gk&list=PLIOHUNM3bEj6ugv6bKJJU7qg10LplgfBb&index=10 . Além disso, por iniciativa do professor Alessandro Octaviani, o professor Mangabeira esteve na Faculdade de Direito da USP em 26/04/2017 (<https://www.youtube.com/watch?v=Sl5NjFFfr-w> ; véspera da defesa do meu doutorado, que versava sobre sua obra) e em 12/11/2019, em homenagem que congregou Caetano Veloso e estudiosos do “mangabeirismo” (https://www.youtube.com/playlist?list=PLlbVtuuc0-zQ_zlMNgsWrAbhs48h48II).



Os capítulos deste livro, portanto, compõem traços de um mapa exemplificativo dos usos que se pode fazer do chamado ungeriano pelo exercício da imaginação com os meios de que dispõem os juristas (para outra coletânea com escopo semelhante, ver Teixeira, 2019; para discussões metodológicas, ver *e.g.* Castro, 2014; Bucci e Gaspardo, 2024; Bucci, 2023; para a fundamentação filosófica, ver Araújo, 2020).

No capítulo 2 (*“Superliberalismo: a filosofia política de Mangabeira Unger e as teorias da justiça contemporâneas (Rawls, Habermas, Honneth)”*), pretendo apresentar e discutir a teoria social e política de Roberto Mangabeira Unger como alternativa às duas correntes dominantes de teorias da justiça: o liberalismo igualitário de Rawls e a teoria crítica, representada por autores como Habermas e Honneth. O capítulo é desenhado em três momentos. Primeiramente, busca comparar como cada teoria constrói sua concepção de normatividade, seu caráter “ideal” ou “programático”. A seguir, situa particularmente o “superliberalismo” de Unger. Finalmente, discute como as diferentes correntes de teoria normativa aplicam-se à análise e proposição de instituições.

Pode-se dizer que o direito trata de formatar com seus meios (suas normas, programas, procedimentos e organizações) não apenas as instituições jurídicas (como tribunais, arbitragem, advocacia), mas também instituições dos sistemas econômico, político, educacional, científico, artístico, sanitário, familiar, religioso etc. É claro que essas instituições serão “traduzidas” juridicamente em termos de direitos e deveres, poderes e responsabilidades (Amato, 2017).

A ideia-motriz de tomar o direito como campo de “imaginação institucional” (Unger, 2004a [1996]) implica mobilizar a visão de detalhe e o discurso justificador da dogmática jurídica para, em vez de fechar-se no direito posto atualmente vigente, “mapear” as formas jurídicas de organização (da empresa, do trabalho, do governo, da administração etc.) em uma variedade de experiências, incluindo a história do direito e o direito comparado. Por outro lado, implica em tomar o conteúdo ideal incorporado ao próprio direito (seus princípios, políticas e propósitos) não como



elemento de justificação da única interpretação correta de determinado conjunto de normas para resolver determinado problema concreto, mas sim como matéria-prima para a “crítica imanente” que revela o descompasso entre as promessas do direito e seus resultados dados pelas formas institucionais em vigor. O ponto de chegada é oferecer desenhos alternativos. Para tal tarefa, de mapeamento e crítica visando à proposição de novos regimes institucionais, são muito bem-vindas as colaborações da sociologia, história e filosofia do direito (além campos adjacentes como a filosofia e a ciência política ou a economia política). Mangabeira articula esses campos da reflexão mais abrangente sobre o direito (isto é, sua visão sociológica e filosófica) à proposta de imaginação institucional, aplicável (como este volume tenta evidenciar) aos diversos setores, temas e problemas jurídicos.

1. Processo Judicial

Como analisou Unger (1979 [1976], p. 58-68) no clássico *O direito na sociedade moderna*, a autonomização de um campo jurídico é um processo histórico que pode ser dimensionado em pelo menos quatro variáveis. Em primeiro lugar, pela delimitação das normas que compõem o direito positivo por referência à autoridade que as emanou (“fontes formais”); em segundo, pela interpretação sistematizadora dessas normas a partir de um discurso especializado (a doutrina ou dogmática jurídica); em terceiro, pela especialização profissional de advogados e juízes; finalmente, pela organização judicial como arena diante da qual qualquer controvérsia pode ser apresentada e demandar uma solução (vedação da denegação de justiça).

No capítulo 3 (“*As regras do jogo e o jogo das regras: reciclagem institucional e o caso do Brasil Império*”), **Felipe Rodrigues Monteiro** ilustra historicamente como essa construção de um sistema jurídico diferenciado ocorreu no caso brasileiro, analisando como no período imperial foram pautadas e implementadas inovações institucionais que, devidamente adaptadas, poderiam ser “recicladas” para se conceber a reconstrução do Judiciário, das bases locais à sua cúpula organizacional. O texto ilustra



com maestria como tomar a memória como aliada da imaginação, surpreendendo na história trajetórias interrompidas e alternativas que podem ser retomadas. Mesmo diante de um cenário em que o direito era formalmente limitado e materialmente restringido pelas práticas institucionais, evidenciando reduzidos graus de autonomia, seria possível reciclar alguns dos experimentos institucionais do constitucionalismo imperial, corrigindo suas falhas e readaptando-os ao contexto da Constituição de 1988. É o que defende o autor, destacando que os procedimentos jurídicos são tão importantes e contingentes quanto as próprias normas constitucionais, visto que há muito mais alternativas do que o senso comum costuma pensar. Ao invés de apenas exaltar as “regras do jogo”, o capítulo visa a enaltecer o “jogo das regras”, isto é, o espaço para a inovação institucional na história.

Por mais que se reconheçam ordens jurídicas não estatais ou meios extrajudiciais de solução de controvérsias, a vida cotidiana do profissional do direito em regra gira em torno do Poder Judiciário e do processo civil e penal. Este tema está quase ausente da obra programática de Mangabeira Unger, centrada em torno da imaginação das instituições políticas e econômicas. Mas aqui, na reflexividade em que o direito regra a si mesmo em sua dinâmica interna, é preciso também acender as luzes da imaginação institucional.

É verdade que o tema nunca esteve fora de pauta no Brasil e acompanhou o movimento dos nossos diversos ciclos constitucionais e político-econômicos. Feita a independência, durante o período regencial se instituiu o Código de Processo Criminal de 1832 (amparando a aplicação do Código Criminal de 1830, que substituiu as Ordenações Filipinas), que procurou descentralizar a prestação jurisdicional, organizando-a em “distritos de paz”. Sem um Código Civil durante todo o período imperial (o máximo que se teve foi a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas em 1858), tivemos apenas o Código Comercial, 1850 (em vigor no que se refere ao Direito Comercial Marítimo) e Regulamento 737/1850, a regular o processo comercial. Na República, feito o Código Civil de 1916, demorou até a ditadura de Vargas a



instituição de nosso primeiro Código de Processo Civil, de 1939. Sua concepção coube ao maior arquiteto jurídico do autoritarismo brasileiro: Francisco Campos. Seu diagnóstico: “O processo em vigor, formalista e bizantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces.” Em sua reforma, Campos um protagonismo inquisitorial ao juiz, enfatizou a oralidade dos atos e a abolição de “tecnicismos desnecessários”. E mais: o Estado Novo nos legou os ainda vigentes (!) Código Penal (1940) e Código de Processo Penal (1941). A nova ditadura, a militar, encontrou também juristas capazes de forjar uma processualidade à sua imagem e semelhança, e assim Alfredo Buzaid liderou a instituição do Código de Processo Civil de 1973. Depois da Constituição de 1988, do Código Civil de 2002 e da reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45/2004, finalmente surge em um período democrático o novo Código de Processo Civil de 2015.

Em paralelo a esses movimentos legislativos, é claro, tivemos um amplo desenvolvimento organizacional do Poder Judiciário e da própria magistratura, como instituição burocrática, de um lado; como carreira profissional em busca de suas prerrogativas corporativas, por outro (Resende; Amato, 2025).

A democracia, a acessibilidade da Justiça e o experimentalismo, porém, ainda estão longe do cotidiano da prestação jurisdicional e do trabalho forense, por mais digitalizadas que estejam as operações. Nesse sentido, tomando o desafio de inovar democraticamente o “chão de fábrica” do advogado, **Rafael Parisi Abdouch** (capítulo 4: “*Propostas para uma reforma global no processo de conhecimento: balanço de uma década de carreira e as dificuldades reais no cenário brasileiro*”) propõe uma reforma processual global no âmbito do processo de conhecimento, destacando as especificidades da advocacia brasileira e os desafios práticos enfrentados por advogados e jurisdicionados. Com base em um diagnóstico detalhado dos gargalos processuais e em estatísticas que revelam o perfil predominante dos operadores do direito no país,



as propostas englobam a simplificação e unificação de procedimentos, a integração tecnológica e o fortalecimento de princípios como a resolução do mérito, a operabilidade e a eficiência processual. Rejeitando o “colonialismo mental” que historicamente influenciou reformas processuais no Brasil, o texto defende uma abordagem centrada nas realidades do jurista e do jurisdicionado brasileiros, promovendo um sistema mais acessível, transparente e adaptado às peculiaridades do cenário jurídico nacional.

Ainda no campo do Poder Judiciário, **Gina Fonseca Corrêa** (capítulo 5: “A democratização do órgão especial do Poder Judiciário por uma perspectiva de gênero”) discute a composição democrática deste Poder, cujos cargos são providos sem eleição, examinando dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Brasileiros (ENFAM) sobre a participação feminina nesta esfera. A pesquisa empírica demonstra a ínfima integração da mulher no espaço institucional e os reflexos desta invisibilidade no ambiente jurídico. A autora defende a reserva de vagas para mulheres no órgão especial do Poder Judiciário. Assim, ao defender a autonomia do critério de gênero, a autora engaja criticamente o argumento ungeriano contrário às cotas ou ações afirmativas moldadas exclusivamente por critérios de gênero ou etnia – Unger (2004a [1996], p. 103-133; 2017 [1982], p. 125-139; 1999 [1998], p. 103-108) defende em geral que as desvantagens estruturais advêm da combinação dessas clivagens com desigualdades de classe, que seriam invisibilizadas por políticas afirmativas ou compensatórias centradas exclusivamente em outras fontes de desigualdade (podendo mesmo gerar distorções em termos de compensações e vulnerabilidades)⁵. As políticas e reformas baseadas em critérios combinados de

⁵ Ver também Unger (2004b); Unger e West (1998, cap. 3-5). Em alternativa ao foco estrito em critérios raciais para a seleção universitária e profissional, o autor propõe um conjunto de políticas, que incluem a criminalização de atos discriminatórios, mas se expandem pelo tratamento combinado da estigmatização por raça e classe. É preocupação associar a abordagem das diversas formas de exclusão (de classe, raça, gênero) e mobilizá-las para reformas mais amplas de democratização produtiva e governamental, em vez de segmentá-las em agendas identitárias fragmentadas e abordá-las por políticas compensatórias.



exclusão e vulnerabilidade (e não no isolamento de marcadores como etnia e gênero) não anulam a necessária criminalização do racismo como ato individual, como faz o Brasil desde a Lei Afonso Arinos, de 1951, anterior aos casos *Brown* (1954/55), pelos quais a Suprema Corte americana proibiu a segregação racial.

2. Governo democrático

A qualidade do Estado depende de uma gestão eficiente das contas públicas. É o tema abordado, com precisão e densidade exemplares, por **Marcelo Vaz**, no capítulo 6 (*"Swaps de taxas de juros: uma alternativa para a redução do custo da dívida pública(?)"*). Como mostra o autor, entre os anos de 2020 e 2024, houve um aumento substancial do estoque da Dívida Pública Federal (DPF) no Brasil, especialmente da Dívida Pública Mobiliária Federal Interna (DPMFi). Esse aumento foi acompanhado pela elevação da participação dos títulos públicos indexados à Taxa Selic no estoque da DPMFi, em um contexto no qual o Comitê de Política Monetária (Copom), após ter decidido manter a meta da taxa básica de juros em percentuais historicamente baixos, iniciou dois ciclos de aperto monetário, deixando-a em patamares superiores a 10% desde a 244ª Reunião ocorrida em fevereiro de 2022. O incremento da participação de títulos indexados à taxa básica de juros faz com que a DPF fique mais exposta ao risco de variação da taxa de juros, podendo ter os seus custos incrementados com a alteração nos patamares dessa variável. Em outros setores da economia, é comum que as entidades se utilizem de diversos instrumentos para se protegerem desse risco, como os contratos de swap, que permitem a troca de diferentes fluxos de caixa. Todavia, no Brasil, embora o Tesouro Nacional esteja autorizado a se utilizar de derivativos para o gerenciamento da dívida pública federal externa (DPFe), não há uma autorização expressa para que isso seja feito no caso da DPMFi, fazendo com que o gestor da dívida não disponha de um instrumento adicional que poderia ser empregado para reduzir a sua exposição ao risco de variação da taxa de juros. Diante desse quadro, Marcelo Vaz apresenta uma proposta de introdução de contratos de *swap* no conjunto de mecanismos disponíveis



ao Tesouro Nacional para o gerenciamento da dívida pública, tratando de seus aspectos conceituais e institucionais. Antes disso, Vaz faz um diagnóstico da evolução recente da DPF e discute os mecanismos atualmente utilizados pelo Tesouro Nacional e a experiência internacional. O capítulo contribui para o debate a respeito de formas alternativas para a gestão das finanças públicas, que transcendam a consolidação fiscal.

Ainda sobre o Estado: a porosidade ideológica, os clientelismos regionalistas e os poderosos interesses organizados que tangem a política brasileira e caracterizam nosso cenário partidário impelem o “presidencialismo de coalizão” a uma série de impasses na negociação entre o Executivo e as bases parlamentares. Esses impasses têm alimentado o arriscado protagonismo do Supremo Tribunal Federal, de um lado, e suscitado arroubos autoritários de uma arbitragem militar, de outro. Diante desse cenário adverso, haveria formas de encaminhamento dos conflitos políticos capazes, de um lado, de avivar a participação popular e, de outro, de moderar o extremismo político, concentrando o debate em torno de problemas e pautas mais concretos e estruturais?

Desde a época da Assembleia Constituinte de 1988, Roberto Mangabeira Unger (2001 [1988], p. 152-155) sugere uma combinação de três mecanismos: 1) uma prioridade de agenda legislativa daquelas propostas que possam ser identificadas como núcleo do programa do governo eleito; em troca dessa prioridade, o Congresso ganharia o poder de censurar ministros, forçando o presidente a substituí-los; 2) em caso de impasse entre Executivo e Legislativo no encaminhamento da agenda de reformas, poderiam ser convocados plebiscitos e referendos de caráter mais abrangente e estrutural sobre a agenda de reformas⁶; 3) caso ambos os poderes persistam em impasse, cada um deles teria a prerrogativa unilateral de convocar novas eleições – mas, para prevenir abusos, as eleições seriam obrigatoriamente bilaterais,

⁶ “As formas mais promissoras de participação popular na legislação são os referendos e plebiscitos que abordam orientações nacionais no todo ou pacotes alternativos de inovação em políticas e instituições, em vez de questões isoladas.” (Unger, 2024, p. 543).



para impor um cálculo de riscos mais prudente aos poderes, prevenindo abusos no uso reiterado dessa válvula de escape (seja uma pressão legislativa que desestabilizasse permanentemente o presidente eleito para um mandato fixo, seja um potencial autoritarismo presidencial, dada a prerrogativa de dissolver o Congresso).

A proposta conta com evidentes obstáculos e pressupostos (para uma discussão mais detalhada, ver Amato, 2018a; 2018b). O primeiro mecanismo da engrenagem de solução de impasses proposta depende, por exemplo, da organização de um sistema eleitoral e partidário em que realmente fosse possível formar e identificar uma agenda de governo apresentada e discutida nas eleições, com uma base de apoio partidária e popular razoavelmente estruturada. Sobre sistemas eleitorais, ressaltando sua dependência de contexto e trajetória⁷, Unger (2013) sugere a combinação do voto proporcional em lista fechada com candidaturas avulsas⁸. Lembre-se que, como se

⁷ “Quase tudo o que pode ser feito por meio de regras de votação para aumentar a temperatura da política é suscetível aos efeitos dependentes da trajetória de circunstâncias particulares. Por exemplo, a substituição do voto distrital majoritário por representação proporcional pode, em muitos contextos, permitir a energização da política pela expressão partidária de contradições implícitas e alternativas suprimidas no país. Na presença, no entanto, de um sistema partidário altamente fragmentado, preso numa série de acordos políticos paralisantes entre si e com os interesses organizados na sociedade, o mesmo efeito pretendido pode ser alcançado pelo meio oposto: uma substituição, pelo menos temporária, da representação proporcional pelo voto majoritário [*first-past-the-post*].” (Unger, 2024, p. 242)

⁸ Unger (2013) sugere “organizar o financiamento público não só dos partidos, mas também dos candidatos avulsos e independentes. Permitir contribuições privadas apenas de pequeno valor, até o máximo de cinco salários mínimos. Insistir que no horário eleitoral da televisão, que é onde se gasta, desnecessariamente, a maior parte do dinheiro das campanhas mais importantes, só possa haver fala de candidato diante de fundo simples. Para completar a obra: começar a substituir a grande maioria dos cargos comissionados, de indicação política, por carreiras de Estado.” Assim: “Qualquer cidadão que demonstre, por assinaturas, contar com o apoio de 1% do eleitorado em seu município, em seu estado ou no país (de acordo com o mandato a que pretenda concorrer) pode concorrer sem legenda partidária, inclusive à Presidência da República.” Além disso: “É preciso também aperfeiçoar a democracia representativa e trabalhar rumo a regime de partidos consistentes e fortes. Em todo o mundo, a fórmula para ensejar o surgimento de tais partidos é o sistema de lista fechada nas eleições parlamentares: o eleitor vota na lista de candidatos parlamentares indicada pelo partido. De acordo com o voto que cada partido recebe, o partido elege mais ou menos parlamentares, descendo a lista na ordem que o partido estabeleceu. No Brasil, porém, cada partido tem dono. Alguns partidos maiores são condomínios, com vários donos. O brasileiro quer partidos de verdade, mas não quer aumentar ainda mais o poder desses donos de partido. Solução. Há pré-eleição em que votam os filiados do partido, para determinar quem entra na lista em eleições parlamentares e em que ordem. Os donos dos partidos não decidem. Deixarão de ser donos. Voto distrital não precisa e não convém: embora aproxime o mandatário do eleitor, favorece política antiprogramática e anti-estrutural, com foco apenas em benefícios locais. Para entender



tornou prosaico e rotineiro na vida brasileira, diante da inércia dos Poderes políticos em liderarem reformas estruturais, restou ao Supremo Tribunal Federal operar também nesse campo, avançando, de modo pontual, algumas tentativas de corrigir distorções no sistema eleitoral e partidário (sobre isso, ver Rodrigues, 2019).

Sobre o rearranjo das relações interpoderes, no capítulo 7 (*“Enfrentando a crise de governabilidade: três propostas para a escolha das Presidências do Congresso Nacional”*), **Lucas Custódio dos Santos** responde à provocação de Mangabeira Unger para imaginar novas soluções institucionais para superar as crises. Procura então evidenciar que poderes assimétricos entre Legislativo e Executivo têm gerado dificuldades na governabilidade do país, com sintomas como a queda das taxas de sucesso e dominância do Executivo, o aumento de derrubada de vetos e um crescimento vertiginoso do orçamento impositivo (emendas orçamentárias). Diante disso, Custódio dos Santos avança três soluções para a eleição das Presidências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal que podem, em teoria, equilibrar o jogo político e permitir a implementação da agenda aprovada nas urnas. Uma solução seria que ambas as presidências legislativas fossem eleitas diretamente pelo voto popular, na mesma chapa do Presidente da República; outra, que fossem indicadas pelo Presidente da República eleito; terceira: que o Vice-Presidente da República presidisse o Senado Federal (como no modelo americano). O capítulo analisa os prós e contras de cada alternativa.

Já o terceiro mecanismo sugerido por Unger (eleições antecipadas) é uma adaptação do que ocorre em sistemas semipresidencialistas como francês e o português, com o precedente alemão da república de Weimar. Mais precisamente alinhada à proposta de uma prerrogativa unilateral de cada poder político convocar

as consequências de tal sistema, basta observar a prática das emendas parlamentares dos nossos congressistas. Adotar o voto distrital seria generalizar esse paradigma.”



novas eleições bilaterais é o sistema da “morte cruzada”, implementado no Equador pela Constituição de 2008⁹.

Na França, pela Constituição de 1958 (art. 12): “O Presidente da República pode, após consulta ao Primeiro-Ministro e aos presidentes das assembleias, pronunciar a dissolução da Assembleia Nacional. [...] Não pode haver o procedimento de uma nova dissolução no ano seguinte a essas eleições.” O sistema francês, como analisa Unger (2013, p. 66-67), gera a alternância de duas situações problemáticas: quando o presidente é pessoalmente mais forte, pode até extrapolar suas atribuições com consentimento do parlamento (gerando uma espécie de hiper-presidencialismo); quando o presidente perde apoio político e diverge da maioria parlamentar que sustenta o primeiro ministro, dá-se a “coabitação”, uma situação de imobilismo e impasse típica dos freios e contrapesos do presidencialismo tradicional (madisoniano).

Em Portugal, a Constituição de 1976 sofreu revisão em 1982 para limitar os poderes discricionários do Presidente da República em favor da Assembleia da

⁹ Art. 148: “La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna. Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez en los tres primeros años de su mandato. En un plazo máximo de siete días después de la publicación del decreto de disolución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales para el resto de los respectivos períodos. Hasta la instalación de la Asamblea Nacional, la Presidenta o Presidente de la República podrá, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, expedir decretos-leyes de urgencia económica, que podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo.”

Art. 130: “La Asamblea Nacional podrá destituir a la Presidenta o Presidente de la República en los siguientes casos: 1. Por arrogarse funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional. 2. Por grave crisis política y conmoción interna. En un plazo de setenta y dos horas, concluido el procedimiento establecido en la ley, la Asamblea Nacional resolverá motivadamente con base en las pruebas de descargo presentadas por la Presidenta o Presidente de la República. Para proceder a la destitución se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional. De prosperar la destitución, la Vicepresidenta o Vicepresidente asumirá la Presidencia de la República. Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez durante el periodo legislativo, en los tres primeros años del mismo. En un plazo máximo de siete días después de la publicación de la resolución de destitución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales anticipadas para el resto de los respectivos periodos. La instalación de la Asamblea Nacional y la posesión de la Presidenta o Presidente electo tendrá lugar de acuerdo con lo previsto en la Constitución, en la fecha determinada por el Consejo Nacional Electoral.” (destaques incluídos)



República. O nº 2 do artigo 198º reza: “O Presidente da República só pode demitir o Governo quando tal se torne necessário para assegurar o regular funcionamento das instituições democráticas, ouvido o Conselho de Estado.” Os artigos 133º e 172º regulam a dissolução da Assembleia da República e as eleições antecipadas (ouvidos Conselho de Estado e partidos).

O segundo mecanismo abordado por Unger – plebiscitos e referendos – é já previsto na Constituição de 1988, quando coloca sob a competência exclusiva do Congresso Nacional “autorizar referendo e convocar plebiscito” (art. 49, XV). Entretanto, a previsão constitucional, a regulamentação legislativa e a discussão doutrinária a esse respeito abrem espaço a várias dúvidas e possibilidades de desenho institucional. É este o ponto abordado no capítulo 8 (*“A conjuntura política brasileira e os mecanismos de democracia semidireta (plebiscitos e referendos)”*) por **Rodrigo Marchetti Ribeiro**, quando analisa a configuração institucional dos plebiscitos e referendos. Conforme seu estudo, para plebiscitos legislativos, basta a convocação parlamentar (enquanto, para plebiscitos sobre atos administrativos, bastaria a convocação do próprio Executivo). Sobre os referendos, que devem ser autorizados pelo Congresso, quem os pode convocar? A competência convocatória tanto dos referendos quanto dos plebiscitos é dos membros do parlamento, apenas. Entretanto, diversos arranjos institucionais seriam possíveis (por exemplo, o Supremo Tribunal Federal poderia ter competência concorrente para tal convocação). Como os referendos têm função de insurgência contra um ato de um poder, faria sentido que um poder pudesse convocar referendos contra atos do outro poder. Entretanto, segundo a Constituição de 1988, apenas o Congresso Nacional autoriza os referendos, de modo que fica blindado de atos de insurgência contra si mesmo. A lei regulamentadora do tema (Lei 9.709/1998) reza que o referendo seja convocado por meio de um Decreto Legislativo, o que ainda impede que uma fração do Congresso Nacional se insurja contra uma maioria. Segundo a análise de Marchetti Ribeiro, teria sido interessante que tal convocação



fosse possível por meio de iniciativa popular. Nesta linha caminhou proposta de Unger (2013)¹⁰.

A propósito, note-se que as crises políticas no Brasil por vezes tem se valido do (uso ou ameaça de invocação do) mecanismo do *impeachment* presidencial, que, entretanto, é maculado por desvios jurídicos (por exemplo, a confusão entre seu caráter de ilícito político-administrativo e a inadequada importação de ritos e conceituações do direito penal) e não chega a funcionar como um *recall* ou eleição revogatória ou antecipada (por falta de voto popular direto); trata-se mais de um equivalente ruim ao “voto de desconfiança” típico do parlamentarismo, porém agravado, pois se trata de um sistema presidencialista, caracterizado pela fusão das chefias de governo e de Estado, sob um mandato fixo. Ademais, ao contrário do semipresidencialismo, aqui o presidente da república permanece refém do parlamento, sem poder dissolvê-lo e convocar novas eleições. Temos mais um “presidencialismo às avessas”, que bloqueia o Executivo sem lhe fornecer equivalentes prerrogativas de negociação e pressão sobre o Legislativo.

Na prática, eleito por sufrágio universal, o presidente permanece no cargo desde que mantenha no parlamento a fração mínima de apoio necessária para evitar a abertura do processo ou a condenação ao *impeachment*, mesmo que suas condutas se enquadrem manifestamente entre os “crimes de responsabilidade”; por outro lado, se perde essa base parlamentar, acaba por ter alguma conduta, mais ou menos grave, enquadrada naquela categoria indeterminada, e é então retirado do cargo sem apelo à vontade popular direta – que poderia ser exigida para confirmar ou infirmar a decisão parlamentar por referendo obrigatório, por exemplo. Em vez de ficar com o parlamento (como no Brasil e nos Estados Unidos, ainda que sob um controle

¹⁰ “Vinte por cento dos deputados ou cinco por cento dos eleitores podem submeter qualquer medida legislativa a referendo popular, antes ou depois de ser votada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente. Da decisão popular, cabe recurso apenas para outra maioria futura, respeitados os limites constitucionais por que velam os juízes. De igual forma, cinco por cento dos eleitores, por iniciativa popular, podem provocar plebiscito nacional para que a nação vote, diretamente, uma lei. Se a iniciativa obtiver maioria, passará a vigor como lei, independentemente de voto no Congresso e de sanção presidencial.” (Unger, 2013)



procedimental da Suprema Corte) ou com a própria Suprema Corte (como na Coreia do Sul, por exemplo), a “última palavra” sobre o impedimento ficaria com o povo, em um referendo ou em referendos sucessivos ao longo de uma campanha de denúncia e defesa públicas do presidente – é o que sugere Ribeiro Filho (2025), defendendo que tal engajamento direto diminuiria a captura institucional do poder político por maiorias parlamentares circunstanciais e retiraria o protagonismo político de minorias organizadas, devolvendo-o à consulta popular direta, a fim de evitar abusos e reforçar a confiança pública nas instituições representativas.

A institucionalidade e a prática do *impeachment* presidencial são apenas uma ilustração do dilema das democracias contemporâneas: de um lado, para diminuir sua suscetibilidade às paixões oscilantes da opinião pública, proclamam-se contra a “tirania da maioria” e mantêm-se atadas aos impasses programados por freios e contrapesos “contramajoritários”, com crescimento das funções judiciais, ainda quando elas têm déficit de legitimidade para serem efetivadas e concretizadas mais decisivamente, como em casos políticos controversos (ou seja, mesmo o controle “contramajoritário” pode ser inefetivo); de outra parte, acabam permanecendo presas das elites ou oligarquias políticas entrincheiradas no parlamento, que exarcebam seus meios de barganha e coação diante do Executivo e de seu chefe, eleito direta e independentemente, mas destituível de modo indireto pela uso de conveniência do instrumento do *impeachment*. Aqui o problema deixa de ser o Estado tornar-se presa da vontade transitória e irracional das massas (compondo uma “maioria ocasional, episódica”, contra os “interesses duradouros da república”) e passa a ser a captura da democracia por maiorias parlamentares momentâneas ou episódicas, isto é, por coalizões formadas em barganhas estratégicas (eventualmente) sem maior alinhamento com a maioria popular/eleitoral, submetendo um governo eleito diretamente por maioria (em sistema de dois turnos) que episodicamente perca sua base de apoio parlamentar (não necessariamente a maioria, mas pelo menos um terço dos votos necessários para impedir a abertura do impeachment na Câmara e/ou seu



julgamento pelo Senado) ao risco de ser destituído sem consulta popular. No caso, a maioria parlamentar oposicionista (ao compor dois terços em alguma das casas legislativas) “tiraniza” a minoria governista ocasional, que, entretanto, apoia um chefe de Estado e governo eleito direta e independentemente do Legislativo – mas destituível sem nova consulta direta à vontade popular. É apenas um caso-limite que mostra a indeterminação dos arranjos da democracia representativa e a necessidade de sua atualização à luz dos anseios e das dinâmicas políticas contemporâneas.

Tratando ainda das oportunidades de participação do cidadão, **Júlia Trindade de Sá** (capítulo 9: *“Democracia de alta energia em um contexto de exaustão: possível estratégia para a redução do impacto da escassez de tempo livre em prol da inovação nas estruturas sociais e políticas”*) delinea a “democracia de alta energia” proposta por Mangabeira, e diante dessa proposta, pergunta: mas o trabalhador brasileiro, em geral, tem tempo para se dedicar a assuntos públicos e se engajar politicamente? A autora lembra que tanto a Consolidação das Leis do Trabalho quanto o Regulamento Legal dos Servidores Públicos da União preveem hipóteses nas quais o cidadão pode justificar a sua falta para o exercício de alguma obrigação sem impacto em seus vencimentos. Entretanto, sugere que também dariam base para faltas justificadas as seguintes hipóteses: participação em (i) manifestações, protestos e mobilizações; (ii) audiências públicas; (iii) sessões de julgamento de controle externo e fiscalização da administração pública; e (iv) sessões de discussão e votação de pautas nas casas do Poder Legislativo.

Claro que sua proposta precisaria também considerar a ampla parcela dos brasileiros em situação de informalidade e precarização (inclusive microempresários), sem vínculos estáveis celetistas ou no serviço público. Mangabeira Unger (2018a, p. 68-75) registra a necessidade de se elaborar uma legislação própria para a proteção dos novos tipos de relação de trabalho, incluindo uma “flexicuridade social”: benefícios e proteções mais universalizados e portáteis entre os diferentes postos, vínculos e categorias através dos quais cada trabalhador poderá transitar ao longo de sua vida economicamente ativa.



Registro que, diagnosticando justamente os custos e tempos do engajamento participativo, Lara (2024) propôs a modelização de uma rede de “arenas de participação democrática” organizada a partir de círculos concêntricos, com um núcleo mais deliberativo e ativo, de participação voluntária ou incentivada (prêmios, benefícios e serviços condicionais), e periferias apenas “agregativas” de demandas e votos (para as quais serviriam mecanismos como plebiscitos ou formas equivalentes de participação informadas e instrumentadas por plataformas digitais e mecanismos de inteligência artificial).

Além do tempo, outro fator habilitante da participação política é a educação analítica e capacitadora, tema abordado por **Leticia Maria de Maia Resende** (capítulo 10: “*O fortalecimento da educação para o alcance da democracia de alta intensidade*”). A autora começa caracterizando a democracia de alta intensidade defendida por Mangabeira¹¹, a qual se caracteriza pela mobilização popular e pelo engajamento na vida política. Em seguida, diagnostica o problema da falta de educação cidadã nas escolas, a falta de instrução técnica para as pessoas eleitas para ocuparem cargos políticos eletivos e, ainda, a falta de destaque dos grandes problemas e instituições nacionais como conteúdo da educação básica. Cita o exemplo do projeto o projeto “Em miúdos” desenvolvido pela Câmara Municipal da cidade de Pouso Alegre, Minas Gerais, voltado a adaptar conteúdos técnico-jurídicos, como o teor da Constituição da República Federativa do Brasil e de leis específicas, para a informação inicial de crianças e adolescentes sobre direitos e deveres.

Por falar em participação política, **Lucas Cavalcante Gondim** (capítulo 11: “*Experimentalismo democrático para os micromunicípios: um olhar ungeriano sobre a sustentabilidade municipal*”) testa a ideia de experimentalismo democrático nos

¹¹ “As nossas práticas educativas devem ser dialéticas, ensinando cada matéria a partir de pontos de vista múltiplos e contrastantes. Devem desafiar o casamento forçado do método com a matéria que marca as ortodoxias da cultura universitária e explorar o estudo da mesma matéria através de diferentes métodos. E devem dar ao indivíduo acesso a experiências e ideias distantes das que prevalecem no seu tempo e lugar.” (Unger, 2024, p. 376). O pensamento educacional de Unger é densamente influenciado por Anísio Teixeira, grande discípulo brasileiro de John Dewey (ver Vargas e Galvão, 2021).



municípios brasileiros, com foco nos micromunicípios. Sugere que a descentralização, em vez de ser vista como um problema, pode ser um caminho para a democratização radical e a gestão eficiente de recursos. Propõe um modelo disruptivo para os micromunicípios, substituindo as Câmaras Municipais por Conselhos compostos mediante sorteio, enfatizando a participação cidadã e a quebra de ciclos de captura política pelas elites locais. Em suma: nos 117 micromunicípios brasileiros, as atuais Câmaras Municipais poderiam ser substituídas por um Conselho Municipal, formado por 28 membros escolhidos por sorteio para um mandato de 2 anos; o Conselho Municipal seria subdividido em 4 Câmaras Temáticas, cada uma com 7 membros: educação, saúde, trabalho e assistência social, e infraestrutura; as Câmaras Temáticas escolheriam os Secretários Municipais correlatos, que responderiam politicamente perante elas. Ademais, cada Conselho deveria ser autônomo para fixar as normas de deposição de um membro, de dissolução precoce, ou mesmo de duração dos mandatos. A proposta de intervenção de Gondim, ao mesmo tempo arrojada e prática, ilumina como promover uma democracia de alta energia, com maior eficiência nos serviços públicos e empoderamento das comunidades

Por falar em questões federativas, Unger (2018, p. 75-78; 2024, p. 558-561) tem procurado revitalizar a apreciação do grande jurista Louis Brandeis, que em 1932 classificava os estados americanos como “laboratórios de democracia” (Suprema Corte dos EUA, *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262). Um poder de coordenação e iniciativa forte da União pode conviver com um grande potencial de estados e municípios fugirem à “simetria” e testarem soluções alternativas para leis e políticas públicas. O Brasil já dispõe de alguns instrumentos de federalismo cooperativo e descentralização, como os consórcios estaduais, as comissões tripartite do Sistema Único de Saúde ou as regiões metropolitanas (ver Liziero, 2024a; 2024b; Amato, 2021; Pires, 2017; Chaves, 2010), mas ainda falta um longo caminho a percorrer.

Na discussão sobre federalismo, **Rebeca Spuch** (capítulo 12: “*Os impactos do federalismo brasileiro no ecossistema de inovação aberta no setor público: propostas para o*



fortalecimento de políticas públicas nas esferas subnacionais”) dá alguns passos importantes. A autora mostra como o federalismo brasileiro, historicamente marcado por movimentos pendulares e paradoxais de concentração e desconcentração de poder e pelo antagonismo entre o poder central e os entes subnacionais, impacta o ecossistema de inovação aberta no setor público e, a partir disso, propõe medidas para mitigar os impactos negativos. Primeiramente, busca contextualizar e conceituar o federalismo brasileiro e a inovação aberta no setor público. A seguir, faz o diagnóstico sobre os impactos do federalismo brasileiro no ecossistema de inovação aberta no setor público. Depois, apresenta a teoria de Unger sobre a democracia de alta energia e o federalismo cooperativo. Finalmente, Spuch apresenta propostas para mitigar os efeitos negativos do federalismo brasileiro a partir da teoria de Unger, visando especialmente ao fortalecimento e ao aumento das capacidades institucionais dos entes subnacionais. Destacam-se a celebração de parcerias com organizações da sociedade civil e a formação de redes de apoio e cooperação entre os entes subnacionais.

Mangabeira Unger (2024, p. 542) repete há décadas que a democratização política depende de uma reorganização dos usos dos meios de comunicação de massa, dando acesso a partidos políticos e movimentos sociais organizados para que tenham tempo gratuito de uso desses meios. Entretanto, pelas plataformas digitais, qualquer um hoje tem chances de publicar seu conteúdo. Há, porém, problemas de visibilidade (nem todo mundo é um “*influencer*”) e de disseminação massiva de notícias e narrativas falsas, tudo isso soldado pela nova forma de negócios da mídia: na qual a desintermediação da mídia tradicional de massas (rádio, TV, jornal) é substituída por uma reintermediação da comunicação por plataformas com políticas opacas sobre a monetização dos dados, o impulsionamento dos conteúdos e outros truques da inteligência artificial.

Nesse cenário onde todo mundo fala de tudo com ares de doutor (ainda que nem todos tenham o mesmo alcance com suas falas), como pensar em um aumento da participação popular na definição dos rumos da política quando mesmo o mecanismo



básico da democracia liberal – eleições periódicas – tem provocado tempestades de desinformação e discursos de ódio? Afinal, ter mais oportunidade de participação (e oportunidade de discutir e escolher não apenas entre candidatos, mas diretamente entre opções de reforma institucional e política pública, como nos plebiscitos ou referendos) e ter mais ocasião para ser inundado por *fake news* ou, pelo contrário, é uma chance de colocar em evidência temas espinhosos, lançá-los à opinião pública e, de algum modo, tentar fazer uma campanha de (auto)esclarecimento em meio a tanta “pós-verdade” que virá à tona? A resposta ainda não está dada, mas o desafio está colocado: a regulação democrática (a começar do plano do Estado nacional, que é onde se ainda se assenta a maioria de nossas oportunidades democráticas) das plataformas digitais comandadas pelas *big techs*.

Como balizar o uso das ferramentas plataformizadas, como algoritmos e câmaras de eco, que têm turvado a tomada de decisões públicas e insinuado apologias ao autoritarismo? **Amanda Simões da Silva Batista** (capítulo 13: *“Imaginação institucional e crise democrática digital: reflexões sobre a agência reguladora de desinformação na internet”*) detalha a proposta de “autorregulação regulada” (regulação da autorregulação) para lidar com o tema e, mais especificamente, analisa a ideia de criação de uma agência reguladora, com composição multissetorial, para a fiscalização e a responsabilização administrativa das plataformas de mídias sociais no combate à desinformação. A autora destaca que uma futura agência nacional para assuntos digitais, especializada e independente, precisa ter composição plural, com ênfase no papel da sociedade civil; definir um procedimento administrativo para definição de responsabilidades e sanções; e organizar o trabalho conjunto de seus membros para acompanhar a atualização regulatória conforme o desenvolvimento de novas tecnologias.

Matheus Della Monica (capítulo 14: *“A regulamentação das redes sociais e o imperativo da imaginação institucional”*) olha para a experiência brasileira, analisando criticamente nossas propostas legislativas em curso, comparando-a com modelos



como o Regulamento Europeu de Serviços Digitais, mas não se deixando limitar pelos moldes já preparados. Della Monica endossa a ideia que de a autorregulação das plataformas deve ser coordenada com a regulação estatal na forma de uma “metarregulação”, mas indica que a autonomia regulatória privada precisa ser delimitada pelo estabelecimento de um piso de obrigações que a harmonizem com as exigências democráticas: por exemplo, pela exigência de da transparência nas decisões de moderação de conteúdo nas redes sociais e pela criação de um contencioso administrativo que consolidasse o devido processo e o contraditório entre denunciante e denunciados na tomada de decisões pelas plataformas – em vez de um usuário ser meramente notificado da decisão da plataforma e prevenindo-se que tal ato fosse submetido, como poderá ser em último caso, ao contencioso judicial. Em um passo adiante, a própria decisão de moderação de conteúdo poderia ser delegada aos usuários, descentralizadamente. Seja em um caso (processo adversarial entre usuários, com juízo da plataforma), seja em outro (decisão delegada aos próprios usuários), seria importante constituir e dar a público um repertório das decisões e de seus fundamentos – uma jurisprudência da moderação de conteúdo. O mecanismo vai muito além de meras “notas da comunidade”, como as *big techs* têm proposto, e propõe esclarecer as responsabilidades envolvidas no uso que se faz do potencial de disseminação da informação pelas vias digitais. Ainda, ao abordar o “discurso de ódio”, Della Monica rejeita um endosso incondicional à tradição americana mais libertária sobre liberdade de expressão, propondo a organização de comitês participativos para lidar com os casos mais controversos.

Vale lembrar que, para além das usuais políticas de consentimento e privacidade sobre o uso dos dados, Unger (2018b, p. 127-128) a monetização de dados pessoais pelas empresas de tecnologia (geralmente com poder de mercado global), sem contrapartida ao usuário das plataformas digitais, haveria de ser substituída por um regime de propriedade, pelo usuário, dos dados que ele produziu; as empresas poderiam então pagar compensações e rendas pelo uso dos dados, ou até mesmo ceder



participações acionárias fracionadas, as quais poderiam ser agrupadas, monetizadas e negociadas em um mercado secundário; conforme o grau de contribuição dos produtores de dados (os usuários das plataformas) ao negócio dos usuários destes dados (as plataformas que os decodificam, agrupam e gerenciam), os consumidores-produtores poderiam ter maior ou menor participação econômica nos empreendimentos derivados dessa colaboração. No século XXI, a propriedade não é só de terras; precisamos atualizar a agenda da “reforma agrária” para a “desagregação” da propriedade imaterial, inclusive (sobre a questão agrária, a propósito, ver Santos, 2020; sobre direitos digitais, ver Zanatta, 2024).

A “propriedade desagregada” dos recursos produtivos (Amato, 2022) envolve direitos fragmentários e sobrepostos, temporários ou condicionais, titularizáveis por diversos perfis de agentes econômicos, como trabalhadores, investidores privados, bancos e agências públicas de desenvolvimento. Direitos reais e intelectuais compartilhados, empresas de participações, pirâmides e teias societárias, fundos de capital de risco para startups (*venture capital* e *private equity*) e parcerias público-privado-comunitárias (PPPCs) estão entre as ferramentas aptas à modelagem de regimes alternativos de propriedade empresarial. Esses arranjos jurídicos permitem concentrar ativos e descentralizar a economia de mercado, com potencial para a estruturação de uma democracia poliproprietária – capaz de difundir capacidades empreendedoras e de sustentar novos direitos fundamentais, que funcionem como equivalentes a “dividendos universais”.

Por falar em direitos fundamentais, este bloco de capítulos se encerra com o 15 (“*Digitalizando os direitos humanos e fundamentais: desestabilização, imunidade, participação e autonomia*”, de **Lucas Fucci Amato**). O texto sugere que a tradicional visão das “gerações” ou “dimensões” de direitos (civis, políticos e sociais) reflete certa trajetória da sociedade industrial; em seu lugar, propõe quatro funções ou papéis dos direitos fundamentais: 1) a proteção individual e coletiva contra a exclusão, a privação e a opressão; 2) a intervenção em injustiças estruturais mas localizadas em procedimentos



e rotinas organizacionais que produzem repetidamente discriminação, exclusão, violência ou carência; 3) o acesso ao sistema político, combinando participação e representação; 4) a regulação estatal da autorregulação privada.

3. Economia digital

A ideia de regimes alternativos de propriedade (ver Amato, 2022) abrange a propriedade intelectual – os direitos autorais, inclusive. Neste campo, embora não da propriedade industrial, desenvolveu-se uma alternativa à propriedade intelectual unificada por meio da propriedade imaterial comum. O desenvolvimento é resultado de um movimento por direitos digitais que assegurassem maior participação na produção de conteúdos culturais, sendo as formas alternativas de licenciamento um dos meios para tal fim (Postigo, 2012, p. 47, 177-178). Ao lado da proposta de descriminalizações e exceções diretas ao regime da propriedade intelectual (Lessig, 2008, cap. 9), o direito passou a contar com um regime alternativo de direitos autorais. A licença *Creative Commons*, por exemplo, calibra as liberdades que serão concedidas ao usuário e os privilégios que permanecerão com o criador. O criador pode escolher uma licença que permita qualquer uso, desde que mantida a atribuição do nome ao criador; ou pode permitir apenas usos não comerciais; pode permitir qualquer uso, desde que as mesmas liberdades sejam concedidas aos demais. Enfim, há uma variada configuração do espectro de usos permissíveis. O que a licença fornece é um quadro básico de proteção de direitos autorais, modelável pelos criadores dos conteúdos (Lessig, 2004, p. 283).

O capítulo 16 (*“A necessária reforma do direito autoral na era da inteligência artificial: compensar autores sem conter a inovação”*), de **Caio Rezende Missagia**, atualiza a pauta de inovações nos direitos autorais. Sabe-se que hoje gênios criativos recebem são absolutamente sub-remunerados pelos serviços de *streaming*. Se queremos ter nossas mentes povoadas por novas ideias e expressões, para além de padrões reproduzidos por algoritmos, precisamos criar instituições e regulações que sustentem a inteligência



e a criatividade humanas. Missagia analisa como as categorias jurídicas tradicionais do direito autoral são inadequadas para enfrentar os desafios dessa nova era. A abordagem tradicional, que privilegia os direitos exclusivos do autor sobre sua obra, é incapaz de proteger criadores sem comprometer a inovação tecnológica; simplesmente reitera as dinâmicas de exclusividade, apropriação privada e controle de grandes empresas sobre informação e cultura. Inspirado no chamado de Unger para a inovação institucional, Missagia explora a arquitetura sugerida por Martin Senftleben: um sistema remuneratório baseado na dimensão dos *outputs* da inteligência artificial generativa, capaz de promover uma solução cooperativa que equilibre os interesses de artistas e da indústria tecnológica. Em vez de impor uma remuneração desde a fase de treinamento dos sistemas de inteligência artificial generativa (como na experiência europeia), Senftleben propõe um sistema de remuneração dos autores humanos com uma parcela da receita proveniente do fornecimento e do uso de sistemas de IAGen nos campos literário e artístico – o que pressupõe a organização de entidades de coleta e gestão responsáveis pela distribuição dos recursos arrecadados aos autores humanos. O capítulo conclui que a reforma do direito autoral é essencial para conciliar a remuneração de criadores com o progresso tecnológico, contribuindo para um projeto de “economia do conhecimento” includente, nas linhas traçadas por Unger (2018b). Vale lembrar que Missagia já deu outras contribuições valiosas para a imaginação de soluções jurídicas inovadoras no campo da regulação, tais como os “ambientes regulatórios experimentais” (*sandboxes* regulatórios), inclusive no setor da inteligência artificial (Missagia, 2024; Amato e Missagia, 2023).

Mariana de Azevedo Castro Cesar (capítulo 17: *“Superando o colonialismo mental: o direito concorrencial brasileiro e a necessidade de convergências institucionais mais amplas”*) observa que as instituições criadas no país não têm sido capazes de resolver problemas históricos brasileiros, notadamente a baixa produtividade e o difícil acesso aos mercados no lado da oferta e produção (e não apenas da demanda e consumo). Tal cenário tem se tornado ainda mais grave com o avanço das técnicas produtivas



desenvolvidas mundialmente, as quais, mesmo em países desenvolvidos, têm se concentrado nas mãos de uma pequena elite tecnológica. Partindo desse diagnóstico ungeriano, Mariana Cesar focaliza o direito concorrencial brasileiro enquanto um dos mecanismos disponíveis para a organização jurídica da economia. Entretanto observa como esse ramo não foi exceção ao nosso “colonialismo mental”: fomos fortemente influenciados pela doutrina e prática norte-americana sem grandes considerações sobre o transporte, muitas vezes acrítico, de teorias para contexto para o qual não foram criadas, e também desconsiderando os demais arranjos institucionais existentes naquele país, os quais se acomodavam com o direito concorrencial lá desenvolvido. Para que sejamos capazes criar soluções para os novos e históricos problemas da economia brasileira, faz-se necessária a imaginação de soluções institucionais mais amplas que uma mera reforma do direito concorrencial brasileiro. É necessária uma reinvenção dos arranjos institucionais da ordem de mercado, no qual o direito concorrencial será via estratégica e instrumento de organização mais ampla visando o avanço de uma economia includente. Por exemplo, Mariana Cesar observa como “o direito concorrencial, embora considere que o acesso a tecnologias, conhecimento e experiência possa ser uma barreira à entrada de novas empresas, principalmente a mercados intensivos em tecnologia, tem como primordial instrumento de regulamentação a limitação e o controle de práticas potencialmente anticompetitivas e/ou o bloqueio de concentrações”. Entretanto, pouco se discute a estruturação de agências que facilitem a disseminação de conhecimento, experiências e, inclusive, variáveis competitivas relevantes à produção.

Outro tema econômico de centralidade no país que acabou de proceder a uma reforma tributária são as formas de arrecadação e gasto público (para uma reconstrução histórica dos debates tributários no Brasil, ver Gonçalves e Sato, 2024).

Viktor Jean Lemos e Lucas Fucci Amato (18: *“Tributação, desenvolvimento e (re)distribuição”*) exploram algumas das proposições de Mangabeira Unger para uma reforma tributária, posicionando-as à luz da trajetória recente do direito tributário no



país e de uma visão sobre o papel do direito no desenvolvimento econômico e na redistribuição de renda e riqueza. Destaca-se que a recente reforma tributária instituiu o imposto sobre valor agregado (IVA), proposto há décadas por Unger e comum na experiência europeia – defendido por distorcer menos os preços e incentivos econômicos e, a despeito de incidir sobre o consumo (e ter um caráter a princípio regressivo, portanto), proporcionar um alto nível de arrecadação (podendo-se então compensar o caráter regressivo do imposto conforme a redistribuição proporcionada pelo gasto público). A reforma também reforçou o imposto sobre heranças e doações, na linha sugerida por Unger. Uma proposta que permanece em aberto é a do imposto Kaldor, que incidiria sobre a diferença entre a renda e a poupança investida de cada contribuinte, podendo tributar amplamente as faixas de consumo mais elevado e estimulando a formação de poupança e sua canalização para o investimento.

Na mesma linha, **Natalia Silva de Andrade Cordeiro** (capítulo 19: “*A Tributação de Heranças e o Incentivo à Filantropia no Brasil: Diagnóstico Crítico e Proposta de Reforma*”) analisa criticamente a tributação de heranças no Brasil, com foco no Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), evidenciando sua ineficácia como instrumento redistributivo devido à baixa alíquota atual (máxima de 8%) e à ausência de progressividade. Cordeiro defende que esse padrão contribui para a perpetuação da concentração de riqueza e reflete a falta de alinhamento do sistema tributário brasileiro com práticas internacionais distributivas. O capítulo relaciona a má tributação aos desafios enfrentados pelas organizações da sociedade civil (OSCs) na captação de recursos, como barreiras normativas e ausência de incentivos fiscais para doações, enfraquecendo a filantropia como instrumento de transformação social. Com base nos princípios de inovação institucional propostos por Mangabeira Unger, o trabalho propõe reformas que incluem o aumento progressivo do ITCMD, incentivos fiscais para doações filantrópicas e o fortalecimento do federalismo cooperativo para redistribuir recursos entre regiões. Comparações com os sistemas tributários de países



como Estados Unidos e Alemanha ilustram como essas práticas podem ser adaptadas ao contexto brasileiro.

Para fechar o bloco de textos dedicados às inovações institucionais na economia, o capítulo 20 (*“O que interessa à maioria: direito do trabalho na sociedade digital”*), de **Lucas Fucci Amato**, discute as configurações da proteção trabalhista na economia digital, pontuando os desafios da organização sindical, da universalização de benefícios sociais e da internacionalização de parâmetros protetivos.

4. Experimentalismo na administração pública

Unger (2018a, p. 95-96) discute a necessidade de a burocracia pública combinar ao mesmo tempo a implementação de três agendas incompletas: a agenda do profissionalismo burocrático e da meritocracia (que exigiria, para começo de conversa, substituir a maioria dos cargos comissionados por carreiras de Estado); a agenda da eficiência gerencial (focalizada desde os anos 1990, que demanda mecanismos de avaliação, cobrança e incentivo em três níveis: em cada departamento do Estado, em alguma secretaria ou Ministério voltado a centralizar essas atividades, como Planejamento, e fora do Estado, por meio de organizações representativas da sociedade civil); e a agenda do experimentalismo (em que o “fordismo” burocrático na provisão de serviços públicos ou na regulação é substituído por parcerias descentralizadas com cooperativas de profissionais e associações afins).

A propósito, **Leonardo Marques de Souza e Lucas Fucci Amato** (capítulo 21) tematizam o *“Experimentalismo na Administração Pública”*, discutindo suas implicações para o controle da administração, os serviços públicos, a atividade econômica e a regulação. Em termos teóricos, o texto compara a agenda experimentalista esboçada por Mangabeira com o pragmatismo da análise econômica do direito e com o mapeamento de arranjos institucionais híbridos pela nova economia institucional. A conclusão aponta que uma estratégia crucial do experimentalismo seria o



estabelecimento de regimes alternativos naqueles diversos campos e funções administrativas (por exemplo, diferentes regimes de contratações e compras públicas).

Já **Victória Andrade Pecorari** (capítulo 22: *“A burocracia como barreira ao acesso a políticas públicas por populações vulneráveis”*) discute as políticas sociais, avançando a tese de que a burocracia, frequentemente associada à eficiência administrativa, torna-se um obstáculo ao acesso de populações vulneráveis às políticas públicas. Seu texto explora como as barreiras burocráticas afetam populações economicamente desfavorecidas, analisando a interseção entre direito, decolonialidade e aporofobia estrutural. Para tanto, apresenta análise de dados estatísticos e casos, apontando sugestões de alternativas para reduzir esses entraves maléficos sofridos pelas populações vulneráveis. A pauta inclui: simplificação dos processos (reduzir exigências documentais e etapas administrativas); capacitação de servidores públicos (promover formação em direitos humanos e inclusão social); criação de pontos únicos de acesso (centralizar serviços para facilitar a interação com as comunidades); parcerias com entidades locais (trabalhar com ONGs e associações comunitárias); monitoramento e avaliação (estabelecer indicadores claros para medir a eficiência das políticas) (sobre o desenho institucional de políticas sociais, ver *e.g.* Annenberg, 2014).

5. Meio ambiente

Casando economia e meio ambiente, **Cesar Augusto Amaral Dias** (capítulo 23: *“Mudança Institucional e o Direito Ambiental Brasileiro: Codificação, Coordenação Estratégica e Revolução Produtiva”*) explora a preocupação ungeriana em desenvolver a economia de maneiras que privilegiem o papel da inteligência e da agregação de valor na criação de cadeias produtivas sustentáveis a partir do potencial biodiverso de cada região (para uma avaliação da construção recente da política ambiental brasileira, com destaque para as visões de Unger, ver Moulin, 2024; Biasoli, 2018). Nesse sentido, Dias propõe uma reforma institucional que supere o emaranhado de princípios gerais e leis esparsas que caracteriza o direito ambiental brasileiro, integrando-o a partir de uma



codificação e de uma reformulação do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), com a criação de órgão responsável por consolidar o Zoneamento Econômico Ecológico dos entes federados, instaurar uma instância revisional de processos de licenciamento ambiental e orquestrar os esforços de diversificação e especialização das cadeias produtivas a partir das vantagens naturais ofertadas em cada bioma.

Thiago Zambelan Ribeiro da Silva (capítulo 24: *“A fragilidade institucional na reparação de crimes socioambientais: uma análise do caso Mariana sob a perspectiva do colonialismo mental”*) analisa o caso do rompimento da Barragem do Fundão, ocorrido em Mariana-MG, sob a perspectiva das fragilidades institucionais brasileiras nos processos de reparação de desastres ou crimes socioambientais. A partir de um diagnóstico crítico do sistema jurisdicional vigente, o autor examina como as deficiências estruturais das instituições nacionais contribuíram para a ocorrência do desastre e dificultaram a efetiva responsabilização dos agentes envolvidos. Inicialmente, o capítulo aborda as limitações do sistema de justiça brasileiro e sua fragmentação na condução dos processos reparatórios. Thiago Zambelan Ribeiro da Silva explora como o “colonialismo mental” (diagnosticado por Mangabeira) influencia a estruturação das decisões em litígios ambientais brasileiros e examina criticamente a crescente tendência de busca por jurisdições estrangeiras na resolução de conflitos socioambientais, evidenciada pelos processos movidos contra as mineradoras Vale e BHP Billiton na Inglaterra e Países Baixos, por crimes e danos cometidos em território nacional. Por fim, são apresentadas propostas de reforma institucional visando ao aprimoramento dos mecanismos de reparação de danos ambientais, bem como à superação das limitações identificadas no atual modelo. Por exemplo, o autor adverte que “[o] princípio do *forum non conveniens* exemplifica uma barreira significativa, pois permite que tribunais estrangeiros se recusem a julgar casos que considerem mais adequados para outra jurisdição, potencialmente frustrando os esforços de vítimas e advogados que buscam justiça em países com normas mais



rigorosas”. A metodologia baseia-se em pesquisa bibliográfica e análise documental de decisões terminativas selecionadas, em âmbito nacional, dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 6ª regiões (TRF1 e TRF6, respectivamente), e, em âmbito internacional, de cortes e tribunais de jurisdição inglesa, incluindo a Supreme Court of the United Kingdom (UKSC), High Court of Justice (EWHC) e Court of Appeal (EWCA), com ênfase no estudo de caso do crime de Mariana e suas repercussões jurídicas nacionais e internacionais.

Encerrando o livro, o capítulo 25 (*“Imaginando um direito global multiescalar: crise ambiental e teoria social do direito”*, de **Lucas Fucci Amato**) propõe uma reflexão mais abrangente sobre como a teoria do direito pode transcender o paradigma de centramento no ordenamento jurídico nacional, abordando a temática ambiental como um dos campos em que esse desafio está colocado. A discussão ilustra pontualmente o pensamento de Mangabeira para o cenário internacional.

Unger (2022; 2024, p. 597-604; 2010 [2007]) vê os Estados nacionais como laboratórios de experimentação das formas de humanidade, voltados à criação de novas diferenças (por meio da multiplicidade institucional, não da convergência), em vez de fundar suas bases sobre a reiteração da homogeneidade étnica, como se sua população fosse uma “grande família” ou tribo unida por vínculos imemoriais de parentesco. Em termos das organizações internacionais como a Organização Mundial do Comércio, ele se posiciona tanto contra o cosmopolitismo liberal (voltado a suprimir diferenças pela imposição de uma convergência institucional) quanto ao nacionalismo reacionário (que mitifica uma identidade de base étnica, religiosa e moral); propõe, construtivamente, um pluralismo qualificado, em que há um minimalismo institucional dos padrões internacionais (por exemplo, as regras sobre liberalização comercial deveriam permitir que cada Estado dose sua abertura em termos da mobilidade gradual de bens, serviços, capitais e pessoas. De outro lado, Unger destaca o papel da cooperação internacional para prover bens públicos globais e evitar perigos públicos globais. A cooperação entre Estados se organiza sobretudo a



partir de coalizões de propósito único (e.g. acordo econômico, sanitário etc.), de coalizões regionais (como a União Europeia), de coalizões de países similares (e.g. como os países de renda média, grande território e população que compõem os BRICS) e em coalizões de Estados médios para proteger interesses vitais (segurança) diante das grandes potências (EUA e China). Esse esquema multinível evita a necessidade e a perigosa utopia de um Estado mundial. Parte de experiências mais ou menos próximas para imaginar seus próximos passos possíveis.

Confira aqui o lançamento do livro, com o Professor Mangabeira Unger:

<https://www.youtube.com/playlist?list=PLIOHUNM3bEj79kO8D09xEZOQDFFmDhE5c>

Referências

- AMATO, Lucas Fucci. **Construtivismo Jurídico**: teoria no direito. Curitiba: Juruá, 2017.
- AMATO, Lucas Fucci. **Inovações Constitucionais**: direitos e poderes. Apresentação de Roberto Mangabeira Unger. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018a.
- AMATO, Lucas Fucci. A Constituição de 1988 e o debate sobre parlamentarismo e presidencialismo: modelos, trajetórias e alternativas institucionais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 219, p. 183-208, 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p183.pdf . Acesso em 26 jan. 2025.
- AMATO, Lucas Fucci. Direitos sociais e políticas públicas experimentalistas: federalismo cooperativo, auto-organização e parcerias público-privado-comunitárias. In: FONSECA, Gabriel Ferreira; ALVES, João Vitor de Souza (orgs.). **Direitos sociais e interdisciplinaridade**: reflexões sobre saúde, moradia, educação e trabalho no Brasil. Porto Alegre: Fi, 2021. p. 31-69.



Disponível em: <https://www.editorafi.org/238direitos> . Acesso em 26 jan. 2025.

AMATO, Lucas Fucci. **Propriedade Desagregada e Empreendedorismo Democrático:** Instituições da economia de mercado e formas jurídicas do capital. Porto Alegre: Fi, 2022. Disponível em: <https://www.editorafi.org/436propriedade> . Acesso em 26 jan. 2025.

AMATO, Lucas Fucci. **Teoria Geral do Direito:** uma introdução ao estudo do pensamento jurídico contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

AMATO, Lucas Fucci; MISSAGIA, Caio Rezende. Ambientes regulatórios experimentais: o *sandbox* no sistema financeiro brasileiro. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 10, n. 3, p. 143-171, 2023.

AMATO, Lucas Fucci; RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. **Sociologia & História do Constitucionalismo Brasileiro.** São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2024. Disponível em: <https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1384> . Acesso em 26 jan. 2025.

ANNENBERG, Flávia Xavier. **Direito e políticas públicas:** uma análise crítica de abordagens tradicionais do direito administrativo a partir de um estudo do programa Bolsa Família. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-11022015-114706/publico/mestrado_flavia_annenberg_final.pdf . Acesso em 26 jan. 2025.

ARAÚJO, Tiago Medeiros. **Raízes de institucionalidade:** uma tipologia filosófica e uma contribuição teórica. 2020. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020. Disponível em: https://sucupira-legado.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=10628824# . Acesso em 27 jan. 2025.



- BIASOLI, Felipe Iraldo de Oliveira. **O experimentalismo institucional de Roberto Mangabeira Unger em prol da Amazônia: análise dos casos do Acre e de Rondônia**. 2018. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327592588_O_Experimentalismo_Institucional_de_Roberto_Mangabeira_Unger_em_prol_da_Amazonia_Analis_e_dos_Casos_do_Acre_e_de_Rondonia . Acesso em 27 jan. 2025.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. A abordagem Direito e Políticas Públicas no Brasil: quadros analíticos. **Revista Campo de Públicas**, v. 2, n. 1, p. 93-127, 2023. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/emag/Cursos/2023400057_-_Seminario_Demandas_Estruturais/2023.08.16_-_Revista_Campo_de_Publicas_-_A_abordagem_Maria_Paula.pdf . Acesso em 26 jan. 2025.
- BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARD, Murilo. Mapeamento de arranjos jurídico-institucionais: um roteiro metodológico para estudos das relações entre direito e política. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 10, n. 1, p. 1-36, 2024. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/777/887> . Acesso em 26 jan. 2025.
- CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos** [Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939 - Código de Processo Civil]. Rio de Janeiro, 24 de julho de 1939. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc> . Acesso em 24 jul. 2024.
- CASTRO, Marcus Faro de. Novas perspectivas jurídicas sobre a reforma de políticas públicas no Brasil. **Revista Direito.UnB**, v. 1, n. 1, p. 32-64, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/2462/2/21800> . Acesso em 26 jan. 2025.



- CHAVES, Vitor Pinto. Políticas Públicas e Reconstrução do Federalismo Brasileiro. **Interesse Nacional**, v. 3, n. 9, p. 38-47, 2010. Disponível em: <https://interessenacional.com.br/wp-content/uploads/2021/12/IN-09-1.pdf>. Acesso em 26 jan. 2025.
- FALCÃO, Joaquim. Classe dirigente e ensino jurídico: uma releitura de Santiago Dantas. **Cadernos FGV Direito Rio**, v. 3, p. 39-80, 2009 [1977]. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/collections/17485759-9679-4743-8463-e1b9dc8cec2e>. Acesso em 27 jan. 2025.
- GONÇALVES, Priscila Petereit Paola; SATO, Leonardo Seiichi Sasada. Sistema tributário brasileiro: constituição, história e pensamento político-financeiro nos debates da discriminação das rendas no Brasil. In: GLEZER, Rubens Eduardo; LYNCH, Christian; VIEIRA, Oscar Vilhena (orgs.). **Teoria constitucional brasileira: 200 anos de disputa**. São Paulo: Contracorrente, 2024. p. 401-445.
- GORDON, Robert W. **Modes of Legal Education and the Social Conditions that Sustain Them**. 2002. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/72826509.pdf>. Acesso em 26 jan. 2025.
- LARA, Gustavo Dalpupo de. **Institutional alternatives for a high-energy democracy and experimentalist constitutionalism in Brazil**. 2024. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2024. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/94069/R%20-%20T%20-%20GUSTAVO%20DALPUPO%20DE%20LARA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 26 jan. 2025.
- LESSIG, Lawrence. **Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity**. New York: Penguin, 2004.
- LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the hybrid economy**. New York: Penguin, 2008.



- LIZIERO, Leonam. Consórcios públicos como autarquias interfederativas: mecanismo de estímulo para a cooperação no federalismo brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 26, n. 140, p. 678-704, 2024a. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/3102/1510> . Acesso em 4 maio 2025.
- LIZIERO, Leonam. **Federalismo e Estado Federal**: teoria, história e dogmática constitucional. Rio de Janeiro: Sankoré, 2024b.
- MISSAGIA, Caio Rezende. Inovações regulatórias para tecnologias disruptivas: o *sandbox* de inteligência artificial. In: AMATO, Lucas Fucci. **Sociologia do Direito Digital**: inteligência jurídica na era da inteligência artificial. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2024. p. 99-125. Disponível em: <https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1485> . Acesso em 26 jan. 2025.
- MOULIN, Carolina Stange Azevedo. **Deforestation between capacity building and policy dismantling**: a socio-legal interpretation of the action plan for prevention and control of deforestation in the Brazilian Amazon, 2004-2022. 2024. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Osnabrück, e Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-15042024-155853/publico/11180228DIO.pdf> . Acesso em 26 jan. 2025.
- PIRES, Thiago Magalhães. Federalismo, flexibilidade e assimetria no direito brasileiro: agrupamentos municipais, convênios de cooperação e consórcios públicos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 275, p. 125-154, 2017.
- POSTIGO, Hector. **The digital rights movement**: the role of technology in subverting digital copyright. Cambridge, MA: MIT Press, 2012.



- RESENDE, Vinicius Naguti; AMATO, Lucas Fucci. Entre a burocracia e a profissão: o Poder Judiciário e seus magistrados na história constitucional brasileira. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 25, 2025.
- RIBEIRO FILHO, João Costa. **O impeachment como sucedâneo do recall**: fundamentos teóricos e históricos, estudos de caso e propostas para participação popular. 2025. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2025.
- RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado. A reforma política pelo judiciário: notas sobre a judicialização da política na Nova República. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 28, p. 123-160, 2019.
- RODRIGUEZ, Caio Farah. O ensino jurídico e o Brasil como problema: anotações preliminares. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; SOUZA, Rodrigo Pagani (orgs.). **O ensino jurídico no bicentenário da Independência**. São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 93-104.
- SANTOS, Rysclift Bruno Sérgio. **Propriedade desagregada e mercado de terras**: possibilidades de reimaginação institucional sob o construtivismo social e jurídico de Roberto Mangabeira Unger. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tedeserver/api/core/bitstreams/a2562e88-3dbd-4591-ae46-c77c514f900f/content>. Acesso em 27 jan. 2025.
- TEIXEIRA, Carlos Sávio Gomes (org.). **Rebeldia imaginada**: instituições e alternativas no pensamento de Roberto Mangabeira Unger. São Paulo: Autonomia Literária, 2019.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna**: contribuição à crítica da teoria social. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979 [1976].
- UNGER, Roberto Mangabeira; WEST, Cornel. **The future of American progressivism**: an initiative for political and economic reform. Boston: Beacon, 1998.



- UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada:** a alternativa progressista. Tradução de Carlos Graieb, Marcio Soares Grandchamp e Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo, 1999 [1998].
- UNGER, Roberto Mangabeira. A forma de governo que convém ao Brasil. *In:* UNGER, Roberto Mangabeira. **A segunda via:** presente e futuro do Brasil. São Paulo, Boitempo, 2001 [1988]. p. 139-159.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia.** Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004a [1996].
- UNGER, Roberto Mangabeira. Justiça racial já. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 13 jan. 2004b.
- UNGER, Roberto Mangabeira. Uma nova faculdade de direito no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 243, p. 113-131, 2006.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **A reinvenção do livre-comércio:** a divisão de trabalho no mundo e o método da economia. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010 [2007].
- UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**, v. 257, pp. 57-72, 2011 [2008].
- UNGER, Roberto Mangabeira. Qual reforma política? **O Globo**, Rio de Janeiro, 30 jun. 2013.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O Movimento de Estudos Críticos do Direito:** outro tempo, tarefa maior. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017 [1982].
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental:** repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018a.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **A Economia do Conhecimento.** Tradução de Leonardo Castro. São Paulo: Autonomia Literária, 2018b.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Governar o mundo sem governo mundial.** Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Leya, 2022.



UNGER, Roberto Mangabeira. **The world and us**. London: Verso, 2024.

VARGAS, Daniel Barcelos; GALVÃO, Laila Maia. O construtivismo institucional de Anísio Teixeira no pensamento brasileiro. *In*: SOUZA, José Crisóstomo de (org.). **Filosofia, ação, criação: poética pragmática em movimento**. Salvador: EDUFBA, 2021. p. 275-310. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/34565/1/filosofia-acao-criacao-repositorio.pdf>. Acesso em 26 jan. 2025.

ZANATTA, Rafael. Os sentidos do direito da proteção de dados pessoais: desmembrando a complexidade do direito e dos direitos. *In*: AMATO, Lucas Fucci. **Sociologia do direito digital: inteligência jurídica na era da inteligência artificial**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2024. p. 215-245. Disponível em: <https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1485>. Acesso em 31 mar. 2025.



2. Superliberalismo: a filosofia política de Mangabeira Unger e as teorias da justiça contemporâneas (Rawls, Habermas, Honneth)¹²

*Lucas Fucci Amato*¹³

Introdução

Roberto Mangabeira Unger lançou uma crítica a duas concepções dominantes de teoria política e social normativa. Vislumbrou, tanto no liberalismo igualitário de John Rawls quanto na teoria da democracia de Jürgen Habermas, tentativas de se alcançar um ponto médio entre o racionalismo e o historicismo. O historicismo dessas teorias seria sublinhado na sua autoconcepção frente ao contexto em que foram formuladas: a substância das formulações seria ancorada na autoridade de certas crenças e sustentada na possibilidade dessas crenças de prosperarem em sociedades modernas democráticas. O racionalismo, por sua vez, estaria na aposta na forma de vida democrática como estrutura que se aproxima da promessa ideal da associação voluntária de indivíduos livres e iguais. Mas a autoridade mutuamente reforçante das crenças sobre a estrutura e da forma institucional sobre os ideais tenderia a nublar os

¹² Agradeço as indicações e esclarecimentos do professor Álvaro de Vita. Este capítulo é uma versão revisada e consolidada a partir de duas publicações anteriores com leves diferenças de conteúdo entre si: “Justiça social e instituições: a visão de Unger comparada ao liberalismo igualitário e à teoria crítica”. In: TEIXEIRA, Carlos Sávio (org.). **Rebeldia imaginada: instituições e alternativas no pensamento de Roberto Mangabeira Unger**. São Paulo: Autonomia Literária, 2019. p. 62-121; “Justiça social e instituições: a visão de Unger comparada ao liberalismo igualitário e à teoria crítica”. **Revista Estudos Políticos**, v. 8, n. 16, p. 90-114, 2017.

¹³ Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard. Livre-docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD.



limites das configurações possíveis de mercado, Estado e sociedade civil, enfraquecendo a própria possibilidade de crítica dessas configurações à luz de alternativas de entendimento e transformação. Para Unger (1996, p. 177), a pergunta que nem Rawls nem Habermas responderam satisfatoriamente é: “Qual parte da estrutura devemos tomar como dada e que parte devemos desafiar?”.

O estilo dominante da filosofia política, ao desligar “a formulação de princípios de justiça dos problemas de elaboração institucional”, falharia em analisar as complexas ligações entre instituições e práticas, de um lado, e desejos e intuições, de outro, tratando “o acerto socialdemocrata do período pós-guerra como o horizonte insuperável para a perseguição de seus ideais” e caindo na “dependência paradoxal do contexto histórico que o filósofo pretendia transcender” (Unger, 1996, p. 4).

Uma preocupação de Unger compartilhada por outros teóricos contemporâneos diz respeito ao papel do pensamento social. Quando o debate sobre as condições de vida coletivamente instituídas escapa das “antigas arenas da política e da filosofia”, diz Unger (1996, p. 1-2), é preciso conceber uma nova forma de articulação dos discursos especializados que permita sua transformação interna, enquanto opera por meio da colaboração entre “especialistas técnicos” e “pessoas comuns”. Honneth (2009, p. 346-7) expressa preocupação semelhante quando diagnostica que o desaparecimento das controvérsias entre liberalismo e comunitarismo, tão rápido quanto o surgimento desse debate nas décadas finais do século XX, levou ao afastamento dos polos da filosofia política e da práxis política, esvaziando a “esfera pública intelectual”; do lado daquela, o problema seria o nível de abstração em que princípios normativos foram formulados, inviabilizando orientação suficiente para a ação.

O caminho seguido por Unger (1987a, p. 588-9) será o de um programa democrático radical que, menos do que desenvolvido a partir da visão republicana clássica, toma como mote as pretensões normativas liberais, mas pretende tocar os privilégios e divisões sociais “entrancheirados” a ponto de que seja necessária uma



revisão das próprias instituições liberais, como o Estado, o mercado e a sociedade civil. Daí ser tal programa um “superliberalismo” – embora apenas use o termo de passagem em seus escritos dos anos 80, ele parece captar o impulso global mesmo de suas proposições ulteriores. A imagem que deveriam assumir as instituições e arranjos sociais em geral é a de uma política de compromissos e opiniões, como a própria política liberal. Nesse sentido, importa menos a substância do modelo de sociedade que a abertura desse mesmo modelo ao “experimentalismo democrático” na política, na economia e nas relações pessoais. Tal programa, ressalta Unger (2001, p. cv), não abandona a preocupação liberal com o indivíduo, antes defendendo um pacote de proteções e poderes que o potencializem na direção da inovação social.

A obra de Unger situa-se inicialmente no contexto de desenvolvimento de uma teoria do direito. Um dos líderes do movimento dos *Critical Legal Studies* (CLS), que se espalhou pelas universidades estadunidenses nos anos de 1970 e 80, Unger entretanto formulou caminhos teóricos próprios, divergentes em relação às correntes mais populares do movimento. Seu tema central é que as instituições são politicamente definidas e sua variedade está registrada nas doutrinas e regras jurídicas. Não são produto necessário de uma lógica da evolução funcional segundo tipos de sociedade. Há, pelo contrário, soluções institucionais que cumprem os mesmos requisitos de eficiência prática, mas divergem substancialmente em seu grau de corrigibilidade e autotranscendência e na distribuição de vantagens e oportunidades.

O propósito deste texto é apresentar a proposta de teoria social e política de Unger de forma articulada e em contraponto a duas correntes dominantes da filosofia política: as teorias da justiça do liberalismo igualitário de John Rawls e da teoria crítica da Escola de Frankfurt, representada por autores como Jürgen Habermas e Axel Honneth. O texto divide-se em três partes: primeiro, discute como cada um desses autores concebe a normatividade, o caráter “ideal” ou “programático” de suas teorias. Em segundo lugar, apresenta a concepção de “superliberalismo” em Unger. Finalmente, o foco é comparar como cada teoria (Rawls, Habermas, Honneth e Unger)



concebe as instituições, isto é, o vínculo entre justificação normativa e desenho institucional.

Contextos e propostas

As três teorias aqui analisadas podem ser vistas como respostas a contextos intelectuais análogos do pensamento social e político: a falta de grandes teorias posteriores aos clássicos. No caso de Rawls, cujo intento é reorientar a teoria política normativa, seus antecedentes remontam aos grandes pensadores utilitaristas do século XIX, contra quem se volta, e mais longinquamente aos teóricos do contrato social, cujo *insight* visa a retomar, apresentando uma concepção de “justiça como equidade” que eleve a generalização e abstração das formulações incipientemente encontradas nos escritos de Locke, Rousseau e Kant (Rawls, 1999, p. 10).

As teorias críticas apresentam um percurso nominalmente mais linear, porém substancialmente descontínuo. Aqui se considera principalmente a tradição frankfurtiana a partir de Habermas, que passa a dialogar com concepções liberais e, assim como Rawls, reorienta um campo teórico em que se envolverão, com importantes variações de postura, autores como Axel Honneth, Nancy Fraser, Rainer Forst, Martha Nussbaum e Iris Marion Young¹⁴. A redefinição desta tradição crítica, mais uma vez, pode ser vislumbrada a partir da reconstrução que Habermas (1984; 1987) apresenta das tradições da teoria social moderna, fundando sua teoria do agir comunicativo. Outro marco inicial das diferentes linhagens contemporâneas de teoria crítica que dialogam entre si é a proposta habermasiana de democracia deliberativa (Habermas, 1996; 1998).

São especialmente expressivas as afirmações de Fraser e Honneth (2003), as quais podem ser vistas como uma definição aproximada do que se pode entender por

¹⁴ Não é meu objeto problematizar em que medida tais autores podem ser conjugados em uma só tradição (“teoria crítica”) ou em que medida a teoria crítica desenvolve-se como uma (ou mais) teoria da justiça. Para uma defesa desses pontos, ver Pereira (2013).



“teoria crítica” atualmente (como corroborado por Forst, 2007). Assim, os autores admitem compartilhar

sobretudo a ambição de conectar os níveis usualmente distintos da filosofia moral, da teoria social e da análise política em uma teoria crítica da sociedade capitalista. A esse respeito, separamo-nos de muitos de nossos amigos e colegas que também se identificam com a tradição da Teoria Crítica. Enquanto a maioria deles agora tende a assumir uma divisão disciplinar do trabalho, atribuindo a teoria moral aos filósofos, a teoria social aos sociólogos e a análise política, aos cientistas políticos, efetivamente tratando cada um desses problemas como autônomos, nós dois aspiramos a teorizar a sociedade capitalista como uma “totalidade”. Então, rejeitamos a visão que descarta a “grande teoria” como epistemologicamente heterodoxa e politicamente ultrapassada. (Fraser; Honneth, 2003, p. 4)

Finalmente, o trabalho de Unger situa-se inicialmente no contexto de desenvolvimento de uma teoria crítica do direito. Um dos líderes do movimento dos *Critical Legal Studies* (CLS), que se espalhou pelas universidades estadunidenses nos anos de 1970 e 80, Unger entretanto formulou caminhos teóricos próprios, que não foram seguidos pelos demais membros daquele movimento intelectual. Embora o primeiro livro de Unger (1975), *Conhecimento e Política*, seja talvez “o trabalho seminal dos primórdios dos CLS” (Kelman, 1987, p. 64, destaque no original), Unger jamais seguiu as principais tendências teóricas que influenciaram movimento, desde o estruturalismo até a desconstrução e o pós-modernismo (ver Unger, 1968; 2007, pp. 44-5). A identidade do movimento dos Estudos Críticos do Direito consolidou-se em torno de temas e caminhos como a crítica das hierarquias e ideologias associadas ao campo do direito sob o “modelo capitalista”, pesquisas sociológicas informadas pelo funcionalismo marxista, o engajamento em políticas identitárias (teorias raciais e feministas do direito, por exemplo) e a tese da indeterminação radical do direito. Nenhuma destas tem relação direta com a obra de Unger (ver Unger, 1986, p. 121-1; 2015, p. 24-45). Sobretudo, como reconheceu Postema (2011, p. 236), Unger é o autor da “crítica mais contundente ao que ele chama de ‘a radicalização da indeterminação’” (para essa crítica, ver Unger, 1996, p. 120-2; 2015, p. 26-8).



A crítica de Unger (1986) ao “formalismo” doutrinário e a defesa da “indeterminação institucional” não significam que o juiz não seja constrangido por regras e pela linguagem, podendo decidir os casos como lhe aprouver ou, ainda que inconscientemente, segundo sua posição social e ideológica. Significa que as instituições conformadas pelo direito – propriedade, contrato, constituição, Poderes, direitos, tributação, federalismo, etc. – têm, no próprio material jurídico (inclusive na doutrina), variações e alternativas que podem ser exploradas para repensar, mapear, criticar e propor configurações alternativas. Não é uma tese voltada à interpretação judicial. Por isso, sua teoria jurídica é aplicação e amostra de um impulso teórico que cobre a reflexão sobre a teoria abrangente da sociedade, a teoria política e econômica, além de outros campos da filosofia (como o pragmatismo e a filosofia natural).

A normatividade da teoria

Blake (2001, p. 263-4, nota 7) adverte que a não aceitação das instituições políticas concretamente existentes e situadas não é, por si só, suficiente à classificação de uma teoria política como “ideal”. Há teorias ideais institucionais e não institucionais, mas qualquer construção teórica depende da aceitação de certas contingências do mundo tal como o encontramos, podendo a inclusão dessas contingências no modelo teórico ideal ser mais moderada ou mais significativa.

A teoria da justiça liberal-igualitária de Rawls descarrega-se das pretensões de uma moralização abrangente da vida social ao concentrar-se no nível “institucional”. Esta redução do objeto da (teoria da) justiça, criticada por Cohen (2000, p. 134-47), é parte da preocupação com o realismo da teoria, em vista de sua inaplicabilidade diante de “exigências de comprometimento” (“*strains of commitment*”) que fossem excessivas e irrealistas (cf. Rawls, 1999, p. 153-60), isto é, que pretendessem dos cidadãos uma racionalidade absolutamente contrastante com aquela racionalidade (instrumental) dos agentes quando atuam privadamente, não enquanto cidadãos. É uma teoria voltada para instituições públicas, não para práticas pessoais; expressa uma visão



sobre a qual pessoas de diferentes ideologias poderiam concordar e não pretende demandar um senso de justiça e uma razoabilidade substancialmente carregados.

Rawls (1999, p. 47-8) define instituição como um “sistema público de normas”, o que se identifica com a “estrutura básica da sociedade” e abrange práticas sociais reguladas (“jogos e rituais, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedade”), cujas normas constitutivas são públicas, podendo determinar as “expectativas mútuas” e ser entendidas e discutidas *como se* tivessem resultado de um acordo instituidor. A avaliação sobre a justiça recai então sobre as instituições e é conduzida pelos critérios públicos de justiça ficticiamente instituídos na “posição original” – os princípios da liberdade igual e da diferença (Rawls, 1999, p. 53; 2005, p. 271). Os “princípios primeiros”, aqueles levados em conta na “posição original”, representam o grau mais elevado de desenvolvimento de uma moralidade, que parte da autoridade (na relação entre pais e filhos, por exemplo), passa pela associação (a moralidade da vizinhança, da escola, etc.) e atinge o grau de universalidade dos princípios da “justiça como equidade” (Rawls, 1999, p. 405-19).

Por um lado, tal posição se ancora nas “condições de nossa vida, como as conhecemos”, elidindo justificações que se sustentem em doutrinas teológicas ou metafísicas, bem como que se voltem a “outro mundo que compense e corrija as desigualdades que os dois princípios permitem neste” (Rawls, 1999, p. 398). Por outro lado, os critérios de julgamento de um sistema público têm o caráter de “princípios”. A teoria ideal é um modelo cuja normatividade se expressa pelo juízo dos graus de aproximação de situações empíricas a uma situação projetada segundo os ditames dos princípios de justiça. Os princípios de justiça definem um arranjo ideal projetado como termo de comparação para instituições reais, cuja justiça é aferida em graus relativos de aproximação ou distanciamento daquele arranjo (Rawls, 1999, p. 199 e 216).

Já Honneth (2009) apresenta outro caminho para a construção da normatividade de uma teoria da justiça. Assim como Habermas (1996), pretende realizar uma “reconstrução normativa”, mas intenta ir além da “esfera de reconhecimento” do



Estado democrático de direito, para cobrir também a moralidade imanente ao mercado e à família. O Estado teria uma capacidade e legitimidade insuficientes para conformar as relações de reconhecimento nessas duas esferas privadas, mas seria possível reconhecer nelas centros de poder e moralidade (na tradição de Hegel, Durkheim, Foucault) que trariam, em seu núcleo, os próprios princípios com os quais se poderia criticá-los (Honneth, 2009, p. 357-66).

Finalmente, quanto a Unger, a arquitetura geral de sua teoria pode ser vislumbrada em dois eixos. Verticalmente, podemos situar o eixo da política: de baixo, a política como “conflito sobre os termos de nossas relações práticas e de paixão uns com os outros e sobre todos os recursos e premissas que possam influenciar esses termos”; de cima, a política como “conflito sobre o domínio e usos do poder governamental” (Unger, 1987b, p. 10). No primeiro sentido, importa uma teoria moral e psicológica, no limite uma microssociologia; no segundo, uma (macro)teoria social e política. O problema central é a ligação desses extremos, pela institucionalização da participação e da mobilização e pela conjugação da “capacidade negativa” dos indivíduos ao “desentrincheiramento” das estruturas sociais, abrindo-as a “reformas revolucionárias” que não dependam de episódios de crise *e/para* revolução.

Cortando ortogonalmente o eixo vertical, podemos encontrar um eixo horizontal, em que se posicionam as “disciplinas irmãs de imaginação institucional” (Unger, 1996, p. 22-3) – de um lado, o direito; de outro, a economia política. Por meio delas é possível repensar e redesenhar as estruturas sociais (“contextos formadores”), identificando o papel das crenças e instituições na construção dessas estruturas, que podem ter graus variáveis de resistência à mudança (“entrincheiramento”). Por meio daquelas disciplinas, seria possível “pensar sobre interesses ou ideais e pensar sobre instituições ou práticas”, transformando a relação interna entre esses termos em oportunidade intelectual e política (Unger, 1996, p. 23).

Tomando um tema cristão e romântico magnificado pelo modernismo, Unger parte da consideração de que a personalidade transcende todos os contextos sociais,



culturais e mentais. Seus poderes de vínculo e entendimento excedem qualquer estrutura dada. Contra a rejeição romântica e modernista a toda estrutura, Unger enfatiza, porém, que as estruturas variam na medida de em que se reproduzem sem demandar hierarquias rígidas e fortalecendo a autonomia para revisá-las e superá-las (“capacidade negativa”). As instituições – as fatias da estrutura social – encontram nessa variável uma diretriz para sua avaliação. Mas esse exercício de crítica não se desvincula do esforço construtivo de projeção de direções de mudança institucional. À luz dessas trajetórias e direções é que as instituições atuais podem ser entendidas – como um subconjunto de possibilidades não exauridas de organização social, uma alternativa dentre outras dadas pela correlação de forças e crenças subsistente (Unger, 1987a). Cabe à imaginação teórica e à prática política explorar a penumbra de possibilidades adjacentes àquelas realizadas, à luz de uma visão da direção de mudança institucional que se possa vislumbrar e justificar por referência a crenças e dados contextuais.

Superliberalismo

Por seu primeiro livro – *Conhecimento e Política* (Unger, 1975) – Unger foi tomado – ao lado de Alasdair MacIntyre, Robert Bellah, Michael Sandel, Charles Taylor e Michael Walzer – como um dos grandes representantes do comunitarismo, a corrente filosófica que se constituiu em oposição ou crítica a *Uma teoria da justiça* de Rawls, publicada primeiramente em 1971. Essa corrente, segundo interpreta Rorty (1990, p. 159), rejeitava componentes centrais do iluminismo – individualismo, racionalismo, direitos individuais – e colocava em xeque as instituições e a cultura das democracias liberais, aproximando-se do diagnóstico catastrófico da primeira geração da Escola de Frankfurt e tomando como motivo normativo central a ideia antiliberal de comunidade. Radicalizando a proposta da teoria crítica, Unger propunha uma “crítica total” do liberalismo, de suas concepções de personalidade e de sociedade.



Porém, nos anos 80, contemporaneamente à publicação dos outros livros mais representativos do comunitarismo ou mesmo antes do aparecimento de obras centrais dessa corrente, Unger modificou sua posição. Já no pós-escrito à segunda edição de *Conhecimento e Política*, admitia que a forma moderna de crítica social era acoimada por “restrições injustificadas sobre as formas possíveis da vida social e em particular sobre as definições institucionais possíveis de mercados e democracias” e afirmava a recusa em “buscar em fantasias antimodernistas uma consolação secreta para o fracasso em repensar e reconstruir as circunstâncias da vida no mundo moderno” (Unger, 1984a, p. 348-9). Uma posterior crítica ao ideal pré-moderno de comunidade – ideal que “ênfatiza a exclusão do conflito e o compartilhamento de valores e opiniões” – é acompanhada por um “ideal transformado de comunidade” como “zona de vulnerabilidade mútua aumentada” que ofereça a oportunidade de as pessoas resolverem melhor o conflito “entre sua necessidade de ligação e de participação na vida de grupo e seu medo de subjugação e despersonalização com o qual tal engajamento pode ameaçá-las” (Unger, 1987a, p. 560-2).

O tema do “superliberalismo” é introduzido por Unger no “manifesto” dos *Critical Legal Studies*, originalmente uma palestra proferida em 1982. Unger (1986: 41-2) o introduz ao criticar a falência prática e teórica que ocorre quando, como solução aos problemas das democracias contemporâneas, a filosofia política sugere o seu oposto utópico, a imagem mítica do governo direto da *pólis* e da comunidade unida por consciência compartilhada. O programa de Unger não seria nem liberal nem antiliberal, mas “superliberal”, porque alarga as pretensões liberais de desfazimento de relações de dependência e construção de relações voluntárias, colocando-as como parte da ambição de construir “um mundo social menos alheio a um eu que pode sempre violar as regras gerativas de seus próprios construtos mentais ou sociais e colocar outras regras e outros construtos em seu lugar” (Unger, 1986, p. 41). A imagem de sociedade aí proposta quer vê-la refletir o próprio arquétipo da política liberal, fazendo as estruturas sociais basearem-se menos em divisões e clivagens pré-



estabelecidas do que em grupos de opinião fragmentários e transitórios, que se articulam em série de conflitos e acordos.

Há uma polêmica explícita com a tradição anglófona de filosofia política, fundada no contraste entre teorias utilitaristas e contratualistas. Para Unger (1975, p. 86), no utilitarismo clássico há um método de agregação de interesses que define o conteúdo das leis, isto é, os interesses a serem protegidos pelo Estado. No contratualismo de Locke e Rousseau, há procedimentos para a confecção de leis e a solução de disputas aos quais teríamos subscrito por autointeresse. Já em Rawls há “um sistema ideal de procedimentos para a produção do direito que todos os homens devem aceitar em seu autointeresse e cuja operação, seria possível demonstrar, leva a certas conclusões específicas sobre a distribuição de riqueza e poder”.

Unger (1986, p. 99-103) critica o contratualismo e o utilitarismo por caírem em um “reformismo brando”, ao restringirem a variabilidade institucional que poderia decorrer das conclusões na delimitação mesma das premissas do raciocínio. Assim, no cálculo utilitarista, os desejos e intuições que constituem a matéria prima do método são circunscritos de forma a excluir sua real ambivalência interna e são considerados na formação do juízo sem que sejam avaliadas as estruturas nas quais se insere a gênese daqueles desejos e intuições. Ademais, os desejos de superação e transformação estrutural são excluídos do cálculo por serem demasiado fluidos em si, conflitantes entre os indivíduos (alguns desejando certa estrutura, outros outra, e assim por diante) e, afinal, pela desimportância do raciocínio utilitarista abstrato para a crítica histórica de contextos sociais reais.

De outro lado, o contratualismo é rejeitado igualmente por definir suas premissas de modo tão restritivo que suas conclusões não podem ter resultados muito radicais. A preocupação com a imparcialidade da eleição dos princípios de justiça em uma situação ideal de escolha filtra a reflexão das intuições morais às quais ao final se irá atribuir normatividade. Tal filtro garante enraizamento histórico e estabilidade às



diretrizes morais; mais uma vez, os critérios podem ser comprometidos pela restrição imposta aos “dados de entrada” considerados em sua elaboração.

Vale considerar aqui o caso da elaboração teórica da “posição original” de Rawls (1999: 118-9), em que os princípios de justiça seriam escolhidos sob o “véu da ignorância” – cada pessoa desconhece sua futura inserção na sociedade (sua classe, sua ideologia, suas capacidades, perfil psicológico) e a própria situação política, econômica e cultural dessa sociedade. Há intérpretes (Vita, 2007, p. 179-84) que defendem que, mesmo no que concerne à deliberação hipotética sobre os princípios de justiça, o argumento mais importante não é o da posição original, mas sim o da “arbitrariedade moral” (Rawls, 1999, p. 62-5, 82-8). Por esse argumento, as formas de desigualdade arbitrárias de um ponto de vista moral deveriam ser mitigadas pela estrutura básica da sociedade (e não apenas retrospectiva e redistributivamente).

De outro lado, a crítica de Unger é de que as teorias contratualistas, assim como as utilitaristas, podem sofrer da identificação de um método ideal com as específicas formas existentes de democracia ou mercado.

A natureza real desses arranjos institucionais [...] não pode ser inferida de ideias abstratas de descentralização econômica e soberania popular. Além disso, tomados em sua inteireza, esses arranjos são sistematicamente enviesados em direção a certos sentidos de transformação social e certas constelações de interesses. Esse enviesamento ajuda um específico plano de divisão social e hierarquia a ganhar um grau significativo de isolamento dos riscos do conflito ordinário e do exercício da escolha coletiva. (Unger, 1986, p. 102)

Formas radicalmente diferentes de governo representativo ou iniciativa econômica descentralizada deixam de ser imaginadas, enquanto que a forma atual de parlamentos, cortes, tributos e propriedade é tomada como aproximação ao ideal projetado pela teoria – e então, só pode ser corrigida marginalmente. A teoria torna-se arbitrariamente enviesada em favor dos interesses e visões consagrados nessa forma atual de organização da política e da economia. Pelo próprio efeito da justificação normativa, “[e]sse enviesamento ajuda um específico plano de divisão social e



hierarquia a ganhar um grau significativo de isolamento dos riscos do conflito ordinário e do exercício da escolha coletiva” (Unger, 1986, p. 102).

Como diretriz normativa, o superliberalismo representa trabalho de crítica imanente das instituições liberais (tipicamente, as instituições que conformam a democracia representativa, a economia de mercado e a sociedade civil independente), potencializando a capacidade autossubversiva dos valores e ideais liberais em relação às instituições atualmente existentes (Unger, 1987a, p. 588-9): essas instituições podem ser reconfiguradas à luz de tais valores, pois sua forma atual jamais é a melhor realização possível desse espectro ideológico¹⁵.

O centro da ideologia liberal seria a atenuação das formas de despersonalização, hierarquia e subjugação pelas quais a sociedade vicia as formas de ligação prática entre as pessoas (Unger, 1987a, p. 35-7; 2001, p. xix, cxxi). Mas Unger (1975, p. 55) também critica a falta de uma concepção normativa da personalidade na teoria liberal; busca então nos ideários modernista, romântico e cristão uma visão do indivíduo (Unger, 1984b; 1987a, p. 556-70 e 639; 2007, p. 7). Essa valorização do indivíduo, para além da própria tradição liberal, marca também um distanciamento profundo em relação ao comunitarismo corporativista. Note-se que o “excedente” dos valores e ideologias em relação às suas manifestações concretas institucionais (essencial à tese da indeterminação institucional implicada no superliberalismo) tem um paralelo importante com a incontinência das possibilidades e desejos individuais em relação ao contexto concreto em que cada personalidade se desenvolve.

Ao lado de uma visão normativa da personalidade e da tese da indeterminação institucional, a concepção superliberal de Unger alia-se a um projeto político de “experimentalismo democrático”, termo que remonta ao pragmatismo de John Dewey. Segundo Unger (2007, p. 34-6), Dewey apresenta duas faces: uma teoria da agência e da experiência segundo a qual a inovação pela ação humana é possível, mas

¹⁵ As principais referências explícitas de Unger (1987a, p. 595, 635) no espectro liberal são Constant, Tocqueville, Wilhelm von Humboldt, Herzen e Mill. Mas seu programa também se inspira em outras referências, como o radicalismo pequeno-burguês e o ideal socialista de auto-organização coletiva.



também uma visão do indivíduo como produto de forças evolutivas que moldam seu contexto de experiência, mas em relação às quais ele é impotente. A tarefa que daí decorre, para Unger, seria imaginar contextos que potencializem a primeira parte desse diagnóstico e atenuem a segunda. Mais precisamente (Unger, 1998, p. 5-16), a tese do “experimentalismo democrático” – o meio prático de realização da transcendência contextual preconizada pelo superliberalismo – aposta na possibilidade de a democracia mobilizar homens e mulheres comuns e ampliar zonas de coincidência entre progresso prático ou material (desenvolvimento econômico, tecnológico, científico) e emancipação individual (em relação a papéis sociais arraigados, divisões e hierarquias).

O superliberalismo de Unger é tanto uma crítica à filosofia política liberal (sobretudo a seu ceticismo institucional e psicológico) quanto às práticas das ciências sociais que identificam o mercado, a democracia e a sociedade civil tal como existentes como as instituições ótimas – dada uma seleção natural das formas institucionais na história. Mas, ao lado do “fetichismo institucional” liberal, Unger (2001, p. cxxii-cxxiii) critica o “fetichismo estrutural” das teorias sociais que seguiram o marxismo: o determinismo evolutivo e funcionalista, que identifica modelos indivisíveis, reprodutíveis e enfileirados de organização social (tipicamente, “modos de produção”). Assim como a lógica interna de cada sistema, a sequência da transição de um sistema a outro se daria por determinantes de base econômica, psicológica ou organizacional, equivalentes a leis históricas. Para tal explicação, as únicas vias de discussão programática possíveis seriam as da comparação das lógicas evolutivas (apontando benefícios e perigos dessas) ou dos desenhos institucionais de curto alcance, que vislumbram a acomodação de interesses e a solução de problemas rotineiros, sem contestar as estruturas institucionais e simbólicas, sem reconhecer o caráter descontínuo e divisível delas.

Nesse ponto é possível introduzir a tese do alinhamento entre temas explicativos e programáticos na teoria social. O ponto é manter a diferença entre



estrutura e rotina (ou, analogamente, entre instituições e práticas), sem postular uma unidade opaca de cada estrutura social ou complexo institucional. Como produto de acomodações e conflitos contingentes, as estruturas sociais não exibem uma unidade que as faz existirem univocamente ou caírem em bloco.

Na teoria de Unger, em oposição à determinação social pela base econômica, a política é colocada no centro da explicação. A mudança social é levada a efeito não por constrangimentos de ordem tecnológica ou organizacional, que impeliriam a história rumo a uma sucessão de “modos de produção” modulares e indivisíveis; antes, trata-se de conflitos políticos sobre “contextos formadores” (sinônimo de “estruturas”), que articulam de forma mais ou menos flexível, acidental e pluralista as disposições institucionais e imaginativas que tomamos como pressupostos em nossas rotinas formadas (Unger, 1987b, p. 3).

“Cada um desses contextos formadores é definido por sua habilidade de ajudar a gerar e manter um conjunto ricamente desenvolvido de rotinas práticas e imaginativas e por sua tendência correspondente de resistir a perturbações” (Unger, 1987b, p. 88-9). Segundo essa teoria, a ferramenta típica da transformação estrutural é a da “reforma revolucionária”: os “contextos formadores” podem ser mudados parte por parte, na direção de mudanças cumulativas, que não constituem o caso de um reformismo dentro de um ciclo que se mantém dentro do “contexto formador”, tampouco são uma substituição revolucionária (episódica e violenta) de uma estrutura social “total” por outra (Unger, 1987a, p. 64). Trata-se da alteração de peças da estrutura básica da sociedade, de fatias institucionais relevantes, e não apenas de movimentos de acomodação dentro da moldura de organizações e procedimentos dados. O método fragmentário de reforma pode vir a produzir resultados cumulativamente revolucionários. A possibilidade de conferir um status teórico ao pensamento programático – à exploração das reformas institucionais – decorre da ideia de que as instituições são “política congelada” (Unger, 2007, p. 49), partes da estrutura social mutáveis pelo reaquecimento do conflito político sobre os interesses e



ideais (que serão temporariamente consagrados, inclusive com suas contradições e imprecisões, sobretudo pelo direito).

As propostas institucionais: ligando ideais a práticas

A “imparcialidade” (em relação a interesses, ideais, concepções de bem e planos de vida) que as teorias da justiça precisariam incorporar em sua elaboração, segundo uma concepção liberal, é vinculada aos próprios resultados *normativos* que elas admitem, aos critérios orientadores que a sustentam. Ademais, essa “neutralidade” depende de uma distinção entre o justo impessoal (*right*) e concepções particulares de bem (*good*). A visão da “justiça como equidade” (*fairness*) de Rawls busca se ater ao primeiro termo e sustenta a possibilidade de instituições justas serem não apenas (relativamente) “neutras” diante das visões concorrentes de bem, mas sustentadas por um “consenso sobreposto” entre diferentes perspectivas razoáveis.

A “justiça como equidade” é “uma concepção política que pode ser objeto de um consenso sobreposto”, garantido diante de um pano de fundo de “pluralismo razoável” (Rawls, 2005, p. 182). Tal “concepção pública de justiça” imunizaria as instituições básicas e políticas públicas contra o favorecimento, pela “estrutura básica da sociedade”, de qualquer “doutrina abrangente em particular”, o que não significa que o liberalismo político não possa valorizar certas virtudes; não as coloca, porém, como doutrina abrangente a ser imposta por um Estado perfeccionista (Rawls, 2005, p. 190-5).

As instituições são colocadas como alvo da teoria da justiça por Rawls. Unger vê nas instituições e no pensamento sobre estas uma oportunidade de revisão das estruturas sociais e uma projeção das formas possíveis de ligação entre interesses e ideais. Modelar esses interesses e ideais à luz das estruturas é também vislumbrar diferentes possibilidades de conformação institucional de práticas sociais. Afinal, “[i]nstituições são difíceis de mudar; são estruturas tenazes que afetam o que é possível e racional a se fazer” (Rothstein, 1998, p. 138).



A principal diretiva institucional derivada da teoria rawlsiana exprime-se na proposição de uma “justiça procedimental”, que visa a garantir a prioridade da justiça (expressa nos princípios da liberdade igual e da diferença) sobre concepções particulares de bem e doutrinas abrangentes substantivas que os cidadãos possam compartilhar. Mas também quer garantir a justa distribuição dos bens sociais pela estrutura básica da sociedade como uma forma de “justiça procedimental pura” – uma visão estrutural da justiça social, que garante resultados justos e dispensa intervenção redistributiva posterior. Seu contraponto seria a justificação da correção distributiva retrospectiva, ao fim de cada período, a qual marca o conservadorismo estrutural do Estado social.

Para Rawls (1999, p. 73-5), a “estrutura básica”, tomada enquanto objeto da “justiça como equidade”, consiste naquele conjunto público de normas que ampara expectativas legítimas do que as pessoas podem fazer, conforme as atividades que desempenhem. A distribuição que deve presidir tal estrutura segue uma “justiça procedimental pura”. Esse critério não se fundamenta em um critério anterior e independente, como o procedimento “perfeito” (alocativo e maquinal, de resultados sempre corretos). Tampouco carrega a contingência típica do procedimento “imperfeito”: a possibilidade de erro no julgamento (como no processo judicial).

A justiça procedimental pura contrasta com a “justiça procedimental perfeita”, na qual há um critério independente e anterior para a definição da divisão justa, que segue um método reprodutível, com certeza de resultado. Contrasta também com a “justiça procedimental imperfeita”, exemplificada pelo processo penal garantista, que visa excluir a condenação a menos que seja estabelecida verdade quanto à culpa do acusado. Aqui, o procedimento é definido, mas seu resultado é – necessariamente – incerto.

A “pureza” da justiça procedimental consiste em exprimir um procedimento justo, que levará a um resultado também correto ou justo, “seja qual for, desde que o procedimento haja sido corretamente seguido” (Rawls, 1999, p. 75). A justiça resulta



aqui da fidelidade ao procedimento, dispensando julgamentos isolados a cada transação que se realiza *dentro da* estrutura básica. Ainda que tais transações não sejam conduzidas diretamente *pela* estrutura básica (podem ser trocas privadas), serão justas desde que se realizem sob o pano de fundo daquela estrutura.

A justiça procedimental é o método pelo qual se alocam os bens na sociedade. Os princípios de justiça que o informam e os critérios a ele associados para a distribuição de “bens sociais primários” constituem antes um parâmetro público de moralidade do que uma visão de fins ou consequências (Pogge, 2000, p. 157). Para Rawls (2005, p. 181), o que a “estrutura básica da sociedade” deve garantir são os “bens sociais primários”, que abrangem, no mínimo: os direitos e liberdades fundamentais; a liberdade de ocupação, com oportunidades de acesso a cargos no mercado e de ocupação de funções de responsabilidade em instituições políticas e econômicas da própria estrutura básica; renda e riqueza; as “bases sociais do autorrespeito”, fomentadas por instituições justas e pela respectiva cultura política pública.

Rawls (2005, p. 178-90) ressalta que essa lista de “bens primários” é formulada como uma “concepção política de justiça” que se justifica e se sustenta por si própria; sua estabilidade, porém, dependeria do apoio abrangente, do “consenso sobreposto” compartilhável por cidadãos endossantes de diferentes doutrinas abrangentes “razoáveis” e concepções de bem (tendo os cidadãos capacidades diferenciadas, mas faculdades morais, intelectuais e físicas que lhes permitam ser membros cooperantes da sociedade). Isso visa a garantir a imparcialidade do liberalismo como concepção pública de justiça, bem como a evitar compromissos consequencialistas: a avaliação sobre a justiça estanca na aplicação dos princípios da justiça como equidade, com seu “índice” dos “bens primários”.

O modelo de Rawls não é, portanto, totalmente construído sob pressupostos de “consenso sobreposto” e “equilíbrio reflexivo” diante de concepções particulares substantivas sobre um – ou dentro de um – determinado sistema social, visto como esquema concreto de justiça distributiva. Esses são requisitos para sua sustentação



prática. Há quem, como Barry (1995), os julgue dispensáveis ao modelo, diante do “fato do pluralismo” como “uma demanda sobre os limites da razão”.

Do lado da teoria crítica, Honneth (2009) busca oferecer um entendimento alternativo às visões procedimentalistas e redistributivistas de teoria da justiça. Lembre-se que a teoria de Rawls é sim procedimentalista, mas preceitua a justiça distributiva, e não *redistributiva*. Assim também, a categoria do reconhecimento em Honneth articula a noção de que a justiça não pode ser julgada simplesmente em uma dada situação de distribuição de bens, sentenciando a realocação *ex post facto* desses bens. Em vez disso, para Honneth, o limiar das relações sociais tal como entendidas cotidianamente precisaria ser analisado, para se desvelar o conteúdo moral subjacente às práticas. Enquanto Fraser analisa o “reconhecimento” como “*folk paradigm*” oposto à “redistribuição” e sinônimo dos “novos” movimentos sociais identitários (não de “classe”, mas de “status” – gênero, raça, sexualidade, nacionalidade, etnia), Honneth toma a categoria do “reconhecimento” como uma crítica geral às teorias de base individualista (Fraser; Honneth, 2003).

Honneth (2009, p. 349) critica a ancoragem das teorias da justiça em “um conceito individualisticamente reduzido de autonomia pessoal”, que solaparia a “transcendência” que tais teorias buscam. Elas projetariam o ideal de que cada um seja tão independente dos outros quanto possível, já que “toda dependência dos outros é vista como uma ameaça à liberdade individual”, assegurada apenas pela autossuficiência material do indivíduo, que o habilitaria a perseguir seu próprio “plano de vida”. Em Rawls (2005, p. 187-90), tal formulação partiria da pressuposição do consenso dos potencialmente afetados sobre a distribuição dos recursos, que são os meios com que criam e realizam seus planos de vida autonomamente eleitos. Em contraponto, deve-se notar que o paradigma rawlsiano não é propriamente redistributivista, nem absolutamente calcado em uma concepção atomista (antes, preocupa-se com as “bases sociais do autorrespeito”).



Apenas pelas vias “intersubjetivas” do reconhecimento é que aprenderíamos “a nos compreender como seres cujas necessidades, convicções e habilidades são dignas de serem realizadas”, mas tal pedagogia só se realiza com a alteridade: “ao mesmo tempo [que] o concedemos àquelas pessoas que nos reconhecem, porque devemos poder reconhecer, como em um espelho, nosso próprio valor no comportamento delas com relação a nós” (Honneth, 2009, p. 353-4). A visão distributivista seria, então, epistemologicamente insuficiente, por subsumir a um esquema economicista e fisicalista (pressupor “uma massa que podemos subdividir em determinadas porções”) relações – não só de reciprocidade – constituídas historicamente sob múltiplos contextos sociais (Honneth, 2009, p. 354-6). Tal crítica parece aderente à concepção de “justiça alocativa”, definida por Rawls (1999, p. 76-7) em contraste com a “justiça procedimental pura” por ele preceituada. Na “justiça alocativa”, a questão é a divisão de um conjunto de bens entre indivíduos determinados, com certas necessidades e desejos. Não se está dividindo a produção desses indivíduos nem eles estão em relações cooperativas. Já a “justiça procedimental pura” tem por objeto a distribuição dos bens produzidos e se assenta sobre um “sistema público de normas” que define o que, quanto e como produzir.

Unger (1987a, p. 363-4) tampouco adere ao paradigma redistributivista. Reconhece que a realização de uma infraestrutura institucional deva incorporar a ideia de habilitar e empoderar os indivíduos para que possam perseguir seus projetos de vida. Porém, tal estrutura não pode ser neutra entre os vários planos de vida possíveis; o que se pode garantir no desenho institucional é que, de um lado, o indivíduo possa se opor às estruturas estabelecidas e, de outro lado, a própria estrutura o capacite como “agente revisor de contexto”,

ênfatize o que na experiência do indivíduo o habilite a tratar os outros e a si mesmo como originais, a modelar ligações práticas e de paixão menos viciadas pela dependência e despersonalização, a mover-se dentro dos contextos sociais com a autoconsciência aumentada e o engajamento de um agente revisor de contexto. (Unger, 1987a, p. 363-4)



Assim como na teoria do reconhecimento, Unger toma a autonomia como um atributo definido contextualmente, e não como caráter solipsista e independente de situações definidas. Para Unger (2014, p. 299), porém: “Nenhuma ordem da vida social pode afirmar ser neutra com respeito a ideais sociais, concepções de bem ou visões de humanidade”. Se cada ordem encoraja certas formas de experiência e desencoraja outras, não há arranjo mais justo que possa ser preferido por sua neutralidade; disso decorre a preferência em relação a regimes mais abertos à experimentação individual e social e à autocorreção e revisão à luz da experiência (Unger, 2014, p. 290).

Em consonância com a experiência de autonomia a ser promovida por uma ordem social mais justa, Unger apresenta princípios que regeriam uma “sociedade livre”. O primeiro princípio é o da apostasia. Significa salvaguardar a prerrogativa do dissenso e da oposição veemente a uma ordem política; depende de se reconhecer a irrealizabilidade de uma ordem neutra entre concepções de bem e ideais de humanidade, e como contrapartida não apenas garantir que o cidadão possa manter em foro íntimo ou público sua discordância em relação à ordem estabelecida, mas reforçar sua capacidade de negar o *status quo* e propor alternativas sociais (Unger, 2014, p. 303). Tal capacidade é reiterada por outro princípio, o da pluralidade. Trata-se de reconhecer que “interesses e ideias sempre permanecem reféns das instituições e práticas que os representam de fato” (Unger, 2014, p. 308) e daí estruturar a sociedade como um campo para experimentos concretos de formas alternativas de organização coletiva. A pluralidade é reforçada pelo princípio da maior cooperação, o qual considera que, “[m]antidas as outras condições, quanto mais capazes de organizar nossas atividades segundo uma divisão de trabalho imaculada pela subjugação e dependência, mais livres nos tornamos” (Unger, 2014, p. 324).

Unger (2014, p. 314-23) apresenta ainda o princípio da “liberdade profunda”. Esse princípio deveria ter, no desenho institucional, prioridade sobre qualquer forma de igualdade de circunstâncias, sendo a igualdade de oportunidades apenas um



aspecto fragmentário da “liberdade profunda”. Esta contrasta com a liberdade e a igualdade “rasas” por incluir em sua definição a transcendência de estruturas institucionais e simbólicas dadas, enquanto a liberdade e a igualdade “rasas” pretendem apenas a realização do máximo de liberdade ou de igualdade nos limites de uma estrutura fixa. A igualdade de respeito e a igualdade de oportunidades são indispensáveis, mas tomadas como meio de se atingir a maior liberdade, vista como resultado da dialética entre a concepção de sociedade livre e as mudanças institucionais cumulativas que a realizam. A redistribuição compensatória é secundária nessa sociedade, devendo as correções de desigualdades serem presididas pela mudança de instituições e crenças em direção à potencialização do acesso aos meios (econômicos, educacionais, culturais e políticos) com os quais criamos o futuro da sociedade em seu presente. Assim, de um lado, privilégios hereditários deveriam ser substituídos por heranças sociais (com acréscimos conforme deficiências ou talentos excepcionais). De outro, igualdades ou desigualdades de circunstâncias poderiam ser justificadas pela sua suposta maior contribuição ao desenvolvimento dos poderes práticos e da riqueza na sociedade, mas as desigualdades teriam que ser limitadas diante do primado das igualdades de respeito e oportunidades e da exclusão das desigualdades que resultam em privilégios que estrangulam o experimentalismo social com o qual se constrói o futuro coletivo (ver também Unger, 2024, p. 488-508).

Há nesse horizonte normativo a tentativa de conciliar duas vias do progresso, em zonas de intersecção buscadas experimentalmente entre dois “bens” que se pretende serem reforçados pelo aumento da plasticidade social. De um lado, há que se garantir o progresso material (crescimento econômico, progresso tecnológico, científico, sanitário) pela ampliação da capacidade de inovar. De outro, a plasticidade social consoma-se ao suspender a grade de hierarquias e divisões sociais, potencializando a capacidade de cooperar para além de distinções de papéis, classes e posições rigidamente definidas. O entrincheiramento dessas distinções, e as cadeias de transmissão hereditária de vantagens educacionais e econômicas inibem tanto a



capacidade de cooperação quanto a de inovação. A inovação tende, porém, a desestabilizar os esquemas estabelecidos de cooperação. Daí que esses esquemas precisem ser mais desintrincheirados, flexíveis, revisáveis.

Em termos de ideais, igualdade de respeito e oportunidade são imperativos incondicionais, enquanto que desigualdades de circunstâncias ou resultados são criticáveis somente (e não é pouco) na medida em que minem a igualdade de respeito e oportunidade. A exclusão persistente de pessoas em situação de pobreza e privação absolutas destrói as possibilidades de autorrespeito e as capacitações para a inclusão. O reverso é a recompensa meritocrática superdimensionada a talentos extraordinários e dotações inatas que já encontrariam incentivos suficientes. Mas uma rígida igualdade de circunstâncias é improdutiva. A questão não é tolerar tanta desigualdade quanto possa beneficiar os que estão em maior desvantagem (a regra “maximin” de Rawls), mas difundir uma vida maior para todos, de modo que a tornar a autoconstrução da sociedade mais inclusiva em pessoas e mais acelerada pela expansão dos recursos e meios.

A definição de princípios da sociedade livre por Unger não é uma contradição performativa, pois tais princípios incorporam em sua substância o postulado da *parcialidade* e insuficiência de todas as ordens sociais diante das aspirações, capacidades e possibilidades individuais. Ao rejeitar a definição de princípios de justiça que possam transcender esquemas concretos de organização social e garantir certa “neutralidade” em relação a estes, Unger contrasta com a fundação rawlsiana da justiça. Mas também se opõe à concepção de uma corrente historicista do pragmatismo (Rorty), segundo a qual não é possível uma crítica normativa para além das expectativas e horizontes de sentido engendrados pelo próprio contexto específico em que se está inserido como uma realidade inescapável (Unger, 2013).

Ainda, há importante contraste de Unger em relação às teorias críticas proponentes de versões de “democracia deliberativa”. Ao criticar a teoria do direito contemporânea, Unger (1996, p. 73) lança uma acusação que podemos tomar na forma



de uma suspeita também sobre a teoria política normativa: trata-se de um “desconforto com a democracia” manifestado, entre outras modalidades, “em um ideal de democracia deliberativa como mais aceitável quanto mais perto em estilo de uma conversação cortês entre cavalheiros em uma sala de estar do século dezoito”. A questão aí é uma tentativa de idealizar filtros de um discurso não enviesado em favor dos interesses poderosos, enquanto não se identifica diretamente o que modificar na institucionalidade atual de uma democracia de massas contida no figurino de um liberalismo proto-democrático.

Young (2000) apresenta preocupação semelhante ao notar os pressupostos exigidos para a inclusão na deliberação política, inclusão sem a qual o processo decisório tem sua legitimidade corroída. Obstáculos maiores à inclusão deliberativa apresentam-se conforme diferentes graus de privilégio material ou simbólico de indivíduos e grupos e conforme os padrões culturais dominantes sobre a forma e o conteúdo *adequados* de expressão política, o que inclui desvalorização de propostas que não sejam apresentadas sob certa linguagem e forma de expressão e em nome de dadas filiações institucionais dos representantes (Young, 2000, p. 36-44).

Um foco evidente da crítica é a teoria habermasiana da comunicação na esfera pública, normativamente aproximada a uma situação ideal de discurso. A questão de Habermas (1996) é encontrar uma fundamentação da legitimidade do direito para sociedades pluralistas, nas quais se dissolveu a cosmovisão compartilhada que permitia fundar o direito na metafísica ou na religião. Habermas encontra no processo democrático “a única fonte pós-metafísica da legitimidade”, já que este processo permite a livre circulação de opiniões, informações e argumentos, assegurando “um caráter discursivo à formação política da vontade” e sustentando “a suposição falibilista de que os resultados derivados do próprio procedimento são mais ou menos razoáveis” (Habermas, 1996, p. 448).

Tal fundamentação discursiva das autonomias pública e privada (esta garantindo ao sujeito espaço para perseguir sua própria concepção de bem, na



linguagem rawlsiana) seria uma alternativa ao problema hobbesiano da formação da ordem social a partir da falta de coordenação de atores racionais que agem independentemente, bem como a Kant e Rawls, que atribuiriam uma capacidade moral aos sujeitos que se encontram no estado natural ou na posição original (Habermas, 1996, p. 449-51). O grau mais elevado em abstração no argumento habermasiano constitui o “princípio do discurso”, que condiciona a validade das normas ao assentimento hipotético dos potencialmente afetados; de outro lado, concretamente, a legitimidade do direito gerado depende da “‘eticidade democrática’ dos cidadãos e da cultura política liberal” (Habermas, 1996, p. 459-61). O “princípio da democracia” é, então, constituído na conjunção entre o “princípio do discurso” e a “forma jurídica” e aparece – o próprio princípio – como “núcleo de um *sistema* de direitos” (Habermas, 1996, p. 121, grifo no original).

Cabe reiterar que Honneth busca fornecer uma explicação alternativa à habermasiana, estendendo sua elaboração para além do Estado democrático de direito e cobrindo âmbitos de reconhecimento como o mercado e a família. Como elabora, porém, a dimensão institucional em sua teoria? Honneth, ao justificar seu avanço para além da esfera de reconhecimento estatal, na direção da “sociedade civil” (família e mercado), concebe que a justiça em termos de ação estatal apenas faz sentido pelo tipo de relação que a cidadania implica – a “consciência da autonomia política” em um modelo de deliberação como “livres e iguais” (Honneth, 2009, p. 358). Assim, o direito é o campo de interferência legítima do Estado nas relações de reconhecimento e a autolegislação democrática afeta tais relações na medida em que modifica direitos subjetivos, inclui novos grupos sociais ou declara “realidades modificadas como circunstâncias juridicamente relevantes” (Honneth, 2009, p. 357-8).

Vale notar que a posição de Unger (1987a, p. 263-9) sobre a democracia implica não apenas a rejeição de um paradigma deliberativo ideal, mas também da versão do pluralismo de grupos organizados, que tende a interpretar os processos políticos democráticos como equivalentes à maximização de interesses buscada por atores



racionais no mercado. Já se criticou esse modelo “agregativo” por tomar as preferências como dados exógenos ao processo político, carecendo de uma ideia de formação *pública* da vontade; e também por ser cético quanto à possibilidade de uma avaliação normativa das razões em jogo – daí, potencializar maiorias em desfavor de minorias e, sobretudo, ser institucionalmente conservador (Young, 2000, p. 20-1). Em Unger, a questão-chave está em que o pluralismo de grupos organizados explica a estabilização de uma dada institucionalidade; mas na medida em que ela seja desestabilizada por alternativas postas em circulação pela teoria e pela política, os interesses entram em conflito ganham uma indefinição: podem ser reagrupados em vista das diferentes trajetórias e direções de mudança em vista das quais os indivíduos julgarão seus interesses na futura ordem social.

Unger (1987a, p. 263-4) parte da tese de que “[u]ma estrutura institucional e simbólica produz e apóia um conjunto de papéis e classes” para criticar a naturalização que a “lógica dos interesses de grupo” reitera, ao tomar como dadas as premissas sobre fronteiras das identidades coletivas e sobre possibilidades sociais. Aqui, os interesses, tomados como módulos pré-elaborados ao conflito, entram como restrições no processo decisório. Mas a hipótese que Unger (1987a, p. 265-6) defende é que – ao contrário da tradição marxista, para a qual o acirramento do conflito reforçaria a polarização de classes – a aceleração das lutas políticas desestabiliza papéis e posições sociais definidos, remodelando interesses e tornando a mobilização coletiva o próprio fenômeno pelo qual a mudança de um conflito *dentro da* estrutura para um conflito *sobre a* estrutura corresponde à reacomodação de expectativas e interesses em vista de uma nova ordem institucional e simbólica. Desconsiderar essa reacomodação e reformatação seria invisibilizar a diferença entre estrutura formadora e rotinas formadas. Lembre-se que estruturas consistem nas “pressuposições institucionais e ideológicas que formatam as práticas, conflitos e transações rotineiros na sociedade, e que são largamente tomadas como dadas, até o ponto de serem invisíveis, como se fossem parte da natureza das coisas” (Unger, 2014, p. 295).



Em Unger, o papel de um arranjo democrático apenas pode ser mensurado em sua relação com a diferença entre rotinas e estruturas e na contingência e mutabilidade que conjugam a tal dicotomia. “Porque em uma democracia quase tudo é revisável, e porque a opinião pública imprevisível frequentemente conta para algo, a incerteza sombreia a democracia” (Young, 2000, p. 16). A contingência dos arranjos institucionais na política, vista por Unger como apelo aos interesses reconhecidos e aos mundos alternativos, torna o arranjo democrático uma concretização da própria falibilidade e experimentalismo.

A ideia sobre a democracia é de que ela não deve ser entendida apenas como uma máquina para registrar e agregar preferências individuais, como se fosse apenas o equivalente político do mercado. A democracia é, entre outras coisas, um procedimento para criar o novo. É a forma institucional e coletiva da imaginação. É a ordem que, ao reconhecer a imperfeição de todas as ordens históricas que podem existir no mundo, providencia os meios para sua própria correção. (Unger, 2011, p. 70)

Unger nega que os arranjos sociais concretos ou modelos institucionais de decisão possam ser neutros, pois cada indivíduo é sempre infinito em relação a estruturas sociais finitas, fechadas em torno de seus pressupostos justificadores e de seus meios de atualização. Daí que o principal atributo de uma sociedade mais livre seja um maior grau de “revisabilidade” ou “corrigibilidade” de suas próprias estruturas (Unger, 2014, p. 304-11; 1987a, p. 290-314). Essa autossubversão incorporada à própria configuração das instituições tem uma natureza dual: instituições que reforcem sua mudança e que mobilizem pessoas a transformá-las, indivíduos empoderados pela estrutura social a resistir diante desta e a transformar instituições e práticas.

O conceito de “desentrincheiramento” descreve o lado das estruturas sociais. Trata-se do grau, “variável e relativo”, de contraste entre as atividades de estabilização e desestabilização de um dado “contexto formador” ou estrutura social; em outros termos, as sociedades variam na distância entre rotina e revolução, entre conflitos



cotidianos dentro da estrutura e conflitos episódicos sobre as estruturas. Como diferenças de classes e papéis sociais não preexistem às premissas institucionais ou imaginativas que conformam certa estrutura social, a afirmação dessa estrutura depende de sua imunização contra ataques, o que ocorre pela rotinização de intercâmbios econômicos, conflitos políticos e controvérsias normativas. Tal imunização comporta, porém, diferentes graus de plasticidade, de estabilização do elemento transformador da própria estrutura (Unger, 1987a, p. 279).

Uma sociedade mais “desentrincheirada”, mais aberta à sua própria revisão, suaviza, em vez de reafirmar, diferenças de classe, disposições e preconceitos. Nela, reformas passam a ser estruturais e revoluções deixam de ser explosões violentas que fazem a mudança social depender de crises. Arranjos menos entrincheirados são tentativas imperfeitas de “enfraquecer o alcance em que esquemas estabelecidos de distinções de classe, comunitárias, de gênero e nacionais restringem nossos experimentos na colaboração prática ou no vínculo passional” (Unger, 1987a, p. 9). São formas institucionais (ou “contextos formadores” de novas rotinas) que podem ser revisadas radicalmente, mas parte por parte e de modo cumulativo. O argumento normativo em favor de uma sociedade mais “desentrincheirada”, vale dizer, tem de superar a dificuldade de se estabelecer, ele mesmo, no contexto de uma sociedade – como a moderna – mais aberta à revisão, em que concepções substantivas de sociedade e personalidade são rejeitadas ceticamente e vinculadas à teleologia aristotélica (Unger, 1984b, p. 39-47). O contraste aqui é com a normatividade que tradicionalmente vinha acompanhada de uma naturalização dos arranjos sociais, com suas formulações institucionais e imaginativas básicas, florescendo em sociedades que permaneciam “largamente imunes aos efeitos desestabilizantes de conflitos ordinários” (Unger, 1984b, p. 45).

Na construção de Unger, a autonomia individual é vislumbrada em correspondência às estruturas sociais. O conceito que preside tal visão contextual da autonomia é o de “capacidade negativa”. Tal capacidade é fortalecida ou enfraquecida



a depender da matéria que ela molda, sendo esta matéria as estruturas institucionais e imaginativas estabilizadas, as quais derivam de sequências históricas de construção de estruturas sociais que “restringem frouxa e irregularmente nossa capacidade de resistência e invenção” (Unger, 1987a, p. 281). A imaginação de estruturas que permitam a revisão e subversão de hierarquias definidas é um meio de limitação da dependência e despersonalização que corrói o status individual nas relações de uns com os outros.

Como coloca Simon (2014, p. 20), a exigência ungeriana de experimentação e diversidade na vida pública e privada, que visa a solapar tendências de enrijecimento das divisões sociais, está potencialmente em tensão com o postulado consensualista da democracia deliberativa de Habermas. Mas a pretensão iconoclasta e desestabilizadora da transcendência contextual pregada por Unger também pode sofrer de um problema semelhante ao apontado por Barry (1995) quanto à sustentação do modelo de Rawls por um “consenso sobreposto” entre concepções “razoáveis”. Esse consenso diz respeito à sustentação prática, não à justificação do modelo rawlsiano. Porém, na teoria de Unger, é difícil separar os dois momentos, pois a imaginação das instituições contempla formas e possibilidades de mobilização política que as conformem e sustentem na prática. Uma das questões aqui – como aponta Galston (1991, p. 60-5) – é a plausibilidade de que as pessoas adiram a uma estrutura autorrevisável em detrimento de uma que forneça a segurança de seus papéis e posições sociais entrenchados. Há dificuldades até mesmo na conformação de tal estrutura, já que a formação de contextos requer a consolidação de certos hábitos e rotinas. Unger (1987a, p. 317), em todo caso, mantém como horizonte a possibilidade de estruturas que diminuam a distância entre os conflitos rotineiros dentro do contexto e os conflitos revolucionários sobre o contexto. É o que faz a democracia em relação às outras formas conhecidas de governo, ou o mercado em relação a uma organização econômica centralizada. Providenciam meios à própria correção da ordem política e econômica, diminuem a dependência em relação a tradições e diferenças herdadas, são uma



moldura institucional para a imaginação e a inovação. Mas em que medida essas próprias formas institucionais não excluem ideais a que elas próprias dão sobrevida ou não deixam de realizar expectativas que elas mesmas reproduzem? Em que medida elas desperdiçam poderes e capacidades de criação, restringindo desnecessariamente o raio de autonomia individual e coletiva?

A questão não é postular a chegada a um estado de repouso em que já se tenha atingido a plena identificação entre o racional e o real. É dar vazão produtiva à insatisfação, ao excedente não aproveitado pela estrutura institucional, para fragmentária e progressivamente dar à luz formas institucionais mais capazes de habilitar a inovação e a cooperação, com maior abertura ao futuro e corrigibilidade à luz da experiência.

Importa contrapor não apenas a definição do ideal normativo nas teorias analisadas, mas a determinação das instituições que o amparam. Há que se reconhecer que Rawls deixa espaço significativo para a definição dos detalhes institucionais dentro da “forma ideal [...] à luz da qual os resultados acumulados dos processos sociais em operação devem ser limitados e ajustados” (Rawls, 2005, p. 281). Assim, sua teoria poderia ser criticada pela indefinição institucional que acolhe e pela respectiva crença de que esquemas institucionais concretos podem ser formulados de modo mais ou menos externo à teoria, cabendo a esta apenas fornecer bases normativas para o juízo sobre aqueles esquemas. Mas seu compromisso com modelos específicos de sociedade é relativamente aberto, provavelmente mais aberto que a visão da “teoria crítica” da Escola de Frankfurt. Assim, por exemplo, não encontramos em Rawls (1999, p. 234-42) uma apologia de uma forma específica de economia de mercado, mas a admissão de variações, que incluem, como esquema institucional preferencial, a “democracia de cidadãos-proprietários” (“*property-owning democracy*”) teorizada por James Meade¹⁶. Ocorre que, da perspectiva de Unger (1987a; 1987b), haveria uma

¹⁶ Para uma comparação desse modelo com o “fundo rotativo de capital” proposto por Unger, ver Amato, 2022.



indeterminação muito maior das formas institucionais – já que não há uma lista fechada de totalidades modulares de vida econômica, política e social. Assim, não só a “democracia dos cidadãos-proprietários”, o Estado capitalista de bem estar social ou o socialismo de mercado – formas que Rawls (1999, p. xiv-x; 2001, p. 136) discerne – seriam alternativas ao capitalismo *laissez-faire* e ao socialismo estatista. As alternativas seriam indeterminadas.

A questão é que, uma vez acolhida essa tese ungeriana, não se trata de uma “correção” marginal na teorização rawlsiana. O déficit sociológico na explicação contratualista vem à tona. Segundo a retomada contratualista de Rawls ou Habermas, as principais linhas da estrutura básica da sociedade, que institucionalizam as desigualdades de poder e riqueza, seriam definidas no interesse comum por procedimentos em que se expressa a razão pública, sem enviesamentos de interesses particularistas e vontades irrefletidas. Como agentes racionais, os cidadãos podem concordar na esfera pública com um mínimo denominador comum – instituições neutras, justas, capazes de sustentar e conviver com desacordos; na esfera privada é que estarão livres para expressar suas paixões, realizar seus projetos de vida e seguir sua própria concepção de bem. Essas formulações fogem à teoria social no sentido de que dependem o mínimo possível de fatos sobre sociedades reais e giram entorno de um conceito de pessoa antecedente a qualquer estrutura social (Hawthorn, 1990, p. 91-6).

Na situação de laboratório da filosofia política, a deliberação do contrato social, decide-se a favor da solução institucional com a qual todos os potencialmente afetados poderiam concordar, uma vez ouvidos (Habermas); ou a favor da garantia das liberdades políticas fundamentais (“princípio da liberdade igual”) e do “princípio da diferença”, que permite as desigualdades em benefício dos menos privilegiados (Rawls). Esses princípios de justiça, porém, não de ser interpretados não apenas como parâmetro para julgar alocações de recursos dentro de dada estrutura social, mas como “macro princípios” a informarem a escolha de “sistemas sociais” (Freeman, 2013, p. 9).



Aqui, a ilusão sociológica da lista fechada de “sistemas”, “regimes”, “modos” ou “tipos” de sociedade perde o sentido da transformação política: o avanço de certos interesses e ideais institucionalizados em um momento, contra interesses e ideais contrastantes consagrados em outra ocasião. O sincretismo das estruturas sociais abre e reabre oportunidades transformadoras. Reformas institucionais são fragmentárias: podem ser vislumbradas por meio de dispositivos mais ou menos intercambiáveis, e cada reforma pode ser mais ou menos independente de outras reformas análogas ao seu “espírito”. Daí que Unger tome a via de considerar, no plano dos ideais, um repertório amplo, não limitado a certa formulação canônica de liberalismo clássico com mecanismos de regulação e distribuição “sociais”; no plano das instituições, seu detalhamento (especialmente jurídico) revela dispositivos diversos pelos quais se pode modificar as formas de organização da política e da economia.

Paralelamente, caberia perguntar em que medida Honneth não recai também em um compromisso muito estreito com a autoridade clamada pelas próprias práticas sociais a que visa criticar, como na observação de Unger sobre Rawls e Habermas. Talvez nele a armadilha historicista se revele em grau maior em grau maior, já que a ordem moral imanente das práticas de reconhecimento é tomada como germe da crítica teoricamente refletida. Afinal, seu esquema de análise (Honneth) demanda não apenas o postulado de justiça da inclusão dos sujeitos nas relações de reconhecimento desenroladas em cada contexto, mas também a substituição do procedimento teórico da situação inicial rawlsiana por uma “reconstrução normativa que revele histórico-geneticamente as normas morais fundamentais daquelas relações de reconhecimento” (Honneth, 2009, p. 360). Essa via estreita a possibilidade de se criticar a normatividade observada segundo parâmetros racionais universalistas: ao contrário do que apregoa Unger, quando assume o postulado da transcendência dos indivíduos em relação a seus contextos, e então toma a transcendência de contextos (a corrigibilidade da estrutura social) como um bem.



Temos aqui um argumento negativo e uma proposição afirmativa. A crítica de Unger, como visto, dirige-se, por um lado, ao aprisionamento hermenêutico do intérprete dentro da própria cultura que ele avalia: seus traços potencialmente autoritários e opressivos podem vir a ser relevados em nome da autonomia coletiva. A mudança institucional encontra então vias bloqueadas para ser imaginada fora das expectativas e dinâmicas de conflito e consenso engendradas pela própria estrutura social que se quer criticar e transformar. De outro lado, há a técnica do apartamento entre a geração de princípios de moralidade política e a engenharia institucional que fornece os detalhes das estruturas sociais que se aproximam ou se distanciam dos critérios fornecidos pela concepção abstrata de justiça política. O risco aqui está justamente em tomar um repertório institucional estreito e contingente (a democracia e o mercado tal como existem especialmente no Atlântico Norte) como opção dentre outras concorrentes (outros “sistemas”), a se “pegar ou largar”.

Em termos afirmativos, Unger oferece um valor capaz de guiar “externamente” o juízo sobre os arranjos sociais, uma visão do caráter desses arranjos e da forma de sua mudança e uma proposta do lugar da teoria como informante dessa transformação. O valor é a autonomia individual reforçada por estruturas que fornecem as próprias ferramentas para sua correção ou substituição e potencializada por estruturas que se reproduzem sem marcar hierarquias e divisões acentuadas entre pessoas (compare-se, por exemplo, a sociedade de castas com a sociedade de classes, e esta com os grupos políticos de uma democracia liberal).

Vale notar que, em suas propostas programáticas, Unger (1987a, p. 441ss.) projeta um cenário relativamente distante da situação histórica em que foram desenhados, justamente na tentativa de não se constranger pelas opções institucionais já realizadas. Esse distanciamento, que visa a ampliar os limites da imaginação das instituições atenuando os preconceitos de quem está projetando o futuro hoje, não é um prognóstico de probabilidade, mas uma extrapolação especulativa de possibilidades já atualmente emergentes, embora apenas realizadas de modo marginal



e embrionário (Unger, 2015, p. 75). Para ganharem escala, essas soluções institucionais desviantes precisam mudar o contexto mais amplo da política e da economia; ao se transformarem em soluções dominantes, terão mudado seu figurino original.

Essa estratégia programática, ao mesmo tempo, dificulta a crítica das propostas e reforça as desconfiças sobre o grau de flexibilidade e autotranscendência que os contextos formadores ou complexos institucionais imaginados por Unger poderiam sustentar. Autores como Sunstein (1990) e Ackerman (1992, p. 125-6, nota 3) apontaram dúvidas sobre uma falta de admissão da importância da estabilização (“criação do contexto”) como contraponto a um programa tão focado na desestabilização (“transcendência do contexto”). Essa é a crítica-padrão e a dúvida generalizada lançada à teoria de Unger: até onde levar o imperativo (prático e moral) da plasticidade social? (e.g. Kymlicka, 1994, p. 279; Galston, 1991, p. 63-5; Holmes, 1993, p. 174). A dúvida e a crítica não são surpreendentes se partirmos do diagnóstico de Walzer (1990, p. 14): o superliberalismo é uma oposição interna aos esforços do pensamento político liberal, de Locke a Rawls, de “fixar e estabilizar a doutrina para por fim à perpetuidade da liberação liberal”.

Uma resposta possível a tal crítica e a tal dúvida é reafirmar a precedência da desestabilização. Outra é afirmar a parcialidade do programa: ele só foca o que é preciso mudar, pressupondo alguma permanência das instituições atualmente dominantes na organização da política, da economia e da sociedade civil, instituições estas que já são demasiado estabilizadoras, justificando o contraponto da desestabilização, que não é suficientemente suprido por elas.

A imaginação de cenários institucionais alternativos – ainda “levada adiante muitas etapas no futuro, faltando todos os passos intermediários da transição” (Unger, 1996, p. 125) – parece ser uma terceira opção e pode ser interpretada como a resposta de Unger àquele tipo de crítica.

Esses programas remotos não são nem predições nem planos. São apenas ampliações institucionalmente imaginadas de nosso repertório familiar de opções



sociais, experimentos de pensamento a serviço de ajuste, movidos alguns passos adiante do limite até onde normalmente os carregamos no cotidiano da argumentação política e jurídica. (Unger, 1996, p. 138)

Assim, Unger (1996, p. 135-70) projetou o futuro das instituições liberais socialdemocratas em três direções possíveis – uma análise detalhada que aqui exemplifico apenas muito sumariamente. A primeira direção é uma “socialdemocracia ampliada”. Ela limitaria a transmissão hereditária de vantagens econômicas e culturais e fortaleceria a provisão pública desses capitais. O Estado se aliaria a pequenas e médias empresas em redes de cooperação competitiva apoiadas financeira e tecnicamente. Instituições intermediárias da sociedade civil seriam fortalecidas.

O segundo cenário é o de uma “poliarquia radical”, uma espécie de “comunitarismo liberal” em que os grupos intermediários seriam os protagonistas da vida política, econômica e cultural, recebendo competências e condições para a autogestão. Para a manutenção do aspecto liberal desse comunitarismo, seriam necessárias formas de controle sobre o fechamento e imunização dos grupos e comunidades – por exemplo, a desagregação das faculdades que compõem um direito subjetivo e sua atribuição a diferentes titulares, apostando na concorrência e na tensão como propulsores do experimentalismo e da descentralização.

A terceira opção – preferida de Unger – é a de uma “democracia mobilizadora”, correspondente à “democracia empoderada”, cujas instituições foram imaginadas mais detalhadamente em sua ampla teoria programática desenvolvida anteriormente (Unger, 1987a). A autonomia individual e a descentralização econômicas são reforçadas, por exemplo, pela fragmentação do direito de propriedade tradicional, com direitos condicionais, temporários e sobrepostos que permitiriam políticas de ampliação da titularidade econômica. Uma democracia de alta energia aumentaria a mobilização popular por reformas eleitorais e nos meios de comunicação, plebiscitos programáticos e apelo a eleições antecipadas em caso de impasse entre os poderes.

Vale aqui, mais uma vez, um contraste com Rawls. Em sua concepção, para preservar um “fórum público” livre e aberto a todos, em que diferentes grupos de



opinião possam expressar suas concepções de bem público, é necessário preservar o “valor equitativo de todas as liberdades políticas iguais”; com esse escopo, medidas de compensação associáveis ao princípio da diferença são requeridas: trata-se, por exemplo, em uma sociedade que permita a propriedade privada dos meios de produção, de promover a ampla distribuição da propriedade e da riqueza e de garantir verbas públicas regulares para a sustentação de um debate público mais independente de interesses particularistas (Rawls, 1999, p. 198). Instituições justas assim estruturadas e que beneficiassem a todos promoveriam “um desejo de agir de forma justa”, gerando “seu próprio apoio” (Rawls, 1999, p. 399).

Rawls não se exime de sugerir reformas institucionais: o faz, por exemplo, no que concerne às “instituições de fundo para a justiça distributiva” (Rawls, 1999, p. 242-51) e quando trata de tributação, financiamento público eleitoral e outras medidas que garantam o “valor equitativo das liberdades políticas iguais” (Rawls, 2001, p. 135-79). Assim também faz observações sobre a “democracia dos cidadãos proprietários”, sistema social que melhor encarnaria o ideário do liberalismo igualitário (Rawls, 2001, p. 135-8). Porém, sua teoria explicitamente se dirige à justificação no nível dos princípios, o que comporta um agnosticismo institucional acentuado: não delimita com exatidão qual espectro de instituições é a melhor realização dos princípios de justiça. Quando algum arranjo institucional é discutido, vale menos como determinação da solução institucional ótima ou ideal e mais como exemplo da possibilidade prática de combinação das exigências de princípio no desenho da estrutura básica da sociedade. Esses exemplos podem ser até mesmo descartados à luz de uma crítica que mostre sua inaptidão para alcançar os resultados distributivos pretendidos ou que revele alternativas institucionais mais condizentes com os propósitos almejados.

O agnosticismo institucional de Rawls, que o leva a focar-se em uma análise de princípios de justiça mais ou menos isolada de seus modos alternativos de concretização na “estrutura básica da sociedade”, está ligado a um estilo kantiano de



raciocínio moral. Nessa tradição, aponta Unger (2007, p. 4-6), parte-se da própria experiência mundana, discernindo seus pressupostos e os mobilizando para o julgamento e a reformatação da experiência. Isso implica a composição de um quadro normativo fixo diante do qual se poderia julgar a aproximação ou distanciamento das instituições e práticas reais. O contraponto a esta filosofia moral é o estilo hegeliano, que identifica formas sucessivas de consciência e organização social, cuja história deverá prover a solução final das contradições e também o único parâmetro com o qual se poderia julgar, em retrospecto, as instituições e culturas.

A oposição de Unger a essas correntes é clara: não há parâmetros normativos fixos nem uma teleologia a partir da qual se possa controlar o juízo sobre as instituições e práticas. Só é possível julgá-las à luz dos interesses, ideais e formas de experiência que consagram ou marginalizam, mas este juízo deve se voltar, reflexivamente, para a própria revisão das instituições. Afinal, o centro normativo dessa proposta é a contingência de todas as estruturas sociais e o impulso para a reforma e desestabilização destas em desfavor da consolidação das diferenças que cada estrutura consagra.

Partindo do reconhecimento de que a abstração tanto das ideologias quanto do discurso filosófico moral precisa ser armada pelos materiais e métodos das ciências sociais para que possa atingir o detalhamento necessário à crítica e proposição de instituições (Unger, 1996, p. 2-6), Unger apresenta, além de um programa normativo (“superliberal” ou “experimentalista democrático”), uma diretriz metodológica: a visão da “imaginação institucional”. Suas aplicações específicas em disciplinas sociais como o direito e a economia são um tema complementar – que foge, porém, aos limites deste artigo.

Imaginação institucional

Cabe ilustrar, em contraste com as teorias críticas e a liberal-igualitária, como Unger fornece uma ferramenta metodológica aliada à visão da teoria normativa.



Podemos apresentar tal comparação a partir do direito. Para Habermas (1996), o direito é o *medium* que vincula o nível do “sistema” (mercado e burocracia estatal) ao “mundo da vida” e, no plano do Estado, é por meio de um sistema de direitos que a democracia pode ser articulada ao princípio do discurso, notadamente por garantias de liberdade de expressão e comunicação. Honneth (2009) já é menos confiante no potencial estruturante do direito em relação à sociedade, uma vez que divide os âmbitos sociais do Estado, da família e do mercado. O direito é associado ao Estado e potencializa o papel deste no amoldamento de relações de reconhecimento, difundindo padrões sociais; mesmo assim, o Estado e seu direito são restritos diante dos âmbitos quase impermeáveis da vida privada.

Na teoria da justiça de Rawls, o direito conforma a estrutura básica da sociedade, sobretudo quando traduz princípios de justiça em diretrizes constitucionais – o “valor equitativo das liberdades políticas” é central (Rawls, 2001, p. 148-50). A liberdade igual é assegurada procedimentalmente pelo princípio da igual participação: as normas devem definir padrões que tragam vantagens a todos e que precisam ser definidos do ponto de vista de uma posição original de igualdade. A constituição, como norma fundadora do restante da normatividade jurídica estatal, é o sistema que concretiza o princípio da liberdade igual a partir do qual se constrói a “justiça como equidade” (Rawls, 1999, p. 194-5). Embora reconheça que as instituições constitucionais convencionais, como o bicameralismo, a separação de poderes, a declaração de direitos e o controle judicial de constitucionalidade das leis, restrinjam o princípio da participação, Rawls (1999, p. 197) as supõe compatíveis com a “liberdade política igual”.

Partindo do reconhecimento de que a abstração tanto das ideologias quanto do discurso filosófico moral precisa ser armada pelos materiais e métodos das ciências sociais para que possa atingir o detalhamento necessário à crítica e proposição de instituições (Unger, 1996, p. 2-6), Unger apresenta, além de um programa normativo (superliberal), uma diretriz metodológica: a ideia de “imaginação institucional”.



Um contexto formador é formado por estruturas imaginativas e institucionais. Unger (1975, p. 170) definiu primeiramente as instituições como “os específicos grupos organizados aos quais indivíduos pertencem. Elas são a face imediatamente visível da vida social.” Acrescentava que “[a]prendemos sobre a ordem social estudando a vida institucional, mas apenas podemos compreender totalmente o caráter da última depois de ter entendido a primeira”. Neste conceito Unger revela expressa influência de Weber. Weber (1978, p. 714-5) diagnosticara o conceito de instituição (*Anstalt*) como um artefato jurídico da modernidade: a partir da secularização do conceito de corporação, a forma “instituição” surge com a criação de empreendimentos públicos de massa – como escolas, asilos e bancos estatais –, aos quais não poderia ser atribuído o regime jurídico de corporações, por não terem sócios.

Já a ideia de imaginação é, segundo Unger (1975, p. 124) uma alternativa apresentada pelos pensadores do iluminismo e do romantismo ao contraste entre razão e desejo; concebida como uma faculdade de união entre pensamento e sentimento, tornou-se ao mesmo tempo uma crítica ao pensamento liberal, ao focar a totalidade em que situava o indivíduo.

Posteriormente, Unger (2001, p. lii) definiu a imaginação como “a faculdade pela qual colocamos o real sob a luz do possível”. Também seu conceito de instituição foi redescrito: instituições são “[u]m conjunto de regras e crenças que formata um aglomerado de práticas informado pela concepção de como as pessoas, em certo domínio da vida social, podem e devem lidar umas com as outras” (Unger, 2013a, p. 14).

Diante desse pano de fundo, a “imaginação institucional” apresenta-se como “um método reproduzível: uma visão de como as coisas são e de como podem vir a ser, um método para a compreensão do real à luz do possível” (Unger, 1996, p. 24). Em outros termos, trata de “identificar a influência conformadora de instituições e crenças fundamentais enquanto também reconhece o caráter substituível e vulnerável, embora frequentemente resiliente, desses contextos formadores” (Unger, 1996, p. 23). O



pensamento jurídico e o pensamento econômico são duas disciplinas sociais centrais para o exercício da imaginação institucional.

Unger (2015, p. 47) define o direito como “a forma institucional da vida de um povo vista em relação aos interesses e ideais que conferem sentido a este regime”. Como prática da imaginação institucional, o direito é importante seja por fornecer uma visão detalhada e explícita das instituições que moldam amplos setores da vida social, seja por mesclar um raciocínio descritivo a juízos normativos (como exemplifica a prática da dogmática jurídica). O método da “imaginação institucional” se realizaria no pensamento jurídico, propõe Unger (1996, p. 129-34), como uma combinação dos momentos de mapeamento e crítica das alternativas institucionais.

Já na economia (Unger, 1996, p. 23-5), a imaginação institucional é um potencial não aproveitado. A “nova economia institucional” não compreenderia a variedade das formas de organização do mercado; apenas estuda o comportamento econômico em um fundo institucional fixo. Uma economia política institucionalista deveria, porém, estudar as causas e consequências de uma variedade de instituições econômicas, com ferramentas de análise lógico-matemática e estudo empírico-causal, mas também com juízos normativos que não se apoiassem simplesmente na autoridade da crença em uma concepção unitária e abstrata de economia de mercado.

Considerações finais

Um dos pontos que a discussão encetada neste artigo permitiu ilustrar consiste em como a concepção do caráter normativo das teorias sociais e políticas determina as “sugestões” institucionais avançadas a partir da construção oferecida. Assim, de um lado, Rawls aposta no papel da teoria como elaboração de um modelo normativo que traz parâmetros razoavelmente independentes de contextos empíricos de justiça. De outro lado, Habermas e Honneth procuram “reconstruir” as práticas sociais (o Estado democrático de direito, para Habermas; as relações privadas, também, para Honneth) e delas, por meio de uma “autorreflexão”, extrair critérios normativos para a crítica e



reorientação das mesmas práticas. É revelador o diagnóstico de Unger (1996, p. 170-82), apontado na introdução deste texto, sobre os problemas enfrentados por essas diferentes correntes teóricas na solução do grande dilema que se lhes apresenta, qual seja, o de um compromisso entre historicismo e racionalismo.

A comparação entre a “reconstrução normativa” de Habermas e Honneth e a tarefa teórica de “imaginação institucional” postulada por Unger pode ser vista na linha da defesa do institucionalismo sustentada por Sangiovanni (2008), quando afirma a “prioridade da política sobre a moralidade” e de uma concepção “dependente da prática” sobre outra “independente”, no sentido de que a justificação e formulação de princípios de justiça *depende* de um correto entendimento das atuais práticas e instituições – incluindo sua evolução histórica e sustentação ideológica. Tanto a teoria de Rawls quanto a de seus rivais “pragmáticos” ou “críticos” são dependentes da prática e reconhecem a “prioridade da política”. Mas tal entendimento não pode significar, para Unger (2001, p. xxxv), uma racionalização do existente, segundo o mote hegeliano de que o real é racional.

O mote do superliberalismo é a transcendência dos contextos. Essa transcendência é tanto o objeto quanto o método. A fluidez das trocas de mercados e acordos políticos em uma sociedade liberal são a imagem condensada que deveria ser estendida para toda a sociedade, colocando sob pressão e risco os papéis, hierarquias e distinções sociais, remodelando-os e atenuando-os. É a “micropolítica” da paixão, das relações interpessoais. De outro lado, a “macropolítica” das instituições governamentais precisaria ser suprida não só de negociações e acirramento de conflitos, mas também de ideais programáticos. Aqui a transcendência dos contextos assume a forma teórica de um método de mapeamento das formas alternativas das instituições e de sua crítica, tomando por justificação a capacidade de conformar um esquema institucional – um setor da estrutura sob a qual vivemos – mais “desentrincheirado”, isto é, ele mesmo mais aberto à crítica e à revisão, bem como mais fiel aos interesses e valores que se reconhece como mais importantes em um dado



contexto, sob condições situadas de um conflito político real sobre as formas de vida. Aqui, o ideal “superliberal” tem como aliado o método da “imaginação institucional”. Esse método, porém, pode servir para gerar cenários institucionais diferentes, seja devido aos “dados de entrada” analisados (a variedade institucional, a tradição jurídica, a trajetória política analisada), seja devido à visão política que os guie à jusante – em que direção se podem moldar os interesses e ideais, as instituições e práticas atuais? Qual a trajetória de transformações cumulativas que os poderia conduzir nessa direção? Há um ideal abertamente ideológico e contestável a ser postulado pelo “imaginador institucional”: à luz dessa hipótese e do delineamento aproximativo das formas institucionais que esse ideal poderia tomar e dos interesses que ele sustentaria, vislumbram-se no presente passos e experiências fragmentárias cujo aprofundamento consequente conduziria à transformação política imaginada. Na política, luta-se por essa transformação.

Há aqui uma dependência do contexto de que parte o analista. Há um compromisso realista: se é certo que transformações institucionais coevoluem ao lado de mudanças de “consciência”, é também prudente considerar que não pressuponha ruptura abrupta nem no repertório conhecido de formas de organização da política, da economia e de outros âmbitos sociais, nem na “natureza humana” (por menos que ela não seja um resíduo ontológico, por mais que seja conformada historicamente pelas instituições). A mudança institucional é concebida como fragmentária e contingente, como atestaria uma visão da evolução social normativamente cética. Diante dela, a vulnerabilidade da visão ungeriana pode estar em superestimar o quanto um contexto institucional é transparente a seus agentes de reforma, o quanto mudanças fragmentárias dependem de uma variação, seleção e restabilização de estruturas que tais agentes em grande medida não podem controlar e o quanto o caráter fragmentário das reformas as torna facilmente reversíveis, bem como improváveis de serem perseguidas cumulativamente, no decorrer do tempo histórico, segundo uma direção de mudança normativamente pré-determinada. A contingência das trajetórias de



transformação estrutural opõe resistência a programas e projetos definidos de antemão.

Por outro lado, a construção teórica de Unger permite superar o obstáculo que autores críticos do paradigma distributivista apontam: focar a questão da justiça social como padrão alocativo de bens (como recursos, renda, posições sociais, empregos), deixando de lado pretensões de crítica e revisão da estrutura social e do contexto institucional que determinam substancialmente os padrões distributivos (Young, 1990, p. 15-38). Mas também a teoria normativa de Unger apresenta propostas institucionais ligadas de modo mais ou menos frouxo à parte descritiva da teoria e concebe que se pode realizá-las apenas pelos resultados cumulativos da experimentação democrática na vida social.

Há, porém, uma ancoragem historicista. Em que medida o caminho do “superliberalismo” – o compromisso com a realização dos ideais liberais pela imaginação de alternativas às próprias instituições canônicas do programa liberal – apresenta-se como um programa coerente com as pretensões programáticas da teoria? Apenas na medida em que tal programa encontre enraizamento no contexto que se quer transformar (potencialmente, na cultura mundial propelida por semânticas ocidentais: religiosas, artísticas, políticas, filosóficas) e represente avanço no sentido de aumentar sua corrigibilidade e inclusividade, ampliando liberdades, meios criativos e usos inovadores.

A questão controvertida não está portanto na pretensão teórica de, em abstrato, em coordenar a pretensão historicista de ancoragem do potencial crítico e autossubversivo em dada cultura particular com a pretensão racionalista de encontrar parâmetros supra-históricos para a estruturação de um modo de ordenação que possa ser julgado como justo, a despeito das preferências subjetivas e dos interesses enviesados. Dois são então os problemas básicos.

A questão é mais bem colocada na comparação entre duas estratégias teóricas. A primeira (rawlsiana e habermaniana) é gerar um parâmetro normativo “neutro”,



“procedimental”, pelo apelo a uma situação hipotética de deliberação na qual todos consentiriam com a forma dada de organização política. A esse parâmetro de justiça é anexado um exercício de engenharia institucional que consiste em identificar quais instituições dadas melhor se aproximam a uma estrutura social impessoal, que trate a todos como igualmente livres em abstrato. O resultado é claro: admite-se o próprio repertório institucional canônico que historicamente sustenta essas pretensões de liberdade igual: o cardápio da democracia parlamentar e da economia de mercado tal como organizadas com os mecanismos corretivos socialdemocratas.

A segunda estratégia está em assumir o juízo normativo como ancorado em determinadas semânticas que *a priori* não podem reivindicar uma autoridade superior a tradições concorrentes: por exemplo (como faz Unger), em ideologias contestáveis (como o liberalismo e o socialismo), certas cosmovisões religiosas (como as religiões monoteístas) e concepções de personalidade (como o modernismo). A defesa de uma dessas visões é justificável, mas jamais chega a razões terminativas que possam “derrotar” outras orientações normativas. O método está em tomar essas visões – assim vagas e ambíguas como se apresentam na sociedade –, explorar sua indeterminação interna e precisá-las por referência às instituições que se pretendem por elas justificadas e que são tomadas como suas encarnações. Os ideais podem então ser revisados, os interesses associados não de ser discutidos e as configurações institucionais alternativas defendidas em um concurso contestável de visões, interesses e ideais – não há um plano analítico superior que a filosofia política possa ocupar, como observadora externa e desengajada das controvérsias ideológicas reais das arenas políticas. As disciplinas sociais – a teoria social, a filosofia política, o direito, a economia – obviamente dão instrumentos para informar empírica e normativamente o debate, qualificando o discurso. Mas essa diferença de grau não autoriza sua pretensão de “pureza teórica” diante de discursos que se poderia apenas registrar e sopesar com uma neutralidade e uma racionalidade superiores. Mobilizar os estudos



sociais para a imaginação institucional, vale frisar pela última vez, é proposta metodológica diferente de um programa político substantivo.

A vantagem comparativa da proposta metodológica de Unger está na possibilidade maior de fuga à órbita do repertório institucional dominante, particularmente informado por certas tradições do Atlântico Norte (apesar da abstração de suas teorias, pense-se na força paradigmática que o constitucionalismo alemão e a democracia americana representam para a determinação dos arranjos institucionais no horizonte de Habermas e Rawls). A teorização política não está condenada a tão somente aperfeiçoar os pressupostos e dispositivos da hipótese alegórica do contrato social do início da era moderna. Mesmo a aposta na autointerpretação de grupos em “luta pelo reconhecimento” (Honneth) parece negar ao teórico a tarefa de observar variedades institucionais e imaginá-las recombinadas e modificadas, em favor de uma retração a uma posição de observador de observadores – deixando o teórico impotente para a análise e crítica das instituições defendidas, combatidas ou mesmo não vislumbradas por esses grupos e horizontes históricos.

Identificar as formas atuais de organização da democracia e do mercado como aproximações imperfeitas aos ideais de um liberalismo com um toque “social” é o compromisso de verossimilhança genericamente comum à teorização política do final do século vinte. O problema é reduzir a teoria política a uma apologia de certas instituições dadas, em vez de construí-la como exercício exploratório de alternativas institucionais. O risco é oscilar entre a idolatria (veneração das instituições existentes como esgotamento dos ideais que elas em certa medida consagram) e a utopia – a projeção de um cenário idílico de associação de cidadãos e produtores verdadeiramente livres, que por seu irrealismo serve de álibi para um conservadorismo e uma posição defensiva de preservação das “conquistas civilizatórias” social-liberais.

Um déficit sociológico subsiste como pano de fundo desse erro teórico. Ele consiste em subestimar a indeterminação institucional da política e da economia (o



amplo espectro de formas pelas quais se pode garantir autodeterminação política e descentralização da iniciativa econômica), e resignar-se a uma narrativa catastrófica de “sistemas sociais” (se não mais capitalismo e socialismo, “variedades de capitalismo”, do *laissez-faire* ao capitalismo de estado) vistos como módulos que se sucedem segundo alguma lógica histórica mais ou menos opaca.

Ao lado da proposta metodológica, Unger apresenta uma visão política substantiva, um programa de estado por assim dizer. Apenas uma discussão detalhada de cada uma de suas propostas (para uma síntese delas, ver Unger, 1998) poderia fazer jus à análise das fraquezas e vantagens, dos seus riscos e oportunidades. Parece que a melhor forma de entendê-lo, porém, é como um passo adiante para a mudança institucional de contextos que já garantiram uma organização em bases livres e democráticas. É, nesse sentido, um programa pós-liberal. A institucionalidade liberal e socialdemocrata é ponto de partida, mas não de chegada. Ela mesma, é certo (pela exclusão social, pela apatia e pelos impasses da política, pela concentração econômica, pelas divisões marcadas de classes e barreiras étnicas, nacionais e sexuais), coloca obstáculos (ou não os remove suficientemente) para a execução da “tarefa”. Dessa distância, porém, não sucede uma retirada da visão normativa, mas sua afirmação perante a realidade renitente.

De qualquer modo, como já ressaltado, há um claro problema de sustentação, de apoio político, uma vez que o programa que Unger chamou nos anos de 1980 de “superliberal” tende a, de modo iconoclasta, solapar as próprias bases (os interesses privilegiados, os ideais consagrados, as rotinas de trocas e argumentação, as identidades grupais) das quais depende sua institucionalização. É importante a qualificação (que Unger adotou a partir dos anos 90) de “experimentalismo democrático”, pois, em termos de estratégia política, o caráter gradual e progressivo das reformas – que pode se apoiar em certa base social para uma reforma, em outros grupos para outras mudanças – pode diminuir essa tensão entre proposta imaginada e apoio prático. De outro lado, a sustentação de uma trajetória de mudanças que apenas



ganham sentido a partir de seu efeito combinado é sempre arriscada, já que não pode ser pré-programada e orientar o futuro desde o presente. Mas então, das dificuldades da teoria, chega-se aos obstáculos da política prática – com o paradoxo de que as próprias mudanças propugnadas pela teoria é que abririam melhor caminho à concretização de suas propostas. Mais uma vez, o experimentalismo da reforma institucional e o estilo fragmentário da mudança dos quadros institucionais dados é o risco e é a oportunidade.

Vale ressaltar, ainda, que a “imaginação institucional” e o “experimentalismo democrático”, que fundam a ligação entre teoria e política no pensamento de Unger, não significam a negação de todos os contextos a partir do reconhecimento de sua provisoriedade – em oposição ao desconstrutivismo, como ressalta Rorty (1991, p. 182-3). Antes, tal vínculo entre teoria social e prática política significa um trabalho intenso no interior de contextos formadores para transformar os pressupostos imaginativos e institucionais que conformam a estrutura da sociedade.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. **The future of liberal revolution**. New Haven: Yale University Press, 1992.
- AMATO, Lucas Fucci. **Propriedade Desagregada e Empreendedorismo Democrático: Instituições da economia de mercado e formas jurídicas do capital**. Porto Alegre: Fi, 2022. Disponível em: <https://www.editorafi.org/436propriedade> . Acesso em 26 jan. 2025.
- BARRY, Brian. John Rawls and the search for stability. **Ethics**, 1995, vol. 105, n. 4, pp. 874-915.
- BLAKE, Michael. Distributive justice, State coercion, and autonomy. **Philosophy & Public Affairs**, vol. 30, n. 3, p. 257-296, 2001.
- COHEN, Gerald Alan. **If you're an egalitarian, how come you're so rich?** Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.



- FORST, Rainer. First things first: redistribution, recognition and justification. **European Journal of Political Theory**, v. 6, n. 3, p. 291-304, 2007.
- FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?** A political-philosophical exchange. London: Verso, 2003.
- FREEMAN, Samuel. Property-owning democracy and the difference principle. **Analyse & Kritik**, 2013, vol. 35, n. 1, pp. 9-36.
- GALSTON, William. **Liberal purposes:** goods, virtues, and diversity in the liberal State. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action 1:** reason and the rationalization of society. Boston: Beacon, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action 2:** lifeworld and system: a critique of functionalist reason. Boston: Beacon, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms:** contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge, MA: MIT Press, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. **The inclusion of the other:** studies in political theory. Cambridge, MA: MIT Press, 1998.
- HAWTHORN, Geoffrey. Practical reason and social democracy: reflections on Unger's *Passion and Politics*. In: LOVIN, Robin W.; PERRY, Michael J. (eds.). **Critique and construction:** a symposium on Roberto Unger's *Politics*. New York: Cambridge University Press, 1987, pp. 90-114.
- HOLMES, Stephen. **The anatomy of antiliberalism.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993.
- HONNETH, Axel. A textura da justiça: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. **Civitas**, v. 9, n. 3, pp. 345-368, 2009.
- KELMAN, Mark. **A guide to Critical Legal Studies.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987.
- KYMLICKA, Will. Communitarianism, liberalism, and superliberalism". **Critical Review**, v. 8, n. 2, pp. 263-284, 1994.



- POGGE, Thomas W. On the side of distributive justice: reflections on Cohen and Murphy. **Philosophy & Public Affairs**, v. 29, n. 2, pp. 137-169, 2000.
- POSTEMA, Gerald J. **Legal philosophy in the twentieth century: the common law world**. Dordrecht: Springer, 2011.
- RAWLS, John. **A theory of justice**. 2 ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.
- RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2001.
- RAWLS, John. **Political liberalism**. 2 ed. Chichester, NY: Columbia University Press, 2005.
- RORTY, Richard. The priority of democracy to philosophy. *In*: RORTY, Richard. **Objectivity, relativism, and truth: philosophical papers volume 1**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 175-196.
- RORTY, Richard (1991). Unger, Castoriadis, and the romance of a national future. *In*: RORTY, Richard. **Essays on Heidegger and others: philosophical papers**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. p. 177-192.
- ROTHSTEIN, Bo. **Just institutions matter: the moral and political logic of the universal welfare state**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- SANGIOVANNI, Andrea. Justice and the priority of politics to morality. **The Journal of Political Philosophy**, v. 16, n. 2, p. 137-164, 2008.
- SIMON, William H. Critical theory and institutional design: David Trubek's path to new governance. *In*: BÚRCA, Gráinne de; KILPATRICK, Claire; SCOTT, Joanne (eds.). **Critical legal perspectives on global governance: liber amicorum David M. Trubek**. Oxford: Hart, 2014. p. 15-24.
- SUNSTEIN, Cass. Routine and revolution. *In*: LOVIN, Robin W.; PERRY, Michael J. (eds.). **Critique and construction: a symposium on Roberto Unger's Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 46-70.



- UNGER, Roberto Mangabeira. O estruturalismo e o futuro das ciências culturais. **Tempo brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 15-16, pp. 97-102, 1968.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Knowledge and politics**. New York: Free Press, 1975.
- UNGER, Roberto Mangabeira. Postscript. In: UNGER, Roberto Mangabeira. **Knowledge and politics**. 2 ed. New York: Free Press, 1984a, pp. 337-341.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Passion**: an essay on personality. New York: Free Press, 1984b.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **False necessity**: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1987a.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Social theory**: its situation and its task. Cambridge: Cambridge University Press, 1987b.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 1986.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** London: Verso, 1996.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **The self-awakened**: pragmatism unbound. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2007.
- UNGER, Roberto Mangabeira. Another time, a greater task. In: UNGER, Roberto Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement**: another time, a greater task. London: Verso, 2015, pp. 3-75.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracy realized**: the progressive alternative. London: Verso, 1998.
- UNGER, Roberto Mangabeira. Introduction to the new edition. In: UNGER, Roberto Mangabeira. **False necessity**: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. pp. xvii-cxxix.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **The self-awakened**: pragmatism unbound. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2007.



- UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, 2011.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **The task of political theory**. Address to The American Political Science Association in Chicago, 2013. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=nYhljV2sVsY> . Acesso em 30 nov. 2013.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **The religion of the future**. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2014.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **The world and us**. London: Verso, 2024.
- VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- WALZER, Michael. The communitarian critique of liberalism. **Political Theory**, 1990, v. 18, n. 1, pp. 6-23, 1990.
- WEBER, Max. **Economy and society: an outline of interpretive sociology**. Berkeley: University of California Press, 1978.
- YOUNG, Iris Marion. **Justice and the politics of difference**. Princeton: Princeton University Press, 1990.
- YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2000.



3. As regras do jogo e o jogo das regras: reciclagem institucional e o caso do Brasil Império

*Felipe Rodrigues Monteiro*¹⁷

Introdução

Se instituições são construções humanas, então não há nelas qualquer inevitabilidade. Como propõe Mangabeira Unger (2018), não apenas o conteúdo das instituições, mas também suas formas são suscetíveis à crítica e à reinvenção. Elas não existem como reflexo perfeito da sociedade, mas como sedimentações históricas entre outras escolhas possíveis que poderiam ter sido feitas — e ainda podem ser refeitas, em um sentido de contingência também presente em Luhmann (2011). O passado institucional, nesse sentido, não precisa ser interpretado como peso morto ou como caso encerrado, mas também pode ser abordado como fonte de alternativas que foram esquecidas, mas não esgotadas.

Ainda que o Direito imperial operasse sob um regime marcado por centralização política, concentração de poderes e um Estado construído para garantir a manutenção da ordem vigente, sua estrutura revela mecanismos que podem ser reaproveitados no contexto da Constituição de 1988. O fenômeno que aqui será denominado “reciclagem institucional” refere-se à forma como determinadas práticas e instituições, ainda que concebidas em um contexto historicamente distinto, podem ser ressignificadas e adaptadas para novas conjunturas jurídicas e sociais.

A análise do sistema jurídico oitocentista, longe de ser um exercício de mero historicismo, permite perceber que muitas das inovações e desafios enfrentados no

¹⁷ Bacharel, Mestre e Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.



período reverberam no Brasil contemporâneo. Práticas como a consulta feita pelos magistrados, órgãos como o Conselho de Estado, instituições liberais e eletivas como a dos juízes de paz podem ser lidas não apenas como expressões de um ordenamento ultrapassado, mas como experimentos jurídicos que podem ser readaptados à nova realidade brasileira. Sob a ótica da reciclagem institucional, a trajetória do Direito brasileiro demonstra que mudanças estruturais não precisam ocorrer apenas em momentos de crise e através de rupturas que criem instituições completamente novas.

A leitura do Direito imperial, então, não equivale a um olhar de completa rejeição às suas estruturas, mas abre possibilidades para repensar o presente a partir das experiências que já tivemos no passado.

1. Mangabeira Unger e a autonomia do direito

A comunicação sempre pressupõe algum nível de consenso, mas, ao mesmo tempo, nunca pode excluir completamente o dissenso (LUHMANN, 2011, p. 303). Essa dualidade gera desafios típicos da modernidade, dado que sua semântica prevê que todos podem ser incluídos em cada um dos seus sistemas funcionais: direito, política, economia, educação, saúde, etc. (LUHMANN, 2013, p. 23).

Essa visão surge a partir das revoluções constitucionais, passando-se a consolidar a ideia de que os sistemas sociais operam de modo relativamente autônomo, cada qual seguindo suas próprias lógicas internas e operações específicas. Dentro desse contexto, Mangabeira Unger, no livro *O Direito na Sociedade Moderna: contribuição à crítica da teoria social* (UNGER, 1979), destaca que essa nova ordem jurídica nasce justamente com a sociedade liberal europeia, fundada a partir da divisão funcional entre política, administração e jurisdição:

No Estado liberal, há um corpo separado de normas jurídicas, um sistema de instituições jurídicas especializadas, uma tradição bem definida de doutrina jurídica, e uma profissão jurídica com os seus pontos de vista, interesses e ideais relativamente peculiares (UNGER, 1979, p. 64).



Essa forma de conceber o direito contrasta com duas outras que tendem a corresponder a períodos anteriores à sociedade liberal (UNGER, 1979, p. 58-62). A primeira delas seria o “direito costumeiro”, “consuetudinário” ou “de interação”, formado por normas implícitas de conduta, que não chegam a se constituir como direito positivo, e tampouco dependem de um poder centralizado para sua validação, já que emergem espontaneamente das relações sociais. A segunda forma é o que Unger chama de “direito administrativo” (num sentido amplo) ou “regulatório”, que se distingue do primeiro por consistir em regras explícitas e formalmente impostas por um governo identificável.

Mas a ordem jurídica da sociedade liberal ultrapassa o caráter meramente positivo e público do “direito administrativo”, passando a se estruturar também a partir da generalidade e autonomia funcional, que possui, segundo Unger, quatro aspectos interligados (UNGER, 1979, p. 62-63), referidos também por Niklas Luhmann¹⁸.

O primeiro é a “autonomia substantiva”, que impede que as normas jurídicas públicas e positivas sejam confundidas com meras convicções morais, religiosas, políticas ou econômicas. Já a “autonomia institucional” diz respeito ao fato de que essas normas passam a ser aplicadas por instituições especializadas cuja função principal é a jurisdição, como é o caso dos tribunais, o que reforça a diferenciação interna do Estado entre quem legisla, quem administra e quem aplica as leis.

A “autonomia metodológica”, por sua vez, significa que essas instituições desenvolvem formas próprias de justificar suas decisões, distintas das explicações utilizadas por outras esferas, como a ciência, a moral ou a religião, permitindo a formação de uma dogmática jurídica. Por fim, a “autonomia ocupacional” refere-se à profissionalização dessa prática jurídica, com atores especializados cuja formação e

¹⁸ Luhmann menciona a ideia de diferenciação funcional descrita por Unger em LUHMANN, 2014, p. 382, nota 1, o que pode sugerir uma mínima concordância com essas teses. Afinal, Luhmann sugere a leitura de Unger “para uma avaliação da relatividade histórica de um sistema jurídico autônomo”.



prerrogativas giram em torno da manutenção e reprodução do próprio discurso jurídico.

Essas características são fundamentais para que o direito consiga lidar com a complexidade crescente da sociedade, e processá-la internamente de forma a garantir um mínimo de estabilidade para as expectativas sociais cada vez mais divergentes. E para concretizar a inclusão é que surgem procedimentos institucionais específicos, como portas de entrada para acessar os direitos previstos abstratamente.

Nesse sentido, Marcelo Neves identifica duas dimensões fundamentais que se desenvolvem em negação às exclusões típicas da sociedade pré-moderna: o “consenso procedimental” e o “dissenso conteudístico” (NEVES, 2022, p. 93-95; 115).

Enquanto o consenso procedimental faz referência à formalidade dos procedimentos democráticos, que organizam o funcionamento das instituições, restringindo arbitrariedades e, ao mesmo tempo, ampliando a participação social, como as eleições e as ações judiciais, o “dissenso conteudístico” remonta à contingência dos resultados a partir dessas mesmas regras, por exemplo, a possibilidade de candidatos de partidos políticos distintos concorrerem às eleições e os argumentos igualmente admitidos no contraditório das diferentes partes processuais.

Isso demonstra a importância das “regras do jogo”, pois desenham limites aos movimentos da partida. No entanto, algumas jogadas podem ser inéditas, perambulando na incerteza da validade, colocando as próprias regras em questionamento. Trata-se do movimento dialético entre o real e o ideal.

Essas características têm relação direta com algumas ideias de Unger. No que se refere ao caso brasileiro, Mangabeira chama atenção, especialmente no livro *Depois do Colonialismo Mental: repensar e reorganizar o Brasil* (UNGER, 2018), para o fato de que o país não só costuma copiar as regras do jogo de outras nações (em desacordo com a realidade nacional), como também seus movimentos raramente são inovadores. Repetem-se fórmulas prontas, que não são acompanhadas por mudanças profundas.



Mesmo a Constituição de 1988 não sai ilesa de suas críticas: “a parte da tradição constitucional europeia que havíamos escolhido imitar era a incorporação ao texto constitucional de toda a espécie de promessas de direitos, desacompanhadas de mecanismos políticos e jurídicos capazes de assegurar sua efetivação” (UNGER, 2018, p. 51).

Trata-se do que o autor classificou de um “weimarismo tardio”, inspirado “nas constituições e na prática constitucional da Europa no século 20 a partir da Primeira Guerra Mundial” (UNGER, 2018, p. 92) em que há “incorporação à constituição de longa lista de promessas de direitos de toda a ordem, sem que se desenhe a transformação do regime econômico e político capaz de assegurar o cumprimento daqueles direitos” (UNGER, 2018, p. 92). Para sair do papel, esses direitos abstratos precisam estar vinculados à inovação e à experimentação institucional: “A ampliação da ideia de democracia tem de ser acompanhada pelo alargamento das opções institucionais por meio das quais essa ideia se efetua na prática” (UNGER, 2018, p. 86).

Assim, as regras quanto o jogo precisam se adaptar às novas realidades do país. Mas inovação não significa ineditismo. Ela pode ocorrer pela remodelação de mecanismos que já foram implementados no passado brasileiro, reajustando-os sob medida às novas condições da sociedade. Esta é a importância do estudo das instituições históricas, que não se limita a compreender a evolução das ideias políticas e suas aplicações no Brasil como que para não as repetir, mas pode identificar as inovações que, antes constrangidas pelas estruturas da época, poderiam ser, hoje, reinventadas, recicladas. Daí ser possível falar de uma “reciclagem institucional”. Trata-se de não “jogar o bebê fora junto com a água do banho”.

2. O caso do Judiciário oitocentista: correntes institucionais

Tomando a primeira Constituição do país como exemplo principal, a de 1824, podem-se formular algumas ideias. Apesar da garantia formal da independência do Poder Judiciário (arts. 9.º, 10, 151, 155 e 179, §12), estava ele amplamente limitado pelas



instituições que favoreciam o controle político e social da época. Se comparado à configuração atual, embora aparentemente autônomo, aquele Poder encontrava-se acorrentado a uma estrutura que impedia a transformação da sociedade. Mantinha-se o *status quo* de subordinação institucional e conservavam-se as hierarquias pela via da decisão jurídica, pelo menos até a segunda metade dos oitocentos, quando o abolicionismo também fez se quebrarem algumas de suas correntes¹⁹.

Assim, a autonomia do Judiciário no Brasil Império era, ao mesmo tempo, afirmada constitucionalmente mas também limitada pela Constituição e, principalmente, pela prática social e política dos oitocentos. O Imperador, chefe do Poder Executivo (auxiliado pelos seus Ministros) e também titular do Poder Moderador (seguindo orientações do Conselho de Estado), influenciava diretamente a magistratura por meio da nomeação (art. 102, §3.º), remoção (art. 153) e suspensão de juízes (art. 101, §7.º), além da prerrogativa de perdoar e moderar as penas impostas aos réus condenados por sentença (art. 101, §8.º).

O artigo 102, §3.º, da Constituição determinava que a nomeação dos magistrados era prerrogativa do Imperador, exercida através do Ministério da Justiça²⁰, que também geria toda a estrutura administrativa do Judiciário: suas remunerações, sua estrutura física, seus procedimentos internos, etc.: “Os juízes gozavam de garantias constitucionais, mas sua administração, ingresso na carreira e vida funcional estavam totalmente nas mãos do Executivo (Ministro da Justiça e Imperador)” (LOPES, 2010, p. 117).

Havia, de fato, uma grande sobreposição de funções, inclusive entre diferentes Poderes, o que frequentemente gerava disputas de competência, já que os cargos públicos não exigiam dedicação exclusiva (LOPES, 2017, p. 144). Um aspecto particularmente relevante era a possibilidade de magistrados ocuparem simultaneamente cargos políticos, sem que isso fosse considerado um impedimento

¹⁹ Para mais detalhes das relações entre o direito e a escravidão nos oitocentos ver MONTEIRO, 2024.

²⁰ Na verdade, o nome oficial, à época, era “Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça”. Para mais detalhes sobre a referida instituição, conferir SÁ NETTO, 2011.



para o exercício da judicatura. O problema era tão significativo que, no início do Império, a falta de magistrados se tornou uma questão crítica, em parte porque muitos deles estavam envolvidos na atividade parlamentar:

No período 1822-1853, 41,71% dos ministros e 44,41% dos Senadores eram magistrados, com uma participação semelhante no Conselho de Estado, no mesmo período. Para a Câmara dos Deputados, a participação dos magistrados foi de 36% entre as legislaturas de 1826 e 1858. Essas condições implicavam a expectativa de lealdade dos juízes no exercício de suas funções pelos chefes responsáveis por sua colocação. (KOERNER, 2010, p. 45).

Já a remoção de juízes, prevista no artigo 153 da Constituição, era um dos principais instrumentos de controle político sobre a magistratura. Apesar de serem “perpétuos” no cargo, poderiam ser transferidos “pelo tempo e maneira que a Lei determinar”. Na prática, isso significava a possibilidade de punição indireta, por meio de deslocamentos para comarcas distantes e menos lucrativas.

Esse fator era agravado pelo sistema de emolumentos, no qual os magistrados recebiam conforme a quantidade de processos julgados, tornando a remoção uma penalidade econômica significativa. Os decretos n.º 559 e 687, de 1850, tentaram mitigar essa prática ao estabelecer critérios mais rigorosos para transferências, mas, ainda assim, os limites progressivos às remoções arbitrárias foram sendo substituídos por aposentadorias compulsórias (LOPES, 2009, p. 71).

Já o direito ao perdão e moderação de sentenças a réus condenados (art. 101, §8.º) realizava-se pelo procedimento da “petição de graça”. De acordo com Ricardo Figueiredo Pirola (2012, p. 119): “Todo habitante do Império do Brasil, fosse escravo, livre, liberto poderia evocar a graça imperial, a fim de alcançar o perdão ou comutação de uma pena imposta pelo poder judiciário”.

Esse controle sobre a aplicação da justiça também se manifestava na rigorosa limitação hermenêutica das leis. A interpretação normativa era rigidamente restringida pelas estruturas institucionais. Isso impedia os tribunais de realizarem



interpretações extensivas ou restritivas da lei, ordem que já constava no Alvará de 4 de dezembro de 1769. Tratava-se do “formalismo jurídico”, cujo raciocínio, segundo Unger (1979, p. 204), estipula que a “mera invocação das regras e a dedução de conclusões a partir dessas regras são consideradas suficientes para qualquer decisão jurídica autorizada”.

A aplicação das normas fora de sua literalidade poderia, inclusive, resultar em suspensão do magistrado pela prática de crime previsto no Código Criminal de 1830, cuja análise passaria pelo crivo do Conselho de Estado.

Um exemplo é o previsto no seu art. 160, que determinava suspensão de um a três anos como pena para quem “julgar, ou proceder contra lei expressa”, abrangendo tanto a errônea caracterização de delitos quanto a imposição de penas mais severas do que as previstas legalmente. Já o art. 162 punia juízes que desrespeitassem a legislação a ponto de levar à reforma de suas decisões, obrigando-os a arcar com os custos dessa retificação, além de pagar multa correspondente às despesas geradas pela correção do erro.

Essas restrições (com suas responsabilizações administrativas e penais) podem ajudar a explicar a prática das consultas feitas pelos magistrados, atribuições estranhas ao sistema jurídico atual:

A função que os tribunais judiciários propriamente exerciam, e que hoje oficial e formalmente já não têm, era a de consultar o governo nos casos de necessidade de reforma das leis, na feitura dos regulamentos (decretos de regulamentação das leis) ou de suas mudanças. Chamados a tal função, os órgãos da justiça não entravam propriamente em conflitos com o governo (ou, indiretamente com a Assembleia) [...] (LOPES, 2009, p. 52).

Diante das dificuldades hermenêuticas, juízes frequentemente suspendiam os casos e remetiam suas dúvidas a instâncias políticas, o que gerou um fluxo contínuo de consultas que chegavam, em última instância, ao Conselho de Estado, que poderia tomar atitudes diversas:



Em primeiro lugar, poderia pura e simplesmente responder à pergunta ou à dúvida do juiz ou administrador. Em segundo lugar, poderia não respondê-la e insistir em que ele mesmo tomasse a decisão, caso o Conselho considerasse a lei suficientemente clara. Em terceiro lugar, poderia sugerir ao Imperador a edição de um decreto regulamentador. Em quarto lugar, poderia sugerir à Assembleia Geral a edição de uma lei interpretativa ou declaratória. Em quinto lugar, poderia reconhecer que a matéria não estava adequadamente tratada (isto é, que a aplicação da lei ou era difícil ou trazia consequências indesejadas ou indesejáveis) e sugerir ao Legislativo a edição de nova lei sobre o assunto. (LOPES, 2010, p. 129)

Assim, embora esse órgão pudesse simplesmente responder à questão, frequentemente insistia para que os magistrados decidissem por conta própria, repreendendo-os por sua inércia. O excesso dessas práticas levou à publicação de diversos avisos advertindo os juízes para que não retardassem a administração da justiça, o que acabava, paradoxalmente, por reforçar uma mínima autonomia do Judiciário.

Apesar disso, as consultas nunca cessaram e, mesmo com a tentativa de institucionalizar um mecanismo de interpretação vinculante pelo Supremo Tribunal de Justiça em 1875, a Corte nunca exerceu tal prerrogativa, o que minguava a uniformidade dos precedentes e a previsibilidade do direito.

Aliás, a definição de qual seria, de fato, a última instância jurídica no Brasil Imperial foi, durante todo o período, um tema altamente polêmico. Embora a Constituição de 1824 previsse dois graus de jurisdição e atribuísse às Relações o papel de última instância (art. 158), a criação do Supremo Tribunal de Justiça, previsto no mesmo texto constitucional (art. 163), abriu caminho para uma tensão contínua entre os dois órgãos.

Parte da doutrina entendia que o STJ funcionaria como uma “terceira instância”, o que contrariaria a previsão constitucional de apenas dois graus de jurisdição, conflito que foi conhecido como “inversão de hierarquias” (LOPES, 2010, p. 94; 2009, p. 47). De acordo com o art. 164 da Constituição, caberia ao referido órgão:



- I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.
- II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.
- III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.

O Recurso de Revista (principal atribuição do Supremo Tribunal de Justiça), segundo a lei de 18 de setembro de 1828 que instituiu o STJ (BRASIL, 1828), analisava se a sentença de primeiro grau havia incorrido em “manifesta nulidade” ou em “injustiça notória”. Concedida a Revista, remetiam-se os autos à Relação revisora designada pelo Tribunal, a qual julgava como bem entendesse e em definitivo. Negado o Recurso, a sentença de primeira instância transitava em julgado.

Em que pese houvesse uma tendência de entender que as Relações eram, de fato, a última instância, na prática, José Reinaldo Lima Lopes (2009, p. 55) demonstra que, de 1841 a 1871, a maior parte dos Recursos de Revista foi negado pelo STJ (84%), transitando em julgado por lá.

Em resumo, a dependência dos juízes em relação ao Executivo era evidente e permeável por interesses políticos, o que mitigava a autonomia ocupacional e institucional descrita por Unger (1979), segundo a qual a jurisdição deveria ser exercida por uma instituição especializada e separada das funções legislativa e administrativa. No Brasil Império, contudo, essa separação era rudimentar, pois magistrados frequentemente acumulavam diferentes cargos na carreira judicial, ou com funções nos Poderes Executivo e Legislativo, além de que os tribunais eram limitados em sua atividade jurisdicional.

É provável, no entanto, que a autonomia substantiva estivesse mais presente naquele período, dado que as normas jurídicas já não se confundiam com as religiosas, sociais ou familiares, ainda que frequentemente o ordenamento jurídico fizesse



referências à religião e à moral, especialmente pela ausência de um Código Civil e a manutenção das leis extravagantes²¹.

Outrossim, ainda que o método interpretativo fosse amplamente limitado, já havia uma dogmática jurídica atuante, ainda que melhor desenvolvida no âmbito cível, mas cuja referência a conceitos jurídicos se fazia presente, o que demonstra a existência de uma autonomia metodológica própria, ainda que restrita.

De todo modo, as correntes funcionais, como se observou por excelência no Direito Imperial, frustraram as possibilidades de inovação. No entanto, segundo Unger, o papel do Judiciário é sempre, de fato, secundário, dada suas limitações inerentes. Para ele, é no processo legislativo (e não nos tribunais), que reside o principal fator de transformação das estruturas vigentes: “A política não é apenas mais um campo para inovação institucional; a maneira de organizar a política e, portanto, a feitura das leis, tem primazia sobre todos os outros domínios da inovação institucional” (UNGER, 2018, p. 85).

Em suma, a magistratura era demasiadamente vulnerável a interferências políticas, o que implicava sérias consequências para a segurança decisória dos tribunais e para a autopoiese do sistema jurídico idealizada por Luhmann, pois, sendo o magistrado obrigado a decidir, “é crucial que o juiz não se responsabilize pelas consequências de suas decisões” (LUHMANN, 2016, p. 441). A magistratura, apesar de formalmente estruturada, não era plenamente autônoma como caracterizou Mangabeira Unger.

²¹ Era o que dispunha expressamente o art. 1.º da Lei de 20 de outubro de 1823: “As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.” (BRASIL, 1823).



3. Reciclando o Império: um caminho já trilhado

Ainda que diversas instituições do Brasil Império tenham sido limitadas em sua eficácia pelo contexto da época, algumas delas apresentaram elementos que poderiam ser resgatados e reciclados no contexto da Constituição de 1988, e das novas tecnologias da informação e comunicação que dificultam práticas fraudulentas.

A Justiça local, por exemplo, desempenhava papel relevante por meio dos juízes de paz, escolhidos em eleições diretas (art. 162), e que favoreceu ampla participação popular (CAMPOS; VELLASCO, 2011, p. 385), sendo um mecanismo acessível de descentralizado de justiça. No entanto, com o tempo, a participação foi progressivamente mitigada pela influência de facções que passaram a controlar as eleições e a instrumentalizar suas decisões²². Ainda assim, a eleição de magistrados sob um sistema mais rígido de fraudes eleitorais que nos oitocentos poderia viabilizar uma justiça mais próxima dos cidadãos, especialmente para as pequenas causas, hoje sob a competência dos Juizados Especiais (BRASIL, 1995), que não têm o caráter eletivo.

Outro instituto Imperial que merece reflexão é a previsão de um conselho de jurados não apenas para o âmbito criminal, como já existe no Brasil, mas também para o cível (art. 151 da Constituição de 1824), o qual nunca foi realizado naquela ordem jurídica. A aplicação desse modelo poderia conferir maior legitimidade às decisões judiciais nesse âmbito e ampliar a inserção da sociedade na administração da justiça.

Continuando a reciclagem institucional, a polêmica em torno da última instância jurídica no Brasil Imperial, marcada pela relação entre o Tribunal da Relação e o Supremo Tribunal de Justiça, revela um modelo institucional em que duas cortes coexistiam no ápice do ordenamento jurídico, revisando reciprocamente suas decisões. Embora, na prática, o STJ tenha assumido um papel preponderante, essa estrutura apontava para a possibilidade de um sistema no qual a definição final do direito não ficasse concentrada em um único tribunal.

²² Os estudos mais completos sobre o tema estão em FLORY, 1981.



Esse modelo poderia ser reaproveitado no contexto da Constituição de 1988 para remodelar a última instância do judiciário em que a Corte Constitucional não teria monopólio sobre a palavra final do direito, como ocorre com o Supremo Tribunal Federal, concebendo-se duas instâncias de cúpula que atuassem de maneira horizontalizada, revisando-se mutuamente, ainda que de modo limitado, para não retardar demasiadamente a resolução dos litígios.

Até mesmo a consulta aos Poderes políticos poderia, em determinadas circunstâncias, constituir um caminho mais democrático para a sedimentação normativa, sobretudo quando houver múltiplas respostas possíveis e cujos reflexos pudessem ter consequências expressivas nas estruturas sociais, econômicas e políticas. Nos casos em que o direito não se apresentar de forma inequívoca, esses “incidentes hermenêuticos” poderiam abrir a oportunidade de um diálogo institucional mais amplo, no qual a sociedade, interagindo com as instâncias políticas, contribuiria para a consolidação do significado das normas.

Saindo um pouco da seara judicial, embora o Conselho de Estado tenha sido analisado aqui como elemento de restrição à autonomia do Judiciário, é inegável que sua função como órgão consultivo do Imperador lhe conferia um papel de assessoramento técnico que não se confundia com a prerrogativa de “intérprete autêntico” das leis, atinente ao Poder Legislativo.

A ideia de um Conselho formado por juristas e especialistas, que auxiliasse o Chefe do Executivo na formulação de políticas e decisões complexas, poderia ser repensada para a realidade contemporânea, ampliando as estratégias possíveis e conferindo maior racionalidade na condução do governo, ao reduzir a centralização no Presidente.

Dessa forma, seria possível amenizar a deterioração da legitimidade dos julgadores em razão de suas decisões, mitigando-se o risco de se cogitar seu



*“impeachment”*²³, ao mesmo tempo em que se aliviaria a pressão imposta pela obrigatoriedade de decidir, cada vez mais contingente diante da complexidade social, e a colisão de expectativas normativas juridicamente válidas.

Esse mecanismo não deve ser confundido com a submissão do Judiciário à política, como no Brasil Império, mas sim entendido como um modelo em que a deliberação sobre questões jurídicas de difícil solução (e com sérias repercussões) fossem colocadas à disposição da população civilmente capaz. Essas e outras instituições do período imperial, longe de serem meros resquícios históricos, poderiam ser revisitadas no presente século, corrigindo-se suas distorções que, outrora, limitaram sua eficácia.

A infinitude humana serve para atualizar a finitude das suas instituições. Já dizia Durkheim (2019, p. 103) que “[t]odo indivíduo é um infinito e o infinito não pode ser esgotado”. Unger (2018, p. 86) entende da mesma forma: “Para usar o vocabulário metafísico e teológico tradicional, é para não deixar que o infinito, de que comungamos apesar de nossa finitude, fique preso apenas ao finito que por acaso nos cerca”.

Em resumo, de nada adianta que as regras de jogo tenham sido delineadas se os movimentos forem sempre previsíveis, aquém das possibilidades permitidas. O resultado é que assisti-lo será entediante. A inovação e a “reciclagem institucional” exigem tanto um arcabouço histórico que permita compreender os erros e acertos na transição da teoria à prática, quanto coragem para aplicá-las à realidade. Apenas quando as “regras do jogo” forem vistas como estruturas contingentes, e quando o “jogo das regras” deixar de ser monótono, é que a partida deixará de ser apenas assistida, para valer a pena ser jogada.

²³ SENADO FEDERAL. Pedido de impeachment contra ministro do STF. Assessoria de Imprensa, 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/notas/como-tramita-um-pedido-de-impeachment-contra-ministro-do-stf>. Acesso em: 16 dez. 2024.



Conclusão

As instituições são contingentes. Sua existência depende de escolhas, de disputas e, sobretudo, de imaginação institucional. Se instituições são construções humanas, como propõe Mangabeira Unger, então também são passíveis de reconstrução. Seus formatos, seus objetivos e seus próprios pressupostos podem ser repensados a partir de experiências já vividas.

Ainda que marcado por estruturas hierárquicas, centralização e uma ordem jurídica voltada à manutenção da estabilidade do trono e da elite dominante, o modelo jurídico do século XIX revela, em suas frestas, dispositivos e formas que hoje podem ser reinterpretados com outros olhos. Modelos de atuação judicial, mecanismos consultivos, experiências eletivas, formas de mediação entre poderes e até arranjos de controle recíproco entre tribunais indicam que o passado jurídico brasileiro teve, em sua formação, mais experimentação do que se costuma admitir.

A reciclagem, nesse contexto, não é nostalgia do passado, um reacionarismo, mas é o uso criativo de experiências que, embora historicamente situadas, não foram logicamente esgotadas. Ao invés de abrir uma trilha do zero, pode-se aproveitar caminhos que já foram trilhados.

Referências

- BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm . Acesso em: 22/11/24.
- BRASIL. **Lei nº 3.8214, de 18 de setembro de 1828.** Crêa o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas atribuições. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38214-18-setembro-1828-566202-publicacaooriginal-89822-pl.html . Acesso em: 24 nov. 2024.



BRASIL. **Lei nº 40.951, de 20 de outubro de 1823**. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anterioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html . Acesso em: 24 nov. 2024.

CAMPOS, Adriana Pereira; VELLASCO, Ivan. Juízes de Paz, mobilização e interiorização da política. *In*: CAMPOS, Adriana Pereira; CARVALHO, José Murilo de (orgs.). **Perspectivas da cidadania no Brasil Império**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 377-408.

CESAR, Tiago da Silva. A visita de “Sua Majestade o Imperador” e os pedidos de perdão de presos da Cadeia Civil de Porto Alegre. **Almanack**, Guarulhos, n. 27, p. 1-54, 2021.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Petrópolis: Vozes, 2019.

FLORY, Thomas. **Judge and Jury in Imperial Brazil 1808-1871: Social Control and Political Stability in the New State**. Austin: University of Texas Press, 1981.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos: Conselho Estado e direito no Brasil oitocentista**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX**. Curitiba: Juruá, 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo Tribunal de Justiça no Império (1840-1871). *In*: SLEMIAN, Andréa; LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. **O judiciário e o império do Brasil: o supremo tribunal de justiça (1828-1889)**. São Paulo: Artigos Direito GV, n. 35, maio 2009, p. 40-76.



Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/6a8dc29d-0621-41c3-b694-5bc051f98990> Acesso em: 14/11/24.

LUHMANN, NIKLAS. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Theory of Society - Volume 2**. Stanford: Stanford University Press, 2013.

MONTEIRO, Felipe Rodrigues. Escravidão no Direito: a “liberdade” dos tribunais no Brasil Império. In: AMATO, Lucas Fucci; RIBEIRO, Rodrigo Marchetti (orgs.). **Sociologia & história do constitucionalismo brasileiro**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2024. p. 70-86. DOI: <https://doi.org/10.11606/9788553062065> . Disponível em: www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1384 . Acesso em 23 dez. 2024.

NEVES, Marcelo. **A cidadania inexistente**: textos escolhidos de Marcelo Neves. Vol. 1. Organizado por Edvaldo Moita. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022.

PIROLA, Ricardo Figueiredo. **A lei de 10 de junho de 1835**: justiça, escravidão e pena de morte. 2012. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012. Orientador: Prof. Dr. Robert Wayne Andrew Slenes.

UNGER, Mangabeira. **Depois do Colonialismo Mental**: repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

UNGER, Mangabeira. **O direito na sociedade moderna**: contribuição à crítica da teoria social. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.



4. Propostas para uma reforma global no processo de conhecimento: balanço de uma década de carreira e as dificuldades reais no cenário brasileiro

Rafael Parisi Abdouch²⁴

Introdução

No início de 2013, iniciaram-se as aulas do meu quarto ano da faculdade de direito. Era a partir daquele que eu poderia iniciar as atividades de estágio, uma vez que a faculdade que frequentava, em uma proposta então inovadora, com estudos pela manhã e pela tarde nos três primeiros anos e impedia os estágios.

Sem ter muita certeza da área do direito a que gostaria de dedicar meu futuro, fui me inscrevendo em vagas de estágio até que, por fim, decidi que tentaria um estágio na área de penal em um órgão público. Aquele estágio me separaria da maioria dos meus colegas de sala, que ali iniciaram suas carreiras em áreas como mercado de capitais, direito societário e tantas outras ligadas ao direito empresarial.

Iniciei um estágio no gabinete da 27^a Vara Criminal do Foro Central Criminal, na Barra Funda, a poucos quilômetros da minha casa. Meses depois, estava no mesmo fórum, porém como estagiário da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Acompanhei inúmeras audiências criminais e auxiliei a minutar centenas de peças processuais.

²⁴ Advogado, doutorando e mestre em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP – Largo de São Francisco), bacharel em direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP) e especialista em direito processual civil pela Escola Paulista de Direito (EPD).



Depois disso, passei a percorrer experiências muito variadas. Fui advogado associado em escritórios em São Paulo, fui advogado autônomo, abri com um amigo um escritório no interior do estado, em que tratamos de diversas causas dos mais diferentes âmbitos do direito, voltei a São Paulo, fiz parte do departamento jurídico de uma empresa multinacional e passei, a partir daí, a advogar na resolução de disputas empresariais (contencioso cível e arbitragem).

Embora a quase totalidade da minha carreira fora da Academia tenha se desenvolvido no que se costuma denominar de Contencioso Cível, essa experiência variada me possibilitou enxergar os problemas práticos do direito a partir de muitas perspectivas. Atuei em casos de direito do trabalho e direito penal, por vezes *pro bono* ou em convênio com a Defensoria Pública ou a Assistência Judiciária Gratuita da Justiça Federal da 3ª Região. Conheci diversos advogados que também tinham atuação generalista e imaginei que essa deveria ser a maior parte dos profissionais do direito.

Ao longo dessa década de atuação prática, ao lado da carreira acadêmica, fui anotando diversas ideias sobre as dificuldades reais do advogado generalista no dia a dia, especialmente no que diz respeito ao processo e os procedimentos, o que ocorreu também graças às milhares de conversas e interações com outros profissionais das mais diversas áreas do direito ao longo da vida.

A hegemonia do processo eletrônico se impôs e passamos a não mais ter que enfrentar tantas filas para providenciar cópias e fotografias de autos de processos espalhados pelas secretarias judiciais do país. O processo eletrônico trouxe também novos desafios.

Sempre que lia sobre as reformas processuais, tinha a impressão de que, muitas vezes, as discussões passavam ao largo da ser a maior parte dos advogados do país: profissionais generalistas, que querem (e muitas vezes precisam) atuar em diversos estados, diversas áreas e com diversos sistemas. E, igualmente, ignoravam o perfil médio do jurisdicionado brasileiro: pessoas leigas, sem conhecimento do direito e do processo, com dificuldade de entender a linguagem jurídica e que, muitas vezes,



desconfiam da efetividade do Poder Judiciário (e dos demais poderes) para a resolução dos seus problemas quotidianos.

Eu penso que é preciso focar nas dificuldades reais desses “atores do processo” e imaginar reformas capazes de lidar especificamente com o cenário brasileiro, desvinculando-se dos meros cotejos e análises de sistemas estrangeiros e das discussões processuais teóricas europeias e norte-americanas. É preciso, em suma, que nos libertemos do “colonialismo mental”, ou seja, da “disposição de interpretar nossa experiência e nossos futuros possíveis pelos olhos de ideias trazidas de outros países - os países de referência” (Unger, 2018, p. 18).

O ensino do direito deve capacitar os futuros juristas a não apenas reproduzir o sistema vigente, comentar sistemas estrangeiros e agir nos seus campos hiperespecializados, mas também a repensar as instituições e a propor soluções que se coadunem com os desafios da sociedade em que estamos inseridos²⁵. É preciso romper com um ciclo de “repetição de fórmulas doutrinárias de pouca ou nenhuma utilidade”, bem exemplificado por Roberto Mangabeira Unger (2006, p. 114), no ensino jurídico como a apresentação de

[...] três maneiras de interpretar a norma tal, as duas escolas de pensamento sobre o instituto jurídico qual e assim por diante, numa procissão infindável de preciosismos que não podem ser lembrados (apenas efemeramente decorados) porque não podem ser, em qualquer sentido, praticados. Nem sequer praticados como maneira de analisar.

Neste texto, proponho uma reforma processual global no(s) processo(s) de conhecimento para ser discutida tendo em vista o contexto e a experiência brasileiros.

²⁵ A reformulação de um ensino repetidor de estruturas para um ensino crítico e hábil à reconfiguração institucional, há muito, é tema de Roberto Mangabeira Unger. Ao tratar o pensamento jurídico como imaginação institucional, o autor denunciou, já em 1996 esse problema: “As disciplinas dominantes das ciências sociais, da economia política, da filosofia política normativa, no mundo contemporâneo, são todas cúmplices do fatalismo histórico. Todas, na sua forma atual, contribuem à prostração a que muitos no mundo contemporâneo se entregaram. Nós não temos disciplinas arraigadas de reimaginação das bases institucionais da sociedade. Então precisaríamos criá-las no meio do caminho (Unger, 1996, p. 43).



Isso porque em abril de 2024, a maior parte das minhas hipóteses sobre os tipos-ideias do advogado brasileiro acabaram por se comprovar com a publicação do *1º Estudo Demográfico da Advocacia Brasileira* pelo Conselho Federal da OAB (Simonetti; Horn; Salomão, 2024).

Essa realidade me deu impulso para esboçar as ideias que fui juntando ao longo das dificuldades como advogado. Neste capítulo, pretendo dar uma primeira contribuição para uma reforma interdisciplinar do processo de conhecimento brasileiro. Aqui traço apenas algumas propostas que penso serem as mais urgentes para a garantia da eficiência do processo e aumento da confiabilidade do jurisdicionado no Poder Judiciário como poder capaz de promover a pacificação social em tempo razoável.

Espero que este texto tenha o principal propósito de ser um ponto de partida para um debate com juristas das mais diferentes áreas a fim de aperfeiçoar o sistema processual como um todo e focar na resolução da questão de mérito trazida ao Estado-juiz pelo jurisdicionado.

Faço duas ressalvas. Em primeiro lugar, o capítulo terá como foco o “modelo estatal de resolução de disputas”. As ideias que tenho desenvolvido sobre os demais meios de resolução de disputas no âmbito do “sistema multiportas” (especialmente a arbitragem, a conciliação, a mediação e a justiça restaurativa) ainda estão sendo maturadas e serão articuladas em outros lugares.

Em segundo lugar, este texto tratará de uma reforma nas inscrições suplementares da Ordem dos Advogados do Brasil e, especificamente, quanto ao processo, do processo de conhecimento. Duas são as razões para isso: primeiro, a limitação do escopo e do espaço próprios de um capítulo; e em segundo lugar, a coesão das propostas, uma vez que diante da limitação do espaço, entendo que seria mais produtivo concentrar em textos diferentes propostas para fases diferentes do processo. Em outro trabalho, pretendo tratar especificamente do desafio do sistema de execução e cumprimento de sentenças não penais, que contam com sérios problemas como a



morosidade, a dificuldade da satisfação do crédito, a concentração no Poder Judiciário e a falta de integração em uma plataforma única dos diversos sistemas de busca de ativos e dados apesar da melhora substancial a partir do processo eletrônico.

O capítulo se divide três partes, para além dessa introdução e da conclusão. Na primeira parte, traço o perfil do advogado brasileiro e faço um diagnóstico dos gargalos do sistema Judiciário e das dificuldades reais da maior parte dos advogados brasileiros. Na segunda parte, indico o foco, as diretrizes e os princípios que orientarão todas as propostas deste capítulo. Na terceira parte, traço efetivamente algumas propostas para as reformas tendo em vista o diagnóstico do perfil do advogado e do jurisdicionado brasileiros, as suas dificuldades reais e os princípios e diretrizes elaborados nas primeiras duas partes.

1. O perfil do advogado brasileiro e os gargalos do sistema judiciário

Em 2024, foi publicado o relatório do primeiro estudo demográfico sobre a advocacia brasileira (Simonetti; Horn; Salomão, 2024). Esse foi um importante passo para a avaliação do perfil do advogado brasileiro e, a partir desses dados, propor, com bases reais, o desenvolvimento de um modelo pensado para a advocacia brasileira.

Os estudos demográficos mostraram que mais da metade dos advogados brasileiros tem menos de quarenta e quatro anos, 45% têm renda individual auferida no exercício da advocacia entre dois e dez salários-mínimos e 72% atuam como autônomos (Simonetti; Horn; Salomão, 2024).

Quanto à renda individual auferida no exercício da advocacia, 34% auferem até cinco salários-mínimos, 30% têm rendimento entre dois e cinco salários-mínimos, 15% entre cinco e dez salários-mínimos e apenas 12% recebem rendimentos superiores a dez salários-mínimos (Simonetti; Horn; Salomão, 2024).

A diferença entre a atuação individual e a dos advogados que integram empresa ou escritório privado de advocacia é substancial: 72% são autônomos e apenas 29% integram empresa ou escritório privado de advocacia. O exercício autônomo da



advocacia é mais frequente quanto maior a idade e atinge 78% dos profissionais com sessenta anos ou mais. Cerca de um quarto (26%) dos advogados brasileiros desempenha outra atividade profissional além da advocacia (Simonetti; Horn; Salomão, 2024).

A satisfação com a tecnologia tem sido quase unanimidade entre os advogados, uma vez que 95% avaliam que o seu uso facilita muito (66%) ou facilita (29%) o trabalho do advogado. (Simonetti; Horn; Salomão, 2024).

A internet foi citada como o meio de informação mais utilizado pelos advogados brasileiros para se informar sobre os temas ligados às atividades profissionais (Simonetti; Horn; Salomão, 2024).

De zero a dez, a média de satisfação com a atividade profissional é 6,3. Quanto à satisfação dos advogados com a atividade e percepção sobre a prática da advocacia no Brasil (condições gerais da advocacia), 27% consideraram que vêm melhorando, 52% que vêm piorando, 16% que estão iguais e 5% preferiram não responder (Simonetti; Horn; Salomão, 2024).

Esses estudos demonstram, para os propósitos deste capítulo, que é preciso uma reforma que facilite a operabilidade dos sistemas a esses profissionais que enfrentam diversos desafios e responsáveis por dar voz ao jurisdicionado.

A satisfação com a tecnologia aponta para que esse é um meio que deve ser estimulado não apenas porque causa bem-estar ao advogado, mas porque rompe barreiras e permite uma atuação mais focada. A possibilidade de acessar e conhecer os casos de diversas regiões do país e não precisar contratar correspondentes que não conhecem bem a questão para exercer atos processuais isolados ou não perder tanto tempo com filas e idas ao fórum para atividades “burocráticas” como ter vista ou carga dos autos ou tirar fotografias e cópias propicia eficiência no desempenho do trabalho do profissional.

As inovações trazidas pelo processo eletrônico devem ser, portanto, aprimoradas para a garantia da melhor prestação jurisdicional e satisfação dos



operadores do direito e jurisdicionados. O sistema melhorou, mas há diversos gargalos que poderiam ser solucionados a partir de uma atuação integrada, especialmente a unificação dos sistemas de processos eletrônicos e padronização de funções.

As estatísticas também demonstram que o advogado brasileiro, em regra, destoa muito do perfil hiperespecializado dos grandes escritórios nas metrópoles do país. A atuação autônoma, que, como regra, implica menores estruturas, menor colaboração de outros profissionais e intersetorialidade das áreas de atuação indica a necessidade de pensar os sistemas de forma mais operável.

Essas características demonstram que o quadro da advocacia brasileira é peculiar e que é necessária uma reforma que leve em conta os aspectos práticos do advogado brasileiro: autônomo, generalista, entusiasta da tecnologia para o trabalho e de classe média.

Essas propostas levam em conta esses dados, uma vez que esses profissionais é que são responsáveis por articular em juízo os interesses do jurisdicionado e que é obrigado a lidar, hoje, com uma pluralidade de sistemas e procedimentos de diversas áreas e sistemas de Justiça.

2. Um foco e cinco princípios

Todas as propostas de reforma elaboradas neste capítulo partem de uma única ideia: a de que o processo é instrumento para a solução do conflito do jurisdicionado. Denomino essa noção de “processo centrado no jurisdicionado”. Apesar de ser uma ideia básica e até banal, é comum que os atores se esqueçam disso.

O processo tem que ser entendido como um meio para proporcionar o direito buscado pelo jurisdicionado e não uma arena onde advogados, juízes, promotores e outros atores digladiam, muitas vezes, buscando alguma tecnicidade para barrar a análise do mérito ou debatem questões sem qualquer importância para a resolução da demanda posta em juízo. Não é raro que o jurisdicionado, por consequência, após anos aguardando a solução do seu conflito, perca a confiança na Justiça não apenas pela



morosidade, mas também porque, por exemplo, seu recurso inominado foi “julgado deserto” porque houve uma mínima diferença no recolhimento do preparo – que ele nem mesmo sabe o que é nem como calcular.

Dessa ideia principal, decorrem cinco princípios dos quais partem todas as propostas e, em larga medida, se sobrepõem entre si, sem prejuízo de todos os demais que já compõem os sistemas processuais brasileiros. Esses cinco princípios são o princípio da primazia da resolução do mérito, o princípio da democratização do processo, o princípio da operabilidade processual, o princípio da instrumentalidade do processo e o princípio da eficiência.

O princípio da primazia da resolução do mérito é depreendido dos arts. 4º e 6º do Código de Processo Civil. De acordo com esse princípio, o juiz deverá priorizar a resolução do mérito, oportunizando às partes, sempre que possível, a correção dos vícios que possam determinar uma extinção prematura do processo, sem resolução de mérito²⁶. Evita-se que a parte tenha de repropor um processo extinto sem resolução de mérito e, por isso, está intimamente ligado ao princípio da eficiência do processo, que requer que a prestação jurisdicional seja entregue com qualidade e em tempo razoável e, portanto, sem burocracias ou entraves desnecessários.

Além desses dois princípios e ligado a eles, está o que chamo de princípio da operabilidade do processo²⁷. Segundo esse princípio, o processo deverá ser, na maior medida possível, acessível, simples e de fácil operação pelos seus atores. Desse princípio decorre a necessidade de uniformização dos sistemas de processo eletrônico,

²⁶ Segundo Fredie Didier Júnior, “[o] CPC consagra o princípio da *primazia da decisão de mérito*. De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra. A demanda deve ser julgada - seja ela a demanda principal (veiculada pela petição inicial), seja um recurso, seja uma demanda incidental” (Didier Júnior, 2019, p. 169).

²⁷ Busco transportar o princípio da operabilidade ou concretude, que norteou o Código Civil de 2002, para o processo. Ao comentar o princípio da operabilidade, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald consideram que: “A diretriz da concretude também atua em outro nível, o da operabilidade. Propugna ela por rápidas formas de solucionar pretensões, bem como por meios que evitem a eternização de incertezas e conflitos. Como adverte Bobbio, o século XX foi a ‘era dos direitos’, e o século XXI pretende-se como a ‘era da efetividade dos direitos’, pois eles existem para serem exercitados” (Farias; Rosenvald, 2017, p. 60).



de contagem de prazos processuais, de prazo e recursos nos diferentes âmbitos do direito.

A facilidade da operacionalização do processo tem como objetivo a resolução do conflito do jurisdicionado e, portanto, o processo deve ser visto como meio para o atingimento do direito material pretendido, noção que se traduz no princípio da instrumentalidade do processo.

O processo traduz uma pretensão de direito material, é um método de exercício da jurisdição: “Não há processo oco: todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de tutela jurisdicional” (Didier Júnior, 2019, p. 45). O objetivo do processo é

a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha; projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o *valor* que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais. (Didier Júnior, 2019, p. 47)

Por fim, como o problema a ser resolvido é do jurisdicionado, é preciso que ele tenha condições de compreender, na maior medida possível, as etapas necessárias e os atos processuais, em linguagem clara, livre de tecnicismos e brocardos desnecessários e que os operadores do direito cooperem não apenas entre si, mas também na disponibilização de meios para que o jurisdicionado seja o protagonista do próprio problema que o Estado-juiz toma o encargo de resolver²⁸.

²⁸ No processo, o Estado-juiz substitui a vontade das partes. Trata-se do elemento da jurisdição denominada de substitutividade: “Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se” (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2011, p. 150).



3. Propostas de reforma

3.1. Reforma do Sistema de Contribuição para as Inscrições Suplementares dos Advogados

A facilitação do acesso à justiça e aos diferentes sistemas judiciários do país trouxe a possibilidade efetiva do patrocínio e do acompanhamento, pelo advogado, de processos em todos os estados do país. Essa nova realidade tem o benefício de possibilitar àquele profissional que teve contato com a parte e familiaridade com o caso de atuar em todos (ou na maioria) dos atos processuais, independentemente de onde esteja sendo processado o caso.

No Brasil, ainda, o exame de ordem é unificado e a aprovação do advogado implica o reconhecimento de sua capacidade de atuar em todos os sistemas de justiça de todos os estados da federação²⁹.

O Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994), no entanto, exige que o advogado promova a sua inscrição suplementar nos Conselhos Seccionais em cujos territórios passar a exercer habitualmente a profissão, considerando-se habitualidade a intervenção judicial que exceder cinco causas por ano (art. 10, § 2º)³⁰.

A necessidade de inscrição e pagamento a diversas seccionais por advogados que atuam em vários estados da federação mitiga os benefícios da desnecessidade de contratação de correspondentes para atos processuais específicos e dificulta o planejamento, acompanhamento e recolhimento das contribuições.

Por isso, proponho que a OAB institua uma contribuição unificada, ao menos para os advogados que tenham interesse ou necessidade de realizar inscrições suplementares. Todo o processo das inscrições suplementares e do pagamento das

²⁹ De acordo com o art. 8º, inciso IV e § 1º, da Lei nº 8.906/1994, a aprovação do exame de ordem é requisito para a inscrição do advogado e o exame é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.

³⁰ De acordo com o art. 10 e parágrafos da Lei nº 8.906/1994, a inscrição principal do advogado deve ser feita no Conselho Seccional em cujo território pretende estabelecer seu domicílio profissional, aquele que constitui a sede principal da atividade de advocacia, prevalecendo, na dúvida, o domicílio da pessoa física do advogado. Além da inscrição principal, o advogado deverá promover a inscrição suplementar nos Conselhos Seccionais em cujos territórios passar a exercer habitualmente a profissão, considerando-se habitualidade a intervenção judicial que ultrapassar cinco causas por ano.



contribuições deverá ser unificado em um portal único, da OAB Nacional, cabendo a organização das verbas e o seu rateio à entidade, e não ao advogado.

A OAB Nacional também poderá propor planos ou pacotes para os advogados interessados em advogar em âmbito regional ou nacional, cabendo a ela, igualmente, o recolhimento unificado e o rateio entre as seccionais de acordo com critérios a serem estabelecidos pelo órgão.

3.2. Consolidação e Expansão da Justiça Digital

Com a implementação do processo digital e a pandemia de COVID-19, ocorreram diversos avanços para a realização de atos processuais virtuais. Em 2021, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 345, que autorizou a adoção pelos tribunais, das medidas necessárias à implantação do “Juízo 100% Digital” no Poder Judiciário.

Segundo a resolução, no âmbito do “Juízo 100% Digital”, todos os atos serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto pela internet (art. 1º, § 1º). Inviabilizada a produção de meios de prova ou outros atos processuais de forma virtual, a sua realização de modo presencial não impede a tramitação do processo no âmbito do “Juízo 100% Digital” (art. 1º, § 2º).

A resolução também esclarece que o “Juízo 100% Digital” poderá se valer de serviços prestados presencialmente por outros órgãos do Tribunal, como os de solução adequada de conflitos, de cumprimento de mandados, centrais de cálculos, tutoria dentre outros, desde que os atos processuais possam ser convertidos em eletrônicos (art. 1º, § 3º) e que a escolha pelo “Juízo 100% Digital” é facultativa e será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação (art. 3º).

Mesmo com todas essas determinações da resolução, ainda há casos de resistência por parte de juízes, de permitir a realização de atos processuais de maneira virtual, mesmo quando ambas as partes se manifestam pela sua adoção.



Isso prejudica o advogado, que muitas vezes não tem condições de comparecer até a comarca e a própria parte, uma vez que ela própria, frequentemente, não tem como ir até o local a custo razoável.

Quando isso acontece em Juizados Especiais Cíveis, as consequências são ainda piores, uma vez que a parte, se é pessoa física, é obrigada a comparecer presencialmente, muitas vezes, em um local distante do que reside e isso inviabiliza a prestação jurisdicional.

De igual modo, a necessidade de contratação de correspondentes para atos mais complexos, como audiência de instrução, prejudica o jurisdicionado, uma vez que, na maior parte das vezes, esses correspondentes tiveram pouco contato com a parte e com os autos.

Por isso, quero propor que, ao menos quando houver comprovação da residência da parte ou do advogado fora do local onde se realizará o ato judicial (como a audiência de conciliação ou de instrução) e expresse interesse em realizar o ato processual, o juiz não poderá exigir o comparecimento pessoal da parte e/ou de seu advogado.

Em qualquer caso de realização de atos processuais, os tribunais deverão oferecer às partes a infraestrutura de informática e telecomunicação necessárias aos atos processuais. Deverá haver a formação de convênios entre os tribunais para possibilitar o uso da infraestrutura para realização de atos processuais quando o local em que reside uma das partes ou interessados que deverão participar do ato virtualmente não ser sede da Justiça em que tramita o processo.

Por fim, as audiências de custódia, no âmbito dos processos penais, deverão ser, em regra, presenciais, uma vez que um de seus objetivos é garantir a inexistência de coação do preso e a averiguação da prática de tortura. Nas demais audiências criminais em caso de réu preso, caberá ao réu, por seu advogado, manifestar-se sobre o interesse na realização presencial, se entender que o ambiente prisional não fornece condições



adequadas para que o preso esteja livre de coação e constrangimentos eventualmente não captáveis pelos sistemas de imagem e som disponíveis.

3.3. Unificação de Prazos, Sistemas e Recursos: por uma reforma processual e procedimental global

A maior parte dos advogados do país tem uma atuação interdisciplinar. Na sua atuação, cabe a eles falar pelo jurisdicionado que, em regra, não tem capacidade postulatória. A resolução da questão de direito material do jurisdicionado será tanto mais efetiva quanto mais facilmente operável pelos seus “porta-vozes” o meio – no caso, o processo.

O advogado generalista, que é a regra no país, enfrenta muitas dificuldades nesse sentido: os recursos têm prazos diferentes, os processos seguem com sistemas diferentes, os prazos são contados de formas diferentes conforme o sistema judicial adotado. É preciso promover, por tanto, uma reforma que tenha por objetivo a facilitação da operacionalidade de todos os “processos”, na maior medida possível. Afinal, um advogado que se confunde (e há muito espaço para confusão quando se atua nessa infinidade de sistemas, processos e procedimentos sobrepostos) não se prejudica primariamente a si, mas ao próprio jurisdicionado.

Proponho a unificação, na maior medida possível, dos nomes e dos prazos dos recursos em todos os âmbitos. Como o processo penal tem a necessidade de maior celeridade, diante da possibilidade (ou efetividade) da restrição da própria liberdade do indivíduo, apenas nessa hipótese os prazos continuariam contados em dias corridos³¹. Diante disso, os recursos contra as sentenças nos processos de

³¹ A contagem de prazo no processo penal é estabelecida pelo art. 798, segundo o qual todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia de feriado. O § 1º esclarece que, na contagem do prazo, não se computa o dia do começo, mas se inclui o do vencimento. A Lei 14.365/2022 incluiu hipóteses de suspensão do prazo processual no período entre 20 de dezembro e 20 de janeiro (recesso forense), exceto se houver réu preso, nos processos vinculados a essas prisões, nos procedimentos regidos pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e nas medidas consideradas urgentes, mediante despacho fundamentado do juízo competente. Durante o recesso forense, é vedada a realização de audiências e sessões de julgamento, salvo nas exceções



conhecimento, passariam a chamar-se todos apelação (apelação penal³², apelação civil e apelação trabalhista³³) e todos teriam um prazo unificado em 15 dias (corridos para o processo penal, sem prazo diferenciado para interposição e apresentação de razões e úteis para os demais casos).

A apelação também substituiria, no âmbito dos juizados especiais, o recurso inominado³⁴. Seria igualmente julgada pelas Turmas Recursais, mas com essa denominação e o prazo unificado de 15 dias.

previstas (art. 798-A, CPP). O STF já se pronunciou no sentido de que a regra do art. 798 do CPP, que estabelece contagem em dias corridos, é especial e prevalece sobre a contagem em dias úteis estabelecida para processos de outras áreas (e.g. STF. Ag-RE-AgR 1.384.674/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 29.08.2022).

³² No processo penal, cabe apelação contra a sentença de impronúncia ou absolvição sumária (art. 416, CPP), das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular, das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular não recorríveis por recurso em sentido estrito e das decisões do Tribunal do Júri quando ocorrer nulidade posterior à pronúncia, quando a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados, quando houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança ou quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593 e incisos, CPP).

³³ No âmbito trabalhista, o recurso cabível contra decisões definitivas ou terminativas das Varas e Juízos é o recurso ordinário, interposto no prazo de oito dias (art. 895, CLT): “Art. 895. Cabe recurso ordinário para a instância superior: I - das decisões definitivas ou terminativas das Varas e Juízos, no prazo de 8 (oito) dias; e II - das decisões definitivas ou terminativas dos Tribunais Regionais, em processos de sua competência originária, no prazo de 8 (oito) dias, quer nos dissídios individuais, quer nos dissídios coletivos”. Conforme esclarece Homero Batista, “[o] recurso ordinário, equivalente à apelação do processo civil, objetiva o reexame de fatos e provas por instância superior, a fim de que a parte possa demonstrar seu inconformismo, irrequidão ou discordância com o enquadramento e a solução da decisão de origem. Normalmente a decisão de origem é a sentença da Vara do Trabalho, que desafia o recurso ordinário perante o TRT. No entanto, como o processo do trabalho admite que o próprio TRT seja a primeira instância nas matérias de sua competência originária - ação rescisória, mandado de segurança, dissídio coletivo e *habeas corpus* -, o art. 895 também contempla o recurso ordinário contra seus acórdãos para apreciação do TST, que, no particular, é a segunda instância” (Batista, 2022, p. RL-1.183)

³⁴ De acordo com o art. 41 da Lei nº 9.099/95, caberá recurso para o próprio juizado contra a sentença, exceto a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, a ser julgado por uma turma composta de três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição na sede do juizado. É necessária a representação por advogado na fase recursal (art. 41, § 2º). O recurso deve ser interposto no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente (art. 42, *caput*). O preparo deve ser feito, independentemente de intimação, nas quarenta e oito horas seguintes à interposição, sob pena de deserção (art. 42, § 1º). Após o preparo, a secretaria deve intimar o recorrido para oferecer resposta escrita, também em dez dias (art. 42, § 2º). O recurso tem somente efeito devolutivo *ope legis*, mas o juiz poderá lhe dar efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte (art. 43). Como a lei não dá nome a esse recurso, ele passou a ser conhecido e referenciado na prática jurídica como “recurso inominado”.



Da mesma forma, proponho a unificação dos recursos contra decisões interlocutórias nos processos de conhecimento. Todos passariam a se chamar, por exemplo, agravo de instrumento, cabível nas hipóteses previstas nas respectivas legislações processuais e com prazo unificado também de 15 dias (corridos para o processo penal, sem prazo diferenciado para interposição e apresentação das razões e úteis para os demais casos). No processo do trabalho, o esclarecimento dos casos de admissibilidade do agravo de instrumento trabalhista evitaria a “gambiarra jurídica” de impetrar mandados de segurança para algumas hipóteses já reconhecidas, a despeito do que se convencionou chamar princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias no processo do trabalho³⁵.

Nesse caso, assim como no processo civil, as hipóteses em que já se admite mandado de segurança passariam a ser hipóteses taxativas de cabimento do agravo de instrumento trabalhista. Em casos de urgência ou de inefetividade do provimento judicial ao final da fase de conhecimento não previstos expressamente no ordenamento jurídico, poderia haver um conceito aberto que permitisse a adoção da “taxatividade

³⁵ Em regra, a parte não pode recorrer, no processo do trabalho, das decisões interlocutórias, devendo aguardar a prolação da sentença para, só então, impugnar a decisão. O princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias no processo do trabalho é extraído do art. 893, § 1º, da CLT, segundo o qual os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio juízo ou tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recurso da decisão definitiva. Segundo Homero Batista, “[d]ecisões interlocutórias não desafiam recursos imediatos no processo do trabalho (art. 893, § 1º), sendo preciso que a parte insatisfeita com o teor de algumas delas manifeste sua discordância como preliminar do primeiro recurso disponível na sequência do processo. Ainda que isso represente arguição de nulidade processual, esse é considerado um risco que vale a pena ser corrido pelo processo do trabalho, que encontra no princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias um de seus pilares (Batista, 2022, pp. RL-1.183) No entanto, como surgem casos de possibilidade de lesão grave ou irreparável à parte, foram-se estabelecendo hipóteses em que se admite a impugnação da decisão interlocutória por mandado de segurança. Nesse sentido, o enunciado nº 414 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (TST) dispõe que “[...] I - A tutela provisória concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. É admissível a obtenção de efeito suspensivo ao recurso ordinário mediante requerimento dirigido ao tribunal, ao relator ou ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, por aplicação subsidiária ao processo do trabalho do art. 1.029, § 5º, do CPC de 2015. II - No caso de a tutela provisória haver sido concedida ou indeferida antes da sentença, cabe mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio. III - a superveniência da sentença, nos autos originário, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão ou o indeferimento da tutela provisória”.



mitigada” assim como ocorre com o processo civil, conforme foi reconhecido na jurisprudência³⁶.

No caso dos juizados especiais, também seria admitido, em determinadas hipóteses, o agravo de instrumento, cuja admissibilidade, hoje, varia conforme o entendimento de cada tribunal. Em alguns deles, há o manejo do mandado de segurança como substitutivo do recurso, à semelhança do que ocorre com o processo do trabalho³⁷. No âmbito dos juizados especiais cíveis, o agravo de instrumento deveria ser cabível, pelo menos, na hipótese de decisão sobre tutela provisória ou que cause ou possa causar dano irreparável à parte.

Questões resolvidas na fase de conhecimento que não comportem o agravo de instrumento não serão, em regra, cobertas pela preclusão e poderão ser suscitadas como preliminar de apelação, caso seja interposta contra decisão final ou nas contrarrazões, à semelhança do que já ocorre no processo civil (art. 1.009, § 1º, do Código de Processo Civil).

O agravo de instrumento penal substituiria as hipóteses de recurso em sentido estrito (art. 581, CPP), que continuaria a prever as hipóteses de cabimento³⁸. Em todos

³⁶ De acordo com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), “[o] rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação” (Tema 988 - v. STJ. Corte Especial. REsp 1.704.520/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.12.2018, recurso repetitivo, Informativo 639).

³⁷ O fundamento, assim como no processo do trabalho, é o de que a decisão interlocutória constitui ato que viola efetiva ou potencialmente direito líquido e certo da parte, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, nos termos do art. 1º da Lei nº 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança e do art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal.

³⁸ Renato Brasileiro de Lima alerta que “[a] pesar de o recurso em sentido estrito visar à impugnação de decisões interlocutórias, seu cabimento é restrito às hipóteses expressamente previstas em lei (CPP, art. 581). Por isso, afigura-se descabida sua equiparação ao agravo de instrumento do processo civil para que se queira concluir que o RESE pode ser interposto contra toda e qualquer decisão incidental no processo” (Lima, 2020, p. 1797). Gustavo Badaró explica que: “O recurso em sentido estrito é cabível nas hipóteses previstas em lei, normalmente contra decisões interlocutórias. *Grosso modo*, o recurso em sentido estrito no CPP equivale ao agravo de instrumento do CPC de 2015. Todavia, há duas diferenças básicas: (1) só cabe nas hipóteses expressamente previstas em lei e não contra toda e qualquer decisão interlocutória, como no agravo cível; e (2) além de decisões interlocutórias, o recurso em sentido estrito também é cabível contra sentenças e, até mesmo, contra decisões administrativas” (Badaró, 2023, RB-15.31). A despeito desse alerta, o agravo de instrumento no processo civil não é cabível contra toda e qualquer decisão interlocutória, mas apenas as ali enumeradas ou aquelas em que o Tribunal reconheça



os recursos penais, a decisão sobre a interposição poderia ser tomada até o final do prazo para as razões, que seriam apresentadas em conjunto com a peça de interposição, assim como ocorre nos demais âmbitos. O réu teria direito de se consultar com o advogado e por meio dele externar a sua vontade de recorrer no prazo legal.

Embora a execução venha a ser objeto de outro artigo, indico, já que trato aqui sobre o sistema recursal, a necessidade de haver reformulação dos recursos em execução trabalhista e na forma de impugnação a fim de que sejam análogas ao que já ocorre no processo civil: extinção do agravo de petição³⁹ e substituição pelos recursos equivalentes no processo civil, guardadas as peculiaridades que se entendam necessárias, no prazo de 15 dias (à exceção dos embargos de declaração em 5 dias).

Não haveria mais necessidade do atual agravo de instrumento no processo trabalhista (art. 896-A, §5º; art. 897, “b” e § 2º; art. 899, §§ 7º e 8º, CLT) ou dos agravos em recurso especial ou em recurso extraordinário, por exemplo, porque proponho a análise de admissibilidade única do recurso no Tribunal *a quo*.

Caso, porém, seja mantida a possibilidade de o Tribunal *a quo* negar seguimento ao recurso interposto, todas as áreas deverão seguir o modelo estabelecido no Código de Processo Civil, de agravo, em 15 dias. Este agravo não seria agravo de instrumento. À semelhança do processo civil, passaria a ser denominado, por exemplo, agravo em recurso de revista a fim de evitar a confusão atualmente estabelecida pelo nome “agravo de instrumento”, que tem funções diferentes nos processos civil, penal e trabalhista.

Diante da especificidade da matéria e dos provimentos judiciais na execução penal, seria mantido o sistema recurso do agravo em execução do art. 197 da Lei nº 7.210/1984.

a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação (taxatividade mitigada).

³⁹ O agravo de petição é o recurso interposto contra as sentenças executórias no processo do trabalho: “[...] apenas sentenças executórias desafiam o agravo de petição, servindo como exemplo a sentença que julga os embargos à execução, os embargos de terceiro, os embargos à arrematação (extintos no CPC de 2015, mas citados pelo art. 789-A, IV, da CLT) e, ainda, a sentença que julga encerrada a execução e satisfeito o crédito” (Batista, 2022, RL-1.183).



Proponho também a extinção das exceções de suspeição e impedimento como incidentes em todos os âmbitos. Elas passariam a ser alegadas em petição dirigida ao juiz do processo, como já ocorre no processo civil (art. 146 do Código de Processo Civil).

Em casos de obscuridade, contradição, omissão ou erro material, caberiam embargos de declaração, em 5 dias úteis (à exceção do processo penal, em que seriam 5 dias corridos), com interrupção do prazo para interposição de outros recursos.

De igual forma, as alegações de incompetência seriam feitas na primeira oportunidade em que couber manifestação do réu, como matéria preliminar. Caso se trate de incompetência absoluta, poderá ser alegada por simples petição a qualquer tempo e deverá ser declarada de ofício.

Proponho que os recursos para os Tribunais Superiores tenham admissibilidade única, no próprio Tribunal Superior e que apenas muito excepcionalmente, as decisões possam ser tomadas apenas pelo relator, o que evita uma “cascata de recursos”. Não nego que para isso os Tribunais Superiores tenham de passar por reformulações e eventuais convocações de mais desembargadores substitutos em grau superior. Os custos com essas reformulações seriam, em parte, compensados pela desjudicialização das execuções (sobre a qual tratarei em outra oportunidade). De qualquer forma, grande parte dos recursos denegados por decisões monocráticas ou no Tribunal *a quo* já são objeto de recursos, o que leva a maiores custos do Tribunal. A admissibilidade única também aliviaria o trabalho e os custos dos Tribunais *a quo*, que deixariam de ter equipes inteiras nas suas Presidências e Vice-Presidências dedicadas a essa função.

Atualmente, a parte interpõe um recurso ao Tribunal Superior, na maior parte das vezes inadmitido em decisão genérica no Tribunal local apenas para que um outro recurso seja proposto (por exemplo, o agravo em recurso especial ou agravo em recurso extraordinário), que, via de regra, não tem custas, sobe ao Tribunal Superior, que inadmite em decisão do presidente ou do relator apenas para que a parte recorra



ainda outra vez, por agravo interno, para só então encerrar-se o ciclo quase interminável de recursos.

Uma única decisão da turma sobre a admissibilidade ou não do recurso e, caso seja conhecido, com análise o seu mérito, abreviaria muito tempo e recursos das partes e dos tribunais locais e daria celeridade para a resolução definitiva do processo, com aumento da confiança do jurisdicionado no Poder Judiciário.

Os agravos internos (ou regimentais) teriam o prazo de 15 dias e seriam manejados excepcionalmente, uma vez que também apenas muito excepcionalmente as decisões seriam tomadas de forma monocrática.

Todos os recursos aos tribunais superiores teriam também prazo unificado em 15 dias, o que implicaria, no caso do processo do trabalho, alteração do prazo do recurso de revista⁴⁰. Os Tribunais Superiores se reuniriam em sessão conjunta para unificar, na maior extensão possível, seus regimentos internos.

Os atendimentos com magistrados, especialmente em tribunais superiores, devem ser regulamentados e transparentes, de forma a evitar as caras contratações como correspondentes dos escritórios “com bom trânsito nos tribunais”, muitas vezes composto por parentes de ministros apenas por terem essa característica e conseguirem um “espaço” nas agendas dos membros da corte, que não seriam conseguidos se não houvesse essa contratação. Em todos os casos, a fim de se assegurar a moralidade, o contraditório e a ampla defesa, deverá haver a publicação da pauta dos advogados atendidos, com menção ao caso, tempo de atendimento e matéria tratada. Nos processos em segredo de justiça, esses dados seriam disponibilizados às partes e interessados cadastrados nos autos. Atualmente, o sistema é pouco transparente, estimula favorecimentos indevidos e privilegia as partes com mais recursos em detrimento das que têm menos.

⁴⁰ “O recurso de revista faz, no processo do trabalho, o papel desempenhado pelo recurso especial no processo civil, destinando-se não ao reexame de fatos e provas, mas à uniformização de jurisprudência em âmbito nacional, inclusive em casos de violação à Constituição Federal” (Batista, 2022, p. RL-1.183).



A transparência dos atendimentos possibilitaria uma fiscalização mais efetiva da sociedade quanto a possíveis desvios de moralidade ou favorecimentos indevidos, garantindo *accountability* e aumentando o nível de confiança na Justiça pela população.

Os sistemas de processo judicial eletrônico deveriam ser unificados em uma única plataforma. Hoje, o advogado enfrenta uma grande confusão que, no fim das contas, prejudica o jurisdicionado: cada sistema funciona de um jeito, emite custas de um jeito, conta prazos de um jeito. Isso sem falar no caso de coexistência de diversos sistemas no âmbito de uma mesma Justiça (e-proc, PJe, e-saj, Projudi e assim por diante). A classificação dos documentos, cada vez mais exigida pelos juízes, varia também conforme o sistema e, no mesmo sistema, conforme a Justiça. As próprias funcionalidades dentro de um mesmo sistema variam conforme a Justiça. Isso gera um caos que atrapalha os operadores do direito e desvia o foco da busca do melhor interesse do jurisdicionado e da resolução da questão de direito material para o aprendizado de diversas técnicas e solução de entraves que deveriam ser apenas uma questão secundária e lateral.

Deve haver um estudo para a integração, nesta plataforma única, de processos administrativos dos órgãos de todas as unidades federativas, que teriam módulos próprios.

Para isso proponho a realização de audiências públicas com as pessoas que operam os diversos sistemas para a unificação de todos em um só, atendidas as funcionalidades principais e com amplo treinamento gratuito de todos os usuários. Esse sistema contaria com um painel de todos os prazos, que já levariam em consideração as suspensões locais e concentraria todas as publicações, com possibilidade de filtragem por estado e Justiça. Todos os prazos seriam concentrados ali e acabariam as publicações e contagens “manuais” de prazos pela via dos diários de justiça. A dúvida quanto à contagem do prazo militar em favor da parte, com prevalência do prazo indicado pelo próprio sistema. Em caso de prejuízo, caberia à



parte prejudicada invocar o erro do prazo e ao juiz, considerando justa a causa, admitir a manifestação processual.

A cada cinco anos, haveria audiências públicas para discussão dos relatórios dos sistemas judiciais e proposta de melhorias e ajustes.

3.4. Juizados Especiais: propostas para que eles cumpram sua função

Embora os Juizados Especiais sejam pensados para facilitar o acesso do jurisdicionado à prestação jurisdicional, eles têm criado barreiras e insegurança jurídica em prejuízo do jurisdicionado.

Esse sistema, que tem como um de seus objetivos aproximar a população do Poder Judiciário e facilitar o acesso ao Estado-juiz na resolução de questões de menor complexidade, muitas vezes, não tem cumprido a sua função.

Embora o art. 9º da Lei nº 9.099/95 esclareça que nas causas de valor até vinte salários-mínimos, a assistência por advogado é facultativa, não houve uma reformulação na linguagem dos atos processuais e um programa efetivo de esclarecimentos das partes que ingressam dessa forma para a resolução das suas questões.

O procedimento, que deve ser orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º da Lei nº 9.099/95) tem cedido espaço, muitas vezes, para a insegurança jurídica e o formalismo excessivo com objetivo de extinguir processos.

Embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha avançado muito quanto à possibilidade de correção de vícios para assegurar, na maior medida possível, a resolução do mérito, nos procedimentos dos Juizados Especiais, em que esses mecanismos deveriam ser aplicados ainda com maior razão (uma vez que as partes dominam menos as questões procedimentais e o Poder Judiciário deveria auxiliá-las a resolver seus conflitos), diversas decisões judiciais têm criado empecilho à resolução dos casos. Dou alguns exemplos.



A orientação predominante quando ocorre o recolhimento insuficiente do preparo nos recursos contra sentença tem sido a de julgar deserto o recurso sem nem mesmo que se possibilite à parte (nos recursos assistida, obrigatoriamente, por advogado, nos termos do art. 41, § 2º, da Lei nº 9.099) o recolhimento de custas complementares, uma vez que o enunciado nº 80 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) dispõe que

[o] recurso Inominado será julgado deserto quando não houver o recolhimento integral do preparo e sua respectiva comprovação pela parte, no prazo de 48 horas, não admitida a complementação intempestiva (art. 42, § 1º, da Lei 9.099/1995).

A consequência é que o direito ao duplo grau de jurisdição, que decorre da estrutura dos órgãos jurisdicionais elaborada pela Constituição e previsto na legislação, fica obstado por uma questão formal, além de a parte perder, na prática, o valor recolhido (a menos) como preparo.

Recentemente, acompanhei um caso ainda mais explícito nesse sentido de obstaculizar a resolução do mérito. O jurisdicionado havia sofrido um “golpe” pelas redes sociais e foi possível recuperar a chave PIX da conta para a qual tinha sido transferido o valor. Rapidamente, buscou o Juizado Especial para tentar uma liminar de bloqueio do valor, medida que, se tarda a ser decretada, implica a ineficácia, uma vez que os golpistas rapidamente dissipam ou ocultam o dinheiro. O pedido da tutela de urgência vinha acompanhado de um pedido principal de reparação do dano e o ajuizamento ocorreu em uma cidade do interior de São Paulo, onde residia o jurisdicionado.

A Lei nº 9.099/95, quando trata da competência para as causas de reparação de dano, prescreve que é competente o foro “do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações de reparação de dano de qualquer natureza” (art. 4º, inciso III). Mesmo assim, após alguma insistência sobre a urgência na liminar, o juízo reconheceu sua incompetência e indicou que nesse caso, caberia o ajuizamento da demanda no



domicílio da titular da conta para a qual o dinheiro foi enviado, uma cidade do interior de Mato Grosso, sem apreciação da liminar. A lei, nesses casos, diferentemente do Código de Processo Civil, não permite a remessa dos autos, de forma que o processo foi extinto sem apreciação do mérito.

Logo em seguida, foi proposta a demanda no juízo do suposto domicílio da ré, na cidade do interior de Mato Grosso. Cinco dias após a propositura e diversas tentativas de contato com a Secretaria para alertar a urgência do bloqueio pedido em liminar, foi proferida decisão que extinguiu o processo novamente. O fundamento, agora, era a menção na petição de que o autor não tinha interesse na designação da audiência de conciliação, que seria incompatível com a sistemática dos Juizados Especiais. Não foi apreciada a liminar, não se possibilitou o prosseguimento do processo com o indeferimento apenas do pedido de não designação da audiência de conciliação e nem houve possibilidade de o autor emendar a sua inicial. Tantos dias depois, o dinheiro se perdeu, assim como a efetividade de qualquer medida.

Esses são casos em que o formalismo exagerado, que deveria ceder, ainda com maior razão, no âmbito dos Juizados Especiais, mina a confiança do jurisdicionado no Poder Judiciário e provoca insegurança jurídica. E o caso é mais grave porque ocorre no sistema que mais deveria se preocupar em auxiliar as partes a resolverem a questão material posta em juízo.

A incompreensão dos advogados quanto a se os juízes aplicarão ou não o Código de Processo Civil como norma suplementar ou subsidiária no procedimento dos Juizados Especiais e, em caso positivo, quais disposições, também causa insegurança jurídica e não permite às partes (e aos advogados que as representam) antecipar ou prever, com base na lei, as consequências dos atos processuais.

Como mencionei em capítulo anterior, ainda há divergência quanto ao cabimento de recurso contra decisões interlocutórias, com entendimentos dissonantes



sobre em quais casos e qual a medida cabível: mandado de segurança, agravo de instrumento ou nenhuma⁴¹.

Esse cenário não pode persistir.

Proponho a extensão, no máximo teor possível, do princípio da instrumentalidade das formas e da primazia da resolução do mérito. Será dever do juiz possibilitar a correção de todos os vícios sanáveis ao longo do processo, a adoção de linguagem simples por todos os atores do processo, principalmente quando a parte não tem advogado, e o auxílio efetivo das partes na compreensão das etapas de resolução de seus conflitos.

Deverá haver disposição expressa, à semelhança do que já ocorre no processo civil, que impeça a extinção do processo em casos em que é possível a correção do vício, como a complementação de custas ou, como no exemplo real que dei, o juiz entenda que algum pedido seja incompatível com o rito do Juizado Especial.

É preciso, ainda, que se especifiquem os casos de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil a fim de gerar maior previsibilidade às partes e aos advogados.

Proponho que sejam estabelecidas hipóteses em que caberá recurso contra decisão interlocutória, que será o agravo de instrumento em 15 dias e que pelo menos haja a hipóteses de cabimento contra a decisão que defere ou indefere a tutela provisória pleiteada e contra decisões que possam causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

Deverá haver a automatização e a facilitação dos cálculos para recolhimento do preparo e, caso se entenda que o recolhimento foi insuficiente, será obrigatória a possibilidade de complementação do valor, com indicação expressa do valor a ser recolhido em complemento.

⁴¹ No Tribunal de Justiça de São Paulo, o recurso é admitido, ao menos em casos de decisões que possam causar à parte lesão grave e de difícil reparação (e.g. TJ-SP - Agravo de Instrumento: 0103421-80.2023.8.26.9061 Bauru, Relator: Mônica Rodrigues Dias de Carvalho - Colégio Recursal, Data de Julgamento: 29/01/2024, Data de Publicação: 29/01/2024).



O recurso inominado passará a se chamar apelação e terá o prazo de 15 dias para que haja coerência em todo o sistema recursal e se atenda ao princípio da operabilidade.

A lei deverá prever, ainda, o atendimento facilitado das partes que litigam sem auxílio dos advogados, inclusive por meio telepresencial com vídeo e áudio (em formato de balcões virtuais) e, em caso de incompetência do juízo, a remessa dos autos ao juízo competente.

Se o juiz, mesmo incompetente, verificar que a não apreciação da medida liminar poderá fazer perecer o direito da parte e se houver verossimilhança, deverá analisar a liminar imediatamente, que poderá ser reanalisada pelo juízo competente quando do recebimento dos autos em redistribuição.

Quanto aos embargos à execução, deve-se deixar de exigir a segurança do juízo pela penhora como condição para sua apresentação (enunciado nº 117 do FONAJE). A inviabilização da defesa do executado em posição presumivelmente mais hipossuficiente do que no processo civil comum não pode autorizar o sistema mais gravoso em comparação a ele (art. 914 do Código de Processo Civil).

Caso o juízo entenda que o caso deverá ser processado em uma das varas comuns, deverá intimar a parte para que informe se tem interesse na remessa dos autos, alertando-a das custas (caso não tenha gratuidade deferida) e da necessidade de advogado constituído. Caso a parte não esteja assistida por advogado, no mesmo despacho, o juiz concederá prazo para a nomeação de advogado antes da remessa dos autos, de forma a evitar a remessa para posterior extinção por desinteresse da parte no prosseguimento do processo com esses ônus.

3.5. Responsabilidade processual e culpabilidade

Os sistemas processuais têm permitido, nos casos de abuso do direito ou de má-fé no processo, a sanção das partes, que ocorre, principalmente, por meio de multas



processuais. Essas multas, no entanto, têm sido aplicadas sem uma adequada apuração das responsabilidades pelo ato processual ilícito.

No caso de representação de pessoas físicas ou pequenas empresas, grande parte das decisões quanto ao processo e a estratégia processual é tomada exclusivamente pelos advogados, uma vez que essas partes hipossuficientes não entendem o curso e a linguagem do processo.

Muitas vezes, porém, por decisões ilícitas e má-fé de seus representantes processuais, essas partes é que são sancionadas e não há qualquer controle sobre se e como a informação e a fundamentação sobre a sanção processual chegou à parte sancionada.

Além disso, a aplicação da sanção processual, em qualquer caso, deve permitir contraditório e efetiva apuração e fundamentação das responsabilidades. Por isso, devem ser criados mecanismos para apuração objetiva das responsabilidades da parte ou do advogado nas condutas qualificadas como de má-fé processual ou de abuso de direito processual, com a responsabilização de um ou de outro conforme a sua participação no ilícito.

Em todos os casos, o Poder Judiciário e a OAB devem zelar pela boa atuação dos profissionais do direito, esclarecendo as partes sobre esses fatos e sobre eventuais condutas lesivas dos advogados em seu prejuízo.

Conclusão

O sistema processual brasileiro, apesar de avanços significativos nos últimos anos, ainda enfrenta gargalos que dificultam o acesso à justiça e a efetiva resolução dos conflitos. Neste capítulo busquei, a partir da análise de dados sobre o perfil da advocacia brasileira e da minha própria experiência após uma década de atuação como advogado em diferentes ramos e setores, propor medidas concretas para enfrentar essas dificuldades, com foco em um modelo que priorize as necessidades reais dos



jurisdicionados e dos advogados, especialmente os generalistas e autônomos, que compõem a maior parte da advocacia no Brasil.

Aqui, rejeitei o “colonialismo mental” em favor de uma proposta original e calcada na prática e nas dificuldades reais do cenário tipicamente nacional. Busquei traçar um primeiro mapa calcado na nossa realidade e que possa ser discutido amplamente, não apenas pelos juristas hiperespecializados, mas por todos os que enfrentam as dificuldades do sistema atual no dia a dia.

As propostas apresentadas, como a unificação de sistemas e prazos, a consolidação de uma justiça digital mais inclusiva e eficiente, e a flexibilização e democratização dos atos processuais nos Juizados Especiais, têm o potencial de transformar a relação entre o jurisdicionado e o Poder Judiciário. A ênfase em maior clareza na comunicação, responsabilização ética e uso de tecnologia integrada tem potencial de aumentar a confiança no sistema judicial e na sua capacidade de promover a pacificação social em tempo razoável.

Ao sugerir reformas fundamentadas em princípios de eficiência, operabilidade e democratização, o artigo busca não apenas corrigir deficiências atuais, mas também fomentar uma visão de longo prazo para o direito brasileiro. Assim, o artigo se propõe a abrir um diálogo construtivo com os diversos atores do sistema de justiça, visando a construir um processo verdadeiramente centrado no jurisdicionado, mais acessível e apto a responder às demandas contemporâneas de forma ágil e justa.

Que este capítulo possa servir como um primeiro passo para uma discussão ampla e democrática, focada nas dificuldades reais do jurista e do jurisdicionado brasileiro.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9 3d. São Paulo: Revista dos Tribunais / Thomson Reuters Brasil, 2023 (edição virtual - Biblioteca Thomson Reuters).



- BATISTA, Homero. **CLT comentada**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais / Thomson Reuters Brasil, 2022 (edição virtual - Biblioteca Thomson Reuters).
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 15 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.
- SIMONETTI, José Alberto; HORN, Rafael de Assis; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Perfil adv**: 1º estudo demográfico da advocacia brasileira. Brasília; Rio de Janeiro: OAB Nacional; FGV Justiça, 2024.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental**: repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Academia Literária, 2018.
- UNGER, Roberto Mangabeira. O pensamento jurídico como imaginação institucional: direito, instituições, juízes. **Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, Universidade Federal do Ceará, v. 15, n.1 / 2, pp. 38-43, 1996.
- UNGER, Roberto Mangabeira. Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 243, p. 113-131, 2006.



5. A democratização do órgão especial do Poder Judiciário por uma perspectiva de gênero

Gina Fonseca Corrêa⁴²

1 Considerações iniciais

O presente artigo tem por objetivo analisar o experimentalismo democrático por uma perspectiva de gênero no âmbito do Poder Judiciário. Os membros desse poder são alçados ao cargo por meio de concurso público ou nomeações pelo Executivo; diferentemente dos demais poderes, não é formado por meio de eleições. Este artigo pretende se contrapor ao argumento do universalismo na teoria do experimentalismo democrático de Mangabeira Unger para a construção de um Poder Judiciário inclusivo.

De início, serão traçadas linhas explicativas da teoria do mencionado autor e em seguida serão colacionados dados de pesquisas capitaneadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de fiscalização do Poder Judiciário, nos anos de 2018 e 2019, respectivamente, bem como da Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), instituição representativa da magistratura, em parceria com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) no ano de 2023. Por serem instituições de fiscalização, de representação e de formação da magistratura, há confiabilidade nos dados obtidos. São ainda pesquisas sequenciais, o que permite compreender cronologicamente sua evolução.

Com os dados colacionados será realizado o confronto do resultado com a teoria do experimentalismo democrático.

⁴² Graduada em Direito pela UFMG. Mestra em Direito pela PUC-SP. Doutoranda em Direito pela USP. Coordenadora da Área de Violência Doméstica, Familiar e de Gênero da Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo.



Os dados empíricos demonstram um perfil homogêneo de pessoas que compõem a magistratura nacional que contribuem para a manutenção de um ambiente excludente para mulheres. Apesar de semelhantes padrões remuneratórios e de relativo grau de formação entre homens e mulheres, o Poder Judiciário não se apresenta democrático em termos de gênero.

Discorrer-se-á sobre políticas públicas para propor uma nova configuração do órgão especial do Poder Judiciário a fim de ampliar a inclusão feminina nesta esfera.

2 Crítica ao experimentalismo democrático por uma perspectiva de gênero

O experimentalismo democrático de Mangabeira Unger pressupõe uma contínua transformação das instituições democráticas, com base na crença de que a democracia deve ser um processo experimental (Unger, 2011). A constituição deve ser mais democratizadora do que democrática a fim de tornar “a reforma fundamental um incidente quase rotineiro, não um interlúdio quase revolucionário, da vida democrática.” (Unger, 2001, p. 157)

Mangabeira Unger parte da necessidade de compreender, enfrentar e resolver problemas estruturais do Brasil para caminhar uma via segura para o país (Unger, 2001). Essa via para o desenvolvimento perpassa pela solução da produtividade, tomando-se por base realidades estruturais específicas do país, abstendo-se de importar modelos da Europa ou dos Estados Unidos (Unger, 2001). Em perspectiva, a solução implica trabalhar com instrumentos econômicos, educacionais e políticos para empoderar os brasileiros. (Unger, 2018).

O problema estrutural brasileiro se assentaria em um ciclo político que se repete e em uma grande divisão econômica e social que se perpetua (Unger, 2001). Esta conjunção resulta no estreitamento das oportunidades de manter no futuro um crescimento econômico relativamente estável e na desigualdade extrema que se conecta com a estrutura da nossa economia (Unger, 2001).



O conflito com organizações sociais ou com áreas de prática social faz surgir uma estrutura de desigualdade ou exclusão nas organizações ou práticas, ameaçando o gozo efetivo dos direitos; paralelamente, o indivíduo vê-se impedido de enfrentar privilégios pelas formas normais de atividade econômica e política de que dispõe. (Unger, 1999, p. 207).

“A economia cresce pelo setor favorecido. Quanto mais ela cresce, mais ela se torna desigual.” (Unger, 2001, p. 142) Por conseguinte, o crescimento da desigualdade comanda a intervenção do Estado lastreada em um parco crescimento econômico e pelos compromissos com os interesses das elites que possuem e governam o país. (Unger, 2001, p. 142).

A perenidade da vocação inovadora é o contraponto essencial à dependência do ciclo vicioso que impede o crescimento do Brasil. Os instrumentos econômicos e políticos se concentram nas inovações institucionais, ao passo que os instrumentos de educação focam o ensino, aprendizagem e reorganização institucional, sobretudo do federalismo brasileiro (Unger, 2018)

A capacidade de reforma repetida, sem o incentivo de crise, exige um envolvimento político popular sustentado, que só pode ser alcançado pela institucionalização (Unger, 1999, p. 169).

Para Amato, essa institucionalização deve ser traduzida em apoio generalizado da opinião pública e depende de que a fruição dos bens, serviços e infraestruturas públicas seja sensível, palpável ao longo das diversas classes a fim de compor a hegemonia a favor de uma política pública inclusiva e abrangente (2018, p. 314).

O empoderamento do brasileiro, conforme preceitua Mangabeira Unger, advém do fortalecimento da democracia que exige a construção do Estado mediante três agendas: profissionalismo, eficiência e experimentalismo (Unger, 2018).

As formas de organização devem ser rotineiramente testadas e adaptadas para responder às necessidades da sociedade contemporânea, com ampliação das



oportunidades de trabalho e produção e promoção da inovação e criatividade (Unger, 2011).

Decorre do experimentalismo democrático a noção de economia do conhecimento atinente ao modo de organizar a sociedade e a economia, permitindo que a inovação e transformação não dependam de crises para ocorrer, como já mencionado alhures. Por economia do conhecimento entende-se o conjunto de práticas mais do que o uso de determinadas tecnologias (Unger, 2018), que se sustenta por três eixos:

- a)1º eixo: produtivismo includente;
- b)2º eixo: educação capacitadora;
- c)3º eixo: democracia de alta energia.

Pelo produtivismo includente pretende-se assegurar as condições fiscais e financeiras que estimulem o desenvolvimento, com primazia dos interesses do trabalho e da produção sobre o rentismo financeiro (Unger, 2018). Agregado ao acesso a capital está o acesso à tecnologia, à prática e a conhecimentos avançados. (Unger, 2018)

A fragmentação do regime de propriedade e a mudança no regime do trabalho assalariado são alternativas para a progressiva implementação da economia do conhecimento. (Unger, 2018).

Para Unger, mais importante do que favorecer setores é organizar um arcabouço de práticas e instituições: ser agnóstico com relação a setores, porém ativista e audacioso na formulação de métodos e processos (Unger, 2018, p. 65). Ao tratar do eixo vertical de ação, Unger defende a coexistência de diversas políticas industrial e comercial em vez de uma única com o objeto de difundir a economia do conhecimento, porque o mercado não é uma estrutura unívoca (Unger, 2018).

O projeto nacional de desenvolvimento exige a visualização da realidade regional para a definição de um plano microrregional e organização de uma dialética de vanguardismo; a agenda política deve levar a termo as circunstâncias de cada parte



do país e do engajamento delas nesta construção (Unger, 2018). O foco no território significa reconhecer a integração no espaço, que é o espaço de uma sociedade real e de uma economia real (Unger, 2018). Contudo, esse foco não deve ser o de distribuir compensações para o atraso relativo, mas sim desenvolver novas vantagens comparativas a partir de suas vantagens existentes. A metodologia para atingir esse objetivo é a ampliação de acessos aos recursos e às oportunidades da produção e a disseminação das lições dos experimentos exitosos. (Unger, 2018)

No segundo eixo, a educação é fator de empoderamento das pessoas comuns; mira-se a flexibilidade preparada como alternativa à memorização de conteúdo por meio de um ensino dialético (Unger, 2018).

Por fim, no terceiro eixo, a democracia de alta energia pressupõe a política e o pensamento dominante como fatores determinantes para mudar as outras instituições. (Unger, 2018)

Unger defende que o engrandecimento das pessoas comuns é o objetivo superior à que deve servir a democracia, enquanto a redução das desigualdades, sobretudo das oportunidades desiguais, é apenas o objetivo acessório (Unger, 2018).

O aprofundamento da democracia ocorre pela aceleração do passo da política - com a criação de mecanismos para superar os impasses; pela elevação da temperatura da política, isto é, o nível de engajamento popular organizado na vida pública; e pela associação de iniciativa central forte como oportunidade para que partes do país divirjam das soluções adotadas no centro e construam contra modelos do futuro nacional (Unger, 2018).

A par da proposta sugerida por Unger, cumpre salientar que há um significativo ponto sobre o qual discorreremos. A ideia de universalismo tal como semeada por Unger ignora as causas da vulnerabilidade de certas categorias, em especial para este artigo, a vulnerabilidade de gênero. Segundo Unger, “Nossos temperamentos podem nos dividir, tanto quanto à classe, a raça ou a religião.” (Unger,



1999, p. 191), ou seja, na visão do autor, categorias específicas, principalmente daquelas historicamente marginalizadas, conduzem à desagregação e instabilidade.

Unger defende a distribuição de um mínimo universal para todos os cidadãos em matéria de serviços e não apenas aos vulneráveis (Unger, 2018). Nesta perspectiva, os benefícios distribuídos à sociedade devem ser absolutamente homogêneos, ignorando o tratamento desigual para as pessoas em posição desigual (Alexy, 2017). Cumpre-se a cartilha da igualdade meramente formal do liberalismo. Amato compartilha de semelhante entendimento ao defender que políticas focalizadas ou seletivas de combate à pobreza podem ostentar baixa institucionalização e se mostrarem vulneráveis aos ciclos políticos e econômicos, ao clientelismo assistencialista, a armadilhas da pobreza, desincentivos à inclusão produtiva, distorções de acesso e estigmatização (Amato, 2018, p. 314).

O paradoxo do pensamento de Mangabeira atrai a atenção, porque o autor reconhece que as estruturas sociais não são neutras e que são resultado da ideologia dominante de certa sociedade. “Aquilo que, à primeira vista, parece ser o produto de longa tradição de acordos, não passa, a uma análise mais cuidadosa, de convicções e interesses dos grupos dominantes que criaram a tradição.” (Unger, 1979, p. 184).

Ao discorrer sobre o surgimento do Estado, Unger reconhece que o processo de transformação da organização social na instituição estatal ostenta dois aspectos relevantes: o progresso da divisão do trabalho atrelado à escala de estratificação e endurecimento de suas categorias (Unger, 1979, p. 73).

Nenhum conjunto de estruturas pode ser neutro (Unger, 1999) e comungamos desta conclusão. A miragem da neutralidade se coloca no caminho de um objetivo realista de relativa abertura, porque os aspectos íntimos da experiência são reféns do seu contexto histórico: as estruturas da sociedade e os dogmas da cultura (Unger, 1999, p. 189).

A divergência cinge-se ao reflexo da assertiva para a modelagem da democracia. Se para Unger a redução das desigualdades é um objeto acessório, em



nossa posição, o enfrentamento da desigualdade é condição indelével de um Estado democrático.

Disparidades de gênero, classe social e raça não são questões relevantes no âmbito da democracia para Unger, para quem, eventuais ofensas individuais devem ser reprimidas individualmente na esfera correspondente de responsabilidade (Unger, 2018). Não há uma ação estrutural com vistas a enfrentar desigualdades advindas destas categorias.

Em verdade, escorar-se na noção de universalismo tal como defendido pelo autor demonstra uma postura política de invisibilização de certas pessoas que historicamente foram – e continuam a ser - excluídas de participarem das instituições, principalmente no tocante às decisões mais importantes para o grupo social. A marginalização das mulheres na vida pública obsta que elas possam influenciar nas deliberações políticas de uma determinada sociedade. Ignorar a vulnerabilidade advinda do gênero enfraquece a proposta democratizante de Mangabeira Unger como se pode concluir a partir da análise do perfil da magistratura nacional.

A despeito de homens e mulheres ostentarem semelhantes padrões remuneratórios, o Poder Judiciário não é democrático, não é inclusivo.

A constatação é extraída de pesquisas levadas a cabo pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de fiscalização do Poder Judiciário, nos anos de 2018 e 2019, respectivamente, bem como da Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), instituição representativa da magistratura, em parceria com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) no ano de 2023.

No ano de 2018, foi editada a Resolução CNJ nº 255, que trata sobre o incentivo da inclusão feminina no Poder Judiciário. Em razão deste marco temporal, optou-se por examinar o perfil sociodemográfico do ano de 2018, abstraindo-se o censo do Judiciário de 2014, porque mais atualizado. Seguiu-se a análise das pesquisas específicas e subsequentes sobre a inclusão feminina.

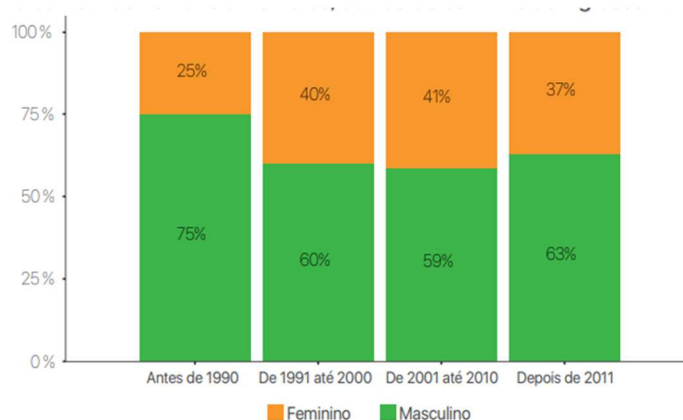
Em “Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros” do ano de 2018, a coleta tinha por objetivo conhecer o perfil sociodemográfico da magistratura brasileira; obteve a adesão de 62,5% do total de magistrados ativos.

No ano de 2019, o “Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário”, recebeu dados diretamente dos Tribunais nacionais sobre a atuação feminina no decênio anterior, com uma participação de 76% dos órgãos do Poder Judiciário.

O “Perfil das magistradas brasileiras e perspectivas rumo à equidade de gênero nos tribunais” coletou dados por meio de questionário respondido por qualquer magistrada do Poder Judiciário nacional.

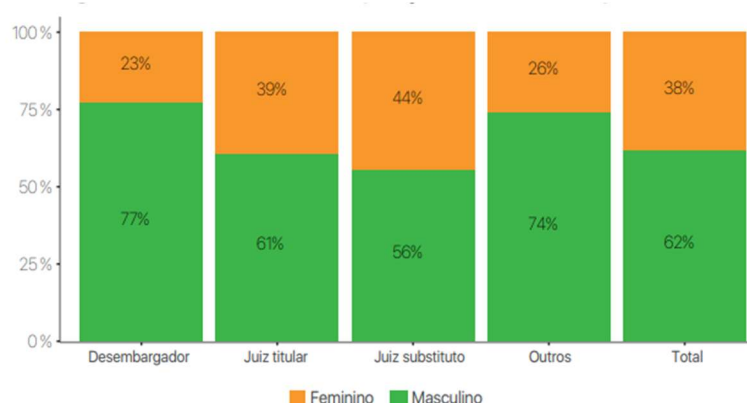
Extraímos os resultados mais consentâneos com a discussão proposta neste artigo. As figuras infra indicam o percentual de mulheres e homens no Poder Judiciário nacional.

Figura 1: Percentual de homens e mulheres, de acordo com ano de ingresso na magistratura



Fonte: CNJ. Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros, 2018.

Figura 2: Sexo de acordo com a posição na carreira, em percentual



Fonte: CNJ. Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros, 2018.

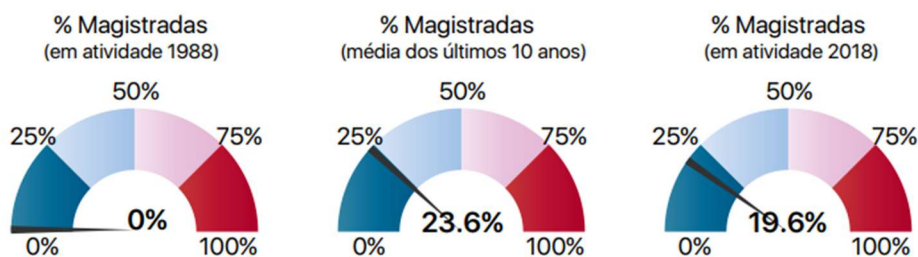
Figura 3: Percentual de magistradas no Poder Judiciário



Fonte: CNJ. Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário, 2019.

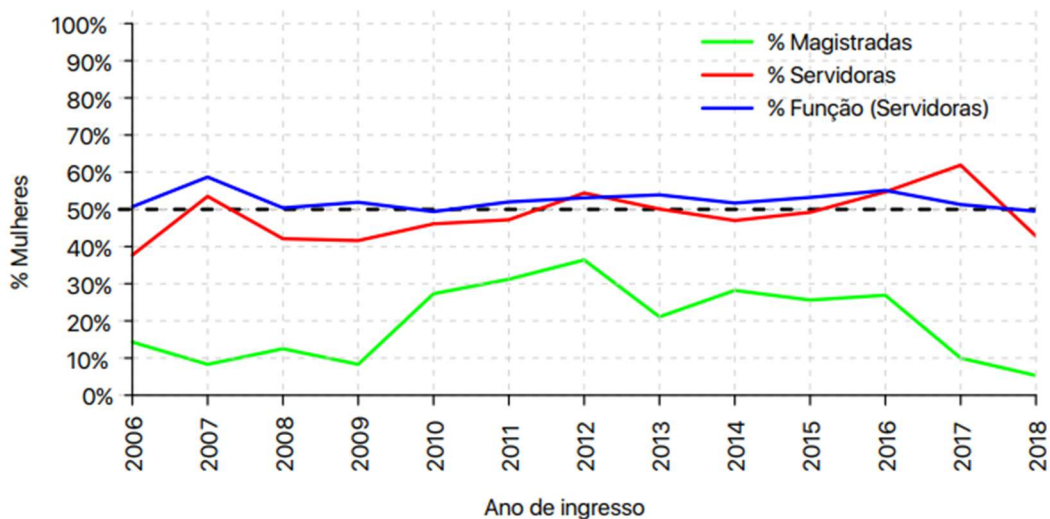
As figuras seguintes são específicas sobre a participação da mulher em Tribunais Superiores.

Figura 4: Percentual de magistradas nos Tribunais Superiores



Fonte: CNJ. Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário, 2019.

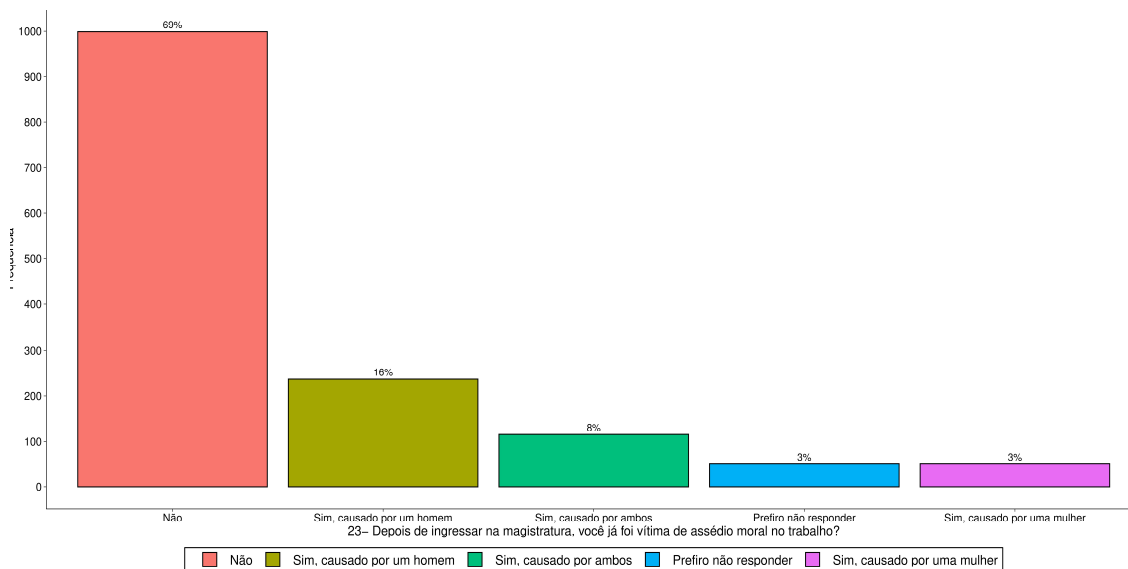
Figura 5: Séries históricas do percentual de magistradas por ano de ingresso nos Tribunais Superiores



Fonte: CNJ. Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário, 2019.

Delineada a participação da mulher no judiciário nacional, sobressaem-se dados sobre o reflexo destes números no ambiente de trabalho, como se observa das figuras a seguir.

Figura 6 - Depois de ingressar na magistratura, você já foi vítima de assédio moral no trabalho?



Fonte: AMB. Perfil das magistradas brasileiras e perspectivas rumo à equidade de gênero nos tribunais, 2023.

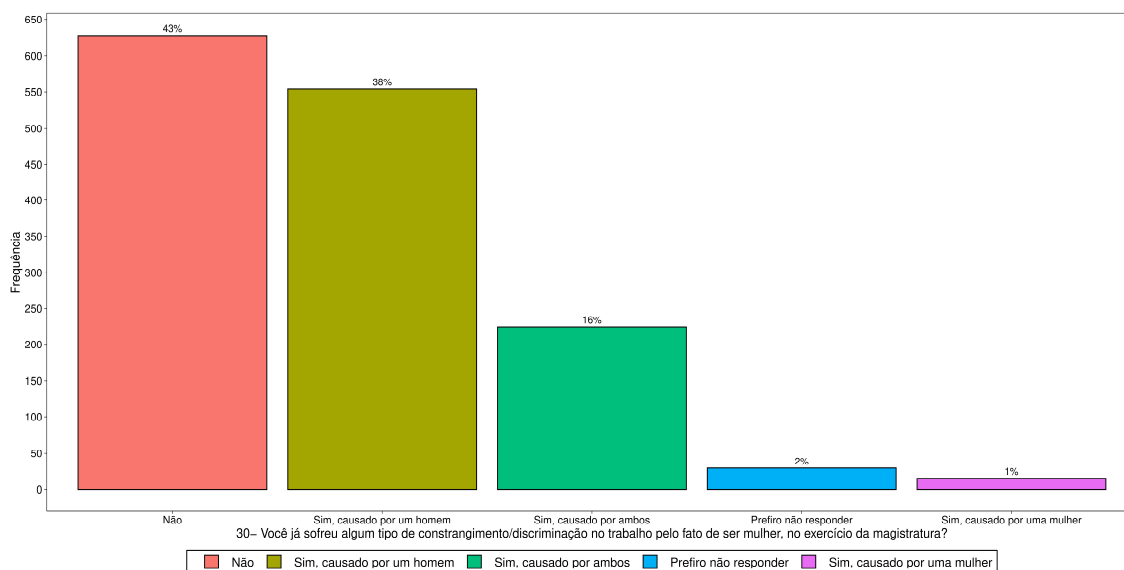


Tabela 1 - Quem foi o (a) agente do assédio moral?

Agente do assédio moral	Frequência
Desembargador(a) na época do fato	223 (55.5%)
Juiz(a) de 1º grau na época do fato	201 (50%)
Prefiro não responder	37 (9.2%)
Ministro(a) de tribunal superior na época do fato	8 (2%)

Fonte: AMB. Perfil das magistradas brasileiras e perspectivas rumo à equidade de gênero nos tribunais, 2023.

Figura 7 - Você já sofreu algum tipo de constrangimento/discriminação no trabalho pelo fato de ser mulher, no exercício da magistratura?



Fonte: AMB. Perfil das magistradas brasileiras e perspectivas rumo à equidade de gênero nos tribunais, 2023.



Tabela 2 - Quem foi o agente de constrangimento/discriminação?

Agente do constrangimento/discriminação	Frequência
Advogado(a)	518 (65.2%)
Outro	251 (31.6%)
Magistrado(a) de 1º grau na época do fato	248 (31.2%)
Jurisicionado(a)	188 (23.7%)
Servidor(a) do Poder Judiciário	121 (15.2%)
Testemunha	103 (13%)
Integrante do Ministério Público	70 (8.8%)
Policial	55 (6.9%)
Prefiro não responder	26 (3.3%)
Integrante da Defensoria Pública	12 (1.5%)
Ministro(a) de Tribunal Superior na época do fato	8 (1%)

Fonte: AMB. Perfil das magistradas brasileiras e perspectivas rumo à equidade de gênero nos tribunais, 2023.

Tabela 3 - Situações de inferiorizações da condição feminina

Situação	Sim	Não	Não tenho certeza	Prefiro não responder
Ser interrompida por um homem enquanto falava.	1023 (70.5%)	283 (19.5%)	135 (9.3%)	10 (0.7%)
Receber alguma explicação ou opinião de um homem, de forma condescendente.	718 (49.5%)	486 (33.5%)	231 (15.9%)	16 (1.1%)
Ter inteligência subestimada, como se você não fosse capaz de entender	692 (47.7%)	629 (43.3%)	119 (8.2%)	11 (0.8%)
Ter uma ideia sua apropriada por um homem, levando o crédito por ela	383 (26.4%)	880 (60.6%)	173 (11.9%)	15 (1%)



Ter suas ideias ou ações desqualificadas por um homem.	601 (41.4%)	653 (45%)	183 (12.6%)	14 (1%)
Ter sido levada por um homem a questionar a sua própria percepção e raciocínio, levando-a a acreditar que estava equivocada quando estava correta.	450 (31%)	813 (56%)	174 (12%)	14 (1%)
Ter sido rotulada como agressiva quando, na sua percepção, você apenas foi assertiva e segura de si.	678 (46.7%)	670 (46.2%)	94 (6.5%)	9 (0.6%)
Ter ouvido piadas sexistas contadas por um homem em ambiente institucional	783 (54%)	573 (39.5%)	83 (5.7%)	12 (0.8%)
Sentir-se constrangida por um homem forçando intimidade, aproximação ou toque.	366 (25.2%)	1008 (69.5%)	63 (4.3%)	14 (1%)
Sentir-se perseguida por ter rejeitado uma investida de conotação amorosa ou sexual.	85 (5.9%)	1301 (89.7%)	47 (3.2%)	18 (1.2%)
Sentir-se perseguida por ter almejado um cargo ou posição na carreira também disputado por um homem.	165 (11.4%)	1204 (83%)	66 (4.5%)	16 (1.1%)
Ter a sensação de que precisava trabalhar mais e melhor do que seus pares para ser reconhecida.	798 (55%)	571 (39.4%)	68 (4.7%)	14 (1%)

Fonte: Elaborado pela própria autora com base nos dados extraídos da pesquisa Perfil das magistradas brasileiras e perspectivas rumo à equidade de gênero nos tribunais, 2023.



O reduzido número de mulheres no Poder Judiciário impacta na modelagem do ambiente corporativo em que magistradas exercem a atividade jurisdicional. Homens e mulheres possuem o mesmo padrão remuneratório e há certa equivalência na formação de ambos os gêneros. No entanto, o exercício da judicatura se mostra mais desafiadora para as mulheres do que para homens, como se infere dos dados relativos a microagressões que estão sujeitas rotineiramente.

As diretrizes da economia do conhecimento são ineficazes para a construção de um espaço democrático se se perpetuar a ideia de universalismo, ou seja, se se ignorar as disparidades de gênero da sociedade. As propostas enumeradas nos três eixos alhures mencionadas não são suficientes para conter as violações de direitos das mulheres na sociedade. O experimentalismo democrático não contribuirá para a construção de uma sociedade democrática se as práticas reformistas não levarem em consideração a desigualdade de gênero.

Dada a homogeneidade remuneratória e de formação da magistratura nacional, seria de supor que o Poder Judiciário seria um exemplo para o desenvolvimento do país, visto que a redução da desigualdade já teria sido reduzida como efeito colateral, como defende Mangabeira Unger. Contudo, as pesquisas alhures indicam outro horizonte; um horizonte de profundo desrespeito para com as mulheres do exercício da magistratura.

Para Mangabeira Unger, um programa democratizante exige (Unger, 1999, p. 190):

- a) multiplicidade de esferas de poder político e social;
- b) existência de um conjunto de direitos fundamentais – inclusive o direito à participação política, à contestação e à discordância- que extraímos da agenda da política de curto prazo;
- c) engajamento da cidadania apoiado institucionalmente.

Os dados empíricos revelam que, em termos de gênero, o Poder Judiciário não reproduz as diretrizes lançadas pelo autor para uma alternativa democratizante.



Unger admite que as estruturas devem compatibilizar as condições de progresso material e as condições de emancipação do indivíduo (Unger, 1999, p. 213) e que o meio mais importante para a realização do empoderamento da pessoa comum é a inovação institucional.

Como ressalta Amato, forçoso assumir a contingência do mundo e então imaginar e construir instituições que nos habilitem a aumentá-la, transcendendo os contextos em que vivemos (Amato, 2018, p. 75). Registre-se, no entanto, que Amato compartilha o entendimento de Mangabeira Unger no sentido de que as estruturas sociais mais eficientes devem recusar distinções rígidas entre pessoas (*e.g.* casta *versus* estamentos *versus* classe *versus* papéis sociais *versus* grupos de opinião, comunidades voluntárias) (Amato, 2018, p. 83), ou seja, depreende-se que também refuta a ideia de gênero como categoria essencial para um programa democratizante.

A revisão da ideia de democracia passeia pela renovação das estruturas como um aspecto da liberdade, mas também como condição para a conquista de outros objetivos importantes de reflexão, libertação, igualdade e progresso material (Unger, 1999, p. 169)

O avanço do experimentalismo democrático exige uma prática política inclusiva (Unger, 1999, p. 185). No contexto defendido por este artigo, é imprescindível a consideração do gênero como categoria analítica para a democratização do Poder Judiciário. O redesenho das instituições com foco na reforma contínua exige a diversidade das pessoas que tomam decisões relevantes para a sociedade. Essa diversidade impacta no desdobramento de vertentes diversas de pensamentos que podem influenciar nas deliberações sociais.

Em número inferior nos quadros do Judiciário, as mulheres não influenciam ou têm pouca influência na formação da jurisprudência nacional. Em número menor também nos órgãos de cúpula e no segundo grau de jurisdição, também não participam das deliberações institucionais que envolvem o Poder Judiciário. Por analogia, não haveria uma multiplicidade de esferas de poder no âmbito desta função,



não há direito à participação política, à contestação e à discordância, como também não se pode garantir engajamento para os temas afetos ao Judiciário.

Aqueles que decidem os temas administrativos e jurisdicionais especialmente atribuídos pela Constituição da República⁴³ são majoritariamente homens brancos, de semelhante origem econômica e social, o que, diante da falta de diversidade, obsta ou, no mínimo, dificulta a criatividade, porque o pensamento será quase sempre homogêneo.

No tópico seguinte, discorreremos sobre uma proposta para ampliar a inclusão feminina na cúpula do Judiciário e assim sugerir uma diretriz democratizante que se sustenta a partir da compreensão do gênero como categoria analítica.

3 Políticas públicas para a ampliação da inclusão feminina na cúpula do Poder Judiciário

Decisões políticas são manifestações de poder (Bucci, 2013, p. 45). Neste contexto também se insere o Poder Judiciário. Como as manifestações de poder influenciam e determinam a conformação jurídico institucional do exercício do poder, a institucionalização confere estabilidade, previsibilidade e permanência no tempo, assim como corrobora para uma conexão com a realização de aspirações sociais (Bucci, 2013, p. 46).

As políticas públicas têm como objeto principal a formação do direito na base dos programas de ação governamental em um ambiente democrático, de modo a tornar o Poder Público mais efetivo racional e compreensível, acelerando o processo de redução da desigualdade e da inclusão social (Bucci, 2013, p. 36-37). “As políticas

⁴³Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.



públicas consistem em quadros de ação governamental, arranjos institucionais que expressam o Estado em movimento.” (Bucci, 2013, p. 39)

Segundo Maria Paula Dallari Bucci, a institucionalização empresta a densidade social necessária para enfrentar os dilemas próprios de um Estado que aspira à condição de democracia desenvolvida (Bucci, 2013, p. 234). Ao analisar o fenômeno governamental, a jurista enumera os planos macroinstitucional, microinstitucional e mesoinstitucional⁴⁴.

O plano macroinstitucional está intimamente ligado às decisões políticas fundamentos e rumos de planejamento de longo prazo (Bucci, 2013, p. 43).

A processualidade é analisada no plano microinstitucional, pela qual se considera a ação governamental como unidade em torno da qual se movimentam os agentes públicos e privados visando à decisão e sua execução. (Bucci, 2013, p. 41)

No plano mesoinstitucional, os arranjos institucionais implicam a estruturação e organização despersonalizada de seus órgãos e serviços, assim como da atividade privada conexa. (Bucci, 2013, p. 42)

O voto não é o único instrumento de igualdade política em uma democracia (Bucci, 2013, p. 87).

A processualidade no âmbito das políticas públicas permite o exercício da dialética, do contraditório que contribui para o processamento das tensões sociais no desenrolar da ação governamental para a composição de coesão e legitimação democrática (Bucci, 2013). A observância do contraditório garante que as decisões sejam mediadas pelo diálogo social e formas específicas de coordenação, articulação, mediação ou arbitramento dos interesses em conflito, “a fim não apenas de obter uma decisão, ‘resultado útil’ do processo, mas minimizar os efeitos da frustração dos portadores dos interesses não contemplados” (Bucci, 2013, p. 138).

⁴⁴ “O plano macroinstitucional compreende o *governo* propriamente. No extremo oposto, plano microinstitucional, considera-se a *ação governamental* como unidade atomizada de atuação do governo. Na posição mesoinstitucional analisam-se os *arranjos institucionais*, ação governamental agregada em unidades maiores. Enquanto o plano macroinstitucional tem por objeto a *politics*, os planos meso e microinstitucionais focam as *policies*.” (Bucci, 2013, p. 37-38)



Garantir a participação ampla, ainda que pelas formas representativas, é uma alternativa para suprir assimetria na desigualdade de gênero no âmbito do Poder Judiciário. A representatividade neste Poder não é similar ao do Poder Legislativo, dada a distinção da função institucional, porém a noção não é incompatível. O membro da magistratura nacional não é eleito, contrariamente ao modelo federativo cogitado por Hamilton, Madison e Jay (2003), contudo há uma exigência democratizante no seu exercício. Formas amplas de participação devem ser pensadas para a sua legitimação democrática. Este artigo foca uma alternativa institucional para tanto atinente à ampliação da inclusão feminina na cúpula do Poder Judiciário.

A expansão de posições decisórias para as mulheres no Judiciário favorece o diálogo das variadas facetas do pensamento jurídico, “rico para a crítica dos processos de criação do direito que se pretendem mais próximos das práticas sociais e, com isso, mais vocacionados a tornar-se planos de organização da vida social, dotados da efetividade” (Bucci, 2013, p. 234). A densidade social de decisão política depende do compartilhamento de um sentimento de utilidade e valor positivo (Bucci, 2013, p. 255)

Postas essas premissas, depreende-se que a Constituição da República prevê a figura do órgão especial, com competência similar à do tribunal pleno, para questões administrativas e jurisdicionais. Nos termos do artigo 93, XI, da Constituição da República, o órgão especial exerce atribuições administrativa e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno. A função jurisdicional preponderante diz respeito à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, consoante o artigo 97.

O Poder Judiciário é marcado por suas tradições e formalismo. Historicamente homens são os maiores ingressantes e, por esta razão, figuram no topo da lista de antiguidade da carreira, o que lhes garante fácil acesso à cúpula decisória. Por suposto, as deliberações do órgão especial são majoritariamente tomadas de forma homogênea, sem que haja uma diversidade de pensamento e de experiências de pessoas com marcadores sociais distintos que, neste artigo, se destaca o gênero. Quer dizer,



magistradas não contribuem para as decisões administrativas e jurisdicionais relevantes delegadas ao topo da carreira jurisdicional nos Tribunais de Justiça.

A renovação institucional do Poder Judiciário para o desenvolvimento democrático passa pela inclusão feminina nos seus quadros internos (CNJ, 2018).

Contemplando este objetivo, por uma perspectiva de gênero, a composição do órgão especial deve exprimir o perfil demográfico da população brasileira segundo o percentual apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), instituto censitário nacional, cujos dados são colhidos cientificamente para desvendar a formação social do país. Neste sentido, as vagas devem ser distribuídas proporcionalmente entre magistrados e magistradas. Decorre, pois, a imperativa adequação da representatividade dos Tribunais de Justiça que possuem o órgão especial a fim de que seja providenciada a nomeação subsequente de juízas até que a composição justa, portanto, politicamente igualitária, seja efetivada.

O propósito é atingível por meio de formação de listas de antiguidade e de votação separadas por gênero. Neste diapasão, tem-se a certeza de que as vagas destinadas às mulheres serão ocupadas por mulheres, engendrando um órgão deliberativo que seja representativo.

O aumento da representatividade das mulheres no Judiciário favorece a diversidade de pensamento jurídico e, por decorrência, a constante criação e inovação, porque o processo decisório assume um caráter verdadeiramente dialético diante do espelhamento da sociedade real.

4 Considerações finais

O experimentalismo democrático de Mangabeira Unger incentiva a constante reforma institucional para a democratização do país. Para garantir apoio popular às decisões políticas, o autor recomenda a criação de benefícios universais, desconsiderando-se marcadores específicos da sociedade, ou seja, vulnerabilidades



decorrentes do gênero, raça e origem devem ser desprezadas para o sucesso das medidas desenvolvimentistas.

Pesquisas empíricas na esfera do Poder Judiciário demonstram que, embora haja certa homogeneidade de remuneração e nível de escolaridade, há uma profunda desigualdade interna entre juízas e juizes, o que coloca em xeque a teoria de Mangabeira Unger, bem assim seu repúdio à consideração de disparidades específicas de grupos sociais marginalizados. Em nossa posição, a democratização das instituições exige a consideração das desigualdades oriundas do gênero e o tratamento desigual para alcançar a igualdade. Nesta trilha, a universalização apenas invisibiliza a subjetividade de cada pessoa e perpetua a estruturação excludente. A preferência por benefícios específicos para corrigir as assimetrias de gênero é a alternativa mais apropriada para a inclusão social do que a universalização defendida por Unger.

Como caminho de inovação institucional desse poder, propõe-se a reserva de vagas para mulheres no órgão especial nos Tribunais de Justiça na formação da lista de antiguidade e de votação. A ocupação deste espaço por pessoas do gênero feminino contribui para a dialeticidade do pensamento jurídico e ampliação dos atores que deliberam questões administrativas e jurisdicionais relevantes para a sociedade.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva.

2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais: direitos e poderes**. Belo Horizonte:

Letramento, Casa do Direito, 2018.

BRASIL. AMB. **Perfil das magistradas brasileiras e perspectivas rumo à equidade de gênero nos tribunais**. Relatório de pesquisa. Coordenação Luis Felipe Salomão,

Eunice Maria Batista Prado. 1. ed. Brasília, DF: AMB, 2023. Disponível em:

https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2023/03/CPJ_Relatorio-Magistradas-Brasileiras_V3.pdf. Acesso em 1 mai. 2023.



- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário** 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>. Acesso em 1 mai. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros** 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdbcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em 1 mai. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº. 255, de 4 de setembro de 2018.** Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado15500920230320641880b10dcff.pdf>. Acesso em 1 mai. 2023.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 6 dez. 2023.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. **O federalista.** Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.257, p. 57-72, maio-agosto 2011.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **A segunda via: presente e futuro do Brasil.** São Paulo: Editora Boitempo, 2001.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada: a alternativa progressista.** São Paulo: Editora Boitempo, 1999.



UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental:** repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018. p. 48-96.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna:** contribuição à crítica da teoria social. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1979.



6. Swaps de taxas de juros: uma alternativa para a redução do custo da dívida pública(?)

Marcelo Vaz de Oliveira Júnior⁴⁵

Introdução

A adequada organização das finanças públicas é um aspecto preliminar central para a implementação de uma estratégia de desenvolvimento efetiva (UNGER, 2018, p. 54), constituindo um fator que exerce um papel determinante na extensão da capacidade financeira do Estado. Essa estratégia requer que o Estado possua capacidade de realizar investimentos e de implementar políticas públicas para aumentar o seu potencial inclusivo, para o que a existência de recursos disponíveis é relevante (UNGER, 1998, p. 150). Sem um escudo financeiro robusto, a capacidade de atuação do Estado como um agente coordenador da estratégia de desenvolvimento pode ser limitada.

Para formar esse escudo financeiro e financiar as suas ações, o Estado dispõe de quatro principais fontes de recursos: a emissão monetária, a tributação, a exploração econômica de seu patrimônio e a contratação de crédito público. Com as reformas institucionais realizadas na segunda metade do século XX em diversas jurisdições, que vedaram a prática de “financiamento monetário”, atualmente, apenas as três últimas fontes são utilizadas regularmente. Nos últimos anos, a contratação de crédito público ganhou proeminência (IMF, 2024, p. 1-2), particularmente considerando o contexto da Crise da Covid-19, que exigiu a mobilização de recursos para o financiamento de ações para lidar com os seus efeitos adversos.

⁴⁵ Doutorando em Direito (Subárea de concentração: Direito e Ciências Sociais) na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Licencié en Droit pela Université Jean Moulin Lyon III. E-mail: Marcelo_vaz@alumni.usp.br



Na esfera federal brasileira o cenário não foi diferente. Entre o início de 2020 e o final de 2024, o estoque da Dívida Pública Federal (DPF) aumentou substancialmente, passando de R\$4,229 trilhões em janeiro de 2020 para R\$7,316 trilhões em dezembro de 2024, segundo os dados divulgados pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN) (BRASIL [RMD], fev. 2020, p. 10; fev. 2025, p. 10). Da forma como reportada pela STN, a DPF é constituída por duas parcelas: (a) a Dívida Pública Mobiliária Federal Interna (DPMFi), composta por títulos negociados pelo Tesouro Nacional no mercado doméstico; e (b) a Dívida Pública Federal Externa (DPFe), que abrange títulos emitidos e contratos firmados pelo Tesouro Nacional no mercado internacional. Nesse período, a DPMFi foi responsável pelo maior incremento do estoque da DPF, dada a baixa representatividade da DPFe em seu cômputo total.

Conquanto se trate de um instrumento de financiamento relevante, caso não seja gerenciada adequadamente, a dívida pública pode fragilizar o escudo financeiro do Estado, com o incremento das necessidades de refinanciamento e de seus custos (KOSE, OHNSORGE & SUGAWARA, 2020, p. 5-7; 12), ao invés de auxiliar na execução de uma estratégia de angariamento de recursos para a implementação de políticas públicas ou a realização de gastos com investimento, por exemplo, que são essenciais para a promoção do desenvolvimento (UNGER, 1998, p. 151). Para além da mera trajetória quantitativa da dívida pública, a possibilidade de desencadeamento dessa situação está associada à sua composição (RISBJERG & HOLMLUND, 2005, p. 45; WHEELER, 2004, p. 8-11), que pode aumentar a sua exposição a riscos, tal como o risco de variação da taxa de juros, ou seja, o risco de ter o seu custo modificado devido a alterações no patamar de taxa de juros (RISBJERG & HOLMLUND, 2005, p. 40-41; IMF & WORLD BANK, 2014, p. 12).

A materialização do risco de variação da taxa de juros, que pode ser induzida por mudanças na taxa básica de juros da economia, tem o potencial de fragilizar a capacidade financeira do Estado em certas circunstâncias. Em primeiro lugar, considerando que parte da dívida pública tem a sua remuneração indexada à taxa



básica de juros, a mudança no patamar dessa taxa impacta diretamente o custo do estoque dessa parcela (WHEELER, 2004, p. 36). Em segundo lugar, dado que a taxa básica de juros influencia a formação da curva de juros da economia, o custo de emissão de novos instrumentos de dívida, ainda que a sua remuneração seja pré-fixada, também tende a ser afetado durante o processo de apreçamento dos títulos públicos (RESENDE, 2022, p. 72-74).

Para o caso brasileiro, esses aspectos são importantes pelo fato de que o aumento do montante da DPF nos últimos cinco anos se deu, em um primeiro momento, com crescimento da participação de títulos de menor prazo de vencimento no início da Crise da Covid-19, seguido pela elevação da proporção dos títulos públicos com remuneração indexada à Taxa Selic em seu cômputo total. O incremento da participação desses títulos torna a DPF mais exposta ao risco de variação da taxa de juros, o que tem o potencial de incrementar o seu custo durante ciclos de aperto monetário, como ocorreu nos últimos anos (BRASIL [RMD], fev. 2025, p. 17-19).

Há décadas, uma das soluções propostas para a redução dos custos da dívida pública tem sido a do ajuste fiscal, com a redução das despesas públicas e a geração de superávits primários capazes de permitirem a elevação no nível de poupança do Estado (UNGER, 1998, p. 117-118; GIAMBIAGI, 2021, p. 281-282; BRASIL [PAF], 2025, p. 4-5). Considerando o arranjo fiscal ora vigente, embora conceitualmente esta solução apresente certa coerência (UNGER, 2018, p. 190-191), ela exige um esforço cuja execução, no curto prazo, pode não ser factível sem implicar em *trade-offs* socioeconômicos relevantes (BALASUNDHARAM et al, 2023, p. 26-27). Assim, faz-se necessário pensar em vias alternativas institucionais capazes de contribuir para a redução do custo da DPF, mormente diante do aumento de sua exposição ao risco de variação da taxa de juros.

Em outras jurisdições, um mecanismo adotado para permitir o gerenciamento do risco de variação da taxa de juros foram os derivativos financeiros, particularmente os contratos de *swap* (PIGA, 2001, p. 25-54; BLOMMESTEIN, 2005, p. 30-31), que



viabilizam a troca de fluxos de caixa entre contrapartes (BRASIL & BM&FBOVESPA, 2015, p. 72; RECHTSCHAFFEN, 2019, p. 199-200; COLE, 2019, p. 88) e, com isso, proporcionam uma alteração sintética das posições das partes envolvidas na operação. No Brasil, embora o Tesouro Nacional esteja autorizado a se utilizar de derivativos financeiros para fins de gerenciamento da DPFe⁴⁶, não há uma autorização específica para que essa modalidade de operação seja realizada para fins de gerenciamento de risco da DPMFi.

Diante desse quadro, este artigo discute as potencialidades do uso de contratos de *swap* como uma ferramenta para que poderia auxiliar o Tesouro Nacional a realizar o gerenciamento do risco de variação da taxa de juros e permitir a redução do impacto de sua materialização sobre a capacidade financeira do Estado, esboçando também uma proposta de modificação no arcabouço jurídico-institucional para viabilizar a utilização desses instrumentos. Para isso, inspirando-se no método de análise institucional proposto por UNGER (1996, p. 129-134), este artigo está dividido em três seções, além desta Introdução e das Considerações Finais.

Realizando o mapeamento (UNGER, 1996, p. 130), a primeira seção apresenta um diagnóstico dos principais aspectos que contribuíram para o aumento da exposição da DPF ao risco de variação da taxa de juros no período de janeiro de 2020 a dezembro de 2024. Para isso, são utilizados os dados publicados pela STN sobre esse período a respeito da DPF e de suas parcelas⁴⁷. Por seu turno, a segunda seção, realizando a crítica (UNGER, 1996, p. 130), trata das principais consequências passíveis de serem geradas à capacidade financeira do Estado em decorrência da exposição da DPF ao

⁴⁶ Vide Resolução do Senado Federal nº 20/2004, artigo 1º, II: “Art. 1º É a União autorizada, nos termos da Resolução nº 96, de 1989, restabelecida pela Resolução nº 17, de 1992, ambas do Senado Federal, a executar o Programa de Emissão de Títulos e de Administração de Passivos de Responsabilidade do Tesouro Nacional no Exterior, que consiste nas operações de: [...] II – administração de passivos, de responsabilidade do Tesouro Nacional, contemplando operações de compra, de permuta e outras modalidades de operações, inclusive com derivativos financeiros.”

⁴⁷ A data de corte dos dados publicados pela Secretaria do Tesouro Nacional utilizados neste artigo foi 04 de fevereiro de 2025, quando foram divulgados o Relatório Mensal da Dívida referente ao mês de dezembro de 2024; o Relatório Anual da Dívida, referente ao ano de 2024; e o Planejamento Anual de Financiamento para o ano de 2025.



risco de variação da taxa de juros e sobre os desafios enfrentados pelo Tesouro Nacional para gerenciá-las.

É importante ressaltar que tanto o diagnóstico apresentado na primeira seção quanto a discussão realizada na segunda seção tomam o arranjo fiscal brasileiro, ou seja, o conjunto de regras, procedimentos e instituições que guiam a gestão das finanças públicas como dado. Esse arranjo estabelece parâmetros para o gerenciamento das finanças públicas, requerendo, por exemplo, o cumprimento de metas fiscais, a vinculação de receitas orçamentárias a finalidades específicas e a observância de limites de despesa. Ainda que em momentos críticos possa haver a implementação de medidas extraordinárias, a exemplo daquilo que ocorreu durante a Crise da Covid-19, em tempos de normalidade, o arranjo fiscal tem a pretensão de ser efetivo. Não é um objetivo deste artigo discutir mudanças nesse arranjo.

A terceira seção discute a proposta de introdução dos contratos de *swap* no conjunto de mecanismos passíveis de serem utilizados pelo Tesouro Nacional para fins de gerenciamento da dívida pública. Assim, em primeiro lugar, são tratados os aspectos estruturais e operacionais dos contratos de *swap* e, de forma panorâmica, avalia-se a experiência internacional com a utilização desses instrumentos, considerando os casos da Alemanha, Dinamarca, Holanda, Islândia e Noruega. O exame da experiência internacional tem como finalidade identificar aspectos do desenho institucional dos contratos de *swap* e verificar o modo como foram instrumentalizados para lidarem com desafios idiossincráticos de cada jurisdição, reconhecendo-se as diferenças estruturais entre elas e em relação ao Brasil.

À luz da experiência internacional, esboça-se a proposta de alternativa institucional para o caso brasileiro, discutindo-se as principais modificações que poderiam ser feitas no arcabouço jurídico-institucional para viabilizar a introdução desses instrumentos. Essa discussão é feita em dois momentos. O primeiro deles revela as limitações deste artigo a aspectos conceituais e institucionais ao enfatizar que, antes de haver a introdução dos contratos de *swap* no conjunto de ferramentas disponíveis



ao Tesouro Nacional, é necessário realizar uma série de estudos prévios para, por exemplo, estimar os seus impactos sobre o mercado, custos e retornos esperados, o que não é feito no artigo. O segundo momento, por seu turno, consentâneo com a limitação supramencionada, esboça a proposta de inovação institucional relativa aos contratos de *swap*, apontando para as principais modificações que poderiam ser realizadas no arcabouço jurídico nacional para viabilizar a sua introdução.

Por fim, à guisa de conclusão, as Considerações Finais sintetizam os principais argumentos tratados ao longo do texto. Com esse artigo, menos do que propor uma solução cabal para lidar com o impacto do risco de variação da taxa de juros sobre o custo da dívida pública, tem-se como finalidade contribuir para o debate a respeito de alternativas institucionais para o enfrentamento desse desafio diferentes da consolidação fiscal correntemente discutida. O foco em apenas uma solução pode inibir a visualização de horizontes alternativos e este artigo representa uma tentativa de explorar uma nova via.

1. O risco de variação da taxa de juros e o custo da dívida pública

Nos últimos anos, a dinâmica da dívida pública tem chamado a atenção devido ao incremento de seu estoque em um contexto de elevação do patamar da taxa básica de juros ao redor do mundo (WORLD BANK, 2024, p. 3; OECD, 2024, p. 33-38). Durante a Crise da Covid-19, com o intuito de mobilizar recursos para o financiamento de ações extraordinárias, houve um aumento generalizado da contratação de operações de crédito público pelos Estados (IMF, 2021, p. 2-3; KOSE et al, 2021, p. 4-6). Isso ocorreu em um ambiente no qual as autoridades monetárias mantiveram a taxa básica de juros em patamares reduzidos, favorecendo, ainda que não intencionalmente, as condições de financiamento do setor público (KOSE et al, 2021, p. 6).

Contudo, já no início do ano de 2021, com a retomada gradual da atividade econômica, pressões inflacionárias surgiram (BIS, 2021, p. 7), o que fez com que as



autoridades monetárias revertissem gradualmente o nível da taxa básica de juros (ENGLISH, FORBES & UBIDE, 2024, p. 10-13). Considerando o aumento do endividamento público e a deterioração da situação fiscal decorrente dos gastos com o gerenciamento da Crise da Covid-19, essa reversão suscitou preocupações a respeito de seu impacto sobre o custo da dívida pública em diversas jurisdições (IMF, 2023, p. 28-29; BIS, 2023, p. 59; ENGLISH, FORBES & UBIDE, 2024, p. 22). Nessas circunstâncias, embora o aumento do endividamento público tivesse ocorrido de forma generalizada ao redor do mundo, a intensidade dos efeitos da política monetária contracionista sobre o custo da dívida pública não dependia apenas do nível quantitativo desta última, mas também de sua composição (IMF, 2023, p. 28-29).

No caso do Brasil, a composição do endividamento público da União durante a Crise da Covid-19 e no período subsequente ocorreu de forma a contribuir para o aumento de sua exposição ao risco de variação da taxa de juros. A dívida de responsabilidade da União é representada pela DPF⁴⁸ e pode ter duas origens: (a) origem contratual, quando contraída por meio da celebração de contratos, como a dívida bancária e a dívida contraída junto a entidades multilaterais, cujas condições de negociação são estabelecidas entre a União e sua contraparte; e (b) origem mobiliária, decorrente da emissão de títulos públicos. Nesse último caso, a emissão de títulos públicos segue parâmetros de observância obrigatória atualmente previstos na Lei nº 10.179, de 06 de fevereiro de 2001 (Lei nº 10.179/2001), e no Decreto nº 11.301, de 21 de dezembro de 2022 (Decreto nº 11.301/2022).

No cômputo total da DPF, a dívida de origem mobiliária é a que tem maior representatividade, em especial a DPMFi, que correspondeu, em média, a mais de 95% do cômputo total da DPF nos últimos cinco anos. Essa parcela da DPF é composta

⁴⁸ O conceito de “dívida pública” utilizado neste artigo corresponde à Dívida Pública Federal (DPF) reportada pela Secretaria do Tesouro Nacional, abrangendo títulos emitidos e contratos firmados pela União. Esse conceito difere de outras qualificações realizadas em relação à dívida pública, como a Dívida Bruta do Governo Geral (DBGG) e a Dívida Líquida do Setor Público (DLSP), que possuem um escopo mais amplo.

majoritariamente por quatro modalidades de títulos públicos⁴⁹, a saber: (a) Letras do Tesouro Nacional (LTNs), que possuem remuneração pré-fixada, definida pelo deságio sobre o seu valor nominal, sendo emitidas preferencialmente para o financiamento de curto e médio prazos; (b) Letras Financeiras do Tesouro (LFTs), cuja remuneração é pós-fixada e indexada à Taxa Selic, sendo emitidas preferencialmente para o financiamento de curto e médio prazos; (c) Notas do Tesouro Nacional - Série B (NTNs-B), que têm remuneração pós-fixada indexada ao Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), sendo emitidas preferencialmente para o financiamento de médio e longo prazos; e (d) Notas do Tesouro Nacional - Série F (NTNs-F), que possuem remuneração pré-fixada, com pagamento semestral de cupom, sendo emitidas preferencialmente para o financiamento de médio e longo prazos.

Conforme consta no Gráfico 1, embora entre fevereiro de 2020 e setembro de 2021 tenha havido uma redução da proporção de LFTs no cômputo total da DPF, em contrapartida de um aumento da participação das LTNs, durante a Crise da Covid-19 e no período subsequente, o volume de LFTs no cômputo total da DPF se manteve em patamares elevados:

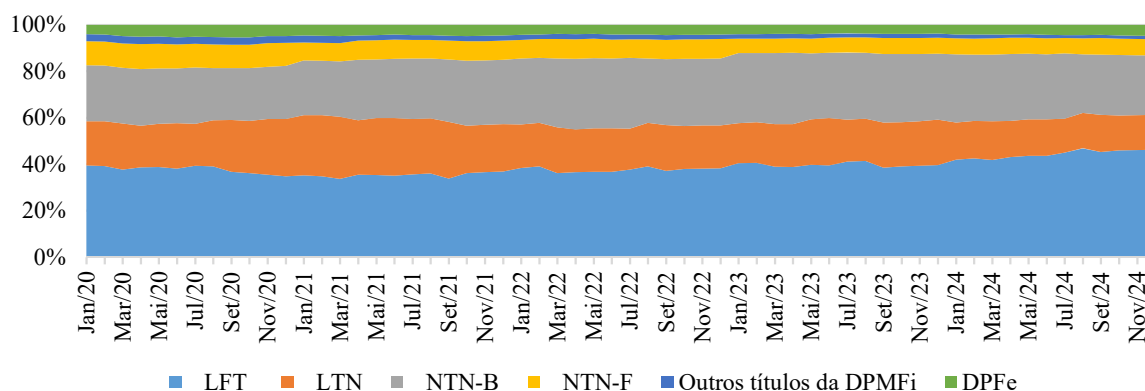


Gráfico 1 - Composição da DPF entre dezembro de 2019 e novembro de 2024

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional

⁴⁹ A DPMFi também abrange as Notas do Tesouro Nacional Série C (NTN-C), Títulos da Dívida Agrária (TDA), títulos securitizados e outros títulos que, em conjunto, representam menos que cinco por cento do estoque da DPMFi entre janeiro de 2020 e dezembro de 2024.



Assim, a participação das LFTs no cômputo total da DPF, que era de 39,48% em janeiro de 2020, alcançou uma mínima 33,69% em março de 2021 e, a partir de então, reverteu o movimento de queda, situando-se no patamar de 46,18% em dezembro de 2024. Ademais, ainda que tenha havido uma redução de sua participação entre fevereiro de 2020 e setembro de 2021, em contrapartida do aumento da participação das LTNs, o prazo médio de vencimento desses títulos no período foi de 1,35 ano, sendo utilizados para o financiamento de curto prazo.

Com o surgimento de pressões inflacionárias no contexto de retomada gradual da atividade econômica a partir do ano de 2021, o Banco Central do Brasil (BCB) iniciou um ciclo de aperto monetário. Nessas circunstâncias, apesar de a participação das NTN-B no cômputo total da DPF ter se mantido em níveis relevantes, o fato de ter havido um aumento da emissão de títulos de menor prazo de vencimento durante a fase aguda da Crise da Covid-19, considerando a elevação da demanda por ativos de curtíssimo prazo devido às incertezas quanto aos desdobramentos da crise (BRASIL [RAD], 2021, p. 11-12), seguido por um retorno acentuado da participação das LFTs no cômputo total da DPF, contribuiu para que houvesse aumento de sua sensibilidade à variação da taxa básica de juros⁵⁰. Para que isso possa ser compreendido, fazem-se breves considerações acerca da dinâmica de funcionamento desta taxa.

Atualmente, com certas exceções (KING & MANCINI-GRIFFOLI, 2018, p. 54), as autoridades monetárias adotam a taxa básica de juros como meta operacional da política monetária, cuja implementação ocorre a mediante a execução de operações que tomam referida taxa como parâmetro de remuneração, chamadas operações de mercado aberto (BINDSEIL, 2014, p. 84). A caracterização de “taxa básica de juros” se

⁵⁰ Desde logo é importante ressaltar que, neste artigo, não se argumenta que os indicadores de custo da DPF refletiram com igualdade nominal o patamar da Taxa Selic, o que seria incoerente considerando a composição do estoque da dívida pública. O que se argumenta é que houve uma correlação entre trajetórias, ou seja, ainda que de forma defasada, certos indicadores de custo da DPF se elevaram quando do aumento da taxa básica de juros; estabilizaram-se relativamente em determinados patamares quando do fim do ciclo de aperto monetário; e, em certas circunstâncias, quando a Taxa Selic foi reduzida, também se reduziram. A análise realizada nesta Seção 1 especifica essa correlação.



dá por tal taxa ser aquela de menor prazo na economia, sendo, em regra, tomada como referência para a definição de taxas de juros no médio prazo e no longo prazo (RESENDE, 2022, p. 72-73), sobre as quais as autoridades monetárias que se utilizam de uma abordagem convencional não controlam diretamente⁵¹.

No Brasil, a taxa básica de juros é a Taxa Selic. Por volta de cada 45 dias, a meta da Taxa Selic é definida pelo Comitê de Política Monetária do BCB, composto por seus oito diretores e o seu presidente. O Copom apenas fixa a meta da Taxa Selic e a implementação de sua decisão ocorre principalmente por meio de operações de mercado aberto realizadas pelo Departamento de Operações do Mercado Aberto (Demab) da autoridade monetária⁵², em especial operações compromissadas lastreadas em títulos da dívida pública. A apuração da Taxa Selic toma as operações compromissadas com liquidação no dia útil subsequente ao de contratação como referência⁵³, fazendo com que represente uma taxa de curtíssimo prazo.

Os efeitos da taxa básica de juros sobre a dinâmica macroeconômica são propagados pelo mecanismo de transmissão da política monetária, havendo multiplicidade de canais abordados pela teoria econômica (MISHKIN, 1996; CECCHETTI, 1999, p. 7-10). Os canais que tendem a ser aludidos com frequência são: (a) o canal de crédito; (b) o canal de consumo e investimento; (c) o canal de câmbio; (d) o canal das expectativas; e (e) o canal de ativos. No caso desse último canal, a taxa básica de juros exerce influência sobre o preço dos ativos, que ficam expostos risco de ter o seu valor modificado em decorrência das alterações no patamar da referida taxa.

⁵¹ O Banco do Japão adotou recentemente o “Programa de Controle da Curva de Juros”, realizando a aquisição de títulos públicos de longo prazo para manter não somente o controle da curva de juros no curto prazo, mas também no longo prazo. Cf. BRICHETTI et al., 2018.

⁵² Geralmente, a taxa das operações do mercado aberto tem seu valor fixado em 0.1 p.b. abaixo da meta definida pelo Copom. Com o intuito de nivelar os níveis de liquidez, em certas circunstâncias, o BCB autoriza que as taxas de juros das operações realizadas no mercado aberto sejam remuneradas em percentuais calculados sobre a meta da Taxa Selic.

⁵³ Para fins de apuração da Taxa Selic, são consideradas as operações compromissadas de liquidação no dia útil subsequente que tenham como contratantes (a) dois participantes do Selic e (b) um participante e um cliente participante, desde que tenham diferentes liquidantes no âmbito do Selic, conforme previsto no artigo 1º da Resolução BCB nº 46/2020.



Esse risco é particularmente relevante para os ativos financeiros. Em geral, os ativos financeiros representam direitos de recebimento futuro de moeda (IMF, 2017, p. 55-56), a exemplo do que ocorre no caso de títulos de dívida. Assim, em sua forma mais elementar, tais ativos comportam duas posições: uma posição ativa, representada pelo direito de recebimento do credor; e uma posição passiva, correspondente à obrigação de pagamento do devedor. Por importarem na renúncia à liquidez pelo credor em favor do devedor, por vezes, os ativos financeiros tendem a ter a sua remuneração precificada com uma taxa de juros. A forma como essa remuneração é estruturada e o prazo de vencimento do ativo são fatores que influenciam a sensibilidade de seu valor à variação da taxa básica de juros.

Os instrumentos de captação utilizados no âmbito da DPF são ativos financeiros por excelência. Devido à sua influência sobre a curva de juros, a execução da política monetária tem o potencial de impactar a precificação desses instrumentos, podendo aumentar ou reduzir o ônus do Tesouro Nacional. Os resultados passíveis de decorrerem desta relação entre política monetária e gerenciamento da dívida pública são variados e dependem de diversos aspectos. Assim, para a finalidade deste artigo, cumpre destacar duas situações básicas que são analisadas com cautela pelos gestores da dívida pública:

- (i) no caso de instrumentos de dívida com vencimento no curto prazo, dado que o patamar da taxa básica de juros tende a exercer maior influência sobre as taxas de prazos menores da curva de juros, o seu preço tende a ser mais diretamente influenciado pela alteração do referido patamar (RISBJERG, 2005, p. 41; IMF & WORLD BANK, 2014, p. 24). Por seu turno, os instrumentos que possuem remuneração pré-fixada, embora não haja uma alteração nominal dessa remuneração caso já estejam contratados e não sejam submetidos à repactuação das condições, o prêmio de risco exigido para a contratação de novos instrumentos com essa característica tenderá a



ser mais influenciada pelas projeções da curva de juros no curto prazo (RESENDE, 2022, p. 73); e

- (ii) quanto aos instrumentos de dívida com remuneração pós-fixada e vinculada à taxa básica de juros, independentemente de seu prazo de vencimento, a sua remuneração será diretamente influenciada pela alteração dessa taxa (WHEELER, 2004, p. 36; RISBJERG & HOLMLUND, 2005, p. 44). Nesse sentido, durante ciclos de aperto monetário, maior tenderá a ser o ônus referente ao pagamento da remuneração dos títulos vincendos com essas características quando de seu vencimento (RISBJERG & HOLMLUND, 2005, p. 49-50).

Como tratado anteriormente, no Brasil, a Taxa Selic é utilizada como parâmetro de remuneração das LFTs, cuja participação no cômputo total da DPF aumentou a partir do final de 2021. Ademais, ainda que entre fevereiro de 2020 e setembro de 2021 tenha havido redução da proporção das LFTs, isso se deu tendo como contrapartida o aumento da participação de LTNs, que, embora tenham a sua remuneração pré-fixada, possuem um prazo curto de vencimento. Esses dois fatores, ou seja, a alta participação de instrumentos com remuneração indexada à Taxa Selic e instrumentos com vencimento no curto prazo, contribuíram para aumentar a exposição da DPF ao risco de variação da taxa de juros no período analisado. Como consequência, no período de referência, os indicadores de custo da DPF se elevaram, em consonância com a trajetória da taxa básica de juros.

Entre março de 2021 e agosto de 2023, o Copom elevou a meta da Taxa Selic de 2% para 13,75%. Ainda que o BCB tenha encerrado o primeiro ciclo de aperto monetário em agosto de 2023, desde a 244ª Reunião do Copom, ocorrida em fevereiro de 2022, a meta da Taxa Selic foi mantida em patamares superiores a 10%. Em novembro de 2024, um novo ciclo de aperto monetário foi iniciado, em uma conjuntura



na qual, embora a participação das LTNs no cômputo total da DPF tivesse se reduzido, a participação das LFTs havia aumentado.

Nesse contexto, conforme reportado sistematicamente pela STN (BRASIL [RAD], 2022, p. 19-20; 2023, p. 22-23; 2024, p. 19-20; 2025, p. 27-28) e já considerado em suas projeções sobre a sensibilidade da DPF (BRASIL [RPDP], jul. 2020, p. 8; out. 2020, p. 14; BRASIL [RPF], 2022, p. 29-30), dada a composição do estoque desta última, os seus indicadores de custo seguiram a trajetória da Taxa Selic, elevando-se durante o ciclo de aperto monetário e mantendo-se em um patamar acima de 10%. O fim do primeiro ciclo de aperto monetário em agosto de 2023 colaborou para uma relativa estabilização dos custos da DPF (BRASIL [RAD], 2025, p. 27), mas o aumento da participação das LFTs em seu cômputo total e o início de mais um ciclo de aperto monetário em novembro de 2024 são fontes de preocupação da STN (BRASIL [RAD], 2025, p. 24).

O impacto decorrente dessa combinação de fatores pode ser analisado a partir de dois principais indicadores: (a) o custo médio do estoque (“CMEs”), que representa, em termos percentuais, o custo de carregamento da DPF nos últimos 12 (doze) meses (BRASIL [Notas Metodológicas], 2023, p. 5-6); e (b) custo médio de emissão (“CME_m”), indicador que reflete a taxa interna de retorno (TIR) dos títulos públicos no mercado doméstico, somada à variação média dos indexadores, considerando apenas as colocações de títulos nos últimos 12 meses (BRASIL [Notas Metodológicas], 2023, p. 6-7), de modo a refletir as condições de financiamento recentes.

O Gráfico 2 apresenta o CMEs da DPMFi e de seus quatro títulos com maior representatividade, bem como a trajetória da Taxa Selic no período de referência:

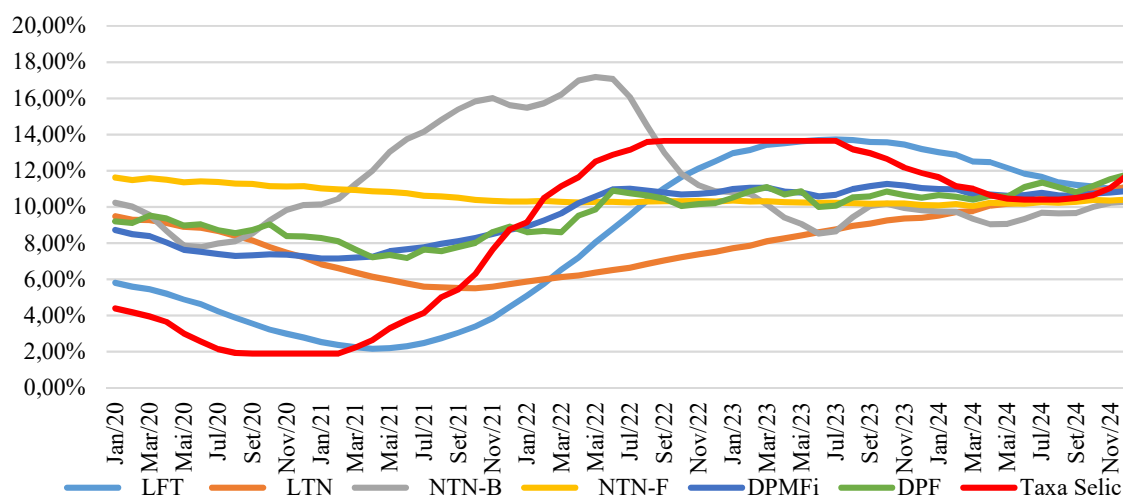


Gráfico 2 - CMEs da DPMFi e Taxa Selic - Acumulado em 12 meses (%)

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional e Banco Central do Brasil

No Gráfico 2, é possível notar que o CMEs da DPMFi seguiu uma trajetória próxima à da Taxa Selic, com uma tendência de alta com o início do ciclo de aperto monetário em 2021 e uma posterior manutenção em patamares superiores a 10% a partir de abril de 2022. Quando o CMEs dos títulos é analisado de forma desagregada, verifica-se que, por ter a sua remuneração indexada à taxa básica de juros, o estoque de LFTs foi o que apresentou maior correspondência à trajetória da taxa básica de juros. No que tange ao CMEs das LTNs, embora a sua sensibilidade a esta taxa tenha sido comparativamente menor do que a do CMEs de LFTs, é possível uma relação entre a sua trajetória e o ciclo de aperto monetário, que ocorreu de forma defasada. Ademais, um aspecto relevante diz respeito à quase estabilidade do CMEs das NTN-F e à representatividade considerável do estoque de NTN-B. Pelo fato de tanto as NTN-F quanto as NTN-B possuírem prazos mais longos de vencimento e estas últimas terem a sua remuneração indexada ao IPCA, que tende a se reduzir gradualmente durante ciclos de aperto monetário, ambos os títulos contribuíram para contrabalancear, ainda que parcialmente, o impacto da alteração do patamar da Taxa Selic sobre a trajetória do custo da DPMFi, revelando a importância da diversificação

dos títulos para a suavização do custo da DPF (BRASIL [RAD], 2023, p. 23; 2024, p. 19), permitindo compreender a sua relativa estabilidade após meados de 2022.

Além da elevação geral do CMEs da DPMFi, também foi possível constatar um incremento do CMEm de novos instrumentos de dívida. Novamente, o CMEm referente às LFTs e às LTNs foi o que mais correspondeu à trajetória da taxa básica de juros. Por seu turno, o CMEs das NTN-F manteve-se relativamente estável, enquanto o CMEm das NTNs-B seguiu a trajetória de seu indexador, o IPCA, conforme ilustrado no Gráfico 3:

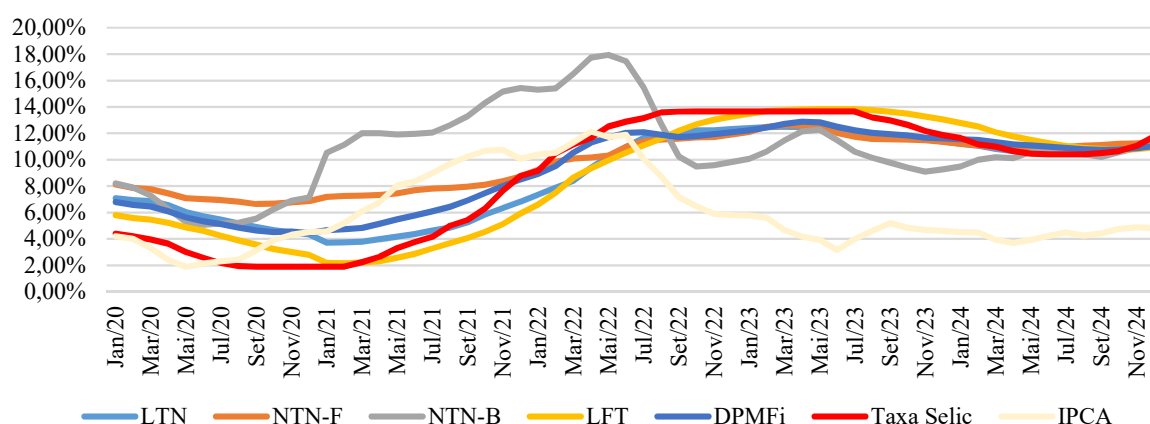


Gráfico 3 – CMEm da DPMFi x Taxa Selic e IPCA – Acumulado em 12 meses (%)

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional e Banco Central do Brasil

A elevação do CMEm indica piora nas condições de financiamento, refletindo sobre a emissão de novos títulos pelo Tesouro Nacional. O Tesouro Nacional emite novos títulos para contratar novas operações de crédito, em suas emissões ordinárias ou especiais, e para refinanciar a dívida vincenda, pagando o principal, somado à atualização monetária, e repactuando as suas condições. Assim, o aumento do CMEm pode fazer com que o Tesouro Nacional incorra em maiores custos quando da emissão de novos títulos para captar recursos.

Enfim, a correlação entre a trajetória do custo da dívida pública, analisada pelos indicadores do CMEs e do CMEm, e a variação da Taxa Selic entre o início de 2020 e o final de 2024 revela que a composição da DPF – particularmente da DPMFi –



contribuiu para o aumento de sua exposição ao risco de variação da taxa de juros. Se por um lado é possível mitigar o impacto efetivo desses custos ao longo do tempo, especialmente por meio de operações de refinanciamento, que alongam o prazo de vencimento da dívida pública, por outro, a realização de custos mais elevados é capaz de provocar consequências no curto prazo, as quais podem inibir a implementação de uma estratégia efetiva de desenvolvimento, como discutido na próxima seção.

2. Estratégias e mecanismo de gerenciamento do risco de variação da taxa de juros

A discussão a respeito do impacto da variação da taxa de juros sobre o custo da dívida pública não é nova e, da perspectiva da implementação de uma estratégia efetiva de desenvolvimento, tem relevância pelo fato de tal custo afetar a capacidade financeira do Estado. Conforme destacado por UNGER (2018, p. 54-55), um escudo financeiro robusto, com uma adequada organização das finanças públicas, é um aspecto preliminar central para a implementação de uma estratégia efetiva de desenvolvimento. Considerando o arranjo fiscal vigente, o aumento do endividamento público e dos custos associados a ele pode se traduzir em restrições à capacidade de ação do Estado, o que pode ser exemplificado em três âmbitos.

O primeiro âmbito se refere à realização de despesas com investimento, o que é especialmente relevante no país, pois grande parte do orçamento da União é composto por receitas vinculadas – já destinadas à consecução de alguma despesa – e por despesas obrigatórias – que constituem obrigações de execução mandatória. A existência dessa estrutura orçamentária, por si só, limita a capacidade de ação do Estado nesse âmbito (UNGER, 2018, p. 55), pois reduz a sua discricionariedade quanto à alocação de recursos. Com o aumento do custo da dívida pública, a discricionariedade do Estado para a realização de gastos com investimento pode ser ainda mais reduzida, na medida em que essa dinâmica exija que as receitas de aplicação livre sejam direcionadas para o pagamento dos referidos custos, em vez de



serem aplicadas em despesas com investimento, que dependem primordialmente dessa parcela de recursos.

O segundo âmbito diz respeito à consecução de políticas públicas, que são essenciais para a promoção de avanços socioeconômicos (KOSE, OHNSORGE & SUGAWARA, 2020, p. 12), permitindo que a estratégia de desenvolvimento tenha um potencial inclusivo. Como mencionado acima, no país, o orçamento público possui diversas receitas vinculadas a despesas, o que garante uma determinada quantidade de recursos para a implementação de políticas públicas. Entretanto, quando ocorre a constatação de que as receitas não serão suficientes para o cumprimento da meta de resultado primário ou nominal, a realização de despesas com determinadas políticas públicas pode ser contingenciada, conforme disposto no artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Os impactos decorrentes do contingenciamento de despesas poderiam ser aliviados caso fossem utilizados recursos oriundos das captações da DPF, instrumentalizada a favor de uma estratégia de desenvolvimento, para a consecução de tais políticas públicas, quando assim autorizado. Contudo, em um cenário de elevação dos custos da dívida pública, em vez de serem angariados recursos que poderiam auxiliar na consecução dessas políticas, os recursos decorrentes da captação com os instrumentos de dívida pública podem ter a sua destinação vinculada ao pagamento do serviço da dívida – despesa obrigatória não-contingenciável⁵⁴ - e para o seu próprio refinanciamento.

O terceiro âmbito se refere à capacidade do Estado para atuar de forma contracíclica em períodos de recessão (IMF, 2024, p. 1; KOSE, OHNSORGE & SUGAWARA, 2020, p. 11). Dadas as restrições quanto às fontes de receita do Estado, em momentos de declínio do ciclo econômico e de crise, a dívida pública pode ser

⁵⁴ Vide Lei Complementar nº 101/2000, artigo 9º, §2º: “Art. 9º [...] § 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, as relativas à inovação e ao desenvolvimento científico e tecnológico custeadas por fundo criado para tal finalidade e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.”



mobilizada para o angariamento de recursos para o financiamento de ações contracíclicas, como exemplificado com a Crise da Covid-19. Entretanto, considerando que nesses períodos ocorre tende a ocorrer uma reversão negativa das expectativas quanto à trajetória atividade econômica, um Estado que tem a sua capacidade financeira fragilizada pode ter que pagar maiores prêmios de risco para o angariamento de recursos devido à piora das condições de financiamento, potencializada pela percepção de maior risco oferecido pela dívida pública, bem como ter os efeitos de suas políticas anticíclicas reduzidos (KOSE, OHNSORGE & SUGAWARA, 2020, p. 11).

Considerando esses exemplos sobre consequências que podem decorrer do aumento da fragilidade financeira do Estado, uma estratégia efetiva de desenvolvimento requer um nível robusto de recursos e, para isso, mecanismos capazes de promover a redução do custo da dívida pública são essenciais. Há décadas, a solução correntemente proposta para lidar com o custo da dívida pública e permitir a reorganização das finanças públicas é a do ajuste fiscal (UNGER, 1998, p. 117-118; GIAMBIAGI, 2021, p. 281-282; BRASIL [PAF], 2025, p. 4-5), com a redução das despesas públicas e a geração de superávits primários. A implementação dessa estratégia permitiria a estabilização, seguida da redução do estoque da dívida pública, e a melhora do ambiente macroeconômico como todo.

Dado o arranjo fiscal vigente, as propostas deste cunho possuem coerência conceitual (UNGER, 2018, p. 191), pois, de fato, com a redução das despesas públicas, ampliando o espaço fiscal delimitado por esse arranjo para a amortização gradual da dívida, é esperado que a capacidade financeira do Estado melhore progressivamente (SUTHERLAND, HOELLER & MEROLA, 2012, p. 16-17; DI LORENZO & LACEY, 2024, p. 21-22). Porém, os efeitos buscados por essa via podem não ser alcançados no curto prazo sem que haja *trade-offs* socioeconômicos relevantes, como impactos no crescimento de curto prazo, deterioração na distribuição de renda e restrições na implementação de políticas públicas (BALASUNDHARAM et al. 2023, p. 9-10). Isso



faz com que seja necessário formular alternativas para a redução do custo da dívida pública, principalmente considerando a sua exposição ao risco de variação da taxa de juros.

Atualmente, o Tesouro Nacional dispõe de algumas ferramentas para realizar o gerenciamento do risco de variação da taxa de juros, mas estes instrumentos apresentam certas limitações diante dos desdobramentos recentes no âmbito da DPF. Essas ferramentas podem ser classificadas em três principais grupos: (a) diretrizes de gerenciamento; (b) indicadores de monitoramento; e (c) mecanismos operacionais. Abaixo, conforme as informações publicamente disponíveis, cada um desses grupos é detalhado.

Em relação às diretrizes de gerenciamento, dois subgrupos se destacam: (a) a diretriz relativa à finalidade última do gerenciamento; e (b) as diretrizes estratégicas. Nesse sentido, de forma congruente às recomendações internacionais (IMF & WORLD BANK, 2014, p. 7), a STN estabelece como finalidade primária do gerenciamento da DPF suprir as necessidades de financiamento do governo, de forma eficiente, com o menor custo no longo prazo e mantendo níveis prudentes de tomada de risco (BRASIL [PAF], 2025, p. 6). Adicionalmente, com essa atividade, a STN também visa contribuir para o bom funcionamento do mercado de títulos públicos no Brasil.

Para alcançar essa finalidade, a STN segue algumas diretrizes estratégicas, dentre as quais, da perspectiva de gerenciamento do risco de variação de taxa de juros, três se destacam:

- (i) a substituição gradual de títulos com taxas de juros flutuantes por títulos pré-fixados e indexados a índices de preço, considerando que títulos indexados à Taxa Selic aumentam a exposição da dívida pública ao risco de variação da taxa de juros;
- (ii) a suavização da estrutura de vencimentos, especialmente da dívida de curto prazo, pois a concentração de vencimentos no curto prazo aumenta o risco



- de incorrência de custos mais elevados em operação de refinanciamento em um período menor; e
- (iii) o aumento do prazo médio do estoque, com a emissão de títulos com prazo de vencimento mais longo, dado que os títulos com prazo de vencimento mais curto tendem a ser mais diretamente afetados pela alteração da taxa básica de juros.

Como tratado na Seção 1, com a evolução da composição do estoque da DPF durante a Crise da Covid-19 e no período subsequente, houve um distanciamento dessas diretrizes. As duas últimas foram impactadas negativamente pelo aumento da emissão de LTNs durante os anos de 2020 e 2021, enquanto a primeira foi frustrada com a elevação da participação das LFTs no período subsequente. Atualmente, a participação crescente das LFTs ainda afasta o gerenciamento da DPF da primeira diretriz. Em relação às duas outras diretrizes, após o final de 2021, houve uma suavização gradual da estrutura de vencimentos, ainda majoritariamente concentrada em cerca de três anos, e um aumento no prazo médio do estoque, que se mantém em quatro anos em média (BRASIL [RAD], 2025, p. 25-27). Embora tenha havido uma melhora nesses indicadores, essa ainda não é a situação ideal almejada pela STN (BRASIL [RAD], 2025, p. 25-27).

Cabe ainda ressaltar que, a partir dessas diretrizes, a STN planeja um *benchmark*, isto é, uma estrutura ideal de composição da DPF cujo alcance no longo prazo é visado, sendo utilizada para guiar o seu gerenciamento (SILVA, CABRAL & BAGHDASSARIAN, 2009, p. 175). Nos últimos anos, esse *benchmark* teve como aspectos basilares a redução da participação de títulos vinculados a taxas flutuantes, em contrapartida do aumento da emissão de títulos com remuneração pré-fixada, com maior prazo de vencimento, e indexados aos índices de preço. Todavia, como tratado na Seção 1, a evolução recente da composição do estoque da DPF a afasta desse



benchmark (BRASIL [PAF], 2025, p. 13), principalmente devido ao aumento da participação das LFTs.

Em relação ao grupo dos indicadores de monitoramento, a STN se utiliza de diversos deles para o acompanhamento do risco de variação da taxa de juros (BRASIL, 2011, p. 19), tais como: (a) o indicador de composição da DPF, que permite verificar a evolução da participação de títulos, conforme a sua estrutura de remuneração; (b) o indicador de risco de repactuação, que viabiliza a análise da parcela da DPF sujeita ao risco de variação da taxa de juros no curto prazo; (c) a análise de sensibilidade da DPF, que indica os impactos decorrentes da variação no percentual de um ponto percentual da Taxa Selic e da taxa de câmbio sobre o seu custo; (d) os testes de estresse, que possibilitam a mensuração do resultado que choques na taxa de juros poderiam provocar sobre o custo da DPF; e (e) o *cost-at-risk*, que permite estimar o valor máximo ao qual o estoque da DPF poderia atingir no final de um determinado período.

Esses indicadores possibilitam o acompanhamento da exposição da DPF ao risco de variação da taxa de juros e a estimativa de seus possíveis impactos. Constituem, portanto, importantes mecanismos para a elaboração de cenários e de estratégias para lidar com potenciais choques decorrentes da materialização do risco de variação da taxa de juros com a realização de custos mais elevados. Todavia, enquanto indicadores de monitoramento, esse segundo conjunto de mecanismos tem o seu alcance restrito. A atenuação dos impactos depende principalmente do terceiro grupo de mecanismos da STN: os mecanismos operacionais.

A STN dispõe de um conjunto de mecanismos operacionais passíveis de serem empregados para lidar com as consequências oriundas da materialização do risco de variação da taxa de juros, dentre os quais se destacam: (a) as operações de refinanciamento, que permitem a repactuação das condições da dívida, mediante a emissão de novos títulos, e o alongamento de seu prazo de vencimento; (b) as operações de recompra de títulos, que viabilizam a retirada antecipada de títulos do mercado antes de sua data de vencimento; (c) a utilização da reserva de liquidez, que



possibilita o pagamento de custos da DPF pelo Tesouro Nacional; e (d) a proteção decorrente da composição diversificada do portfólio.

Esses mecanismos operacionais são relevantes e podem auxiliar na atenuação dos impactos oriundos da variação da taxa de juros. As operações de recompra e as operações de refinanciamento, por exemplo, podem ser utilizadas para aliviar pressões sobre as condições financeiras do Tesouro Nacional: as primeiras reduzem a concentração das operações de refinanciamento e podem ter um efeito *ex ante* positivo sobre os seus custos a depender dos títulos que forem adquiridos pela STN; por seu turno, as segundas diferem a realização de custos relacionados à DPF. Já a reserva de liquidez tem o condão de auxiliar o Tesouro Nacional a cumprir as suas obrigações quando devidas, como ocorre nos casos de amortização da dívida, fazendo frente ao incremento de custos em decorrência da variação da taxa de juros de forma *ex post*. Por fim, a diversificação do portfólio, como tratado na Seção 1, desempenha um papel essencial no contrabalanceamento do aumento dos custos em cenários de aperto monetário.

Embora esses mecanismos operacionais sejam relevantes, há certas limitações em seu uso. A diversificação do portfólio e o sucesso das operações de recompra, por exemplo, dependem da existência de condições mercadológicas propícias para a sua realização. Principalmente no primeiro caso, a depender das perspectivas a respeito da evolução da curva de juros, pode haver dificuldades para que títulos com certas características sejam leiloados, o que é considerado um desafio pela STN (BRASIL [PAF], 2025, p. 15). Quanto à reserva de liquidez, atualmente, ela se encontra acima dos níveis prudenciais, mas, analisando a sua trajetória desde o ano de 2021, verifica-se que houve um declínio do número de meses de vencimento que ela é capaz de cobrir (BRASIL [RAD], 2025, p. 14). Assim, embora a STN objetive manter os níveis das reservas de liquidez em patamares confortáveis, essa não é uma ferramenta ilimitada. Diante disso, considerando a atual composição da DPF e o cenário de aperto monetário, um outro mecanismo poderia ser adicionado ao conjunto de ferramentas



disponíveis à STN para auxiliá-la no gerenciamento do risco de variação da taxa de juros. Em outras jurisdições, os derivativos, em especial os contratos de *swap*, constituíram uma via para lidar com desafios semelhantes. Assim, considerando a experiência internacional, a próxima seção explora, no plano conceitual, os motivos pelos quais os contratos de *swap* poderiam auxiliar o Tesouro Nacional no gerenciamento do risco de variação da taxa de juros e esboça uma proposta de mudança institucional para viabilizar a sua introdução no conjunto de ferramentas disponíveis à STN voltadas a este propósito.

3. A utilização de *swaps* para o gerenciamento da dívida pública

3.1. *Swaps* como instrumento de gerenciamento de riscos

Os contratos de *swap* são instrumentos derivativos utilizados, por excelência, para o gerenciamento de riscos. No Brasil, tais contratos são caracterizados como valores mobiliários e a sua negociação ocorre tipicamente no mercado de balcão, sem que haja uma padronização de suas condições (BRASIL & BM&FBOVESPA, 2015, p. 74), o que permite a sua adaptação para atender a diferentes necessidades.

Em termos estruturais, o contrato de *swap* é um acordo por meio do qual duas partes convencionam trocar (por isso o termo “*swap*”) fluxos de caixa em uma data futura, alterando a sua posição atual em relação aos riscos aos quais estão expostas, sem envolver propriamente a transferência direta de ativos ou obrigações (LOYES, 1985, p. 18; BRASIL & BM&FBOVESPA, 2015, p. 72; RECHTSCHAFFEN, 2015, p. 200; COLE, 2019, p. 88). Assim, as partes estipulam um valor nocional para servir como base para o cálculo dos fluxos de caixa (BRASIL & BM&FBOVESPA, 2015, p. 72-74; RECHTSCHAFFEN, 2015, p. 200), o que permite que tais operações possam abranger, referencialmente, diferentes montantes de suas posições patrimoniais. Ao final do período contratado, ocorre uma compensação dos fluxos de caixa devidos por uma contraparte à outra, de modo que a contraparte que possui uma posição líquida positiva em relação às posições trocadas, ou seja, cujo montante devido é menor do



que o montante do qual é credora, recebe a diferença dos fluxos de caixa da outra contraparte.

Os contratos de *swaps* passaram a ser introduzidos no âmbito do gerenciamento de riscos na década de 1980, sendo os mais comuns os que envolvem a troca de taxas cambiais e de taxas de juros. Por serem, em geral, contratos não-padronizados, as partes podem decidir a respeito de aspectos como: (a) parâmetros das posições a serem trocadas; (b) valor nocional do contrato; (c) prazo de duração do contrato e a possibilidade de haver a antecipação do pagamento; e (d) requisição de garantias na operação. No caso dos contratos de *swap* de taxas de juros, duas são as modalidades mais comuns (BARKLEY, 2019, p. 56):

- (i) *Receiver-Swaps*, nos quais a Contraparte A fica com uma posição ativa (direito a receber) em uma taxa de juros pré-fixada e uma posição passiva (obrigação de pagar) em uma taxa de juros pós-fixada; e
- (ii) *Payer Swaps*, nos quais a Contraparte A fica com uma posição ativa em uma taxa de juros pós-fixada e uma posição passiva em uma taxa de juros pré-fixada.

Com essas configurações, os contratos de *swap* de taxas de juros permitem que as contrapartes protejam as suas posições contra variações indesejadas em seu valor em razão do risco de variação de taxa de juros, podendo auxiliar na atenuação de perdas em decorrência da materialização de tal risco (LOYES, 1985, p. 18). No setor financeiro, por exemplo, esses contratos são utilizados pelas instituições financeiras para o gerenciamento do risco de mercado e do risco de variação da taxa de juros sobre ativos classificados na carteira bancária. Pelo fato de as suas posições patrimoniais possuírem diferentes exposições, o emprego desses contratos permite que as instituições financeiras mitiguem o risco de que eventuais modificações no valor de tais posições desencadeiem em problemas de liquidez.



Embora tais contratos, em geral, não sejam padronizados, no âmbito internacional, o *Master Agreement* da *International Swaps and Derivatives Association* (doravante “Padrão ISDA”) tende a ser utilizado como base para a sua formulação. O Padrão ISDA contém cláusulas gerais que viabilizam a harmonização de instrumentos derivativos negociados no mercado de balcão. Ademais, o *Master Agreement* tende a ser acompanhado pelo *Credit Support Annex* (CSA), documento componente do Padrão ISDA que dispõe a respeito de garantias concedidas na operação. Por ser utilizado internacionalmente, o Padrão ISDA auxilia na redução da complexidade de gestão dos contratos de *swap*, viabilizando a criação de práticas comuns nesse mercado em diferentes jurisdições.

Dada a função relevante desempenhada pelos contratos de *swap* para o gerenciamento de riscos, não apenas o setor privado se beneficiou do seu uso ao longo do tempo, mas também o setor público. Desde a sua criação, diversas jurisdições passaram a se utilizar desse instrumento com o objetivo de reduzir o custo da dívida pública e permitir a sua convergência com o *benchmark* almejado (PIGA, 2001, p. 39; WHEELER, 2004, p. 149; BLOMMESTEIN, 2005, p. 30-31; BLOMMESTEIN et al., 2008, p. 225-227). Nesse sentido, algumas finalidades para as quais os gestores da dívida pública empregaram esses contratos foram (PIGA, 2001, p. 29-38; BLOMMESTEIN et al., 2008, p. 226): (a) modificação sintética da composição da dívida; (b) alongamento do prazo médio de vencimento; e (c) redução da exposição da dívida pública ao risco de variação da taxa de juros, com vistas à geração de benefícios considerando a evolução atual ou prospectiva do patamar de taxa de juros.

Apesar desse uso, a utilização dos contratos de *swap* também foi acompanhada por algumas preocupações quanto às suas potenciais desvantagens, tais como: (a) a influência negativa sobre a estratégia de gerenciamento da dívida pública (BLOMMESTEIN et al., 2008, p. 226); (b) a exposição do Estado ao risco de crédito, decorrente da possibilidade de sua contraparte não honrar as suas obrigações principais e acessórias (WHEELER, 2004, p. 99-100; BLOMMESTEIN, 2005, p. 31-34);



e, em vista dos impactos que as flutuações mercadológicas podem trazer ao longo do tempo para tais contratos, (c) os limites de seu uso, considerando a possibilidade de anulação dos efeitos positivos passíveis de serem gerados com essa estratégia em decorrência dessas flutuações (PIGA, 2001, p. 29). Essas preocupações indicam que, embora os contratos de *swap* possam ser um instrumento útil, a sua utilização deve ser realizada de forma meticulosa para evitar que os seus potenciais benefícios não se convertam em inconvenientes.

Exemplos de jurisdições que dispõem desse instrumento para fins de gerenciamento da dívida pública são Alemanha, Dinamarca, Holanda, Islândia e Noruega. A Tabela 1 apresenta os traços essenciais da estrutura institucional existente em torno desses contratos nessas jurisdições e os principais resultados reportados nos anos recentes:



<i>Jurisdição</i>	<i>Estrutura autorizativa</i>	<i>Modalidades</i>	<i>Aspectos operacionais</i>	<i>Gerenciamento do risco de crédito</i>	<i>Resultados recentes</i>
Alemanha	Autorização específica permanente prevista em lei própria, com limites quantitativos fixados na lei orçamentária anual e gestão feita por entidade específica	<i>Receiver-Swaps</i> e <i>Payer-Swaps</i>	Operações realizadas com condições determinadas pela Finanzagentur (não foram identificadas indicações do uso do Padrão ISDA)	Realização das operações por meio de uma contraparte central	A utilização de contratos de <i>swaps</i> pela Finanzagentur ocorre desde 2002. Entre os anos de 2020 e 2023, diante da alteração do patamar de taxas de juros na Zona do Euro, a Finanzagentur alterou a composição de seu portfólio aumentando a proporção de <i>Payer-Swaps</i> a fim de se beneficiar do aumento das taxas de juros. Embora nos anos de 2022 e 2023, o resultado das posições passivas tenha ultrapassado o das posições ativas, no montante respectivo de €19 milhões e €22 milhões, em uma análise com prazo mais longo, entre os anos de 2015 e 2023, os contratos de <i>swap</i> permitiram a obtenção de resultados positivos no de cerca de €1,7 bilhão. (BRD, 2023, p. 46; 2024, p. 50-54)
Dinamarca	Autorização específica permanente prevista em lei, que fixa conexão entre estratégia de captação e de gerenciamento de riscos, com delegação de gestão ao banco central	<i>Receiver-Swaps</i>	Operação realizada com base no Padrão ISDA, incluindo CSA, com o estabelecimento de nota de risco mínima para contrapartes	Requisição bilateral de margens de garantia	A utilização de contratos de <i>swap</i> para o gerenciamento da dívida pública denominada em moeda nacional ocorreu no final da década de 1990. Nos anos recentes, o Danmarks Nationalbank tem reportado resultados positivos com a utilização desses instrumentos para a redução dos impactos do risco de variação da taxa de juros sobre o custo da dívida pública, projetando que tal impacto seria maior caso não houvesse a utilização dos referidos contratos. (DN, 1999, p. 87; 1999, p. 93-98; 2023, p. 19-20; 2024, p. 27-28)
Holanda	Autorização genérica prevista em lei, com especificação em ato administrativo e gestão feita por entidade específica	<i>Receiver-Swaps</i> e <i>Payer-Swaps</i>	Operação realizada com base no Padrão ISDA, incluindo CSA, com o estabelecimento de nota de risco	Requisição unilateral de margens de garantia	A utilização dos contratos de <i>swap</i> foi feita de forma sistemática pela Agentschap entre os anos de 2008 e 2015, viabilizando a redução dos custos da dívida pública e a adequação de sua estrutura ao <i>benchmark</i> . Contudo, apesar dos resultados iniciais positivos, ao longo do tempo, a utilização dos contratos de <i>swap</i> de taxas de juros implicou em alguns efeitos colaterais indesejados. Esses efeitos colaterais fizeram com que a Agentschap revisasse a sua estratégia de gerenciamento de



			mínima para contrapartes		riscos para reduzir a sua dependência em relação aos contratos de <i>swap</i> , mas tais contratos ainda continuam disponíveis para uso. (KNL, 2007, p. 16-19; 2011, p. 48-49; p. 54; 2015, p. 33-36; 2019, p. 23-24)
Islândia	Autorização genérica prevista em lei, com limites quantitativos específicos fixados pela lei orçamentária anual, com delegação de gestão ao banco central	<i>Receiver-Swaps</i> e contratos de <i>swap</i> de inflação, com o recebimento de índices inflacionários e pagamento de taxas de juros pré-fixadas pelo tesouro islandês	Operações realizadas com condições determinadas pelo Ministério das Finanças (não foram identificadas indicações do uso do Padrão ISDA)	Mecanismos não reportados	A introdução dos contratos de <i>swap</i> de taxas de juros para o gerenciamento da dívida pública denominada em moeda nacional ocorreu a partir de 2018. Desde então, anualmente, o tesouro islandês tem reportado uma queda no valor nominal e no valor de mercado de sua dívida indexada a índices inflacionários, indicando que os contratos de <i>swap</i> auxiliaram no cumprimento do objetivo almejado. O tesouro islandês planeja seguir com essa estratégia nos próximos anos, reduzindo a proporção dos títulos indexados a índices inflacionários na dívida pública sinteticamente por meio da utilização dos contratos de <i>swap</i> . (IS [MDMS], 2013, p. 21; 2018, p. 21; 2024, p. 21; IS [MI], jan. 2022, p. 5; jan. 2023, p. 5; jan. 2024, p. 5)
Noruega	Autorização genérica prevista em lei e especificada em atos administrativos, com anuência concedida pela lei orçamentária anual, a princípio sem limites quantitativos específicos, e delegação de gestão ao banco central	<i>Receiver-Swaps</i>	Operação realizada com base no Padrão ISDA, incluindo CSA, com o estabelecimento de nota de risco mínima para contrapartes	Requisição bilateral de margens de garantia	A celebração de contratos de <i>swap</i> ocorreu de forma sistemática entre 2005 e 2014, anos em que, em razão da alteração do ambiente de taxa de juros, a celebração desses contratos foi interrompida. Contudo, o Ministério das Finanças ainda tem solicitado autorizações genéricas ao parlamento para a utilização desses instrumentos caso seja necessário. Com o estoque remanescente, o Norges Bank tem reportado uma posição líquida positiva em relação a esses contratos, demonstrando a sua efetividade para reduzir o impacto da variação da taxa de juros sobre o custo da dívida pública. (KNO, 2016, p. 8; 2017, p. 25; 2024, p. 26)

Tabela 1 – Experiência internacional com a utilização de contratos de *swap* de taxas de juros

Esses exemplos ilustram diferentes usos dos contratos de *swap* para fins de gerenciamento do risco de variação da taxa de juros no âmbito da dívida pública. Como é possível notar na Tabela 1, cada uma das jurisdições configurou os contratos de *swap* para lidar com desafios específicos e, para administrar os riscos tipicamente associadas a estes instrumentos, também foram estabelecidos diferentes arranjos institucionais, envolvendo aspectos como:

- (i) a previsão de uma autorização expressa para a celebração desse tipo de contrato no arcabouço jurídico-institucional, provendo segurança jurídica à operação;
- (ii) o estabelecimento de limites quantitativos autorizativos pelo poder legislativo para limitar a sua utilização e seu impacto sobre o orçamento público;
- (iii) o emprego estratégico – e não generalizado – deste tipo de contrato para lidar com cenários específicos, balizando o seu montante de emissão, a formatação de suas condições e o seu impacto sobre o mercado;
- (iv) mecanismos para a redução o risco de crédito oriundo da operação, como a contraparte central e os acordos de garantia; e
- (v) um conjunto de análises capazes de viabilizar o julgamento a respeito da utilização desses contratos, inclusive a suspensão das operações quando não houver perspectiva de geração de benefícios.

Considerando a experiência internacional com a utilização dos contratos de *swap* para o gerenciamento da dívida pública e o diagnóstico apresentado na Seção 1, a próxima subseção esboça uma proposta de introdução desses contratos no conjunto de mecanismos disponíveis ao Tesouro Nacional para fins de gerenciamento do risco de variação da taxa de juros.

3.2. Uma proposta conceitual para o caso brasileiro

Como tratado na Seção 1, nos últimos anos, a evolução da composição da DPF se deu de modo a aumentar a sua exposição ao risco de variação da taxa de

juros, especialmente com o aumento da participação das LFTs em seu cômputo total. Em períodos de aperto monetário, como o iniciado em novembro de 2024, essa exposição tem o potencial de elevar o custo da DPF em decorrência da alteração nos patamares de taxa de juros com a realização dos custos. Ademais, se a trajetória de crescimento da participação das LFTs continuar, maior será a distância da composição da DPF em relação ao *benchmark* almejado pela STN, o que pode minar a sua credibilidade enquanto entidade responsável pela gestão da DPF.

Assim, em vista do diagnóstico exposto na Seção 1 e da experiência internacional sumarizada na Subseção 3.1, uma alternativa que poderia auxiliar a STN a lidar com esses desafios é a utilização de contratos de *swap* de taxas de juros. No plano conceitual, esses contratos têm o potencial de permitir que a STN reduza a sensibilidade da DPF aos movimentos da taxa de juros de curto prazo, bem como o seu custo em cenários de elevação da Taxa Selic.

No cenário atual, isso poderia ocorrer, por exemplo, com a troca de taxas de juros pré-fixadas por taxas de juros flutuantes, de modo que, uma vez que o resultado da aplicação da taxa de juros flutuante sobre o valor nominal do contrato de *swap* superasse o resultado obtido com a aplicação da taxa de juros pré-fixada sobre o mesmo valor, o Tesouro Nacional receberia um montante de sua contraparte, que poderia ser utilizado para o pagamento dos custos da dívida pública, reduzindo o custo efetivo no qual incorreria diretamente caso o contrato de *swap* não tivesse sido celebrado. Ademais, com os contratos de *swap*, poderia haver uma extensão do prazo de maturidade da DPF, com uma dissociação entre o seu prazo de liquidação e o prazo de vencimento dos títulos públicos, permitindo que seus benefícios fossem diferidos ao longo do tempo.

Contudo, para a implementação organizada desses instrumentos, é necessário observar dois grupos de requisitos, a saber: (a) preliminares fático-viabilizantes; e (b) requisitos institucionais estruturantes.

O primeiro grupo de requisitos se refere à existência de aspectos fáticos capazes de viabilizar a operacionalização dos contratos de *swap*, ou seja, condições mercadológicas e operacionais propícias à sua utilização. No caso

dinamarquês, por exemplo, antes da introdução dos contratos de *swap* de taxas de juros, foram realizadas diversas análises a respeito de aspectos econômico-financeiros e operacionais envolvidos nas transações com esses contratos, como: (a) condições de mercado; (b) apetite de risco em relação às contrapartes e às operações; (c) capacidade organizacional para a execução das operações; e (d) estimativas de resultados esperados (DN, 1998, p. 88-100). O exame aprofundamento das preliminares fático-viabilizantes envolve especialmente a análise de aspectos mercadológicos e de fatores organizacionais da STN, o que, embora seja essencial, transcende o escopo deste artigo.

Cumprе ressaltar, no entanto, que a essencialidade dessa avaliação está relacionada principalmente aos efeitos que a introdução desses mecanismos pode trazer e à capacidade organizacional para a sua execução. Faz-se necessário considerar, por exemplo, se a introdução desses contratos é capaz de desencadear riscos para determinados setores, como o setor financeiro, no qual os contratos de *swap* negociados privadamente são utilizados amplamente, e os possíveis impactos que esses riscos podem acarretar. Da mesma forma, também é necessário avaliar a disponibilidade de contrapartes para a celebração desses contratos, a fim de garantir que sejam absorvidos e efetivos no cumprimento de seu objetivo.

Ademais, dado que tais instrumentos envolvem certa complexidade operacional, principalmente considerando a execução da estratégia de colocação, também é preciso examinar a capacidade organizacional da STN para o emprego desses instrumentos. A importância desse aspecto está relacionada principalmente à possibilidade de haver perdas por parte do Tesouro Nacional que podem superar os custos poupados com a utilização dos contratos de *swap*. Para evitar essas perdas, é necessário que haja um ferramental sofisticado de modelagem contratual e de projeção de cenários para verificar o momento mais adequado para a sua liquidação.

Uma vez que esses aspectos preliminares tenham sido avaliados e se tenha chegado à conclusão de que as preliminares fático-viabilizantes existem, deve-se passar ao segundo grupo de requisitos, para o qual este artigo pretende

contribuir com maior profundidade, referindo-se aos aspectos jurídico-institucionais necessários para a implementação e a operacionalização dos contratos de *swap*. A proposta em relação aos requisitos institucionais estruturantes é apresentada abaixo abarcando cinco aspectos basilares: (a) estrutura autorizativa; (b) modalidades de contrato de *swap*; (c) governança dos contratos e das operações; (d) seleção de contrapartes; e (e) mecanismos de proteção contra o risco de crédito.

Quanto à estrutura autorizativa, em primeiro lugar, seria necessário conferir ao Tesouro Nacional uma permissão expressa para a utilização de instrumentos derivativos no âmbito do gerenciamento da DPMFi, deixando claro que a sua finalidade é tão somente permitir o gerenciamento de riscos, não se confundindo com a estratégia de captação da dívida pública nem tendo propósito especulativo. Atualmente, a Resolução do Senado Federal nº 20/2004, em seu artigo 1º, II, já concede poderes ao Tesouro Nacional para a utilização de derivativos no âmbito do gerenciamento da DPFe. Uma disposição semelhante poderia ser introduzida na Lei nº 10.179/2001 para o caso da DPMFi.

Ademais, nessa estrutura autorizativa, para robustecer o controle legislativo sobre essa ferramenta e distribuir a responsabilidade política pelo seu uso, principalmente no período inicial das operações, a utilização dos contratos de *swap* poderia ser condicionada à aprovação de limites quantitativos pelo Congresso Nacional. Assim, anualmente, como ocorre nos casos da Alemanha e da Islândia, o Congresso Nacional aprovaria o montante nocional de contratos de *swap* passíveis de serem firmados pelo Tesouro Nacional quando do processo de tramitação da Lei Orçamentária Anual (LOA). Isso evitaria a existência de uma autorização genérica, sem limites definidos, e permitiria maior controle sobre as novas operações.

Ainda, considerando que, no Brasil, os contratos de *swap* são caracterizados como valores mobiliários pelo artigo 2º, VIII, da Lei nº 6.385/1976⁵⁵, para que haja maior segurança na operação, esta lei poderia ser

⁵⁵ Lei nº 6.385/1976, artigo 2º, VIII: “Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: [...] VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes.”

alterada com o estabelecimento de uma disposição expressa retirando os derivativos emitidos pelo Tesouro Nacional de seu perímetro de aplicação e os submetendo a um regime jurídico específico, tal como ocorre atualmente com os títulos da dívida pública⁵⁶. Isso evitaria que eventuais conflitos envolvendo os contratos de *swap* emitidos para fins de gerenciamento da dívida pública atraíssem a ação de autoridades responsáveis por sua regulação nas operações ordinárias, o que poderia implicar em instabilidades para a estratégia de gerenciamento da dívida pública.

Quanto às modalidades de contratos de *swap*, como tratado na Subseção 3.1, a configuração de tais instrumentos pode ser ajustada para lidar com diferentes desafios. Sendo assim, a autorização para que o Tesouro Nacional se utilize desses instrumentos poderia ser concedida sem o estabelecimento de um rol específico, deixando a cargo da STN a configuração desses contratos para viabilizar o seu uso em diferentes circunstâncias. No contexto atual, no qual há a expectativa de aumento da Taxa Selic no curto prazo, para proteger a DPF contra a volatilidade decorrente desse movimento, os contratos de *swap* de taxas de juros mais adequados seriam aqueles com uma estrutura próxima a de *Payer-Swaps*, mas, em outros cenários, esta pode não ser a melhor configuração. Por esse motivo, a ausência de um rol específico proveria flexibilidade para o uso de tais instrumentos, garantindo a sua adaptabilidade a diferentes conjunturas.

Em relação à governança dos contratos de *swap*, para reduzir custos de transação e permitir a convergência às boas práticas internacionais, poderia ser utilizado o Padrão ISDA como base para a sua celebração, adaptando-o naquilo que for necessário à legislação nacional. Embora os contratos de *swap* transacionados no mercado tenham como característica peculiar a ausência de padronização, para operações envolvendo um valor nocional elevado, a existência de cláusulas padronizadas pode facilitar o gerenciamento desses contratos e aumentar a capacidade de ação do Tesouro Nacional diante de situações similares que envolvam, por exemplo, o descumprimento dos termos

⁵⁶ Lei nº 6.385/1976, artigo 2º, §1º, I: “Art. 2º [...] § 1º Excluem-se do regime desta Lei: I - os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal.”

contratuais. Nessas circunstâncias, para a resolução de conflitos, o Tesouro Nacional poderia ainda se beneficiar dos aprendizados oriundos da experiência internacional com o gerenciamento desses contratos.

Quanto à governança das operações, o seu processamento poderia ocorrer por meio de um sistema com funcionalidades semelhantes ao Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), infraestrutura do mercado financeiro operada pelo BCB, que funciona como sistema de liquidação e depositária central. Atualmente, o SELIC é utilizado para a o processamento de leilões envolvendo títulos da DPMFi, bem como para o depósito centralizado dos referidos títulos. Poderia ser desenvolvido um sistema semelhante para abarcar os contratos de *swap*, o que viabilizaria, além do processamento das operações, o seu registro e o controle de eventuais garantias exigidas na operação.

No que se refere à seleção de contrapartes, poderiam ser estabelecidos critérios rigorosos para reduzir os riscos aos quais o Tesouro Nacional ficaria exposto com a utilização desses contratos e para facilitar a administração das novas operações junto a um grupo restrito. Como tratado na Subseção 3.1, pelo fato de os contratos de *swap* de taxas de juros terem o potencial de implicar em exposição ao risco de crédito, as entidades responsáveis pelo gerenciamento da dívida pública geralmente transacionam com um grupo restrito de agentes, particularmente instituições financeiras que possuem uma avaliação de risco de alta qualidade. O estabelecimento da nota de risco a partir da qual determinada entidade se torna apta a celebrar contratos de *swap* com o Estado depende do apetite de risco deste último.

Um fator relevante a ser considerado nesse processo é a objetividade da definição dos critérios de seleção, com o intuito de evitar potenciais acusações de discriminação de contrapartes por parte do Tesouro Nacional. Para isso, poderia ser utilizada como base uma experiência já existente no país, na qual o Tesouro Nacional restringe a realização de determinadas operações aos chamados *dealers*, um grupo de 12 (doze) instituições financeiras e entidades equiparadas selecionadas semestralmente. Os critérios de seleção estão previstos na Portaria STN/MF nº 182, de 07 de fevereiro de 2024, sendo baseados principalmente nos

aspectos estruturais da instituição e em suas operações. De forma semelhante àquela que ocorre no sistema de *dealers*, mas com vistas à redução da exposição ao risco, o Tesouro Nacional poderia estabelecer critérios para a seleção de contrapartes habilitadas a celebrarem os contratos de *swap*.

Por fim, em relação aos mecanismos de proteção contra o risco de crédito, tal como ocorre nos casos da Holanda, da Dinamarca e da Noruega, poderia ser celebrado um acordo de garantias entre o Tesouro Nacional e a sua contraparte. A utilização do Padrão ISDA facilitaria a requisição padronizada de garantias que, como tratado na Subseção 3.1, pode ocorrer de forma unilateral ou bilateral: no primeiro caso, apenas o Tesouro Nacional ficaria habilitado a requerer garantias, envolvendo a entrega de ativos, como moeda ou títulos públicos, caso o valor de mercado dos contratos de *swap* variasse acima de determinado patamar; no segundo caso, tanto o Tesouro Nacional quanto à sua contraparte poderiam exigir a entrega de ativos como garantia em qualquer caso de variação positiva do valor de mercado em favor da outra parte.

Nos casos da Dinamarca (DN, 2014, p. 73-75; 2016, p. 33-35) e da Noruega (KNO, 2021, p. 31), por exemplo, o modelo bilateral de requisição de garantias foi adotado recentemente, com o intuito de melhorar as condições de negociação dos contratos de *swap*. Ademais, dado que esse modelo geralmente abrange o valor de mercado completo de tais contratos, sem que haja o estabelecimento de um patamar específico de variação a partir do qual a entrega de ativos se torna obrigatória, como se dá no modelo unilateral, ele tem o potencial de reduzir substancialmente a exposição ao risco de crédito. No entanto, se implementado no Brasil, o modelo bilateral faria com que o Tesouro Nacional também tivesse que reservar recursos para aplicar em garantias.

Ainda, há ainda que se ponderar que, tal como o caso holandês demonstrou, a requisição de garantias, conquanto possibilite a proteção contra o risco de crédito, pode ter como efeito colateral a drenagem de recursos que poderiam ser aplicados nos títulos da dívida pública propriamente ditos e, com isso, impactar negativamente a estratégia de financiamento (KNL, 2015, p. 33). Por esse motivo, a política de garantias deve possuir termos que permitam que o

seu gerenciamento ocorra de forma balanceada, a fim de evitar esses efeitos adversos. Uma alternativa para isso seria a adotada na Alemanha, com a utilização de uma contraparte central para reduzir o risco de crédito, o que, no entanto, no cenário atual, exigiria a integração do Tesouro Nacional com uma única entidade no país autorizada a desempenhar esta função.

A implementação desses requisitos institucionais estruturantes poderia viabilizar a introdução organizada dos contratos de *swap* no conjunto de ferramentas à disposição da STN para fins de gerenciamento do risco de variação da taxa de juros. Claramente, o arcabouço jurídico-institucional decorrente desses requisitos basilares poderia dispor a respeito de diversos detalhes, principalmente os parâmetros a serem utilizados na operação. Esse detalhamento depende, sobretudo, da avaliação da capacidade organizacional do Tesouro Nacional, de seu apetite por riscos e dos aprendizados logrados com a realização das operações em um primeiro momento.

Ao menos no plano conceitual, a utilização dos contratos de *swap* poderia viabilizar a redução da exposição da DPF ao risco de variação da taxa de juros de curto prazo e, com isso, contribuir para a redução de seu custo ao proteger parte do portfólio de títulos do Tesouro Nacional dos efeitos decorrentes da alteração da Taxa Selic. A redução desses custos auxiliaria no fortalecimento do escudo financeiro do Estado brasileiro, contribuindo para o alcance de um aspecto preliminar essencial para a implementação de uma estratégia efetiva de desenvolvimento (UNGER, 2018, p. 54).

Considerações finais

Como tratado acima, nos últimos anos, o país vem enfrentando um desafio no âmbito do gerenciamento da dívida pública, dado o aumento de sua exposição ao risco de variação da taxa de juros. Em um cenário de aperto monetário, a realização dos custos decorrentes desse movimento pode enfraquecer o escudo financeiro do Estado brasileiro e exigir a realocação de recursos para o atendimento dessas despesas. Como consequência, tais recursos podem deixar de ser aplicados em gastos essenciais para a implementação de uma estratégia de

desenvolvimento efetiva, como despesas com investimento e com a consecução de políticas públicas, minando a capacidade do Estado de atuar como agente coordenador desse processo.

A solução tradicionalmente proposta para lidar com o aumento dos custos da dívida pública – e também de seu estoque – é a do ajuste fiscal, com a redução das despesas e a geração de superávits primários. Considerando o arranjo fiscal ora vigente, que estabelece a observância de metas de superávit, limites de despesas e uma estrutura orçamentária rígida, conceitualmente, essa proposta apresenta coerência, mas exige a realização de um esforço fiscal que faz com que os seus resultados possam não ser alcançados no curto prazo sem implicar em escolhas difíceis para o Estado. Assim, embora uma estratégia de consolidação fiscal gradual possa ser traçada e implementada, com a coordenação adequada entre a política fiscal e a política monetária, alternativas institucionais para a atenuação do custo da dívida pública no curto prazo são essenciais.

Analisando a experiência internacional, uma das alternativas existentes é a utilização de contratos de *swap* de taxas de juros como mecanismos de gerenciamento do risco de variação da taxa de juros. Por terem como núcleo caracterizante a troca de fluxos de caixa, tais instrumentos podem auxiliar na proteção parcial do portfólio da DPF, composto majoritariamente por LFTs, em relação às flutuações na Taxa Selic e, com isso, contribuir para a redução de seus custos. Ademais, como tais contratos viabilizam a troca de posições de risco, sem envolver a transferência de ativos ou obrigações subjacentes, eles possuem a capacidade de alterar a composição da DPF sinteticamente, o que poderia permitir que o Tesouro Nacional reduzisse a sua distância da composição de seu portfólio em relação ao *benchmark* visado.

Com o intuito de contribuir para o debate sobre essa alternativa, a Subseção 3.2 tratou dos principais aspectos jurídico-institucionais que poderiam ser modificados para propiciar a introdução dos contratos de *swap* de taxas de juros no conjunto de ferramentas disponíveis ao Tesouro Nacional. Sem a pretensão de sugerir uma proposta cabal, esses aspectos são passíveis de crítica, aprimoramento e detalhamento. Ademais, dada a limitação deste artigo a fatores

conceituais, faz-se necessário examinar aspectos preliminares fático-viabilizantes, envolvendo a análise de variáveis mercadológicas e da capacidade organizacional do Tesouro Nacional. Com essa análise, a proposta ora realizada poderá ser aprimorada, de modo a permitir que os contratos de *swap* de taxas de juros contribuam em sua plenitude para o alcance de seu objetivo imediato, isto é, a redução dos impactos do risco de variação da taxa de juros sobre o custo da DPF, e de seu objetivo final: o fortalecimento do escudo financeiro do Estado, enquanto preliminar crucial para a implementação de uma estratégia de desenvolvimento.

Referências

- BALASUNDHARAM, Vybhavi et al. Fiscal consolidation: taking stock of success factors, impact, and design. **IMF Working Paper 23/63**. International Monetary Fund: Washington D.C., mar. 2023.
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS). I. Covid and beyond. In BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS). **Annual Economic Report 2021**. Basel, Switzerland, 29 jun. 2021, p. 1-38.
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS). II. Monetary and fiscal policy: safeguarding stability and trust. In BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS). **BIS Annual Economic Report 2023**. Basel, Switzerland, 25 jun. 2023, p. 41-83.
- BARKLEY, Tom. Interest Rate Risk, Measurement, and Management. In BAKER, H. Kent; FILBECK, Greg; SPIELER, Andrew C. **Debt Markets and Investments**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 41-62.
- BINDSEIL, Ulrich. **Monetary Policy Operations and the Financial System**. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BLOMMESTEIN, Hans J. Overview of Risk Management Practices in OECD Countries. In ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Advances in Risk Management of Government**. Paris: OECD Publishing, 2005, p 27-37.

- BLOMMESTEIN, Hans J. et al. Use of Derivatives for Debt Management and Domestic Debt Market Development: Key Conclusions. **OECD Journal of Financial Market Trends**. Vol. 2008/1, No. 94, p. 223-231, jun. 2008.
- BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários; BM&FBOVESPA. **Mercado de derivativos no Brasil: conceitos, produtos e operações**. Rio de Janeiro: BM&FBOVESPA, 2015.
- BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Relatório Anual da Dívida Pública Federal [RAD]**. Brasília, vários anos.
- BRASIL. **Relatório Mensal da Dívida Pública Federal [RMD]**. Brasília, vários meses.
- BRASIL. **Relatório de Projeções da Dívida Pública [RPDP]**. Brasília, vários semestres.
- BRASIL. **Relatórios de Projeção Fiscal [RPF]**. Brasília, vários anos.
- BRASIL. **Nota Metodológica nº 1 – Indicadores da Dívida Pública Federal – DPF [Notas Metodológicas]**. Brasília, dez. 2023.
- BRASIL. **Composição Ótima da Dívida Pública Federal: Definição de uma Referência de Longo Prazo**. Brasília, 2011.
- BRICHETTI, Juan Pablo et al. The Bank of Japan's Yield Curve Control Policy: Motivation, Design, Implementation and Implications. **Columbia SIPA Capstone**. Columbia School of International and Public Affairs, New York, 2018.
- BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND (BDR). Bundesministerium der Finanzen. **Kreditaufnahmebericht des Bundes**. Berlim, vários anos.
- CECCHETTI, Stephen G. Legal Structure, financial structure, and the monetary policy transmission mechanism. **Working Paper 7151**, National Bureau of Economic Research, Cambridge, jun. 1999.
- ICELAND. Ministry of Finance and Economic Affairs. **Market Information**. Iceland, vários meses.
- ICELAND. Ministry of Finance and Economic Affairs. **Medium-term Debt Management Strategy (MDMS)**. Iceland, vários anos.

- COLE, Harold. **Finance and financial intermediation: a modern treatment on money, credit, and banking.** Oxford: Oxford University Press, 2019.
- DANMARK (DN). Danmarks Nationalbank. **Danish Government Borrowing and Debt.** Copenhagen, vários anos.
- DI LORENZO, Paolo; LACEY, Eric Anthony. **A Primer on Restoring Fiscal Space and Sustainability.** Washington, D.C.: World Bank, 2024.
- ENGLISH, Bill; FORBES, Kristin; UBIDE, Angel. Introduction. In ENGLISH, Bill; FORBES, Kristin; UBIDE, Angel. (Eds.). **Monetary Policy Response to the Post-Pandemic Inflation.** London; Paris: CEPR Press, 2024, p. 01-30.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). **Monetary and financial statistics manual and compilation guide.** Washington, D.C.: International Monetary Fund, 2017.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). **Fiscal Monitor: a fair shot.** Washington, D.C.: International Monetary Fund, abr. 2021.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). **Fiscal Monitor: on the path to policy normalization.** Washington, D.C.: International Monetary Fund, abr. 2023.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). **Fiscal Monitor: Putting a lid on public debt.** Washington, D.C.: International Monetary Fund, out. 2024.
- KING, Darryl; MANCINI-GRIFFOLI, Tommaso. Monetary Operations. In ADRIAN, Tobias; LAXTON, Douglas; OBSTFELD, Maurice (Eds.). **Advancing the Frontier of Monetary Policy.** Washington, D.C.: International Monetary Fund, 2018, p. 53-68.
- KONGERIKET NORGE (KNO). Norges Bank. **Statsgjelden Årsrapport.** Oslo, vários anos.
- KONINKRIJK DER NEDERLANDEN (KNL). Ministerie van Financiën. Agentschap van de Generale Thesaurie. **Outlook.** Amsterdam, vários anos.
- KOSE, M. Ayhan; OHNSORGE, Franziska; SUGAWARA, Naotaka. Benefits and costs of debt: the dose makes the poison. **Policy Research Working Paper 9166.** Washington, D.C.: World Bank, fev. 2020.

- KOSE, M. Ayhan et al. What Has Been the Impact of COVID-19 on Debt? Turning a Wave into a Tsunami. **Policy Research Working Paper 9871**. Washington, D.C.: World Bank, nov. 2021.
- LOYES, Jan G. Interest rate swaps: a new tool for managing risk. **Business Review**, p. 17-25, Mai.-Jun.1985.
- MISHKIN, Frederic S. The channels of Monetary Transmission: Lessons for Monetary Policy. **Working Paper 5464**, National Bureau of Economic Research, Cambridge, fev. 1996.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Global Debt Report 2024**: Bond markets in a high-debt environment. Paris: OECD Publishing, 2024.
- PIGA, Gustavo. **Derivatives and Public Debt Management**. Zurich: International Securities Market Association, 2001.
- RECHTSCHAFFEN, Alan N. **Capital markets, derivatives, and the law**. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- RESENDE, André Lara. **Camisa de força ideológica**: A crise da macroeconomia. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2022.
- RISBJERG, Lars; HOLMLUND, Anders. Analytical framework for debt and risk management. In ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Advances in Risk Management of Government**. Paris: OECD Publishing, 2005, p. 39-58.
- SILVA, Caputo Anderson; CABRAL, Rodrigo; BAGHDASSARIAN, William. In SILVA, Anderson Caputo; CARVALHO, Lena Oliveira de; MEDEIROS, Otavio Ladeira de (Orgs.). **Dívida Pública**: a experiência brasileira. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional; Banco Mundial, 2009, p. 175, p. 173-218.
- SUTHERLAND, Douglas; HOELLER, Peter; MEROLA, Rossana. Fiscal consolidation: how Much, how fast and by what means? **OECD Economic Policy Papers No. 90**. Paris: OECD Publishing, 2012.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **What Should Legal Analysis Become?** London; New York: Verso, 1996.



UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracy realized:** the progressive alternative.

London; New York: Verso, 1998.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental:** repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

WHEELER, Graeme. **Sound Practice in Government Debt Management.**

Washington, D.C.: World Bank, 2004.

WORLD BANK. **International Debt Report 2024.** Washington, D.C.: World Bank, dez. 2024

7. Enfrentando a crise de governabilidade: três propostas para a escolha das Presidências do Congresso Nacional

Lucas Custódio Santos⁵⁷

Introdução

A sociologia jurídica tem, há anos, advertido sobre como uma abordagem demasiadamente dogmática do Direito no Brasil tem impactado sua aplicação, seu ensino e sua pesquisa. Essa abordagem dogmática está associada a uma visão estrutural do direito, concebida a partir de teorias positivistas, legalistas e normativistas, em que há uma concepção fechada do sistema jurídico, que opera sob uma racionalidade formal e por meio de um método essencialmente lógico-dedutivo.

Apesar de atual, a crítica não é nova. Veja-se, nesse sentido, a análise feita por Faria e Menge (1980) em estudo intitulado “A Função Social da Dogmática e a Crise do Ensino e da Cultura Jurídica Brasileira” que justamente identifica os problemas associados ao dogmatismo na comunidade jurídica no Brasil:

Responsável pelos conceitos de ciência e do método do conhecimento dominante nas faculdades de Direito, a visão lógico-formal procura dar um caráter pseudo-científico à dogmática jurídica, reduzindo a Ciência do Direito à ciência da forma normativa. Nesta tentativa de obtenção de status científico, o Direito é desvinculado tanto da Moral como da Economia, da Política e da Sociologia. Esta concepção exige que o Direito seja visto como um sistema ordenado, harmônico e hierarquizado, imune às mudanças e aos conflitos sociais. Neste sentido, o método de conhecimento da ciência do Direito é formalizado e dedutivo, partindo de dogmas postos fora do conhecer jurídico.
(...)

⁵⁷ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, é formado pela Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp e mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Foi pesquisador vinculado ao Núcleo de Justiça e Constituição da Fundação Getúlio Vargas.

Além disso, a predominância da visão lógico-formal no ensino do Direito fornece a estruturação de algumas de suas características básicas, como a redução do estudo do Direito ao direito positivo, em especial, o estatal; a ênfase nos temas de validade e legalidade, em detrimento dos de eficácia e legitimidade. a construção do currículo com base na pretensão de autonomia de cada disciplina; a ênfase no que separa e distingue e na transmissão de conhecimentos estanques, sem um pano-rama interdisciplinar; a predominância do raciocínio dedutivo a partir de dogmas não questionados, além de um obscurecimento dos estudos sócio-políticos sobre o processo nomogenético. Estas especificidades do ensino fazem do advogado um simples técnico na aplicação do sistema normativo, que abre mão do questiona-mento profissional que deveria marcar sua atuação. (Faria; Menge, 1980, p. 99)

Em atenção às pertinentes advertências feitas pela sociologia jurídica, muitos estudiosos, no Brasil e mundo afora, tem apontado as perspectivas transformadoras que o Direito pode assumir. Veja-se, como exemplo, os estudos de César Garavito e Diana Franco (2010) sobre o papel da Suprema Corte da Colômbia na crise de refugiados e a coleção de estudos editados por Roberto Gargarella, Pilar Domingo e Thuenis Roux (2006) sobre o papel de Cortes em transformações sociais em novas democracias.

Há, também, a vasta obra de Mangabeira Unger, objeto de estudo e de parte da docência de Lucas Amato na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que tem como um dos seus objetivos justamente “compreender um arranjo institucional e ideológico [do direito] estabelecido, de forma a reconhecer suas possibilidades transformadoras” (Unger, 2004, p. 2).

Diante da provocação de Unger para que pesquisadores imaginem novas soluções institucionais para superar as crises econômicas e políticas atuais, no presente artigo, faço um diagnóstico a respeito do sistema jurídico-político e proponho uma reforma institucional à luz de sua teoria.

Para tanto, o presente trabalho está dividido em 4 partes. Na primeira, apresentarei, de maneira panorâmica, o pensamento de Unger sobre os atuais sistemas representativos e, em especial, os entraves a uma governança política que produza efetiva inovação e transformação.

Na segunda parte, procuro abordar um problema particular do Brasil: como o desenho institucional da relação entre Congresso Nacional e Executivo é assimétrico e tem gerado, especialmente nos últimos 10 anos, sensíveis dificuldades para que agendas políticas aprovadas nas urnas sejam, de fato, implementadas.

Na terceira parte, discuto prós e contras de três possíveis mitigadores a essa realidade, todos eles vinculados à forma de eleição dos Presidentes de cada Casa do Congresso Nacional. Na última parte, faço considerações finais sobre o tema aqui discutido.

1. A teoria

Como já indicado acima, a obra de Mangabeira Unger é extensa e é difícil encontrar um tema relevante da filosofia, política, economia ou do direito que Unger não tenha já discutido. Em particular, o trabalho de Unger é uma proposta para superação do atual estágio do pensamento jurídico-filosófico.

Assim, apesar de ser árdua a tarefa de escolher um tema e analisá-lo de forma isolada, para fins de presente trabalho, desejo discutir um diagnóstico e uma provocação feitos por Unger. O diagnóstico diz respeito aos entraves institucionais que conduzem a um sistema de impasse político. A provocação é o convite à imaginação e ao experimentalismo.

Como Unger indica, a política é, por excelência, o lugar das inovações institucionais. É “nela e no pensamento dominante que determinam-se, em última instância, a maneira de mudar todas as demais instituições” (Unger, 2018, p. 85).

No entanto, apesar de seu lugar privilegiado, de acordo com Unger, as democracias ao redor do mundo são frágeis, na medida em que são de baixa energia. E com isso quer dizer que não somente há uma falta de engajamento político dos cidadãos em geral, mas também que a própria política anda a passos lentos.

A razão para tanto é a forma por meio da qual a política se apresenta no Ocidente: um consenso organizado que favorece a resignação. *In verbis*:

A versão há tempos vencedora da política democrática no Ocidente tem dois componentes principais: uma preferência por estilos de organização constitucional que fazem a reforma depender de consenso e uma forma de organização da política que favorece a resignação política das pessoas. (Unger, 2004, p. 27).

Essa resignação somente seria rara e imprevisivelmente interrompida por “interlúdios de crise social e entusiasmo coletivo” (Unger, 2004, p. 28).

Na visão do autor, o consenso organizado se expressaria, sobretudo, por meio do constitucionalismo dos freios e contrapesos do presidencialismo típico dos Estados Unidos e do parlamentarismo do sistema inglês – os quais Unger qualifica como formas de “impasse deliberado” e redução das oportunidades de transformação do próprio Estado:

O constitucionalismo do impasse deliberado, reduzindo as funções transformadoras do poder estatal, encontra sua expressão mais direta no mecanismo de freios e contrapesos do presidencialismo de estilo americano. Ele não é menos claramente manifesto, contudo, em formas de governo parlamentarista que concentram a ação política numa classe de políticos profissionais defendendo interesses desigualmente poderosos e organizados num pano de fundo de desmobilização política popular (Unger, 2004, p. 28).

Unger argumenta que essas estruturas promovem incentivos contra a mobilização política que moldam a própria história política de maneira a manter as formas básicas do estado e da economia:

As estruturas hostis à mobilização que substituíram esses mecanismos protodemocráticos asseguraram que, contrariamente às expectativas de radicais e conservadores, o sufrágio universal se provaria compatível com hierarquias de classe. Tais estruturas continuam a moldar um estilo de história política em que explosões de reforma populista antiinstitucionais vêm e vão, deixando as formas básicas do Estado e da economia relativamente inalteradas, ou modificando-as somente sob pressão de crise extrema (Unger, 2004, p. 28).

Isso ocorre na medida em que, no coração do constitucionalismo, há a ideia liberal de fragmentação do poder e o princípio conservador da desaceleração da política – isto é, o sistema político é desenhado justamente para evitar transformações:

Os autores do regime americano o desenharam deliberadamente para dificultar a transformação da sociedade pela política. Associaram, nas entranhas da forma de governo, o princípio liberal da fragmentação do poder com o princípio conservador da desaceleração da política. O sistema de “freios e contrapesos” que dá consequência à doutrina da separação de poderes perpetua, pelo menos até a próxima eleição, impasses entre o Executivo e o Legislativo (Unger, 2018, p. 93).

Evidentemente, a visão de Unger não é isenta de críticas. O autor, por exemplo, não reconhece a finalidade e os méritos do constitucionalismo liberal em seu momento histórico, quais sejam, a criação de um federalismo democrático e funcional nos Estados Unidos após sua independência e a luta contra o absolutismo na Europa no final do século XVIII e durante o século XIX.

Apesar disso, Unger é preciso em identificar que o apego a formas institucionais passadas pode impedir evoluções necessárias que se fazem necessárias para endereçar as necessidades do tempo presente.

Unger aponta que justamente que essas evoluções decorrem do que chama de experimentalismo democrático, concebido como “uma interpretação da causa democrática” que busca encontrar “a área de coincidência entre as condições do progresso prático e as exigências da emancipação do indivíduo” por meio da (re)imaginação das “estruturas institucionais da sociedade”. (Unger, 1999, p. 13).

Nesse contexto, o autor indica que esse experimentalismo teria dois “inimigos”: o fetichismo institucional e a tese da convergência.

O primeiro diz respeito justamente que concepções institucionais abstratas (e normalmente passadas) teriam uma única e necessária expressão, a exemplo da democracia e da economia de mercado. Senão veja-se:

Um dos inimigos do experimentalismo democrático é o fetichismo institucional: a crença de que concepções

institucionais abstratas, como a democracia política, a economia de mercado e uma sociedade civil livre, têm uma expressão institucional única, natural e necessária. O fetichismo institucional é um tipo de superstição que permeia a cultura contemporânea. Ele penetra cada uma das disciplinas mencionadas anteriormente, e informa a linguagem e os debates da política comum. A idéia de esclarecimento, ora antiquada, seria, hoje, mais bem aplicada a esforços para afastar o fetichismo institucional que vicia doutrinas ortodoxas em cada uma das disciplinas sociais. Afastá-lo seria o trabalho em tempo integral de uma geração de críticos sociais e cientistas sociais (Unger, 2004, p. 17).

Em outras palavras, ao se imaginar e desenhar as instituições, haveria uma pressão filosófico-normativa para que fossem adotadas aquelas formas consagradas no passado, ainda que as instituições tais como desenhadas preteritamente não deem conta dos conflitos hodiernos:

Essa atitude fetichista em relação às estruturas institucionais da sociedade recebe estímulo de muitas das práticas discursivas dominantes das ciências sociais, tais como sua característica incapacidade para reimaginar descontinuidade e reinvenção institucional. A mesma atitude também encontra apoio nos pressupostos operativos de grande parte da filosofia política normativa, com sua separação mal-direcionada entre princípio prescritivo e elaboração institucional. As decepções e desilusões da história do século XX, que culminam no colapso do comunismo - o exemplo mais dramático de inovação institucional deliberada nesse século -, parecem confirmar a percepção de constrangimento histórico que inspira e expressa o costume fetichista (Unger, 2004, p. 18).

O segundo inimigo seria a tese da convergência, segundo a qual a evolução natural das sociedades e das instituições levaria, inevitavelmente, àquelas únicas formas institucionais que conseguem mediar avanço econômico e liberdade política: o liberalismo político. Veja-se:

De acordo com essa ideia, a evolução institucional do mundo moderno é mais bem entendida como uma aproximação, por tentativa e erro, às únicas instituições políticas e econômicas que se provaram capazes de conciliar prosperidade econômica e um cuidado satisfatório com a liberdade política e segurança social (Unger, 2004, p. 18).

Nesse contexto, ainda que inovações sejam possíveis, serão sempre secundárias, de modo que “tendem a se tornar mais limitadas à medida que as lições implacáveis da experiência deixam cada vez menos espaço para a imaginação reconstrutiva” (Unger, 2004, p. 19).

Diante desses diagnósticos, a solução proposta por Unger é justamente que “a ampliação da ideia de democracia [seja] acompanhada pelo alargamento das opções institucionais por meio das quais essa ideia se efetua na prática” (Unger, 2018, p. 86).

No campo de vista do direito público, especificamente, o autor pugna por um “direito constitucional favorável ao engajamento do eleitorado universal da resolução na resolução rápida de impasse entre órgãos do Estado”. Nesse sentido, as inovações podem ser das mais diversas, senão veja-se:

Entre os mecanismos de tal constitucionalismo alternativo podem estar a combinação de formas pessoais plebiscitárias e parlamentares de poder, o recurso a plebiscitos e referendos e a facilidade para convocar eleições antecipadas pela iniciativa de qualquer poder do Estado (Unger, 2004, p. 29).

Feita essa reconstrução geral do pensamento de Mangabeira Unger, passo a caracterizar o problema que identifico e para o qual proponho possíveis soluções.

2. O problema

A Assembleia Constituinte de 1987-1988 tinha um grande desafio à sua frente: criar um sistema político equilibrado e estável que promovesse direitos e garantias individuais logo após o País ter saído de uma ditadura militar de 21 anos marcada pela concentração de poderes e pela violação de direitos humanos.

A fórmula encontrada pelo Constituinte foi não somente prever uma extensa declaração de direitos, mas também empoderar Poderes e órgãos de Estado para controlar atos do Executivo. Nesse sentido, o Poder Judiciário teve

seu *status* elevado a guardião constitucional e dotado de uma ampla jurisdição, podendo controlar a constitucionalidade de leis por via concentrada e difusa:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

O Ministério Público foi reorganizado e incumbido de proteger, de maneira autônoma, a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Foco da discussão neste trabalho, o Congresso Nacional, principal responsável pela elaboração de políticas públicas em conjunto com o Executivo, ganhou e tem ganhado novos papéis. Aqui, desejo focar em três aspectos: produção normativa, controle político e orçamento público.

Do ponto de vista da produção normativa, a Constituição de 1988 não somente devolveu poderes para o Legislativo que haviam sido restringidos pela Ditadura Militar, como aumentou sua competência.

Nesse sentido, atualmente, o Congresso Nacional tem a primazia legislativa, podendo editar uma ampla gama de normas, desde emendas constitucionais até decretos legislativos:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Em relação às emendas constitucionais, o Congresso Nacional pode promulgar alterações à Constituição sem qualquer anuência formal do Executivo ou do Judiciário – o que garante o poder de superar vetos formais impostos pelos demais poderes:

Art. 60 (...)

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

Além disso, no campo da legislação infraconstitucional, com exceção das matérias de iniciativa privativa do Presidente da República, o Congresso Nacional possui poderes totais para propor, alterar e aprovar leis, bem como para superar vetos eventualmente apostos pelo Presidente da República a projetos de lei. Isto é, na relação Executivo-Legislativo, ao Congresso Nacional foi garantida a última palavra sobre a legislação infraconstitucional:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 3º Além de outros casos previstos nesta Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta para:

(...)

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

§ 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

Apesar de ter sido mantida a prerrogativa do Executivo de editar Medidas Provisórias (em substituição aos Decretos-Lei), tais instrumentos ficaram sob maior controle do Congresso Nacional, que não somente pode aprovar ou rejeitar as medidas propostas, como também modificá-las.

Com a Emenda Constitucional nº 32/2004, o poder de edição das medidas provisórias foi ainda mais restringido e um novo rito de tramitação adotado, justamente a fim de evitar uma indevida interferência do Executivo no Congresso Nacional.

Já o poder de editar decretos pelo Presidente da República, a rigor, somente pode ser exercido de maneira regulamentar e poderá ser sustado pelo Congresso Nacional por meio da edição de Decretos Legislativos.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
(...)

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Do ponto de vista de controle político-administrativo, as duas casas do Congresso Nacional, de maneira individual ou conjunta, podem realizar a convocação de ministros para esclarecimentos, que, se não atendida, poderá configurar crime de responsabilidade:

Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado, quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República ou o Presidente do Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada.

Além disso, o Parlamento exerce controle sobre o Executivo por meio do Tribunal de Contas da União (TCU) que goza de ampla autonomia e tem consolidado uma ampla jurisdição sobre a Administração Pública:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

(...)

Por fim, altamente traumático do ponto de vista político, o Congresso Nacional pode derrubar o governo por meio do *impeachment*, cujo quórum é relativamente baixo (cerca de 66%):

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

Além dos poderes indicados acima, o Parlamento também participa da deliberação sobre o orçamento público. Inicialmente, esse poder era restrito à deliberação e modificação de projetos de lei orçamentária de iniciativa privativa do Executivo:

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

(...)

§ 2º As emendas serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional.

§ 3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

(...)

No entanto, como indicaremos abaixo, esse poder orçamentário do Congresso Nacional tem se expandido intensamente nos últimos anos.

Como se percebe, o Congresso Nacional tem diversos mecanismos de controle sobre o Executivo Federal, mas o inverso não é verdade. Com exceção

das competências legislativas relativas às medidas provisórias (que devem ser deliberadas pelo Congresso Nacional), aos decretos regulamentares (que podem ser sustados pelo Poder Legislativo) e aos vetos (que poderão ser derrubados), o Executivo não tem outros meios de controle político formais sobre o Parlamento.

Em especial, o Executivo não dispõe de mecanismos para dissolução do Congresso Nacional, convocação de eleições antecipadas ou substituição das Presidências do parlamento.

Apesar de tais competências poderem ser consideradas autoritárias, especialmente no contexto do constitucionalismo brasileiro, são atribuições que podem ajudar a equilibrar a relação entre Poderes fortes e que estão presentes em diversas democracias ao redor do mundo⁵⁸.

Isso é especialmente verdade no contexto brasileiro recente, em que a Presidência da República, a principal figura da política nacional e a única que se submete ao escrutínio direto de toda a população, tem encontrado um Congresso Nacional cada vez mais fortalecido politicamente e, como visto acima, com diversos mecanismos de controle.

Esse movimento de fortalecimento político do Congresso Nacional, apesar de ter raízes na própria Constituinte de 1988 e ter episódios importantes ainda na década de 1990, como o *impeachment* de Fernando Collor, assumiu novos contornos nos últimos 10 anos.

Isso porque, historicamente, o Parlamento tinha postura bastante colaborativa em relação aos governos eleitos. De fato, como apontado por Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi (1999, p. 9), os dados disponíveis até a elaboração do estudo mostravam um grande sucesso no Executivo na aprovação de sua agenda e um comportamento disciplinado de partidos e parlamentares.

Vejam algumas informações que ajudam a exemplificar a nova configuração entre os Poderes. Como indicam dados colhidos por Ana Laura Pereira Barbosa, Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer e publicados pelo jornal

⁵⁸ Veja-se, por exemplo, os regimes semipresidencialistas da França e Portugal, os sistemas parlamentaristas da Espanha, Áustria e Alemanha.

Folha de São Paulo⁵⁹, as taxas de dominância e sucesso dos governos no Legislativo têm se reduzido consideravelmente nos últimos 20 anos.

De fato, a taxa de dominância, que avalia o quanto da agenda aprovada pelo Congresso Nacional está sendo pautada pelo Executivo, saiu de 60% nos primeiros mandatos de FHC e Lula para 28,3% no governo Bolsonaro:

Governo	Dominância (%)
FHC I	60
FHC II	58,7
Lula I	62,2
Lula II	36,9
Dilma I	35,2
Bolsonaro	28,3

A taxa de sucesso – isto é, quantidade de medidas apresentadas pelo governo que foram aprovadas pelo Parlamento – teve trajetória de queda semelhante:

Governo	Sucesso (%)
FHC I	56,7
FHC II	46,2
Lula I	62,3
Lula II	47,1
Dilma I	59,7
Bolsonaro	38

Além disso, de acordo com levantamento realizado por Lucio Rennó publicado pelo jornal Estado de São Paulo, a quantidade de vetos do Presidente da República derrubados pelo Congresso Nacional, por sua vez, teve trajetória explosiva durante o governo Bolsonaro e tem sido bastante alta no atual governo Lula⁶⁰:

⁵⁹ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/12/bolsonaro-tem-recorde-de-vetos-derrubados-e-menor-taxa-de-projetos-aprovados.shtml>

⁶⁰ https://www.estadao.com.br/politica/congresso-ja-barrou-93-vetos-do-executivo-veja-qual-presidente-foi-o-maior-derrotado/?srsltid=AfmBOopSmbbK5gjLXNps_SHxy4suhqip44c7E3BhjUowNXhdTD4a-T6q

Vetos derrubados		
Governo	Vetos totais	Vetos parciais
Lula I	2	0
Lula II	0	1
Dilma I	0	0
Dilma II	2	2
Temer	11	10
Bolsonaro	70	42
Lula III ⁶¹	8	8

Os dados acima coincidem com a alteração do cenário político especialmente após a reeleição da Presidenta Dilma Rousseff, em que houve um fortalecimento político do Congresso Nacional e alterações na participação do Congresso Nacional no orçamento federal.

No primeiro ano do segundo mandato de Dilma, o candidato do governo à Presidência da Câmara dos Deputados, Arlindo Chinaglia (PT), perdeu a eleição legislativa para Eduardo Cunha (PMDB), cuja campanha tinha como mote justamente a independência da Casa⁶².

No mesmo ano, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 86/2015 que aprovou o orçamento impositivo – isto é, a execução de emendas orçamentárias parlamentares até o limite de 1,2% da receita corrente líquida –, o que, na prática, representou o primeiro avanço do Congresso sobre o orçamento do Executivo federal.

Em 2016, após o papel decisivo do TCU na reprovação das contas do governo, Dilma teve seu processo de *impeachment* autorizado pela Câmara dos Deputados e julgado procedente no Senado Federal.

Após assumir, Michel Temer, apesar da maior rejeição popular da história⁶³, conseguiu sobreviver a mais de 30 pedidos de *impeachment*⁶⁴ e duas

⁶¹ Apenas em relação ao primeiro ano de governo.

⁶² <https://www.camara.leg.br/noticias/449515-novo-presidente-da-camara-cunha-quer-independencia-sem-prejuizo-a-governabilidade/>. Acesso em 17/12/2024

⁶³ <https://exame.com/brasil/com-82-de-rejeicao-temer-se-torna-presidente-mais-impopular-da-historia/>

⁶⁴ <https://congressoemfoco.uol.com.br/temas/corrupcao/temer-ainda-e-alvo-de-30-pedidos-de-impeachment-quatro-ja-foram-arquivados/>

votações de envio ao STF de denúncias de corrupção apresentadas pela Procuradoria Geral da República (PGR)⁶⁵.

O governo de Temer conseguiu até mesmo aprovar reformar importantes, como a reforma trabalhista⁶⁶, mas terminou seu governo enfraquecido após de denúncias de corrupção e a maior greve de caminhoneiros já registrada⁶⁷. Henrique Meirelles, Ministro da Fazenda e candidato do governo à Presidência da República nas eleições de 2018, teve 1,2% dos votos, atrás de candidatos como João Amoêdo e Cabo Daciolo⁶⁸.

Em 2019, já sob o governo de Jair Bolsonaro, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 100/2019, que tornou ainda maior a participação do Congresso Nacional no orçamento do Executivo federal, especialmente pela criação da figura da emenda de relator, posteriormente julgada inconstitucional pelo STF⁶⁹.

Nem mesmo a derrota de Jair Bolsonaro nas urnas, após um governo pífio marcado por ameaças autoritárias, e a vitória de Lula, um político experiente e experimentado na Presidência da República, conseguiu equilibrar o jogo político.

Na verdade, analistas políticos têm indicado que o Congresso Nacional eleito em 2022 teria ficado ainda mais independente e empoderado⁷⁰.

De fato, mesmo distribuindo 9 ministérios para partidos de centro (PSD, MDB e União Brasil) e apoiando a reeleição de Arthur Lira, um dos fiadores do governo Bolsonaro, à Presidência da Câmara dos Deputados, o governo Lula tem encontrado diversas dificuldades em aprovar sua agenda⁷¹⁻⁷²⁻⁷³.

⁶⁵ <https://g1.globo.com/politica/noticia/segunda-denuncia-contratemer.ghtml>

⁶⁶ <https://www.camara.leg.br/noticias/518847-SEM-VETOS,-REFORMA-TRABALHISTA-E-SANCIONADA-POR-TEMER>

⁶⁷ <https://g1.globo.com/politica/noticia/em-nova-tentativa-de-por-fim-a-greve-de-caminhoneiros-temer-anuncia-reducao-de-r-046-no-litro-do-diesel-por-60-dias.ghtml>

⁶⁸ <https://www.gazetadopovo.com.br/apuracao/resultado-eleicoes-2018/presidente/>

⁶⁹ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/12/19/stf-julgamento-orcamento-secreto.ghtml>

⁷⁰ <https://www.poder360.com.br/poderespecial/brasilafronte/congresso-fica-mais-independente-e-funcional-com-menos-partidos/>

⁷¹ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/05/31/em-mes-difcil-governo-amarga-quatro-derrotas-na-camara-veja-lista-e-entenda-a-disputa.ghtml>

⁷² <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/12/22/lula-reconhece-dificuldades-do-governo-no-congresso-a-gente-nao-tem-maioria.ghtml>

⁷³ <https://veja.abril.com.br/politica/derrotas-em-serie-no-congresso-evidenciam-falhas-de-lula-na-articulacao>

O gabinete de Lula sofreu derrotas até mesmo em questões simplórias, como a aprovação da Medida Provisória nº 1.154/2023, que reorganizava os ministérios do novo governo eleito⁷⁴.

Parte dessas dificuldades é creditada justamente ao controle que o Congresso Nacional adquiriu sobre o orçamento⁷⁵. Com efeito, em 2023, foram empenhados cerca de R\$ 30 bilhões em emendas parlamentares⁷⁶. Já em 2024, o valor previsto das emendas chegou a R\$ 50 bilhões⁷⁷.

A única vitória parcial do governo no assunto, que somente foi possível com a intervenção do STF⁷⁸, foi a aprovação da Lei Complementar nº 210/2024 que estabeleceu maior transparência e critérios para o uso das emendas parlamentares.

Todos esses fatos demonstram a força que o Parlamento brasileiro conquistou nos últimos anos e como essa assimetria de poderes entre Executivo e Legislativo tem gerado dificuldades à governabilidade.

Evidentemente, um Parlamento politicamente forte pode ser uma valiosa ferramenta para barrar medidas de governos autoritários, mas também pode representar uma desnaturação do regime político, com a ascendência indevida de interesses paroquiais sobre a agenda política nacional aprovadas nas urnas.

Diante disso, proponho, a seguir, ideias para garantir uma relação mais funcional entre Congresso Nacional e Executivo, especialmente por mudanças promovidas na forma de escolha dos Presidentes de cada Casa do Parlamento.

⁷⁴ <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/17-ministerios-de-lula-podem-desaparecer-se-congresso-nao-votar-mp-do-governo/>

⁷⁵ <https://www.infomoney.com.br/politica/por-que-lula-enfrenta-tanta-dificuldade-no-congresso-especialistas-listam-motivos/>

⁷⁶ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2023-12/lula-empenha-79-mais-emendas-parlamentares-que-governo-bolsonaro>

⁷⁷ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2024/12/governo-lula-precisa-executar-r-1-bi-por-dia-para-quitar-emendas-com-congresso.shtml>

⁷⁸ <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-determina-novas-medidas-para-garantir-transparencia-de-emendas-parlamentares/>

3. Três propostas de solução para o mesmo problema

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 57, §4º, que a escolha das Mesas Diretores de cada uma das Casas parlamentares será realizada no início de cada legislatura, para mandato de 2 anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente seguinte.

Não há, do ponto de vista estritamente jurídico-constitucional, exigências adicionais para a eleição das Mesas Diretores e, especialmente, da Presidência de cada Casa. Isso significa que mesmo parlamentares que não façam parte da base governista poderão ser eleitos para liderar o Congresso Nacional – o que pode gerar, já no início do mandato, uma dificuldade para aprovação da agenda do novo governo, já que os Presidentes parlamentares possuem um amplo poder sobre a pauta e os procedimentos legislativos.

Desse modo, as propostas indicadas a seguir dizem respeito apenas ao modo de eleição da Presidência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Os demais membros da Mesa Diretora permaneceriam eleitos pelo atual regime de escolha.

Ressalta-se que as propostas são esforços teóricos para promoção de um maior equilíbrio entre os poderes, mas deveriam, necessariamente, passar por outros estudos – especialmente empíricos – que avaliem, a partir da experiência, sua funcionalidade.

Proposta 1 - Eleição conjunta com o Presidente da República

Minha primeira proposta é que as Presidências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal sejam eleitas em conjunto – isto é, na mesma chapa eleitoral – do Presidente da República. Nesse sentido, a chapa presidencial não abrangeria apenas Presidente e vice, mas também os presidentes de cada Casa Legislativa para um mandato de 2 anos, vedada a recondução.

A proposta, naturalmente, tem prós e contras. Em relação às desvantagens, haveria, em primeiro lugar, uma restrição da autonomia do Legislativo na escolha de seus líderes. Além disso, caso as Presidências eleitas para cada Casa não tenham o apoio significativo de seus pares, a articulação

política poderia ser ainda mais impactada, na medida em que o plenário poderá boicotar as decisões tomadas pelo Presidente parlamentar (derrotas em pautas de interesse do governo, ausência de quórum para deliberação de temas sensíveis, obstruções, criação de comissões parlamentares de inquérito etc.).

Há, porém, potenciais vantagens na proposta. Do ponto de vista democrático, as Presidências legislativas também se submeteriam ao voto da integralidade dos eleitores (e não somente ao voto dos seus respectivos estados de origem e dos seus pares), sem prejuízo da autonomia do Parlamento em eleger seus líderes na segunda metade da legislatura.

Além disso, do ponto de vista político, haveria incentivos para um maior alinhamento dos partidos antes das eleições gerais.

E, mais importante, haveria, em tese, um maior alinhamento entre o Palácio do Planalto e Parlamento especialmente nos dois primeiros anos da legislatura, período no qual o Presidente da República eleito poderia avançar com sua agenda (seja ela de direita ou de esquerda).

Proposta 2 – Indicação pelo Presidente da República

A segunda proposta diz respeito à escolha dos Presidentes do Congresso Nacional por meio da indicação do Presidente da República. Desse modo, dentre os deputados e senadores eleitos nas eleições gerais, o Presidente da República escolheria um de cada para presidir cada Casa em mandato de dois anos, vedada a recondução.

Essa proposta admite duas variações. Na primeira, o Presidente da República elabora uma lista tríplice para cada Casa e então Câmara e Senado elegem um dos nomes indicados. Na segunda, uma lista tríplice é eleita por cada uma das Casas e o Presidente da República escolhe um dos nomes integrantes da referida lista.

Essa segunda proposta também tem desvantagens. De um lado, representa a ingerência do Executivo no Legislativo sem a legitimidade democrática do voto direto, como na primeira proposta acima. De qualquer

modo, na segunda metade da legislatura, o Congresso Nacional recupera a autonomia para eleger seus líderes.

De outro lado, o risco de boicote também se mantém, especialmente na versão inicial em que o Presidente da República pode escolher livremente os Presidentes legislativos dentre os parlamentares (e escolhe mal), mas pode ser mitigado nas versões em que listas tríplexes são realizadas – especialmente, na versão em que o Congresso Nacional edita a lista tríplex.

Se a primeira proposta favorece negociações políticas antes da eleição, esta segunda ideia incentiva negociações após as eleições, na medida em que a Presidência de cada Casa vira uma nova moeda de troca entre os partidos políticos.

Os ganhos políticos também podem variar. Em tese, uma indicação pura ou a partir de uma lista tríplex elaborada pelo Presidente da República representaria um maior ganho de governabilidade, na medida em que o governo contaria com nomes minimamente alinhados à sua agenda. Porém, o presidente poderá se ver forçado a indicar nomes menos alinhados para evitar boicotes.

Em um cenário em que o Parlamento elege uma lista tríplex, o Congresso poderá escolher três nomes contrários aos interesses do governo, dentre os quais o governo necessariamente terá de escolher um – o que obviamente não atende os fins que se pretende atingir, qual seja, um maior equilíbrio entre os Poderes.

Proposta 3 – Vice-Presidente da República preside o Senado Federal

A terceira proposta é uma variação da primeira e já foi adotada pelo Estados Unidos – o que fornece subsídios empíricos para sua avaliação. De acordo com ela, o Vice-Presidente da República seria também Presidente do Senado Federal durante toda a legislatura.

Do ponto de vista estritamente teórico, a inovação indicada tem um alcance limitado no que diz respeito à melhoria da governabilidade, na medida em que envolve apenas uma das Casas do Congresso Nacional.

Assim, trata-se de uma medida mais defensiva, na medida em que o Vice-Presidente e Presidente do Senado poderia transformar a Casa numa espécie de

fortaleza governista, arquivando ou atrasando projetos contrários ao interesse do governo e promovendo melhorias na articulação de indicações do Executivo ao STF e às agências que necessitam Do aval do Senado.

Evidentemente, para tanto, o Vice-Presidente deveria contar com um apoio significativo dos demais senadores. Sem esse apoio, nenhuma presidência poderia segurar por muito tempo boicotes e derrotas impostos pelo plenário.

Uma outra desvantagem é que o Vice-Presidente deverá ser da estrita confiança do Presidente da República, já que, como Presidente do Senado, o vice terá ainda mais meios de articular processos de *impeachment* e assumir o poder.

Protegendo a democracia e os direitos fundamentais

As propostas acima têm como objetivo facilitar a governabilidade em um cenário de extremas dificuldades de governos eleitos no passado recente. Porém, caso haja um realinhamento dos poderes e o Executivo passe a gozar de uma posição privilegiada, as inovações propostas poderiam facilitar medidas autoritárias e/ou retrocessos a direitos fundamentais.

Por essa razão, proponho que as medidas indicadas, caso um dia implementadas, sejam aliadas a medidas adicionais para proteger o regime democrático e as garantias individuais.

Dentre uma ampla gama de medidas possíveis, ressalto algumas aqui, a saber, (i) tornar o procedimento para alteração de direitos e garantias fundamentais descritos no artigo 5º da Constituição ainda mais rígido; (ii) criar proteções adicionais a regras eleitorais (eleições livres, sistema multipartidário, voto secreto, uso de urnas eletrônicas), inclusive por meio de maiores delegações de poderes à Corte eleitoral; (iii) limitar o uso de instrumentos excepcionais, como estado de sítio e de defesa, pelo Executivo.

Conclusão

Diante das vastas obras produzidas por Mangabeira Unger, que nos provoca a reimaginar as instituições políticas e econômicas modernas, o presente artigo identificou um problema: a assimetria de poderes entre Executivo e

Legislativo. Aquilo que, isoladamente, não se mostra um problema, tem gerado problemas de governabilidade, especialmente nos últimos 10 anos, período em que houve um empoderamento político e orçamentário do Congresso Nacional.

Diante desse diagnóstico, procurei discutir alternativas institucionais relacionadas à eleição de líderes do Congresso Nacional que possam ajudar a equilibrar a relação entre Presidência da República e Parlamento e facilitar a aprovação da agenda aprovada nas urnas.

Ressalto, novamente, que se trata de exercício teórico que deverá, necessariamente, passar por testes empíricos. De qualquer forma, atendendo à provocação de Unger, é mais um esforço no sentido de inovar na ordem constitucional e política brasileira.

Referências

- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão: o Dilema Institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB, 2002.
- FARIA, José Eduardo; MENGE, Claudia de Lima. A função social da dogmática e a crise do ensino e da cultura jurídica brasileira. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, v. 20-21, p. 181-218, 1980-1981. ISSN 0008-7750.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Coalizões governamentais na democracia brasileira. **Primeiros Estudos**, São Paulo, n. 3, p. 159-196, 2012.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.



- GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Eds.). **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?** Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006.
- HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to lose a constitutional democracy. **UCLA L. Rev.**, v. 65, p. 78, 2018
- KELSEN, Hans. **The Essence and Value of Democracy**. Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos estudos**, São Paulo, n. 76, p. 17-41, 2006.
- LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, 2010.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Maria Murgel. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.
- WERNECK VIANNA, Luiz et alii. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
- TSEBELIS, George. **Veto players: How political institutions work**. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do Colonialismo Mental: repensar e reorganizar o Brasil**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito e o Futuro da Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada: A alternativa progressista**. São Paulo: Boitempo, 1999.



UNGER, Roberto Mangabeira. **Política:** os textos centrais - a teoria contra o destino. São Paulo: Boitempo, 1997.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A segunda via:** presente e futuro do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2001.

UNGER, Roberto Mangabeira. **False Necessity:** Anti-Necessitarian Social theory in the Service of Radical Democracy. New York: Verso, 2001.

8. A conjuntura política brasileira e os mecanismos de democracia semidireta (plebiscitos e referendos)

Rodrigo Marchetti Ribeiro⁷⁹

Introdução

Tornou-se um lugar comum das ciências sociais pensar que as instituições da democracia liberal vivem uma crise (e.g., Mounk, 2019; Castells, 2018). Partindo desta muito razoável e popular hipótese é razoável esperar que, em algum ponto incerto do futuro, as atenções da esfera pública se voltem para os institutos – hoje existentes, mas secundários, em nosso ordenamento jurídico – que visam à execução da democracia de forma direta: os referendos e plebiscitos.

Partindo de um diagnóstico da conjuntura política brasileira, em que a externalização dos impasses políticos tem levado a uma disputa entre o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal e o perigo de uma ruptura política com apoio militar, este capítulo propõe uma análise da configuração constitucional dos plebiscitos e referendos na Constituição de 1988.

1. A conjuntura política

Os resultados das eleições de 2024 suscitaram muita controvérsia. Enquanto a cúpula do PT, por exemplo, promoveu uma lavagem pública de roupa suja (Rosa, 2024) – esperada, mas talvez não de forma tão pública, dado o desempenho do partido (Shalders, 2024; Bião, 2024) –, outros aproveitam para ver o resultado de 2024 (com uma *suposta e muito questionável* guinada à direita

⁷⁹ Bacharel em Direito e Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Licenciado em Direito pela Université Lumière Lyon 2 (PITES – *Partenariat International Triangulaire d'Enseignement Supérieur*).

ou ao centro) como o prenúncio da contenda de 2026 (Pereira, 2024; Gomes, 2024; Veleda, 2024) – o que, do modo como geralmente é feito, é um equívoco.

Dados os muitos equívocos que a discussão a respeito de 2026 suscita, vamos estabelecer, aqui, o seguinte percurso argumentativo: primeiro vamos discutir as limitações às possíveis inferências dos resultados das eleições nacionais de 2026 a partir das eleições municipais de 2024; depois, exploraremos outra interpretação dos fatos, que culmina em um prognóstico mais razoável para a eleição de 2026; por fim, dado o prognóstico, vamos discutir algumas das possíveis soluções para a política brasileira.⁸⁰

1.1. Eleições municipais de 2024 como prognóstico das eleições estaduais e nacionais de 2026?

Não se pode deixar de observar que, em matéria de partidos e coligações partidárias, eleições municipais no Brasil até hoje significam muito pouco ou mesmo nada fora das principais capitais (nas quais os eleitos são, geralmente, candidatos a alçar voos mais altos e nas quais há uma repetição dos conflitos nacionais)⁸¹. Uma consulta rápida (e totalmente aleatória) ao site do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2024) revela coligações que, quando elevadas ao plano nacional, parecem (e são, quando se leva em conta as supostas orientações ideológicas dos partidos) as mais estapafúrdias possíveis: no Município de Penedo-AL, por exemplo, uma das coligações que disputou a prefeitura em 2024 reúne PP, PL, União Brasil, Cidadania, PSDB e PDT. Ora, o PDT compõe a base do governo; o PL, partido de Bolsonaro, é da oposição. Outro caso parecido: em São Pedro da Aldeia-RJ uma das coligações, na mesma eleição, é composta por Republicanos, PRTB, Agir, PSB, PC do B, PT e PV. O PRTB, por exemplo, era o partido do vice-presidente Hamilton Mourão; o PC do B dispensa apresentações. E por aí vai... Querer fazer um exercício de futurologia com base nos resultados

⁸⁰ Por uma questão de transparência, salientamos que alguns dos pontos tratados aqui são uma repetição, com alterações, daquilo que foi apresentado em Ribeiro, 2022.

⁸¹ Por exemplo: Boulos v. Nunes (ou Boulos v. Nunes e Marçal) no Município de São Paulo, representando, respectivamente, Lula v. Bolsonaro.

globais de uma eleição que tem esse tipo de coligação é, sendo muito razoável, extremamente temerário.

A título de história, vale recordar que já houve, em 2002, uma tentativa de se verticalizar as coligações estaduais e federais pelo TSE⁸², que inclusive foi referendada pelo STF⁸³, mas acabou derrubada pelo Congresso em 2006⁸⁴. Ora, se já foi demais para o Congresso a exigência de coerência nas coligações formadas em um mesmo momento temporal (uma eleição) e entre esferas federativas maiores (união e estados), o que se pode razoavelmente esperar das coligações feitas em nível municipal?

Além disso, mesmo que fosse possível inferir algo das eleições municipais de 2024 (o que parece impossível pelo sistema partidário brasileiro), é importante ter atenção para aquilo que efetivamente está sendo dito (e pode ser dito). Em um texto clássico sobre a opinião pública, Bourdieu (1980) aponta que, em pesquisas de opinião, as perguntas feitas e as respostas possíveis condicionam a própria “opinião” que é produzida. A opinião pública (e, especialmente, as pesquisas de opinião) tal como usualmente concebidas são, portanto, não uma expressão da vontade popular, mas sim um instrumento de poder e dominação nas mãos de grupos de interesse.

É importante perceber que as eleições não são tão diferentes das pesquisas de opinião quanto podem parecer à primeira vista. De fato, nas eleições, todos os eleitores votam ou podem votar (não apenas uma pequena amostra), mas a escolha nos candidatos continua a ser condicionada pelas escolhas e arranjos partidários (cf. Dahl, 2005, cap. 9) — ou seja, já há, aí, uma primeira limitação ao que pode ser dito pelos eleitores. E, como bem salienta Bovero (2002, cap. 1-2), os candidatos também podem ser pensados, em termos de suas posições políticas, como pacotes: podemos gostar de uma parte, mas não de outra; e, principalmente, podemos escolher o pacote, mesmo não gostando de uma parte. O que foi dito pelo eleitor que votou na coligação entre PRTB e PC do B? No

⁸² Trata-se da Resolução nº 21.002/2002.

⁸³ ADI 3685, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 22-03-2006, DJ 10-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02241-02 PP-00193 RTJ VOL-00199-03 PP-00957.

⁸⁴ Trata-se da EC nº 52/2006.

máximo que ele gostava do candidato apoiado por aquela coligação (ou melhor, o preferia às outras alternativas, inclusive o voto em branco ou nulo). Querer interpretar algo além disso já é extrapolação.

Se há, como alguns disseram, uma guinada ao centro, ela parece ser menos produto de uma identificação ideológica dos eleitores (dada inclusive a indefinição ideológica deste “centro”) e mais produto do inédito controle dos parlamentares (que majoritariamente compõem os partidos ditos de “centro” ou “centrão”) sobre verbas orçamentárias, controle este que pode ter repercutido em sucessos eleitorais Brasil afora (cf. Ribeiro, 2024a; Araujo, 2024).

Em suma, seja pelas limitações do sistema partidário, seja pelas limitações impostas pelo sistema orçamentário, ou seja, ainda, pelas limitações daquilo que o resultado das urnas efetivamente nos informa, 2024 não pode ser considerado um prognóstico para 2026.

1.2. *Qui custodiet ipsos custodes? Quem deve ser o guardião da constituição?*

Se olhar para os resultados das eleições de 2024 não é suficiente para prever a disputa de 2026, um caminho mais promissor parece estar em adotar uma perspectiva mais geral.

Antes de mais nada, é importante que se diga que a democracia segue com a “temperatura elevada” (para usar a expressão de Unger, 2024, cap. 8) e, tudo permanecendo mais ou menos igual, isso tende a continuar assim. Isto é, as pessoas seguem cada vez mais engajadas nas questões políticas — e não apáticas —, o que, *a priori*, seria positivo. Doutro lado, este maior engajamento parece estar acompanhado de uma maior polarização ao redor das querelas políticas e uma divisão mais ou menos paritária do eleitorado (é só lembrar o resultado da última eleição para presidente: 50,90% v. 49,10%). É incerto, como já apontou Dahl (2006, cap. 4) em meados do século passado, se a democracia liberal contemporânea é capaz de resolver um impasse entre dois grupos de mais ou menos o mesmo porte que manifestam as suas preferências intensamente — o arranjo da democracia madisoniana, segundo ele, está mais preocupado com os casos nos quais uma minoria intensa se coloca contra uma maioria apática.

Qual o motivo dessa polarização? Uma resposta, não totalmente equivocada, mas que não atinge o cerne da questão, seria dizer que, ao redor de algumas questões, como aborto, cotas, etc., a sociedade vem se tornando marcadamente dividida.

Essa resposta, entretanto, não explica por que a questão eleitoral vem se tornando não uma discussão a respeito dos rumos políticos do país, mas sim uma verdadeira luta existencial entre as duas partes principais envolvidas na disputa. Parece certo, entretanto, que, se ambos os lados tivessem confiança de que a derrota eleitoral não sepulta as possibilidades de participação, a questão jamais assumiria contornos tão graves (Dahl, 1971, cap. 1). É para essa direção que devemos voltar nosso olhar.

A principal distinção entre os governos do Antigo Regime e aqueles que surgiram após as revoluções burguesas é que, enquanto naqueles o governante era absoluto, nestes o governo pretende seguir regras preestabelecidas (liberalismo), adotadas segundo um procedimento majoritário (democracia), usualmente positivadas em algum documento tido como fundamental (constitucionalismo), que assegura, além da predefinição a respeito do processo de produção normativa, alguns direitos fundamentais aos indivíduos, que precisam ser respeitados pelas autoridades constituídas (inclusive na legiferação).⁸⁵ A grande questão, que o constitucionalismo liberal não resolve, é que o governo de leis (*rule of law*) ainda depende de pessoas que apliquem essas normas e de adesão social a esse arranjo determinado previamente, principalmente daqueles que detêm mais poder na sociedade (Dahl; Stinebrickner, 2003; Dahl, 1957) – daí a conclusão de Dahl de que a democracia (e podemos extrapolar isso para o Estado de Direito), no fundo, depende muito mais da configuração social do que do arranjo institucional-formal no qual ela está imersa (Dahl, 2006; cf. Ross, 2007, cap. 2).

⁸⁵ A bibliografia, neste ponto, seria praticamente infinita, mas uma lista não exaustiva (e especialmente esclarecedora) pode incluir os seguintes itens: Kelsen (2016), Schmitt (2008), Ely (1980) e Scheppele (2018).

Na literatura jurídica, este problema é conhecido por meio de uma antiga questão: “*qui custodiet ipsos custodes?*” (ou, simplesmente, quem vigiará os vigilantes?), cuja manifestação mais aguda se dá na discussão de um outro problema (que, em última análise, não passa de uma nova roupagem para a velha questão): “quem será o guardião da constituição?”. A discussão, basicamente, é que no Estado de Direito, em que há uma constituição (formal ou informal, escrita ou não escrita, etc), deve existir uma última autoridade capaz de dizer o qual é o Direito vigente e, portanto, o modo de provimento dessa autoridade, os seus poderes, o seu funcionamento, etc., tornam-se todos pontos de debate.⁸⁶

Existe um outro lado, mais cru, da questão a respeito de quem vigiará os vigilantes. Tribunais, por mais supremos que sejam, ainda são capazes apenas de emitir ordens e, portanto, precisam de adesão às suas ordens pelos funcionários do Estado para manter a sua autoridade e garantir que as suas decisões serão cumpridas — noutras palavras: juiz não prende, manda prender. É lógico que a adesão pode vir tanto do reconhecimento da autoridade do tribunal como legítima quanto do medo de represálias (que, diga-se de passagem, podem deixar de ser uma possibilidade real caso a insurreição seja generalizada), mas, em última análise, os dizeres de Montesquieu (2023, cap. Da Constituição da Inglaterra) a respeito do Poder Judiciário, que seria de alguma forma nulo em relação aos demais, ou de Hamilton (2014), de que o Poder Judiciário seria o menos perigoso dos três, não estavam tão equivocados quanto querem os próceres (e seus muitos acólitos) do “ativismo judicial”.

1.3. Os temores e as suas respostas

Corretamente qualificado e compreendido, o problema do “*qui custodiet ipsos custodes?*” nos dá uma explicação a respeito do motivo pelo qual ambos os lados da polarização atual entendem 2026 como uma luta existencial.

Da parte da direita, o principal temor parece ser com a autoridade dos tribunais, especialmente a autoridade final em matéria constitucional — cuja

⁸⁶ É esse o famoso debate entre Kelsen e Schmitt a respeito da questão, vide Kelsen (2013). Schmitt (2007; 2011). Para uma comparação mais holística entre Schmitt e Kelsen, ver Ribeiro (2023).

manifestação mais escancarada é o prolongado embate entre Bolsonaro e Alexandre de Moraes. Isto é, teme-se o chamado “ativismo judicial” e sobretudo que os juízes não sejam suficientemente deferentes às decisões legitimamente tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Disto decorre a necessidade de se assegurar uma vitória eleitoral que (1) permita a nomeação de ministros do STF que sejam mais dóceis às pautas conservadoras e que, de modo geral, valorizem mais o princípio majoritário quando em conflito com outros princípios e direitos do ordenamento; (2) seja grande o suficiente para aumentar o ônus do tribunal ao declarar uma medida inconstitucional; e (3) permita reformar a Constituição para diminuir os poderes do STF.

É bom que se diga que não se trata, aqui, de receio de todo infundado. Muito longe disso. O Estado de Direito promete ser a expressão de um governo de leis, mas esquece que um governo de leis é apenas um governo dos homens que fazem as leis e, também (e talvez principalmente), daqueles que as executam. A legalidade e a interpretação judicial são, antes de mais nada, formas de exercício e manutenção do poder (usualmente associadas ao *status quo*) que, no regime contemporâneo, revestem-se de especial legitimidade (Dahl, 2005, cap. 22; Dahl; Stinebrickner, 2003, cap. 1-5). Mas sabemos que existem juízes conservadores e juízes progressistas e que juízes conservadores e progressistas dão votos diferentes (o caso da maconha é ilustrativo)⁸⁷; sabemos, também, que grupos que são derrotados no Poder Legislativo ou no Poder Executivo procuraram o Poder Judiciário para serem ouvidos, mas que, nesse Poder, o seu pedido está, nessas condições, em franco dissenso com o princípio majoritário (o que impõe uma forte razão para este pedido ser deferido) (Neves, 2016, cap. 3); sabemos que uma argumentação baseada em princípios, tão popular no Brasil (e no STF), aproxima-se muito mais de uma argumentação legislativa do que do tradicional silogismo jurídico a partir de regras; e sabemos, por fim, que o STF nos últimos anos deu uma série de decisões tão progressistas quanto polêmicas

⁸⁷ RE 635659, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26-06-2024, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 26-09-2024 PUBLIC 27-09-2024.

(por exemplo: a criminalização da homotransfobia pela via judicial, criticada até por criminalistas progressistas)⁸⁸, além de outras com objetivos tão menos honrosos quanto mais mesquinhos (como a inconstitucionalidade do aumento dos casos de impedimento do Código de Processo Civil)⁸⁹.

Talvez ninguém tenha percebido melhor a natureza do problema do que Ives Gandra Martins (2020; 2021; 2024) — ainda que as conclusões a que ele chegou sejam um capítulo todo à parte. Segundo Gandra, em um caso de conflito entre o STF e o Congresso, o Congresso, logicamente, não poderia recorrer ao STF para fazer cessar a ilegalidade. Daí, segundo ele, que este papel caberia, muito pontualmente, às forças armadas. Esta é a famosa tese de Ives Gandra a respeito do Poder Moderador, recentemente rechaçada pelo STF em um acórdão⁹⁰ que, não só é incapaz de resolver o problema apontado (nisso Gandra tem razão, mas porque o problema talvez seja insolúvel), mas que também mostra a fraqueza do tribunal (afinal, se a sua legitimidade fosse incontestada, a discussão sequer teria surgido). Seja como for, a tese nos interessa mais por aquilo que ela não diz: os momentos descritos por Ives Gandra seriam de aguda crise constitucional, em que obviamente ambas as partes se diriam agindo conforme o Direito vigente (tal como duas nações em guerra dizem estar fazendo guerra justa) e, forçosamente, as forças armadas teriam que realizar interpretação constitucional e decidir qual é a interpretação correta, agindo como o Poder Moderador da República. Os únicos “detalhes” que Ives Gandra esqueceu (e que denunciam muito da sua posição política pessoal) são (1) que as Forças Armadas não têm, nem nunca tiveram, legitimidade para exercer esse papel em uma democracia; e (2) que existem arranjos alternativos mais democráticos para se lidar com o impasse entre os Poderes.

⁸⁸ MI 4733, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13-06-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 28-09-2020 PUBLIC 29-09-2020. Ver Fernandes (2019).

⁸⁹ ADI 5953, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 22-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 17-10-2023 PUBLIC 18-10-2023.

⁹⁰ ADI 6457, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09-04-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 03-06-2024 PUBLIC 04-06-2024.

Seja como for, um dos grandes temores políticos da esquerda hoje, senão o maior, está aqui. Em experiências políticas anteriores a 1988 as forças armadas, de fato, desempenharam o papel de árbitro das disputas políticas, papel este que, com a redemocratização, foi ocupado pelo STF (Abranches, 2018, cap. 22). É salutar que seja assim. Ainda que se possam apontar excessos na atuação do STF (talvez muito mais do que seria aceitável e escusável), o fato, básico e inescapável, é que a democracia deve ser o governo não da força, mas sim da persuasão (Dahl; Stinebrickner, 2003, cap. 2-5).

Nada mais oposto a tal princípio do que os fatos do 8 de janeiro de 2023 e a descoberta de um plano de militares da reserva do Exército para matar o presidente da república, o vice-presidente e o presidente do STF, o que culminou com a prisão provisória em dezembro de 2024 do general da reserva Braga Netto, ex-ministro-chefe da Casa Civil e da Defesa entre 2020 e 2022, e candidato a vice-presidente na chapa de Jair Bolsonaro nas eleições de 2022.

Mas existem outros fatos que pairam sobre a política brasileira. O primeiro deles é que o processo de redemocratização e normalização das relações civis-militares, aqui, nunca foi pleno. Os fatos estão aí para comprovar: a tese de que as forças armadas são o Poder Moderador da República circula impunemente nos quartéis, apesar de estar em aberto dissenso com a ordem democrática instituída; os assuntos militares são vistos e tratados como absolutamente fora do domínio civil (daí, por exemplo, a aberrante manutenção da Justiça Militar); ou, para sermos mais explícitos, o famoso *tweet* do General Villas Boas (que pode ter mudado os rumos da eleição de 2018, ao pretender influenciar a decisão do STF sobre a prisão a partir da condenação em segunda instância, tendo Lula preso).

O segundo fato é que o golpe de 1964 tinha um lado: a direita; e que, com a redemocratização, os quartéis não se tornaram politicamente plurais, mas sim continuaram a ser majoritariamente de direita. A desconfiança recíproca parece ter se instalado: os militares não gostam de governos de esquerda, pois temem interferência em seus assuntos, represálias, etc., e os políticos de esquerda (não sem motivo, como vimos acima) temem a atuação dos militares, que estão no comando do aparelho coativo do Estado.

A isso se soma, agora, o problema das polícias militares. As PMs também têm um lado claro: a direita; também são um entulho da ditadura militar, mas pareciam mais ou menos subordinadas ao comando das autoridades civis nos Estados. Com a polarização e a direita encampando teses francamente favoráveis às PMs, políticos de esquerda temem que as PMs deixem de cumprir ordens que sejam desfavoráveis ao seu campo político — como parece ter acontecido, em alguma medida, no episódio do 8 de janeiro de 2023.

Enquanto a direita brasileira parece ter um projeto claro para resolver a sua versão do problema do “*qui custodiet ipsos custodes?*”, o caminho da esquerda é mais nebuloso. Por um lado, vitórias eleitorais de peso podem tornar aventuras mais custosas para os militares (o cenário externo, de momento, nesse quesito, não é nada além de desolador), além de garantir, ao menos, o domínio dos tribunais e barrar mudanças que diminuam os poderes dos tribunais (ainda que fora do governo, enquanto a legalidade judiciária for mantida e as nomeações pretéritas também, a esquerda pode sobreviver), mas falta (desde 88, diga-se de passagem) um projeto maior de normalização das relações civis militares no Brasil.

2. O que fazer? Estado de direito e inovação institucional

Nada disso significa que precisamos aceitar, resignadamente, que a democracia brasileira está condenada. Se nosso diagnóstico acima está correto, a democracia brasileira pode ser salva, desde que as eleições não sejam lutas existenciais entre esquerda e direita.

Mas como fazer isso? A resposta simples (e incompleta) para essa questão é dizer que criar-se-iam (ou recriar-se-iam) as condições sociais em que a democracia pode funcionar. Essa resposta não resolve muita coisa — por si mesma, é de se reconhecer que ela é praticamente vazia. Como vimos, à esquerda e à direita, há um temor, não de todo infundado, de que as instituições que tornam o Estado de Direito possível não funcionem como deveriam. Se nenhum dos lados confia nas instituições, então, até que essa confiança seja reestabelecida, não há motivos para parar a luta existencial.

De outro lado, foram as instituições hoje existentes (não só elas) que nos trouxeram até aqui. É muito importante perceber isso para diagnosticar que não se trata, simplesmente, de reestabelecer a confiança nas instituições, mas, mais do que isso, de criar instituições que sejam dignas de confiança; capazes de superar e, principalmente, de prescindir da crise (Unger, 2024, cap. 7-8; cf. Amato, 2018).

Lamentavelmente, entretanto, não só as instituições parecem avessas às mudanças, como, muitas vezes, os próprios lados envolvidos na discussão parecem sequer ter mais consciência dos grandes problemas nacionais. Por exemplo, a muito alardeada PEC da Segurança Pública (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024) sequer toca o tema de unificação polícias civis e militares em uma polícia de ciclo completo (Cubas; Alves; Oliveira, 2021; Beato Filho; Ribeiro, 2016) ou a crescente militarização das guardas civis (Kopittke, 2016; Oliveira Junior; Alencar, 2016). A relação entre as forças armadas e os civis é pautada por discussões ainda mais básicas como a autoridade da justiça militar (cuja própria existência que deveria ser objeto de discussão)⁹¹ ou se os quartéis estão ou não autorizados a comemorar o golpe de 1964 (Mazui, 2023).

Discussões a respeito dos poderes do STF não encontram melhor sorte. Várias e várias medidas tramitam hoje no Congresso visando a limitar os poderes do Supremo, sem, de fato, terem sido propostas com as melhores intenções (Conjur, 2024; Brasil, 2024a). Todavia, isso não exclui a discussão. É perfeitamente razoável discutir, propor e implementar a limitação das decisões monocráticas; criar normas de conduta mais rígidas para ministros dos tribunais superiores por meio da tipificação de crimes de responsabilidade; ou, mesmo, discutir alguma forma de controle mais fraco de constitucionalidade (por exemplo: regulando melhor a questão das omissões inconstitucionais (Pompeu, 2024a; Brasil, 2024b); ou abrindo caminhos de diálogo institucional). É lógico que há arroubos mais autoritários; mas isso não exclui o exagero e conservadorismo institucional dos ministros frente às propostas. Por exemplo: a limitação das decisões

⁹¹ É a discussão da ADI 5.032.

monocráticas que está em discussão já foi, em uma declaração dada no *off* por um ou mais ministros, taxada de inconstitucional por limitar o acesso à justiça, além de inconstitucional por vício de iniciativa (quando a própria jurisprudência do STF só reconhece esse vício no âmbito dos poderes estaduais) (Chaib; Bragon, 2024)⁹²; outro ministro declarou, aparentemente em resposta à proposta de criar novos crimes de responsabilidade para ministros, que o *impeachment* de ministros poderia ser discutido e revisto pelo próprio STF (o que, se à luz do sistema constitucional vigente é verdade, nem por isso precisa ser declarado *ex ante* no embate entre os poderes) (Pompeu, 2024b).

Durante a Revolução Francesa, um dos membros da Convenção, ciente do caráter irreversível da Revolução, declarou: “desembarcamos em uma nova ilha e incendiamos os barcos que nos trouxeram aqui” (Vovelle, 2019, p. 40). A inovação institucional, em que pese o lamentável estado do debate brasileiro aqui retratado, ainda parece o melhor (talvez o único) caminho para se chegar a um lugar novo e melhor. Seremos especialmente bem-sucedidos se conseguirmos prescindir da fase aguda da crise na transformação e, sobretudo, se formos capazes de criar instituições que sejam capazes de se reinventar antes das novas crises (Unger, 2024, cap. 7-8).

A seguir, analisamos o desenho institucional de um dos mecanismos possíveis de adensamento da democracia brasileira: os plebiscitos e referendos. Se efetivados, tais mecanismos seriam uma alternativa à arbitragem militar ou judicial dos impasses políticos de nosso sistema presidencialista.

3. Plebiscitos e referendos no constitucionalismo brasileiro⁹³

Na experiência constitucional brasileira, as três primeiras Constituições, de 1824, 1891 e 1934, não previram nenhuma forma de participação popular no exercício do poder legislativo, constitucional ou administrativo. A primeira

⁹² ADI 3848, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 11-02-2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 05-03-2015 PUBLIC 06-03-2015; ADI 5296, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 04-11-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020.

⁹³ Este tópico e os seguintes reproduzem a análise de Ribeiro (2022).

constituição a prever esse tipo de mecanismo foi a de 1937, entretanto, tal texto jamais foi aplicado na sua plenitude, pois o Parlamento Nacional, que a Constituição previa, jamais foi instalado. A própria Constituição, outorgada, seria submetida a plebiscito (ADCT art. 187), depois do qual haveria eleições para o parlamento.

A Constituição previu que: 1) mudanças territoriais nos estados da federação poderiam ser submetidas a plebiscito por iniciativa do presidente da república (art. 5º); 2) o presidente da república tinha iniciativa de plebiscito sobre matérias a serem reguladas pelo Conselho da Economia Nacional (art. 63), lembrando-se que este era posicionado como seu colaborador para coadjuvar o exercício do Poder Legislativo ao lado do Parlamento (art. 38); 3) projeto de emenda constitucional de iniciativa do presidente da república que fosse rejeitado pelo parlamento, ou PEC da Câmara que fosse aprovada pelo Parlamento mas sofresse veto do presidente, poderiam ser submetidas a plebiscito convocado pelo presidente (art. 174, §4). Registre-se, ainda, que o presidente tinha a prerrogativa de ressubmeter ao Parlamento lei ou ato declarado inconstitucional (controle judicial fraco)⁹⁴.

O primeiro texto constitucional brasileiro a contar com uma disposição sobre participação popular com efetivas possibilidades de aplicação foi, portanto, a Constituição de 1946, que previa, em seu art. 2º, a realização de plebiscitos para as modificações territoriais dos Estados. A Emenda Constitucional nº 4/1961, promulgadas às pressas durante a crise de sucessão presidencial, instituiu o parlamentarismo no Brasil e previu, em seu art. 25, a possibilidade de realização de consulta plebiscitária pela manutenção do parlamentarismo ou volta ao presidencialismo. A Lei Complementar 2/1962, por seu turno, previu um

⁹⁴ Constituição de 1937, Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

referendo em relação a própria Emenda 4/1961. Como é fato conhecido, a emenda foi rejeitada pelos eleitores.

A Constituição de 1967, por seu turno, previu, em seu art. 14, apenas, de forma programática, a necessidade de se fazer uma lei regulando as consultas populares para a criação de Municípios. A Constituição de 1969 manteve semelhante disposição em seu art. 14.

Finalmente, a Constituição de 1988 prevê que referendos e plebiscitos são formas de exercício da soberania popular (art. 14, I e II) e dá, em relação a essa matéria, competências ao Congresso Nacional (art. 49, XV), que serão objeto de discussão mais adiante, além de prever a realização de plebiscitos para modificação territoriais de Estados e Municípios (art. 18, § 3º e § 4º). E o ADCT, por sua vez, previu, em seu art. 2º, a realização de plebiscito (já realizado) sobre a forma e sistema de governo.

3.1. Desenvolvimento doutrinário dos institutos no Brasil

Malgrado a Constituição de 1988 ter concedido muito mais espaço que suas antecessoras para a matéria dos referendos e dos plebiscitos, a doutrina pátria discute pouco esses institutos, mas, apesar disso, tem algumas posições consolidadas em relação a eles.

A primeira posição diz respeito ao que difere os referendos dos plebiscitos. Segundo a doutrina, a divergência se encontra no momento em que é realizada a remissão de uma determinada questão ao conjunto dos eleitores: os plebiscitos são realizados antes da decisão final do parlamento ou do Executivo em relação ao ato legislativo, ou constitucional ou administrativo (a questão do ato administrativo, como será visto, é um pouco problemática) e os referendos, depois dessa decisão (como será visto, há uma série de problemas sobre isso). Com isso, muda a natureza dos institutos jurídicos em discussão. Enquanto os referendos são deliberativos (pois neles o povo delibera sobre um ato já decidido e, eventualmente, já realizado, aprovando-o ou rejeitando-o), os plebiscitos são consultivos (por acontecerem antes do ato decisório e serem, portanto, parte do processo de deliberação que leva ao ato final) (Guedes, 2013, p. 674; Moraes, 2016,

p. 251-252; Mendes; Branco, 2016, p. 758-760; Silva, 2017, p. 251-254; Ferreira Filho, 2012, p. 173-176; Dallari, 2016, p. 151-160).

Sobre os plebiscitos, a discussão doutrinária se encerra com a distinção entre eles e os referendos; não há muito mais o que se falar: os plebiscitos são realizados antes de determinado ato realizado por determinada autoridade e, dependendo do seu resultado, a autoridade (seja o Poder Executivo, seja o Poder Legislativo) produz o ato, com base naquela consulta. Se a consulta cria ou não uma obrigação jurídica, para a autoridade (seja o parlamento, seja o Poder Executivo), de respeitar a decisão popular é outra questão, que a nossa doutrina não enfrenta.

Situação diferente, entretanto, é a dos referendos, tema sobre o qual a doutrina se debruça em relação ao funcionamento e aos efeitos. Alexandre de Moraes (2016, p. 251-252) e Gilmar F. Mendes e Paulo Gonet Branco (2016, p. 758-760) afirmam que os referendos atribuem ou retiram eficácia de determinada disposição legislativa, por meio de condições suspensivas (a disposição não terá vigor se não for aprovada pelos eleitores) ou resolutivas (a disposição tem vigor até que seja rejeitada pelos eleitores). É notável que tais pareceres estão dialogando com a experiência do Estatuto do Desarmamento (para uma análise detalhada a respeito, ver Ribeiro, 2024b)⁹⁵.

Já Ferreira Filho (2012, p. 173-176) e José Afonso da Silva (2017, p. 251-254) não enveredam pela questão das condições em suas monografias (é como se ela inexistisse) e, tampouco, pela questão da eficácia, mas apenas salientam que

⁹⁵ “Para além dos problemas de interpretação da vontade popular baseada em eleições e referendos, vejamos a especificidade do referendo de 2005. Os armamentistas consideram que o referendo teria sido uma decisão em favor da manutenção do direito de autotutela. O resultado não foi este, mas, apenas, pois é tudo que a pergunta permite afirmar, pela manutenção do comércio de armas de fogo. É evidente que esta interpretação tem sua razão de ser: como visto, os primeiros projetos desarmamentistas pediam a proibição do comércio de armas de fogo e, na reformulação do projeto, em 2003, este pleito desarmamentista se tornou o referendo, pois o Congresso Nacional não se sentiu confortável para decidir a questão. Em outras palavras, a decisão política sobre aqueles primeiros projetos de desarmamento foi remetida para o povo, por meio do referendo. Desta forma, a rejeição do dispositivo do referendo, foi, mais do que apenas a decisão pela manutenção do comércio de armas, a rejeição daqueles projetos de um desarmamento mais rigoroso, mais extremo, mais aprofundado. Isto, evidentemente, em decorrência de a decisão política-legislativa ter sido colocada nas mãos do povo.” (Ribeiro, 2024b, p. 395-396)

os referendos ou são constitutivos (instituto do veto popular) ou são abrogatórios (e, nesse sentido, é perceptível que dialogam muito mais com a experiência europeia do que com nosso texto constitucional). Dallari (2016, p. 151) também salienta a distinção entre veto popular e referendo, mas não deixa claro se o referendo (que ele opõe ao veto popular, como figura distinta) é abrogatório ou se versa sobre a eficácia.

Ou seja, comparando o posicionamento dos doutrinadores pátrios, mencionados nos três parágrafos acima, resta evidente que há uma confusão de posições, que não conversam entre si.

O último ponto que a doutrina pátria oferece é sobre a obrigatoriedade ou não obrigatoriedade dos referendos (questão que é, sem dúvida, secundária). Para Ferreira Filho (2012, p. 173-176), os referendos ou são ordinários (acontecem sempre) – mas, segundo o autor, esse tipo de referendo está ausente nas constituições contemporâneas (até porque seria inviável de outra forma) – ou são extraordinários (não acontecem sempre). A mesma distinção entre obrigatórios e facultativos faz Dallari (2016, p. 151-160). José Afonso da Silva (2017, p. 252-253), por seu turno, também a sustenta, mas o faz de forma idiossincrática. Segundo esse autor, nos referendos facultativos o ingresso da norma no plano do dever-ser independe da realização do referendo, enquanto nos referendos obrigatórios o ingresso da norma no plano do dever-ser depende da realização do referendo e sua aprovação (nisso lhe assiste razão, mas apenas porque ele descreve, em verdade, o veto popular).

4. Classificação e possibilidades de referendos e plebiscitos

À luz da experiência histórica e dos desenvolvimentos doutrinários nacionais, é oportuno estabelecer, como subsídio à compreensão dos próprios institutos, critérios de classificação, e, a seguir, demonstrar as possibilidades e impossibilidades lógicas que se formam ao mesclar tais critérios de classificação.

A primeira classificação que se pode esboçar em relação aos referendos é em relação ao momento em que estão localizados dentro do processo legislativo. Enquanto os plebiscitos estão localizados, temporalmente, antes da discussão ou,

quando menos, antes da decisão sobre o ato legislativo ou administrativo, os referendos se localizam depois da discussão ou da decisão. Porém, quando menos, há dois tipos de referendo, divididos em razão do tempo: os referendos que dizem respeito a projetos, que ainda não viraram leis (ou seja, disposições sobre as quais há uma decisão, mas não são norma jurídica); e os referendos sobre leis (disposições que já ingressaram no plano do dever-ser).

Em segundo lugar, é possível classificar os referendos em razão dos seus efeitos: ou os referendos versam sobre a existência da disposição normativa no plano do dever-ser (são os vetos populares, que versam sobre os projetos, e os referendos ab-rogatórios, que têm o poder de revogar uma norma), ou versam sobre a sua eficácia.

Já os plebiscitos podem ser vinculantes, se a lei que os regula ou o ato que os convoca assim dispuser, mas, como regra, devem necessariamente ser sem produção de efeitos. Isso porque os plebiscitos constituem apenas uma das várias manifestações de vontade dentro do processo de deliberação que leva a um ato decisório legislativo, constitucional ou administrativo.

Em terceiro lugar, os referendos operam, necessariamente, por meio de condições resolutivas ou condições suspensivas sobre as normas ou projetos de norma, independentemente, portanto, de seus efeitos serem em relação à eficácia da norma ou à sua existência no plano do dever-ser. Em relação aos plebiscitos, tal classificação, *prima facie*, não faz sentido; entretanto, há a possibilidade de a legislação ou o ato convocatório dispor, por exemplo, que, se o projeto não for aprovado, não poderá mais ser discutido durante um determinado lapso de tempo, mas isso não é o que acontece como regra.

Em quarto lugar, os referendos e plebiscitos podem ser obrigatórios (em todos ou em certos casos) ou facultativos, como explica Schmitt (2008, p. 287-289).

Em quinto lugar, os referendos e os plebiscitos podem ser classificados de acordo com a autoridade que os convoca; seriam inúmeras as possibilidades.

4.1. Possibilidades lógicas de referendos

Ao contrário do que faz pensar a doutrina tradicional (em que cada autor se dedica a uma parte do problema, sem debruçar-se sobre o todo) é possível, mesclando os critérios, chegar a vários tipos de referendos diferentes, mas, para isso (para conhecer estas possibilidades), é necessário se reconhecer uma série de impossibilidades lógicas em determinados casos.

Em primeiro lugar, os referendos que ocorrem antes de a norma existir (ou ingressar) no plano do dever-ser (isto é, quando ainda é projeto de norma) só podem dizer respeito, por óbvio, à existência da lei e não à eficácia. Não faria sentido debater e decidir sobre a eficácia de uma norma que, a rigor, não existe para o direito. Se não existe no plano do dever-ser, evidentemente, não pode ter eficácia *jurídica* (afinal, se não é norma jurídica, por evidente não pode ter a chamada eficácia jurídica). Há o argumento de que poderíamos, em teoria, elaborar uma norma, mas lhe tirar (de forma definitiva) a eficácia antes de ela ingressar no plano do dever-ser (ou, em outras palavras, a norma poderia nascer sem eficácia, pois a sua eficácia já teria sido discutida antes do seu ingresso no plano do dever ser). Cabe apenas salientar o quão sem sentido seria criar uma norma para jamais lhe dar efeitos.⁹⁶

Entre os referendos que versam sobre projetos (e não normas jurídicas), não é possível, também, que sejam de condição resolutiva: é impossível que a norma que não existe no plano do dever-ser tenha sua existência nesse plano condicionada até o momento em que seja decidida, em referendo, a sua não existência (afinal, ela não existe, em primeiro lugar). Ou seja, resta apenas o uso da condição suspensiva: o projeto não se tornará norma jurídica se não for aprovado em referendo (que pode também ser chamado de veto popular). Evidentemente, tal referendo pode ser de realização obrigatória (apesar de tal hipótese ser extremamente pouco prática, se aplicada em todos os casos) ou facultativa; essa questão pouco importa. Em suma, os referendos que ocorrem

⁹⁶ Mesmo uma norma meramente programática (como as que existem, por exemplo, na Constituição Federal) ainda visa a ser eficaz em algum momento. Ou seja, é uma situação distinta de uma norma jurídica hipotética que nasce para *não* ser eficaz.

antes da promulgação da lei, necessariamente, versam sobre a existência da norma em debate no plano do dever-ser e colocam sobre o projeto uma condição suspensiva. Podem ser chamados de vetos populares. E, também, podem ser obrigatórios ou facultativos.

Já com os referendos que ocorrem após a promulgação da lei, a questão é mais interessante. Começemos pelos referendos que versam sobre a existência da norma no ordenamento jurídico. São possíveis, mas apenas na modalidade de uma condição resolutiva. O caso de condição suspensiva seria ilógico: como uma norma pode ingressar no plano do dever-ser, desde que seja aprovada em referendo se ela já ingressou no plano do dever-ser? É impossível. O referendo possível (que usa de uma condição resolutiva) pode ser obrigatório ou facultativo. É intuitivo que uma norma possa ser revogada por meio de um referendo, ainda que tal referendo não tenha sido previsto no momento da promulgação da lei. Porém, a hipótese menos intuitiva, por menos prática que seja, é, logicamente, possível. Nada impede que um ordenamento jurídico qualquer preveja que após x anos da data da sua promulgação as normas tenham que ser objeto de um referendo que verse sobre sua existência no ordenamento jurídico, ou que a cada x anos todas as normas jurídicas em uma determinada comunidade sejam votadas, em um grande referendo com várias perguntas, versando sobre cada uma das normas individuais. É evidente que não é prático, mas é possível. Ou seja, os referendos após a promulgação da lei que versem sobre sua existência devem operar com condições resolutivas (têm efeito de ab-rogação), mas podem ser facultativos ou obrigatórios.

A outra hipótese de referendos após o ingresso de uma disposição jurídica no ordenamento jurídico são os referendos que versam sobre a eficácia. Ambas as modalidades de condição são possíveis nesse tipo de referendo. Isto é, é possível que uma norma ingresse no ordenamento jurídico com a sua eficácia condicionada (condição suspensiva) à aprovação em referendo (é o caso do art. 35 do Estatuto do Desarmamento⁹⁷, que foi objeto de referendo em 2005). Bem

⁹⁷ “Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei. [...] § 1º Este dispositivo, para entrar em

como é igualmente possível que uma norma ingresse no ordenamento jurídico com eficácia, mas que, em momento posterior, essa eficácia possa ser retirada por meio de um referendo (condição resolutiva). Neste último caso, a norma segue existindo no ordenamento jurídico, mas sem eficácia, tal como uma norma que foi declarada inconstitucional ou que teve sua execução suspensa pelo Senado Federal após decisão do STF, por exemplo. No primeiro caso, se a norma for rejeitada no referendo, também continuará existindo no ordenamento jurídico, sem jamais ter eficácia; se for aceita no referendo, então (e somente então) ela começará a poder produzir efeitos (não necessariamente produzirá). Tal como nos referendos após a promulgação da lei, mas que versam sobre a existência da lei, é igualmente possível que eles sejam tanto obrigatórios quanto facultativos; ainda que algumas hipóteses façam pouco sentido prático, elas são logicamente possíveis. O quadro a seguir sistematiza o que os últimos parágrafos sustentaram⁹⁸.

vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005. [...] § 2º Em caso de aprovação do referendo popular, o disposto neste artigo entrará em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral”. O texto do decreto legislativo que autorizou o referendo: “Art. 1º É autorizado, nos termos do art. 49, inciso XV, da Constituição Federal, referendo de âmbito nacional, a ser organizado pelo Tribunal Superior Eleitoral, nos termos da Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, para consultar o eleitorado sobre a comercialização de armas de fogo e munição no território nacional. Art. 2º O referendo de que trata este Decreto Legislativo realizar-se-á no primeiro domingo do mês de outubro de 2005, e consistirá na seguinte questão: ‘o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?’. Parágrafo único. Se a maioria simples do eleitorado nacional se manifestar afirmativamente à questão proposta, a vedação constante do Estatuto do Desarmamento entrará em vigor na data de publicação do resultado do referendo pelo Tribunal Superior Eleitoral. Art. 3º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação”.

⁹⁸ Os tachados na tabela indicam impossibilidades.

Quadro de referendos possíveis			
Momento?	Versa sobre existência ou eficácia?	Tipo de condição?	Obrigatório ou facultativo?
Antes da norma ingressar no plano do dever ser	Existência	Suspensiva	Obrigatório
		Resolutiva	Facultativo
	Eficácia	Suspensiva	Obrigatório
			Facultativo
		Resolutiva	Obrigatório
			Facultativo
Depois da norma ingressar no plano do dever ser	Existência	Suspensiva	Obrigatório
		Resolutiva	Facultativo
	Eficácia	Suspensiva	Obrigatório
			Facultativo
		Resolutiva	Obrigatório
			Facultativo

Quadro – Classificação das possibilidades de referendo

Fonte: elaboração do autor

É evidente que tudo isso versa apenas sobre os referendos de um ponto de vista que leva em conta as formas jurídicas, mas não sua dinâmica política. Se a levarmos em consideração — e as elocubrações teóricas de Bobbio (1987, p. 152-155), Kelsen (2016, p. 426) e Schmitt (2008, p. 286-287), autores para os quais os referendos são formas de participação no poder, dá bons motivos para levarmos esse aspecto em consideração — é evidente que há uma grande aproximação de efeitos práticos entre algumas das possibilidades levantadas.

Para o jurista, há evidente diferença entre um referendo posterior à promulgação da lei, versando sobre a eficácia de determinada disposição normativa, usando para isso de condição suspensiva, e um referendo em relação a um projeto, versando sobre a existência da norma no plano do dever-ser, usando de uma condição suspensiva. Todavia, na prática (isto é, para o cidadão comum, não jurista, sem formação em direito), os efeitos são os mesmos: se a norma não existir, jamais produzirá efeitos; se a norma existir, mas jamais for eficaz, jamais produzirá efeitos. Assim como em ambos os casos quem decidirá sobre a produção de efeitos ou sobre a existência da disposição normativa (em

caso de referendo) serão os eleitores (e não se pode — razoavelmente — esperar que a diferença entre os dois referendos ficará clara para um grupo de não juristas). Se os efeitos são os mesmos, o significado político há de ser o mesmo: nos dois casos, a autoridade a quem competia a decisão não decide, mas deixa a decisão final para os eleitores, decidindo, apenas, sobre a formulação e o conteúdo da pergunta.

O outro caso de similar significação política — ainda que com diferenças jurídicas — é em relação aos referendos que versam sobre a existência de determinada disposição normativa, usando de condição resolutiva, e os referendos que versam sobre a eficácia de determinada disposição normativa, também usando de condição resolutiva. Os efeitos práticos da medida serão os mesmos (tanto a revogação da norma quanto a cessação da sua produção de efeitos) e sua significação política, *idem*.

4.2. Possibilidades lógicas de plebiscitos

Em relação aos plebiscitos, não há muito que se sustentar em termos de possibilidades ou impossibilidades lógicas. Os plebiscitos, para serem plebiscitos e não vetos populares, devem, necessariamente, estar em algum momento do processo deliberativo antes do ato decisório em relação à medida que o plebiscito visa a discutir. Caso seja posterior a esse ato decisório, mas anterior ao ingresso da norma no plano do dever-ser, trata-se de caso de veto popular, não de plebiscito. Em regra, como parte de um processo de deliberação (e não como a deliberação em si), não podem ser vinculantes, mas nada impede que a autoridade que convoque o plebiscito o faça vinculante (se um Poder convocar um plebiscito para outro Poder e este plebiscito for vinculante, então, nesse caso, haverá uma violação clara do princípio da separação dos poderes). Nada, também, impede que os plebiscitos tenham efeito suspensivo ou resolutivo sobre a tramitação de uma determinada lei. Isto é, o projeto pode ter a tramitação suspensa com o ato convocatório do plebiscito e só voltar a tramitar se for aprovado em plebiscito. Bem como pode haver uma disposição determinando que os projetos tramitem, até que sejam rejeitados em plebiscito. Por fim, é

importante salientar que os plebiscitos podem ser tanto obrigatórios quanto facultativos, em todos ou certos casos.

5. Competências de autorização e convocação de referendos segundo o texto constitucional

Vencido o problema dos tipos de referendos e plebiscitos e as suas possibilidades, cabe aqui enfrentar outro: as competências de autorização e convocação em relação a referendos e plebiscitos.

O problema decorre do próprio texto da Constituição, que diz algo aparentemente compreensível, mas que gera uma série de lacunas, quando coloca que: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XV – autorizar referendo e convocar plebiscito”. A questão que surge (e que já surgiu na prática)⁹⁹ é: se o Congresso Nacional tem a competência de autorizar referendos, quem os convoca? E se o Congresso Nacional convoca plebiscitos, quem os autoriza? Em outras palavras, o texto Constitucional dá duas competências, mas deixa duas lacunas.

Instituto jurídico?	Quem convoca?	Quem autoriza?
Referendo	Lacuna do texto constitucional	Congresso Nacional
Plebiscito	Congresso Nacional	Desnecessário

Quadro - Competências constitucionais em relação a referendos e plebiscitos

Fonte: elaboração do autor

⁹⁹ Tal problema se revelou, na prática, durante a discussão do Estatuto do Desarmamento na Câmara dos Deputados em 2003. Segundo os deputados que eram contra o referendo das armas, o Congresso Nacional, naquela ocasião, estaria autorizando a si mesmo e isso, segundo eles, seria inconstitucional. Olhar as notas taquigráficas da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania dá uma boa noção do problema na prática. Vide: COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA (Brasil). Câmara dos Deputados. *Reunião Deliberativa Ordinária*. Brasília, 21.10.2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=1736/03>. Acesso em: 15.09.2019; COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA (Brasil). Câmara dos Deputados. *Reunião Deliberativa Ordinária*. Brasília, 22.10.2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=1773/03>. Acesso em: 15.09.2019.

A questão não pode ser resolvida com a Constituição, mas sim precisa de uma regulamentação, por meio de lei (e a lei, quando fala em ato administrativo, causa confusão, como será visto). Entretanto, isso não é motivo para explicar, somente, o que diz o texto legal, mas, pelo contrário, é possível decompor, um pouco mais, a questão em termos lógico-deônticos¹⁰⁰.

Começemos pelo caso dos plebiscitos: quando a Constituição diz que o Congresso Nacional pode convocar plebiscitos, podemos entender, sem maiores dificuldades, que o Congresso Nacional tem a competência potestativa – que gera consequências jurídicas – de convocar referendos e plebiscitos. Não se trata de mera liberdade (ao contrário do que pode parecer), pois há efeitos jurídicos que o ato convocatório gera (como obrigar o comparecimento dos eleitores naquele pleito) e, portanto, foge do caso da liberdade de que fala Alf Ross, a saber: “dizer que um ato é livre é o mesmo que dizer que se acha fora da esfera das normas jurídicas. É juridicamente indiferente” (Ross, 2007, p. 196).

Quanto à lacuna: “quem autoriza os plebiscitos?” Se em um primeiro momento reconhecemos sua existência (apenas para fins de análise), agora podemos deixá-la de lado, pois se nota claramente que ela não existe. A função típica dos plebiscitos é chamar os eleitores para mostrar a vontade popular antes do ato decisório da autoridade sobre a questão proposta (a decisão final ainda cabe à autoridade, seja ela quem for). Em um caso típico, essa questão é uma lei e, portanto, está dentro da própria esfera de atuação do parlamento, o que significa, em última análise, que o parlamento é que chama o povo (representado pelo conjunto dos eleitores, que é, seguramente, menor que o povo como um todo) ao debate, para manifestar a sua vontade. Desnecessário, portanto, uma vez que concerne somente ao parlamento, que uma segunda autoridade (ou até o próprio parlamento) autorize a convocação. Evidente que, se o plebiscito for referente a um ato administrativo, como a lei diz que pode ser, faz pouco sentido que o parlamento o convoque ou que o parlamento o autorize. Se o Poder Executivo quer ouvir o povo antes de tomar um ato administrativo, em que –

¹⁰⁰ Saliento que não trato aqui das normas de conduta, mas apenas das normas de competência.

além dos custos da consulta — isso concerne o Parlamento (se o que o Poder Executivo questiona é algo lícito e dentro de suas competências, evidentemente)? Nada, não faz sentido o parlamento se imiscuir nesse assunto.

A questão acaba sendo mais tormentosa, novamente, no caso dos referendos. Quem convoca os referendos? A Constituição não fala e o assunto acaba remetido para a lei (o que, dada a lei em questão, será um problema) e está sujeita, portanto, aos mais diversos arranjos institucionais (por que não, por exemplo, o Presidente do STF convocar referendos? Nada no texto constitucional impede essa hipótese). Decompondo o texto constitucional em termos lógico-deônticos, ele significa que alguém (povo, presidente, ou membros do parlamento, nos casos mais comuns, mas sem a exclusão de possíveis excentricidades) tem a competência potestativa de promover um ato convocatório de referendo e, ao Congresso Nacional, por sua vez, cabe a competência potestativa de autorizá-lo ou não o autorizar (quem autoriza, evidentemente, tem a discricionariedade de não autorizar).¹⁰¹

6. O regime jurídico da Lei 9.709/1998

A Lei 9.709/1998 estabeleceu o regime jurídico para convocação (“autorização”, pois a lei não usa essa palavra uma vez sequer) de referendos e plebiscitos. E, cabe salientar desde logo, desempenhou sua tarefa com grande incompetência.

Logo no art. 2º a lei conceitua os referendos e plebiscitos como consultas (e os referendos têm caráter deliberativo, o que a lei esquece – Silva, 2017, p. 251-252) formuladas ao povo (o que também não é, a rigor, verdade, pois os referendos e plebiscitos se dirigem apenas aos cidadãos eleitores) para que ele “delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa”. Em seguida, pormenoriza, nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, que o plebiscito se dá antes de ato legislativo ou administrativo, e o referendo, depois, o que é falho em vários aspectos.

¹⁰¹ Sobre competência potestativa, ver Ross, (2007, p. 198).

Em primeiro lugar, a pormenorização é omissa em relação aos efeitos dos referendos e plebiscitos. Isto é, ela não diz quais as consequências jurídicas do seu resultado. Os plebiscitos são vinculantes? Os referendos versam sobre existência da norma ou eficácia? A lei não diz¹⁰².

Por outro lado, a pormenorização coloca disposições estranhas e que, doutrinariamente, carecem de sentido. O art. 11 dá um prazo de 30 dias da promulgação da lei ou realização do ato (“adoção da medida administrativa”) para que o referendo seja convocado. Pressupõe-se, da leitura do texto legal, que, se a convocação se der depois de 30 dias, ela será inválida. Na prática, todavia, o referendo do Estatuto do Desarmamento, de 2005, foi convocado muito posteriormente à promulgação da lei, foi realizado e foi considerado válido. Faz mais sentido que seja assim. Os referendos, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 173-176) e Schmitt (2008, p. 288-289), podem servir como instrumento de questionamento de uma medida de um poder pelo outro, ou de parte de um poder contra a decisão da maioria, ou, ainda, do povo contra o poder político, e faz sentido que essa insurgência possa se dar a qualquer tempo. Ademais, há sentido em fazer um referendo anos depois da promulgação de uma lei. Por exemplo, se uma lei institui a obrigação de andar armado (e somente isso) e, décadas depois, a questão “devemos ser obrigados, juridicamente, a andar armados?” se tornar candente na sociedade. É perfeitamente possível fazer um referendo versando sobre a existência ou eficácia desta lei, o que pode, dependendo das circunstâncias políticas, ser mais conveniente que um plebiscito sobre a matéria, visando fazer uma nova lei (que estaria sujeita a toda tramitação tormentosa que uma lei sobre questão candente na sociedade sofre) e que, simplesmente, revogaria aquela lei de décadas antes.

O art. 9º¹⁰³, por seu turno, dá a entender que é possível que, durante a tramitação de determinado projeto ou uma medida administrativa não efetivada,

¹⁰² E fica claro que aquela posição doutrinária sobre eficácia decorre, sem dúvidas, do referendo de 2005, em que a lei previa a realização do referendo, e a não eficácia da disposição normativa até que aprovada em referendo.

¹⁰³ A saber: “Art. 9º Convocado o plebiscito, o projeto legislativo ou medida administrativa não efetivada, cujas matérias constituam objeto da consulta popular, terá sustada sua tramitação, até que o resultado das urnas seja proclamado”.

ela seja objeto de plebiscito e que, uma vez convocado o plebiscito, fica sustada a tramitação do projeto ou da medida. Ainda que não careça de sentido lógico, é difícil imaginar como funcionaria, na prática, com os atos administrativos não efetivados.

Em segundo lugar, os §§ 1º e 2º do art. 2º não falam em matéria constitucional, mas apenas em ato legislativo (que, terminologicamente, deve significar o ato de fazer leis), enquanto o *caput* do art. 2º fala em matéria constitucional. Se os referendos e plebiscitos não versam sobre matéria constitucional, por que falar disso no *caput*? Não faz sentido. Outra hipótese, mais plausível, é que o legislador, quando falou nos §§ 1º e 2º em ato legislativo, queria incluir atos referentes a matéria constitucional. Seguramente, nesse caso há um grave problema de técnica legislativa.

Em terceiro lugar, falar que referendos e plebiscitos podem versar sobre um ato administrativo e, simultaneamente, a lei dispor que “art. 3º [...] plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei” significa que o chefe do Executivo, se quiser fazer uma consulta sobre determinado ato administrativo antes de realizá-lo, precisa contar com a boa vontade de 1/3 dos membros de qualquer uma das casas do Congresso Nacional para fazer a proposta de convocação. E, para aprovar a proposta de convocação, terá de aprovar um Decreto Legislativo, o que, regimentalmente, impõe as mesmas dificuldades de aprovar uma lei. Se o ato que será discutido em plebiscito não diz respeito ao Poder Legislativo, por que os seus membros (e não o Poder Executivo) devem propor o ato? Evidentemente, parece que nesse ponto o legislador se esqueceu da ideia de separação dos poderes.

Por outro lado, é importante ressaltar que, como os referendos têm aquela função de insurgência contra um ato de um poder de que falam Schmitt (2008, p. 288-289) e Ferreira Filho (2012, p. 173-176), faz sentido que um poder possa convocar referendos contra atos do outro poder (ainda que, para evitar excessos, seja necessário instituir algum mecanismo de filtragem, como fizeram

as Constituições Francesa e de Weimar). Bem como teria sido interessante que tal convocação fosse possível por meio de iniciativa popular. Todavia, há algo que não faz sentido (e que é culpa do constituinte, não do legislador): se o Congresso Nacional autoriza os referendos, isso significa que, na prática, fica blindado de atos de insurgência contra ele mesmo. Ademais, a pormenorização da lei (que pede que o referendo seja convocado por meio de um Decreto Legislativo, de aprovação similar a uma lei) impede que uma fração do Congresso Nacional se insurja contra uma maioria. Tais disposições constitucionais e legais afetam a utilidade política e prática do instituto do referendo.

Aprovado o ato convocatório do referendo ou plebiscito, o trâmite é simples: o Presidente do Congresso Nacional dá ciência à Justiça Eleitoral, que, por sua vez, toma, dentro de seus limites (competência potestativa, portanto), medidas para realizar o pleito, a saber: fixar a data¹⁰⁴, tornar pública a cédula, expedir instruções e “assegurar a gratuidade nos meio de comunicação de massa concessionários de serviço público, aos partidos políticos e às frentes suprapartidárias organizadas pela sociedade civil em torno da matéria em questão, para a divulgação de seus postulados referentes ao tema sob consulta”, nos termos do art. 8º, *caput*, e incisos I a IV.

Por fim, em relação à aprovação do referendo, o art. 10 da lei dispõe sobre os resultados, mas de forma verdadeiramente infeliz. Primeiro, pois, como salienta José Afonso da Silva (2017, p. 253-254), a lei diz que o referendo ou plebiscito será aceito ou rejeitado quando, na realidade, se trata do ato, não do referendo ou plebiscito. Segundo, pois, como também salienta José Afonso da Silva¹⁰⁵, a lei diz que o referendo ou plebiscito (na verdade, o ato) será considerado aprovado ou rejeitado por maioria simples, quando, na realidade, trata-se da maioria absoluta dos votos válidos (descontados os votos nulos e os brancos).

¹⁰⁴ No caso do referendo de 2005, o Decreto Legislativo 780/2005, que o convocou (ainda que seu texto diga que autorizou), já determinava a data.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 253-254.

A lei dispõe ainda, nos seus arts. 4º a 7º, sobre a realização de plebiscitos nos casos de incorporação de Estados ou de municípios entre si, subdivisão ou desmembramento para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados, Territórios Federais ou Municípios (no caso de modificação territorial dos Municípios, o referendo é convocado pela Assembleia Legislativa Estadual, mas deve adimplir a legislação federal sobre o tema (art. 5º), além da estadual, evidentemente. Nos demais referendos e plebiscitos, que não versem sobre questões territoriais, – de realização não obrigatória, portanto – realizados nos Estados e Municípios, a convocação obedece à Constituição Estadual ou à Lei Orgânica do Município, nos termos do art. 6º). A lei é acertada, pois primeiro se questiona (consulta) a população sobre a modificação territorial e depois tramita o projeto.

Como podemos classificar, então, o regime de referendos e plebiscitos brasileiro¹⁰⁶?

Primeiro, sobre os plebiscitos: eles são, em regra, facultativos, mas, excepcionalmente, nos casos que envolvam os territórios dos Estados ou dos Municípios, são de realização obrigatória.

Sobre os referendos: eles podem acontecer ou depois do ingresso da norma no plano do dever-ser ou antes do ingresso da norma no plano do dever-ser. Esse segundo caso não está claro na lei, mas decorre do seu art. 9º. Infelizmente, a lei, neste artigo, fala em plebiscito que suspende a tramitação, e não em veto popular, porém, é perfeitamente possível que o Congresso Nacional vote determinada disposição normativa e, imediatamente em seguida, vote um decreto legislativo convocando um plebiscito para deliberar sobre o ato, aceitando-o ou rejeitando-o. Nesse caso, haveria evidente aproximação com o instituto do veto popular, ainda que o veto, formalmente, tivesse que vir do presidente, uma vez que a população seria consultada (por se tratar de plebiscito) e não deliberaria, como seria o ideal.

¹⁰⁶ Note-se que não há a discussão, aqui, de legislação estadual e municipal, mas apenas federal.

Diante daquilo que foi discutido nas duas seções precedentes, qual é, portanto, o quadro do regime jurídico brasileiro para referendos? Em termos de efeitos, impossível saber, do texto legal, se os nossos referendos versam sobre a existência da norma no plano do dever-ser ou somente sobre a sua eficácia. A posição doutrinária entre nós que fala em eficácia, evidentemente, decorre do caso do art. 35 do Estatuto do Desarmamento, em que a própria lei previa um referendo sobre sua eficácia. Não deixa de ser uma boa solução (especialmente considerando que a lei ora em análise é omissa), pois não impede o ingresso da disposição legislativa no plano do dever-ser e apenas submete partes de um determinado diploma legal ao crivo popular. Porém, por uma questão de coerência, seria mais interessante que, no caso de rejeição, a disposição legislativa fosse revogada (mesmo que nunca tenha tido eficácia), inclusive para evitar a profusão de disposições legislativas ineficazes, porém existentes.

Em relação ao uso de condições, os nossos plebiscitos com a capacidade de se aproximar dos vetos populares, evidentemente, servem-se de condições suspensivas (se houver, na hipótese anteriormente formulada, um comprometimento do Presidente em seguir a decisão da maioria, na consulta popular. Como o Presidente é um líder político, que depende da aprovação popular, seja para se reeleger, seja para conquistar apoio para o seu grupo político, há bons motivos para que ele aja assim), enquanto, no caso dos referendos que versam sobre normas que já existem no plano do dever-ser, estes podem usar tanto de condições suspensivas quanto resolutivas, se versarem sobre eficácia. Se forem ab-rogatórios, então podem se utilizar somente de condições resolutivas. A competência convocatória tanto dos referendos quanto dos plebiscitos é dos membros do parlamento, apenas.

Por fim, nenhum referendo no ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário do que acontece com os casos dos plebiscitos que versam sobre as mudanças territoriais de Estados e de Municípios, é de realização obrigatória.

Conclusão

A existência de referendos e plebiscitos nos ordenamentos constitucionais contemporâneos decorre de uma releitura da experiência história romana pelos pensadores iluministas. Entretanto, não há um coro uníssono no constitucionalismo ocidental ao redor de uma aceitação de tais institutos. A Constituição dos Estados Unidos os rechaça, embora a prática de muitos estados da federação os admita. Os franceses ora os aceitaram, ora os repeliram.

Na história das Constituições Brasileiras, nota-se que, desconsiderando o texto de 1937, apenas a Constituição de 1988 veio a admitir essas duas formas de participação popular no exercício do poder de emanar normas jurídicas (seja com valor de lei, seja com valor constitucional e desconsiderando a questão – secundária – dos plebiscitos sobre mudanças territoriais de Estados e Municípios), malgrado a experiência de 1963.

De parte isso, a Constituição de 1988 apenas reconheceu os institutos, deixando uma série de lacunas a serem preenchidas pelas demais fontes do direito. A regulamentação por via da legislação foi realizada, porém é, tal como o ordenamento constitucional, problemática, lacunosa e insuficiente para enfrentar o problema.

A doutrina, por sua vez, desenvolveu várias posições distintas, não necessariamente excludentes entre si, ora se remetendo à experiência de outros ordenamentos, ora à nossa experiência prática do referendo das armas de 2005. O que, como consequência, gera um tratamento igualmente insuficiente da questão.

Consideradas em conjunto (e articuladas em conjunto), entretanto, longe de serem inúteis, as posições doutrinárias constituem um ferramental analítico importante para correção e aprimoramentos do texto constitucional e regulação legislativa dos referendos e plebiscitos.

Referências

- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de coalizão:** raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais:** direitos e poderes. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.
- ARAUJO, Daniel Paulo De Bonis. Constituição e gestão da dívida pública no Brasil: Breve histórico de uma trajetória de crises e aperfeiçoamentos institucionais. In: AMATO, Lucas Fucci; RIBEIRO, Rodrigo Marchetti (Orgs.). **Sociologia & história do constitucionalismo brasileiro**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2024. p. 215–252. Disponível em: <https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1384>. Acesso em 25 jan. 2025.
- BEATO FILHO, Cláudio; RIBEIRO, Ludmila. Discutindo a reforma das polícias no Brasil. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, v. 16, n. 4, 2016.
- BIÃO, Wesley. PT tem pior desempenho eleitoral de sua história no Estado de São Paulo. **Estado de São Paulo**, 28 out. 2024. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/pt-tem-pior-desempenho-eleitoral-de-sua-historia-no-estado-de-sao-paulo-eleicoes-2024-nprp/?srsltid=AfmBOophdfVCO8Z88ryDKGKYqI2FUMmIHkTWUT6FKliAHip7vERr3qKg>. Acesso em 28 out. 2024.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** para uma teoria geral da política. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BOURDIEU, Pierre. A opinião pública não existe. In: THIOLLENT, Michel (Org.). **Crítica metodológica, investigação social & enquete operária**. São Paulo: Polis, 1980.
- BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores:** uma gramática da democracia. Rio de Janeiro: Campus, 2002.



- BRASIL, Mariana *et al*, Pacote que limita poder de ministros do STF avança na Câmara após ofensiva de bolsonaristas e centrão, **Folha de São Paulo**, 2024a.
- BRASIL, Mariana, Brasília Hoje: CCJ da Câmara aprova texto final de projeto que mira ações no STF por omissão; projeto vai ao Senado, **Folha de São Paulo**, 2024b.
- CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- CHAIB, Julia; BRAGON, Ranier. Ministros do STF veem ilegalidades em pacote patrocinado por centrão e bolsonaristas na Câmara, **Folha de São Paulo**, 2024.
- CONJUR. CCJ da Câmara aprova pacote de projetos para emparedar ministros do STF, **Consultor Jurídico**, 2024.
- CUBAS, Viviane de Oliveira; ALVES, Renato; OLIVEIRA, André Rodrigues de, Tão diferentes e tão iguais: As percepções de policiais civis e militares de São Paulo sobre suas instituições, **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 13, p. 801–825, 2021.
- DAHL, Robert A. The concept of power. **Behavioral Science**, v. 2, n. 3, p. 201–215, 1957.
- DAHL, Robert A. **Polyarchy: Participation and Opposition**. New Haven, London: Yale University Press, 1971.
- DAHL, Robert A.; STINEBRICKNER, Bruce. **Modern political analysis**, 6. ed. New Jersey: Prentice Hall, 2003.
- DAHL, Robert A. **Who governs? Democracy and power in an American city**. 2. ed. New Haven, London: Yale University Press, 2005.
- DAHL, Robert A. **A Preface to Democratic Theory**. Chicago: University of Chicago Press, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**, Cambridge, Massachusetts; London: Harvard University Press, 1980.

- FERNANDES, Luciana Costa. Criminalização da LGBTQI+fobia no Brasil pós-democrático: possíveis discussões a partir da crítica criminológica. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, v. 322, 2019.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GOMES, Bianca, Desempenho da esquerda nos maiores colégios eleitorais do Brasil é o pior desde 2000. **Estado de São Paulo**, 31 out. 2024. Disponível em: https://www.estadao.com.br/politica/desempenho-da-esquerda-nos-maiores-colegios-eleitorais-do-brasil-e-o-pior-desde-2000/?srsltid=AfmBOoqYLhp_A0c7HzMG7gNjhLEYgiOuGlQwqmH0vnrKhrWabIxAbUyA . Acesso em 31 out. 2024.
- GUEDES, Néviton. Natureza jurídica do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013.
- HAMILTON, Alexander. NO. 78: The Judiciary Department, in: **The Federalist Papers**. Mineola, New York: Dover Thrift Editions, 2014, p. 378–385.
- KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?, in: **Jurisdição constitucional**, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 237–298.
- KOPITKE, Alberto, Guardas Municipais: entre a tentação da tradição e o desafio da inovação. **Revista brasileira de segurança pública**, v. 10, n. 2, p. 72–87, 2016.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes, **Consultor Jurídico**, 2020.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Minha interpretação do artigo 142 da Constituição brasileira, **Consultor Jurídico**, 2021.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Evitando distorções, **Folha de São Paulo**, 2024.
- MAZUI, Guilherme. Forças Armadas não comemoram golpe militar no 31 de março pela 1ª vez em cinco anos, **G1**, 2023.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Em reunião sobre Segurança Pública, Lula e Lewandowski apresentam PEC a governadores, Ministério da Justiça e Segurança Pública**, disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/em-reuniao-sobre-seguranca-publica-lula-e-lewandowski-apresentam-pec-a-governadores> . Acesso em 2 nov. 2024.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora da UNESP, 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: Uma relação difícil O Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas, 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

OLIVEIRA JUNIOR, Almir de; ALENCAR, Joana Luiza Oliveira, Novas polícias? Guardas municipais, isomorfismo institucional e participação no campo da segurança pública. **Revista brasileira de segurança pública**, v. 10, n. 2, p. 24-34, 2016.

PEREIRA, Carlos. Centro-direita vence eleições ao ofertar políticas congruentes com o que deseja o eleitor. Estado de São Paulo, 28 out. 2024. Disponível em: https://www.estadao.com.br/politica/carlos-pereira/quem-oferta-politicas-congruentes-com-o-que-deseja-o-eleitor-tende-a-vencer-as-eleicoes/?srsltid=AfmBOoq82lLtq_yb9by53uhMydPp7t9-S6jO7cQsMygdbn9sKCjG-G2jG . Acesso em 28 out. 2024.

POMPEU, Ana, CCJ da Câmara aprova projeto que mira ações no STF por omissão do Congresso, **Folha de São Paulo**, 2024a.

POMPEU, Ana, Bolsonaroistas querem rever rito de impeachment de ministro do STF após fala de Gilmar, **Folha de São Paulo**, 2024b.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. Referendos e plebiscitos: construção histórica e doutrinária. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 130, p. 73-98, 2022.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. **O problema da criação e da fundamentação do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. Emendas do relator: o papel do orçamento secreto no retrocesso democrático brasileiro. In: AMATO, Lucas Fucci; RIBEIRO, Rodrigo Marchetti (Orgs.). **Sociologia & história do constitucionalismo brasileiro**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2024a. p. 311-340. Disponível em: <https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1384> . Acesso em 25 jan. 2025.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. **Armas, votos e razões: um estudo de caso sobre o Estatuto do Desarmamento à luz da teoria e sociologia da legislação**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2024b. Disponível em: <https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/view/1420/1291/5002> . Acesso em 14 abr. 2025.

ROSA, Vera. Críticas marcam reunião do PT: Gleisi ataca Padilha e Jilmar diz que ministros jogam na várzea. **Estado de São Paulo**, 28 out. 2024. Disponível em: https://www.estadao.com.br/politica/criticas-marcam-reuniao-do-pt-gleisi-ataca-padilha-e-jilmar-diz-que-ministros-jogam-na-varzea/?srsltid=AfmBOorAiFDpCYdWQVj4ryEwhVbwuYOND_1GxAA_L1r7FinxxnioUmdb7 . Acesso em 28 out. 2024.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**, 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Durhan, London: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. O Führer protege o Direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no Reichstag em 13 de julho de 1934, in: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, **Carl Schmitt e a fundamentação do Direito**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 177-182.

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



- SHALDERS, André. Por que o PT teve mais de R\$ 500 milhões em emendas que o PSD de Kassab e fez menos prefeitos? **Estado de São Paulo**, 29 out. 2024. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/bancada-do-pt-teve-mais-emendas-pagas-que-psd-de-kassab-mas-priorizar-cidades-grandes-foi-erro/?srsltid=AfmBOookbyv3kiOAMXqJrZ1SFA96q9lMf538HiRqHKr3ly56s5vnPyeI> . Acesso em 29 out. 2024.
- SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- TSE (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL). **Resultados**. Disponível em: <https://resultados.tse.jus.br/oficial/app/index.html#/eleicao/resultados> Acesso em: 31 out. 2024.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **The World and Us**. London; New York: Verso, 2024.
- VELEDA, Raphael. Eleições 2024: fortalecimento da centro-direita dá o tom para 2026. **Metrópoles**, 28 out. 2024. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/eleicoes-2024-fortalecimento-da-centro-direita-da-o-tom-para-2026> . Acesso em 28 out. 2024.
- VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa 1789-1799**, 2a. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2019.

9. Democracia de alta energia em um contexto de exaustão: possível estratégia para a redução do impacto da escassez de tempo livre em prol da inovação nas estruturas sociais e políticas

Júlia Trindade de Sá¹⁰⁷

Introdução

A proposta de desenvolvimento nacional formulada por Roberto Mangabeira Unger busca a construção de uma sociedade em que os indivíduos se tornam agentes ativos no experimentalismo e transformação das estruturas e instituições políticas, com a finalidade de rompimento com a lógica do colonialismo mental em prol da construção de soluções próprias alinhadas às necessidades e singularidades culturais e regionais do Brasil.

Em que pese o modelo proposto demandar a congruência e o desenvolvimento de três diferentes eixos complementar e paralelamente, o presente artigo concentra a análise da viabilidade da construção de uma democracia de alta energia considerando o um contexto atual de exaustão da população.

Os passos sugeridos para a viabilização da democracia de alta energia deixaram de considerar, ao menos de forma expressa, o que aqui se entende como o principal elemento para garantia da participação popular e exercício do experimentalismo: o tempo livre dos cidadãos.

Ainda que a agenda climática global aponte para um momento de irreversibilidade, sugerindo que a humanidade talvez sequer disponha de tempo suficiente para experimentalismos e transformações a longo prazo, este capítulo

¹⁰⁷ Advogada, graduada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2017), com especialização em Direito Administrativo pela FGV Direito SP (2020).

não se propõe anunciar o fim dos tempos, tampouco adotar um tom desesperançoso.

Muito pelo contrário, busca apenas destacar que a realidade atualmente vivenciada na sociedade brasileira inviabiliza a implementação da democracia de alta energia nos termos sugeridos, o que, por via de consequência, limita o espaço para inovação nas estruturas sociais e políticas em prol do desenvolvimento nacional sustentável e inclusivo.

No primeiro tópico, será apresentado um panorama geral e sintético sobre a proposta de desenvolvimento nacional formulada pelo autor, com destaque aos eixos econômico, educacional e político. No segundo, será realizada a análise do conceito e das sugestões concretas formuladas para a implementação da democracia de alta energia.

O terceiro tópico tratará da realidade da escassez de tempo livre atualmente vivenciada pela população brasileira e corroborada pelos modelos econômico e educacional, bem como o seu impacto da participação popular, impedindo a construção do senso de coletividade.

Por fim, o quarto tópico apresentará uma possível estratégia para que os cidadãos façam jus à momentos específicos de participação popular democrática, sem comprometimento de sua remuneração e sustento.

1. Panorama geral sobre a proposta de desenvolvimento nacional formulada por Roberto Mangabeira Unger

De acordo com a análise do professor Roberto Mangabeira Unger em seu livro *Depois do colonialismo mental: repensar e reorganizar o Brasil* (UNGER, 2018), a estratégia utilizada para a promoção do desenvolvimento nacional, pautada na ampliação da demanda e produção e exportação de *commodities*, ensejou a desindustrialização do país.

O autor argumenta que o viés econômico se baseou no aumento do acesso ao consumo, por meio da elevação do salário real, implementação de programa de transferências de renda e facilitação de acesso ao crédito para consumidores.

Paralelamente, enquanto o consumo foi incentivado, a geração de renda manteve-se predominantemente atrelada às atividades de agricultura, pecuária e mineração, caracterizadas por baixo investimento em tecnologia e inovação.

Sob esse paradigma, o Brasil exportava grãos, produtos agropecuários e minérios, em suas formas mais básicas e sem valor agregado, enquanto importava os mesmos produtos, desta vez, transformados pela inteligência e mão de obra industrial.

Essa estratégia se manteve sustentável e promoveu o aparente desenvolvimento nacional apenas enquanto os preços das *commodities* permaneceram elevados. Assim, a partir da queda dos valores dos produtos exportados, o governo buscou a manutenção da estratégia via aumento dos gastos públicos, sobretudo na forma de estímulos fiscais para manutenção do crescimento.

À luz das referidas premissas, o desenvolvimento nacional sofreu uma intensa queda e estagnação, na medida em que as alterações necessárias demandariam mudanças substanciais nas estruturas e instituições existentes, orientadas por um pensamento capaz de “dar braços, asas e olhos à vitalidade brasileira” (UNGER, 2018, p. 50).

Como uma possível alternativa à estratégia nacional até então adotada, Roberto Mangabeira Unger sugere um projeto de desenvolvimento pautado em três diferentes eixos – econômico, educacional e político – para o empoderamento dos cidadãos brasileiros.

No que diz respeito ao eixo econômico, o autor apresenta a proposta de *produtivismo incluyente*, baseado na qualificação da produção e da oferta, em contraposição à elevação da demanda agregada e da renda popular descrita acima.

Para isso, seria necessário, não apenas o desenvolvimento e operacionalização de tecnologia e inteligência em todas as atividades produtivas nacionais (incluindo setores como agricultura, pecuária e mineração), como também a ampliação de oportunidades e acesso a capacitações para a construção de uma economia de conhecimento.

No eixo educacional, o autor sugere a prática da *educação capacitadora*, com o objetivo dar aos cidadãos formação mais elevada do que aquelas atualmente exigidas pelas instituições e práticas política e econômica.

Nesse sentido, o sistema educacional deveria passar por remodelação para permitir a libertação intelectual do aluno, em especial para a capacitação analítica e sintética em oposição à mera memorização.

Para além disso, seria necessária reformulação institucional para organização de um federalismo cooperativo em prol do aperfeiçoamento do aprendizado e da garantia de atendimento a índices mínimos de desempenho escolar.

Também seria imprescindível a participação direta da sociedade civil na execução de serviços públicos de educação, com o propósito de qualificá-los por meio do desenvolvimento experimental e da oferta competitiva, ao mesmo tempo promover a auto-organização social de forma independente do Estado.

Como terceiro e último eixo, o autor sugere a construção da *democracia de alta energia*, pautada no aumento da participação organizada dos cidadãos na vida pública, mediante a dinamização da política, superação ágil de impasses entre os poderes do Estado e do incentivo ao experimentalismo.

O modelo de desenvolvimento nacional apresentado pelo autor exige a congruência e o desenvolvimento dos três eixos de forma complementar e paralela. No entanto, conforme já destacado acima, sem prejuízo de eventual e posterior análise sobre o impacto da escassez de tempo livre na implementação do produtivismo incluyente e da educação capacitadora, o presente artigo faz o recorte metodológico para a análise da construção de uma democracia de alta energia considerando o contexto atual de exaustão da população brasileira.

2. Democracia de alta energia como pressuposto para inovações institucionais alinhadas com o desenvolvimento nacional

O conceito de democracia de alta energia desenvolvido por Roberto Mangabeira Unger decorre de sua compreensão da política como o principal eixo a ser trabalhado para viabilização de inovações institucionais e modificações

sociais,¹⁰⁸ notadamente, em razão da possibilidade de execução e aprendizado coletivo por meio do experimentalismo prático.

Para o autor, a democracia não poderia ser compreendida apenas como o governo da maioria qualificada pelos direitos das minorias, mas, sim, como a invenção coletiva do novo.¹⁰⁹ A ideia seria, então, o desenvolvimento do processo democrático de tal maneira que já não haveria mais necessidade de crise – na forma de ruína ou guerra, por exemplo – para tornar as mudanças institucionais possíveis.

Para tanto, seria preciso o aquecimento da pauta e participação política,¹¹⁰ bem como a redução de entraves sobre os recursos básicos de construção de poder, capital econômico e autoridade cultural.

Nesse sentido, como um primeiro ponto para a implementação da democracia de alta energia, o autor sugere a melhoria no *passo da política* através da diminuição dos impasses institucionais entre os poderes do Estado.

Como grande parte da América Latina e Central, no Brasil, a reprodução do modelo de presidencialismo estadunidense limitou a criação de mecanismos específicos para a superação de impasses. Contudo, dentro da lógica de democracia de alta energia, uma possível solução seria a adoção de conjunto de iniciativas para radicalizar a participação popular, como, por exemplo, convocação de eleições antecipadas, plebiscitos e referendos abrangentes.

O autor sugere também a *elevação da temperatura da política* por meio do engajamento popular organizado, decorrente da avaliação dos impactos práticos e de eventuais mudanças sobre **(i)** regimes eleitorais; **(ii)** regras de organização

¹⁰⁸ O autor esclarece que a reconstrução política não prevalece sobre as reformas econômicas e educacionais sugeridas. Contudo, destaca o direto do processo legislativo e, portanto, político, nos demais eixos (UNGER, 2018, p. 85).

¹⁰⁹ “A justificativa profunda deste entendimento ampliado de democracia resulta da combinação de três premissas. A primeira é que a organização institucional da política e da sociedade é decisiva para a realização de todos nossos interesses e ideais. A segunda é que todos os regimes institucionais são imperfeitos. Nenhum merece ser a casa definitiva da humanidade. A terceira é que alguns regimes são melhores do que outros: o progresso dos regimes é sempre possibilidade precária e provisória, não fatalidade a que devemos confiar nosso destino individual ou coletivo (UNGER, 2018, p. 86)”.

¹¹⁰ Seja ela macropolítica, relativa às mudanças institucionais, como também a micropolítica, relativa às relações pessoais.

do financiamento público da atividade política e eleitoral; e (iii) formas de acesso aos meios de comunicação em massa.

Com a avaliação cumulativa das referidas frentes, haveria um enriquecimento progressivo do poder popular com elementos de democracia direta e participativa, e, por via de consequência, a promoção do engajamento social na gestão de serviços públicos. Não se pretende, contudo, a substituição da forma de governo por modelos baseados exclusivamente em conselhos populares.

Por fim, o autor sugere *associação de iniciativa central da União Federal garantida a oportunidade de que os Estados membros divirjam das soluções adotadas no âmbito central* e, assim, por meio do experimentalismo construam novos modelos do futuro nacional.¹¹¹

A proposição seria o equilíbrio entre uma liderança central forte, com a possibilidade de divergência regional e local, garantindo-se a colaboração entre diferentes entes federados em prol de maior efetividade e integração de suas políticas. Além disso, caberia autonomia de divergência por parte dos entes federativos, para que optem pela adaptação de suas políticas às realidades específicas.

Tais sugestões visam a construção da democracia de alta energia como um “processo de descoberta e aprendizagem coletivas” (UNGER, 2011, p. 59), promovendo o experimentalismo e a inovação nas estruturas políticas que, consequentemente, resultem impacto direto nas estruturas sociais, mediante a criação de condições para ampliação de oportunidades de aprendizado, trabalho e produção no principal motor do crescimento econômico do país.

Em oposição, a manutenção da democracia de baixa energia incentivaria a mera reprodução de instituições desenhadas em contexto de crise ou em cenários sociais e culturais muito diversos da realidade nacional, em verdadeiro

¹¹¹ “Aproveitar o potencial experimentalista do regime federativo é o caminho do avanço. É caminho que mesmo os estados unitários podem percorrer. A combinação de iniciativa central forte com devolução radical de poder nesses estados pode ser até mais fecunda e evoluir mais rapidamente do que a reconstrução radical do federalismo. Não enfrenta os hábitos e preconceitos antiexperimentalistas que assombram a tradição federalista (UNGER, 2018, p. 90)”.

exemplo de colonialismo mental¹¹² com pressuposição a existência de um suposto de “elenco fechado de formas de governo, espelhado no conjunto estreito de opções constitucionais adotadas pelas democracias do Atlântico Norte” (UNGER, 2018, p. 93).

A necessária quebra desse paradigma para viabilizar a inovação institucional e a ampliação das condições sociais em prol do desenvolvimento sustentável nacional, contudo, demanda da população a disponibilização de um dos elementos que lhe é mais escasso: o tempo livre.

3. Contexto nacional de escassez de tempo livre para mobilização popular

Pesquisas realizadas nos últimos anos, mostram que a percepção de falta de tempo livre é uma realidade crescente na sociedade brasileira, com impactos diretos em diversos aspectos da vida cotidiana.¹¹³

Contudo, como não poderia deixar de ser, as consequências da escassez de tempo não se limitam apenas à seara individual, mas a extrapolam e geram impactos diretos à coletividade. Para além da repercussão direta no sistema de saúde público e a demanda pela revisão de relações trabalhistas, a falta de tempo livre impacta a participação popular no processo democrático, uma vez que o envolvimento ativo da sociedade nas questões políticas exige dedicação e energia.

O conceito de tempo livre tratado ao longo deste artigo refere-se ao período dedicado exclusivamente às atividades de natureza social e política, distinto do tempo destinado ao lazer. Essa distinção é fundamental para compreensão de como sua escassez impacta a participação cidadã e o engajamento político.

¹¹² “Colonialismo mental é a disposição de interpretar nossa experiência e nossos futuros possíveis pelos olhos de ideias trazidas de outros países – os países de referência. Traço decisivo do colonialismo mental é a ruptura entre a experiência coletiva e sua representação ou explicação. A experiência é vivida. A representação e a explicação são importadas (UNGER, 2018, p. 18)”.

¹¹³ A título exemplificativo, vale destacar que o Ministério da Saúde alerta sobre o aumento de transtornos mentais e físicos causados pela falta de equilíbrio entre trabalho, lazer e atividades sociais (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2024).

Avaliações recentes mostram o crescente desinteresse da sociedade por questões ligadas à política. Nesse sentido, vale relembrar que o percentual de abstenções de votos para o segundo turno das eleições municipais de 2024 chegou à marca de 29,26% do total de eleitores, percentual ainda superior aos 21,68% registrados no primeiro turno (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2024).

Muito embora se reconheça que parte dessa desvinculação social decorra de fatores como apolitismo, da falta de conhecimento sobre o fundamento do sistema eleitoral, ou mesmo da descrença na possibilidade de mudanças verdadeiras no campo político (SENADO FEDERAL, 2022), não se pode desconsiderar a falta de tempo livre como um dos fatores na equação.

Atualmente, os brasileiros dedicam, em média, mais de oito horas por dia para o trabalho, considerando a jornada profissional e o tempo gasto com deslocamento e aperfeiçoamento profissional (SENADO FEDERAL, 2024).

Por sua vez, a remuneração laboral é, em grande parte, destinada ao custeio de necessidades essenciais, como moradia, alimentação, educação e saúde. O orçamento familiar é comprometido por questões básicas de sobrevivência, e o espaço para a participação política se torna cada vez mais reduzido.

A partir disso, pode-se inferir que a não concretização de direitos básicos, juntamente com o contínuo aumento do custo de vida, demandam que os cidadãos dediquem tempo ao trabalho apenas para garantia de sua subsistência. Com isso, cria-se um substantivo impacto na percepção social como meio coletivo, e as questões políticas são relegadas a um segundo plano.

É importante relembrar que a participação política não se limita ao voto direto e obrigatório em eleições para os cargos nos poderes Legislativo e Executivo. Na realidade, envolve uma gama mais ampla de ações e manifestações de cidadania, que contribuem diretamente para o fortalecimento das instituições e o aprimoramento da democracia. Nesse contexto, cita-se, por exemplo, movimentos e manifestações sociais, participação em audiências públicas,

acompanhamento de controle externo e fiscalização orçamentária e eventuais excessos da administração pública.

A melhoria no passo e a elevação da temperatura da política são viáveis apenas e tão somente caso garantido aos cidadãos o tempo livre suficiente para que possam se envolver no processo político. Para que a sociedade participe no modelo da democracia de alta energia, faz-se necessário a discussão de propostas e compreensão de impactos das políticas públicas.

Inovações e formulações de novas estratégias específicas para problemas enfrentados no contexto nacional e regional somente poderão ser desenvolvidas, em conjunto e com amplo acesso e participação popular, a partir da disponibilização de tempo para reflexão, organização e engajamento.

Caso a participação política não venha acompanhada de mecanismos para incentivar a inclusão de todos os cidadãos, as discussões podem assumir um tom elitizado, privilegiando aqueles que já detêm o poder e o capital político, bem como o tempo livre suficiente para gerenciar as pautas e agendas.

É possível compreender, portanto, que a falta de tempo livre, ao limitar a participação popular democrática, limita também a principal finalidade da democracia de alta energia e impede o verdadeiro experimentalismo e inovação institucional.

A estrutura da falta de tempo livre é corroborada pelo modelo econômico vigente, estruturado para maximização de lucros de corporações privadas em detrimento do desenvolvimento pessoal dos trabalhadores e, como consequência, em detrimento do desenvolvimento coletivo.

Na mesma medida o modelo educacional atualmente empregado – bastante defasado como apontado pelo próprio Roberto Mangabeira Unger¹¹⁴ – também corrobora a falta de tempo, na medida em que o aprendizado se limita à reprodução de modelos vigentes, sem incentivo ao pensamento crítico e analítico,

¹¹⁴ “Mas a vasta preponderância do sistema de ensino, em todos os níveis, continuava viciada no enciclopedismo raso, na memorização estéril e na reverência obtusa ao conhecimento herdado e às ideias dominantes em cada campo, apresentadas em versão infantil para o consumo dos jovens. Era como se objetivo da escola fosse transformar jovens brasileiros do século 21 em jovens franceses do século 19 (UNGER, 2018, p. 51).

sem a possibilidade de se enxergar a transformação. A educação voltada à formação de profissionais para o mercado de trabalho, sem a compreensão da demanda pela coletividade mostra-se precária e requer, de fato, reforma.

Um bom ponto de partida para as mudanças são, sim, as alternativas apresentadas pelo autor, cuja implementação já exigiria grandes revoluções nas estruturas sociais e políticas do Brasil. O presente artigo não busca desacreditar a proposta apresentada quanto à democracia de alta energia. Ao contrário, a sugestão de intensificação da participação popular é bastante importante e relevante, parece ser o caminho adequado para as mudanças das estruturas sociais e políticas.

No entanto, é fundamental reconhecer que a implementação dessa proposta de intensificação da participação democrática exige a efetivação dos direitos mínimos dos cidadãos, pois não é suficiente fomentar a expectativa de envolvimento popular sem assegurar, de forma correspondente, a garantia de tempo livre necessário para seu exercício.

Há de se pensar uma forma de viabilizar que o tempo não seja integralmente dedicado ao trabalho e que, em dia com as tarefas e direitos necessários a uma vida saudável, os cidadãos possam exercer seus direitos políticos em prol do desenvolvimento de um sistema próprio, longe de estruturas previamente elaboradas em contextos econômicos, sociais e culturais diversos.

Enfrentamos, portanto, um paradoxo: ao passo que as mudanças precisam ser elaboradas e implementadas, é preciso que a sociedade tenha tempo livre para elaborá-las e implementá-las.

Assim, conforme delineado abaixo, paralelamente à execução de políticas para garantir o acesso ao exercício de necessidades e direitos essenciais, como alimentação, moradia, educação e saúde, uma possível solução seria a criação de medidas para permitir que os trabalhadores façam jus à momentos específicos de participação popular democrática, sem prejuízo e ou comprometimento de sua remuneração.

4. Possível alternativa: faltas justificadas para o exercício democrático

Uma possível estratégia para viabilizar a participação social e o desenvolvimento de uma democracia de alta energia seria permitir que os trabalhadores possam se ausentar para participação política sem prejuízo de sua remuneração.

Tanto o artigo 473 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/1943 – CLT), como também os artigos 97 do Regulamento Legal dos Servidores Públicos da União (Lei nº 8.112/1990) preveem hipóteses nas quais o cidadão pode justificar a sua falta para o exercício de alguma obrigação sem impacto em seus vencimentos.

Para além dos exemplos relacionados ao âmbito individual, como é o caso de falecimento de pessoas próximas, casamentos e nascimentos, o ordenamento jurídico prevê expressamente a possibilidade de ausência remunerada em casos de interesse social, como doação voluntária de sangue, alistamento eleitoral, comparecimento em juízo e participação em serviço militar obrigatório.

Entretanto, a legislação vigente não contempla uma previsão expressa que assegure aos trabalhadores – entendidos aqui em sentido amplo, abrangendo tanto aqueles regidos pela CLT quanto os servidores públicos regidos pela Lei nº 8.112/1990 – a possibilidade de afastamento temporário de seus postos de trabalho para a participação direta em atividades de engajamento popular.

Essa lacuna normativa revela uma limitação na promoção do exercício pleno da democracia, especialmente em contextos que demandem a presença ativa dos cidadãos para além das eleições obrigatórias já regulamentadas. Cita-se como exemplo, **(i)** manifestações, protestos e mobilizações; **(ii)** audiências públicas; **(iii)** sessões de julgamento de controle externo e fiscalização da administração pública; e **(iv)** sessões de discussão e votação de pautas nas casas do Poder Legislativo.

Geralmente, esses eventos de inegável relevância política ocorrem durante os dias úteis, em horários comerciais, o que pode desestimular a

participação, principalmente quando resultantes em impacto sobre a remuneração do trabalhador.

Assim, considerando sua importância para a construção de uma democracia de alta energia, a inclusão da participação política como uma razão legítima para a ausência remunerada poderia representar avanço significativo, garantindo maior engajamento cívico e social, bem como permitindo o aprimoramento do sistema político.

Sem prejuízo da adoção de outras medidas pertinentes para melhoria da qualidade de vida dos cidadãos como um todo, a sugestão ora apresentada, apesar de não resolver completamente a questão da escassez de tempo livre – que, como visto, impacta não apenas a falta de interesse e mobilização política, mas também outros aspectos relativos ao bem-estar do trabalhador e à sua qualidade de vida – propõe uma forma de integrar a participação social nas atividades cotidianas sem comprometimento do tempo dedicado a outras atividades.

A proposta seria, então, somar a falta remunerada para participação democrática nas quatro hipóteses acima delineadas às estratégias já apresentadas por Roberto Mangabeira Unger para a elevação da temperatura da política via engajamento popular organizado.

Para todas as hipóteses, faz-se necessária a convocação pública e prévia, bem como a comprovação do comparecimento por meio de documentos oficiais, como atas, ou ainda, por outros meios juridicamente aceitos, como fotografias e filmagens.

Tal como previsto para as faltas justificadas já constantes da legislação, como no caso de doação de sangue ou comparecimento ao serviço militar, seria necessário estabelecer uma limitação no número de dias em que o trabalhador poderia se ausentar. A princípio, considera-se plausível facultar o uso da falta justificada até quatro vezes por ano, permitindo que, a partir de uma análise individual de interesse e pertinência realizada pelo próprio trabalhador, se possa optar pela participação e exercício da cidadania em pelo menos uma oportunidade de cada hipótese prevista.

Seria igualmente importante consignar que a escolha da pauta objeto das manifestações, audiências ou sessões não precisam estar relacionadas à atividade laboral desempenhada pelo trabalhador ou pelo servidor público. Essa abordagem visa garantir que o cidadão encontre condições para manifestar sua opinião e se engajar em questões de interesse público amplo e de seu interesse, por exemplo, desvinculadas de pautas sindicais.

Ainda que a orientação política do cidadão não deva ser considerada para a concessão da falta justificada para o exercício democrático – o que já se depreende da análise do ordenamento jurídico – não se pode admitir que o aquecimento da pauta política implique potenciais violações aos direitos humanos.

Nesse sentido, como bem sugerido por Roberto Mangabeira Unger, para viabilizar o experimentalismo, assuntos relacionados aos direitos fundamentais sobre **(i)** proteção de inseguranças extremas; **(ii)** riscos de opressão pública e privada; bem como **(iii)** acesso aos meios culturais e econômicos necessários à execução de projetos individuais, devem ser retirados da agenda política de curto prazo.¹¹⁵

Portanto, para o exercício da faculdade de falta justificada para o exercício democrático, a pauta defendida não pode pretender a violação de direitos humanos, como, por exemplo, a discriminação de qualquer natureza, incitação à violência, ou a promoção de práticas que contrariam os princípios constitucionais de igualdade, liberdade individual e dignidade da pessoa humana.

¹¹⁵ “Se as pessoas não tivessem proteção num abrigo de estabilidades vitalmente protegidas, elas considerariam o experimentalismo acelerado e ampliado da democracia mobilizadora demasiado ameaçador (...) Se as pessoas não dispusessem dos meios culturais e econômicos com os quais pudessem elaborar e realizar seus projetos de vida, elas seriam incapazes de utilizar com êxito sua liberdade maior numa democracia mobilizadora (...). A democracia mobilizadora não deveria, portanto, ser confundida com um sistema hostil a exceções relativas (pois todas as exceções devem ser relativas) da agenda política de curto prazo. Ao contrário, ela floresce a partir de uma relação dialética indispensável entre o que é acrescido à oportunidade transformadora e o que é protegido do risco transformador. Pelo bem da política, assim como bem da liberdade individual, algumas coisas devem ser recusadas à política (UNGER, 2004, p. 202).

A proposição ora formulada refere-se a uma sugestão inicial, ainda em tese, que poderá ser desenvolvida posteriormente, após uma análise concreta dos eventuais impactos sociais, econômicos e políticos, caso se comprove um potencial aumento no interesse popular pelo exercício de sua faculdade de participação democrática.

O capítulo não se pretende amplo suficiente para englobar hipóteses de participação democrática em casos relacionados às situações de precarização das relações de trabalho ou possíveis alternativas para solucioná-las. O que se buscou foi a introdução sobre um ponto específico para reflexão: a necessidade de criação de mecanismos jurídicos aptos para incentivar o exercício democrático do poder popular em um contexto em que a sociedade brasileira não encontra tempo livre para tanto.

Por fim, vale observar que a ideia proposta não esgota o tema, mas visa abrir espaço para futuras discussões e para o desenvolvimento de novas propostas legislativas que possam contribuir para a construção de uma democracia de alta energia, além de reforçar o contexto do experimentalismo, com a proposição de soluções criativas para o fim do colonialismo mental.

Conclusão

A partir da análise da proposta de desenvolvimento nacional formulada por Roberto Mangabeira Unger, em especial no que tange ao eixo político e à construção de uma democracia de alta energia, destacou-se a importância da aceleração do ritmo e do aumento da temperatura política, que se traduzem na participação popular constante.

Nesse contexto, foi identificada a falta de tempo livre como um obstáculo significativo à concretização desse modelo democrático baseado no experimentalismo, essencial para o desenvolvimento de novas instituições adequadas aos contextos econômico, cultural e social do Brasil.

Como visto, estudos mostram que a maior parte do tempo do cidadão brasileiro é dedicado ao trabalho, como forma de garantir acesso à direitos básicos como alimentação, moradia, educação e saúde.

Assim, sem prejuízo da adoção de medidas para permitir que o trabalho não se torne a condição da sobrevivência humana, uma possível alternativa para disponibilizar tempo para o exercício democrático seria assegurar legalmente que a participação cidadão não ensejaria prejuízos aos rendimentos ou às relações de trabalho – compreendido tanto para os trabalhadores do regime de CLT, como os servidores públicos.

Nesse sentido, sugere-se a inclusão da previsão legal expressa de falta justificada para a participação popular nas hipóteses de **(i)** manifestações, protestos e mobilizações; **(ii)** audiências públicas; **(iii)** sessões de julgamento de controle externo e fiscalização da administração pública; e **(iv)** sessões de discussão e votação de pautas nas casas do Poder Legislativo.

Além da definição de critérios objetivos para comprovação do efetivo exercício dessa faculdade, e da limitação de dias para a sua utilização, é necessário garantir a proteção dos direitos humanos, assegurando que a agenda política não contrarie princípios constitucionais fundamentais, como a igualdade, a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana.

Em linhas gerais, a proposta busca a conciliação entre a ampliação da participação popular com a preservação dos direitos fundamentais e segurança nas relações de trabalho. Com o reconhecimento da importância do tempo livre como condição para o engajamento político, a iniciativa propõe mecanismos legais que não apenas viabilizem, mas também incentivem o exercício pleno da cidadania, promovendo a viabilização de uma democracia de alta energia.

Referências

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Diário Oficial da União, 1º maio 1943.

BRASIL. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Regulamento dos servidores públicos civis da União. Diário Oficial da União, 11 dez. 1990.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Síndrome de Burnout**. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-z/s/sindrome-de-burnout>. Acesso em: 15 jan. 2025.

PASE, Hemerson Luiz; SILVA, Luis Gustavo Teixeira da; Santos, Everton Rodrigo. Cultura política e abstenção eleitoral. **E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, v. 9, n. 21, p. 127-143, set./dez. 2016.

SENADO FEDERAL. **A pesquisa sobre o trabalho no Brasil**. 2024. Disponível em:

https://www.senado.leg.br/institucional/datasenado/relatorio_online/pesquisa_trabalho/2024/interativo.html#:~:text=Independentemente%20do%20tipo%20de%20atividade,equivale%20a%2071%2C1%20milh%C3%B5es. Acesso em: 15 jan. 2025.

SENADO FEDERAL. **Panorama Político 2022**. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/materias/relatorios-de-pesquisa/panorama-politico-2022>. Acesso em: 15 jan. 2025.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Eleição: Comparação de abstenção**. 2024. Disponível em: <https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/r/seai/sig-eleicao-comp-abst/home?session=6957386099701>. Acesso em: 15 jan. 2025.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do Colonialismo Mental: repensar e reorganizar o Brasil**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez, Marcia Soares Grandchamp, com consultoria do autor. São Paulo: Boitempo, 2004.

10. O fortalecimento da educação para o alcance da democracia de alta intensidade

Letícia Maria de Maia Resende¹¹⁶

Introdução

A presente pesquisa leva em consideração a ideia de democracia de alta intensidade de Mangabeira Unger e focaliza no aprimoramento da educação como meio de se melhorar o sistema democrático brasileiro. Assim, dividido em três partes, o artigo admite como referenciais teóricos Mangabeira Unger, Marcelo Neves e Boaventura de Sousa Santos, além de outros teóricos, e utiliza da técnica de pesquisa de revisão bibliográfica.

A primeira seção do trabalho disserta acerca da democracia e expõe a situação problemática da fragilidade das democracias atuais. Ainda, destaca-se o conceito de democracia de alta intensidade defendido por Mangabeira, que se caracteriza pela mobilização popular e engajamento na vida política.

Em seguida, a pesquisa focaliza o sistema educacional brasileiro, de modo que diagnostica o problema da falta de educação cidadã nas escolas, a falta de instrução técnica para as pessoas eleitas para ocuparem cargos políticos eletivos e, ainda, a falta de destaque ao contexto nacional, uma vez que a educação, no geral, tem um olhar muito voltado ao ambiente internacional. Aqui, são estabelecidas relações entre o colonialismo mental, a autoperiferização do Direito e a “síndrome do cachorro vira-lata”, de modo a se destacar a necessidade de nutrir atenção ao contexto essencialmente brasileiro para lidar com os problemas brasileiros.

¹¹⁶ Mestra em Direito com foco em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM); pós-graduada em Direito Público (PUC Minas), Direito da Diversidade e da Inclusão e Legislação Penal Especial (Legale); graduada em Direito pela FDSM; servidora pública da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP); professora de processo penal no “Método VDE” - 1ª e 2ª fase, curso preparatório para o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Por fim, e entendendo-se que sem educação capacitadora não há democracia, muito menos democracia de alta energia e intensidade, propõe-se uma reforma institucional no campo da educação, a fim de que o sistema democrático brasileiro torne-se menos vulnerável e frágil, e no campo da política institucional, de forma que as pessoas eleitas representantes do povo tenham acesso a cursos de formação de conhecimento técnico a fim de que, através desse contato minimamente acadêmico com o direito constitucional, saibam sobre divisão de poderes, competências e atribuições da atividade legislativa e legiferante.

Como exemplo de reforma no campo educacional, cita-se o projeto “Em miúdos” desenvolvido pela Câmara Municipal da cidade de Pouso Alegre, Minas Gerais, o qual pretende inserir nos quadros escolares a educação cidadã. Assim, por meio da adaptação de conteúdos técnico-jurídicos, como o teor da Constituição da República Federativa do Brasil e de leis específicas, crianças e adolescentes passam a ter contato, desde cedo, com direitos e deveres.

Ademais, através do fortalecimento da educação, toda a coletividade pode ganhar. Investindo-se na educação básica e avançada, as pessoas tornam-se mais críticas e tendem a ser cidadãs mais responsáveis e engajadas com o bem comum. Dessa maneira, o sistema democrático se fortalece, podendo alcançar a alta intensidade defendida por Mangabeira Unger.

1. A democracia de alta intensidade em Mangabeira Unger

A ideia de democracia corresponde ao governo das pessoas, sistema em que o poder soberano pertence ao “povo”, que constitui um dos elementos primordiais da formação estatal.

O conceito mais clássico de democracia remete-se à Grécia, especificamente ao governo estabelecido em Atenas, no século V a.C., pelas reformas promovidas por Clístenes. Com a tomada de decisões coletivas a partir da consulta popular e participação direta dos “cidadãos” - à época, considerados apenas os nascidos em solo grego, estando excluídos, portanto, imigrantes -

metecos - , escravos e mulheres - , a democracia ateniense marca o surgimento da primeira forma acabada de democracia conhecida (COMPARINI, 2020. p. 40).

Ocorre que a democracia vai muito além da noção de “governo da maioria qualificada pelos direitos das minorias” (UNGER, 2018. p.86). A ideia que deve servir de princípio para tal sistema é a de que a democracia é “a invenção coletiva do novo” (UNGER, 2018. p.86), resultando na combinação de três premissas: a organização institucional da política e da sociedade é decisiva para a realização dos interesses da coletividade; os regimes institucionais são imperfeitos; e, por fim, tais regimes diferem de qualidade pois seu progresso é uma possibilidade provisória e precária que considera e aproveita o potencial de convergência entre condições institucionais.

[...] a democracia implica, sobretudo, na efetividade do estado de direito. Assim, [tem-se] de fato uma democracia quando o estado faz diferença no reconhecimento dos direitos de cidadania, e na formação e representação de identidades e interesses coletivos. Em uma palavra, democracia pressupõe um regime no qual o estado não vulnere os direitos políticos, civis, sociais, culturais e ambientais dos cidadãos e cidadãs. (ASSUMPÇÃO-RODRIGUES, 2020. p.38).

Um questionamento que está em alta nos dias atuais diz respeito à crise da democracia. É possível afirmar que o sistema democrático está crítico? Acredita-se que não, apesar da disseminação do conceito de “presidencialismo de coalizão” por Sérgio Abranches a partir de 1988. O ponto diferencial do presidencialismo de coalizão seria o “critério particular usado para a formação da base parlamentar de apoio ao presidente, isto é, o fato de ela não poder ser estritamente partidária”. (LIMONGI, 2006. p.19).

A necessidade de adjetivar ou qualificar o presidencialismo brasileiro deixa subentendido que este teria algo de peculiar, de especial. Não [se praticaria] um presidencialismo normal ou corriqueiro. [Existiria] um regime com características próprias. Para bem ou para mal, o presidencialismo brasileiro funcionaria desta forma particular: como um presidencialismo de coalizão. (LIMONGI, 2006. p.18)

Ocorre que “nada autoriza tratar o sistema político brasileiro como singular. Coalizões obedecem e são regidas pelo princípio partidário” (LIMONGI, 2006. p.17). Ademais, defende-se que não há crise, apesar de a democracia estar enfraquecida. Segundo Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, democracias morrem pelos próprios governos democráticos eleitos (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018. p.16), visto que líderes eleitos subvertem as instituições democráticas, fazendo com que o retrocesso democrático comece na própria urna.

Além disso, pode-se afirmar que a democracia atual conta regularmente com características autoritárias (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018. p.33), como o compromisso débil com as regras democráticas; a negação da legitimidade dos oponentes políticos; a tolerância ou encorajamento à violência e a propensão a restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia.

Para fundamentar tal argumento, é importante visualizar o que grandes autores, como Mangabeira Unger - principal referencial teórico desta pesquisa -, dizem sobre isso. De acordo com Mangabeira Unger, todas as democracias do mundo são frágeis, isto é, são democracias de baixa energia (UNGER, 2018. p.85). Todas dificultam as mudanças estruturais de modo que as transformações dependem de guerras ou conflitos, sendo perpetuado em todos os sistemas democráticos o governo dos vivos pelos mortos.

Essa concepção decorre da ideia de que a herança do colonialismo mental, especificamente no Brasil, é muito grande. A reprodução do discurso - eurocêntrico, muitas das vezes - como algo universal é uma ferramenta limitante para o exercício da democracia nacional, de modo que o autor defende a rejeição desse universalismo, até porque os prejuízos influenciam toda a sociedade.

Primeiramente, a visão do Direito é deturpada. O Direito não é um sistema, mas sim, em cada momento e em cada país, um conflito entre visões e interesses - e tal conflito não segue uma regra sistemática. Há ideias ou soluções predominantes cercadas por uma penumbra de alternativas. Além disso, o Direito é, em cada disciplina, uma série de contradições entre paradigmas predominantes e alternativas ou divergências a ele.

Ainda, há margem para usurpação de poder, uma vez que o jurista modifica a visão do Direito para tirar anomalias, supostamente fazendo concessões a certos grupos. Por fim, essa idealização sistemática e retrospectiva do Direito impede que seja visto como instrumento de transformação, de maneira que as alternativas institucionais são resultado da generalização ou aprofundamento de algumas dessas contradições.

Diante de tais razões, é necessário negar o colonialismo mental e não aderir à onda do mundo, não copiar, mas, sim, construir uma ideia alternativa de Direito. É preciso fundamentar uma ideia diferente, tendo em vista três campos de atuação, quais sejam, a organização da economia, a organização da política e a democracia com suas políticas identitárias.

Nesse sentido, considerando que o trabalho é a base da economia, é necessário que sindicatos sejam criados a fim de que os direitos trabalhistas se equilibrem, o que resultará na melhor organização do setor econômico do país todo.

Em relação à política, levando-se em conta a fragilidade e as dificuldades que assolam as democracias mundo afora, é necessário um sistema democrático de alta energia que diminua a dependência de crise para mudança. As grandes transformações do mundo acontecem por guerras, no geral. Entretanto, não se pode ter uma vida política dependente de guerra para ter mudança. Dessa maneira, elevando-se a temperatura da política, como o nível de engajamento e mobilização popular organizada, a consequência será uma política institucional mais organizada e, ainda, um sistema democrático mais forte.

Segundo Unger, “radicalizar a democracia é a única alternativa segura à realidade das democracias fracas de hoje e ao falso vanguardismo autoritário. Para aprofundar a democracia, é preciso inovar em três frentes” (UNGER, 2018. p.87), sendo elas: a aceleração do passo da política; a elevação da temperatura da política; e a associação de iniciativa central forte com oportunidade para que sejam construídos contramodelos do futuro nacional (UNGER, 2018. p.89).

Destaca-se, neste trabalho, a segunda frente mencionada por Mangabeira, tendo em vista o potencial transformador do ambiente político, institucional ou

não. É necessário elevar-se o nível de engajamento popular organizado na vida pública (UNGER, 2018. p.88) a fim de que a temperatura política nacional aumente e, conseqüentemente, para que a democracia torne-se de alta energia.

Iniciativas importantes para se alcançar esse contexto são a reorganização da relação entre a política e o dinheiro por meio da ampliação do acesso gratuito aos meios de comunicação em massa (UNGER, 2018. p.94), por exemplo. Também, “a participação da sociedade civil, junto com o Estado e sem fins lucrativos, na provisão de serviços públicos é a melhor preliminar a essa mobilização cívica: começa a derrubar a barreira entre preocupações públicas e angústias privadas” (UNGER, 2018. p.94).

Diferente do que se pensa, “uma democracia de alta energia não substitui a primazia das preocupações privadas por uma vida dedicada ao interesse coletivo como supõe a fantasia perigosa do republicanismo radical” (UNGER, 2018. p.89). É essencial compreender como uma forma de engrandecimento da vida real das pessoas, desenvolvendo um efeito mobilizador com a finalidade de introduzir novas vozes e novos agentes sociais nos ambientes de tomada de decisão, o que culmina, portanto, na politização - e regulação - de novos temas.

Além disso, a “democracia de alta energia depende também de Estado capaz, não apenas de inovações institucionais que acelerem o passo e aumentem a temperatura da política, enquanto ampliam o espaço da dialética entre poder central e poderes locais” (UNGER, 2018. p.95).

A premissa na teoria política é a de que existe uma contradição entre institucional e mobilização. Na prática, seria o caso de escolher entre teoria e prática. Mas a democracia que mais interessa é quente, calorosa e institucional, a qual, justamente, guarda forte relação com os meios de comunicação de massa, sendo o acesso gratuito a tais meios um direito dos partidos políticos.

Logo, o ideal é se alcançar uma política institucional, porém, quente, isto é, com mobilização popular. Essa inclusão de novos agentes acaba por enriquecer progressivamente a democracia representativa através do uso de traços da democracia direta e participativa (UNGER, 2018. p.89), a qual, no Brasil, tem ferramentas constitucionalmente previstas, como plebiscito, referendo e

iniciativa popular, elementos pelos quais a soberania popular pode ser exercida, segundo pressupõe o artigo 14 da Constituição da República de 1988.

Ainda, a riqueza cultural do país não pode ser desconsiderada. Nesse ínterim, a política identitária brasileira deve se apoiar na miscigenação que deu origem ao povo brasileiro.

Essa necessidade de se reconhecer e se valorizar a cultura local tem tudo a ver com uma democracia de alta energia, composta por mobilizações populares, debates e participação da sociedade civil, além das instituições formalizadas.

Segundo Mangabeira Unger (UNGER, 2018. p. 50), o Brasil carece de “economia, política e educação capazes de dar braços, asas e olhos à vitalidade brasileira”. E com razão. É necessário promover uma educação que capacite a população brasileira e que, de fato, leve em consideração os aspectos brasileiros. É preciso “romper com o paradigma pedagógico que tem prevalecido [para] formar a vanguarda pedagógica que possa assumir como seu este projeto” (UNGER, 2018. p.53) a fim de que o contexto nacional seja ponto de partida para estudos e reflexões.

2. O problema da desinformação e da falta de instrução

De fato, de nada adianta submeter os alunos dos cursos de graduação, que guardam grande curiosidade em relação aos sonhos e demais realizações, a ementas e projetos acadêmicos pensados e voltados ao ambiente internacional. Sim, interdisciplinaridade e globalização são ferramentas necessárias para que as análises e os estudos sejam multifocais. No entanto, em pleno século XXI, formar acadêmicos que têm apenas olhos voltados ao passado para quê e por quê?

Conhecer o contexto de criação das teorias e ramos de conhecimento para se entender a finalidade e as devidas consequências dos pensamentos é, sim, muito importante. Entretanto, não há efetividade de se fixar a grade curricular, por exemplo, apenas em culturas diferentes da brasileira. A base deve ser pensada aqui, em território nacional. Da mesma forma que os pensadores nativos devem ser aclamados e efetivamente lidos, questionados, estudados.

O papel da ciência é gerar soluções, sendo a implementação papel da classe política. Nesse contexto, quanto à geração de soluções aos problemas reais que acometem a sociedade, cabe à classe acadêmica, de docentes e pesquisadores, pensar.

Pensar sobre a sustentabilidade - e o papel do politicamente equilibrado, como afirmado por Samuel Benchimol, por exemplo - , pensar sobre cidades inteligentes e como devem ser organizadas para lidar com os novos problemas que vêm do uso da tecnologia e da inteligência artificial e, nesse sentido, em como se alcançar um Parlamento inteligente apto a prever conflitos e inserir no ordenamento jurídico respostas legais. O pensamento é instrumento de mobilização e transformação e, assim, é tarefa dos acadêmicos refletir sobre como a democracia brasileira pode ter sua intensidade aumentada, de modo que se fortaleça.

Considerando que a democracia atual não é mais a soberania do povo, mas se traduz como a soberania dos grupos de interesse, pois são quem toma as decisões, o que faz do sistema democrático um sistema enviesado a favor da minoria, mudanças são necessárias. E esse trabalho acredita que o foco das transformações deve ser a educação e todo o seu aparato acadêmico.

Manter a democracia como uma operação de baixa intensidade ao nível nacional pode conduzir à integração da economia (capitalista) mundial porque isso ajuda os governos nacionais dos países periféricos a dispersarem e afastarem os movimentos democráticos populares que se opõem à implementação de ajustes estruturais e a outras políticas que a estrutura de poder global transmite aos governos nacionais. Mas é precisamente por esta razão que os países periféricos do mundo que passam pelo processo de globalização precisam criar uma forte infraestrutura democrática de base, sem a qual suas democracias não podem sobreviver ao nível do Estado-nação ou, pior ainda, podem pôr em perigo a própria sobrevivências dos seus cidadãos pobres. (SANTOS, 2002. p.111)

Sem educação capacitadora, não há democracia. Muito menos, democracia de alta energia, que, por exigir um Estado diferente do atual, serve

de contrapartida para uma forma inclusiva de economia do conhecimento e generalização do ensino analítico e dialético (UNGER, 2018. p.85).

Segundo Unger (UNGER, 2018. p.78), “a forma tradicional de ensino no Brasil - o enciclopedismo raso dogmático - é incompatível com produtivismo inclusivo e com a democracia de alta energia”. Isso porque, para se ter mais participação popular e mobilização das classes da sociedade, as pessoas comuns precisam conhecer seus direitos e deveres, tornando-se empoderadas, capazes de saber o que podem cobrar - e de quem cobrar - e, efetivamente, consideradas parte atuante do todo.

Inclusive, pode-se afirmar que há pouco engajamento da sociedade civil organizada por conta da baixa escolarização e da grande desinformação que toma conta das redes sociais atualmente.

Nesse sentido, defende-se a inclusão da educação cidadã nas escolas - para crianças e adolescentes - e às pessoas eleitas para cargos eletivos, as quais têm a tarefa de exercer a representação popular ao longo de um mandato através da filiação partidária, além do cumprimento das demais condições de elegibilidade previstas constitucionalmente no ordenamento brasileiro - como a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral e o domicílio eleitoral na circunscrição.

É certo que o enciclopedismo superficial, assim como o colonialismo mental, atua como uma ferramenta limitante do pensamento genuíno. Isso porque evidencia amarras tidas como universais e restringe as possibilidades de pensamento e solução de problemas de conflitos. À medida que o colonialismo mental ilustra a “síndrome do cachorro vira-lata”, em que sempre o internacional é tido como melhor que o nacional, o enciclopedismo superficial fica adstrito ao conhecimento morto, sem utilidade.

Aliás, pode-se estabelecer uma relação entre a mencionada síndrome do cachorro vira-lata e a autoperiferização da teoria do Direito brasileira, assunto abordado com profundidade pelo professor Marcelo Neves, o qual afirma que a sociedade mundial assimétrica acaba por adotar modelos conceituais jurídicos provinciais tidos como universais. Isso cria um espaço de comutação discursiva

que reforça assimetrias, de forma que o conhecimento científico produzido no contexto periférico é diminuído, visto como inferior ou secundário a despeito das teorias e produções do mundo norte-americano e europeu, tidos como o colo de construção científica autônoma.

A autoperiferização da teoria do Direito brasileira defende justamente que essa colonização do conhecimento não aconteça, de modo que “desconsidera” o conhecimento produzido nos países de fora para destacar a produção nacional. Tal ideia conversa um pouco com o pós-colonialismo - apesar de Marcelo Neves não se considerar pós-colonialista -, em que a essência da cultura do país, seja a brasileira ou a africana, por exemplo, representa e reflete a essência autêntica nacional.

Tal essência aparece de maneira muito explícita no texto constitucional, visto que a Constituição da República rege todo o ordenamento jurídico e normativo do Estado Democrático de Direito. Assumindo esse contexto, Neves (NEVES, 2018. p.69) afirma que “o direito constitucional funciona como limite sistêmico-interno para a capacidade de aprendizado do direito positivo; em outras palavras: a Constituição determina como e até que ponto o sistema jurídico pode aprender sem perder sua autonomia”. Ainda, aduz que “uma regulação não estritamente jurídica da capacidade de aprendizado do sistema jurídico conduz - numa sociedade hipercomplexa, com consequências muito problemáticas - a intervenções diretas de outros sistemas sociais no direito, sobretudo do sistema político” (NEVES, 2018. p.69).

Nesse sentido, uma alternativa é focar nos graus de diferenciação funcional e níveis de autonomia e heteronomia do direito em diversos contextos da sociedade mundial, considerando-se a hipercomplexidade da sociedade atual marcada, infelizmente, por privilégios de grupos dominantes, os quais se beneficiam pelas práticas de irregularidades. Em tal contexto também surge o desafio de uma teoria do direito transjurídica, dado que o país é formado por privilégios e muita exclusão.

Assim, por exemplo, as pessoas que deixarem o país para estudar e aprimorar o currículo podem ser influenciadas por pesquisadores

internacionalmente renomados, mas, ao voltarem para o Brasil, não devem simplesmente reproduzir as teorias aprendidas, sendo conveniente que produzam, de fato, conhecimento útil para o país que financiou ou patrocinou seus estudos e experiências, além de ajudar no desenvolvimento nacional a partir de ideias inovadoras inspiradas em teorias que funcionaram em outros lugares. Inspiração sim, cópia não. É preciso adaptar-se ao contexto brasileiro.

Para além dessa reforma nos bancos escolares, onde acontece a formação da cidadania e do caráter das crianças e adolescentes, é necessário que o campo político seja transformado. A democracia indireta de hoje compõe-se de cargos eletivos, em forma de mandatos eleitorais, através dos quais os representantes eleitos atuam em nome dos representados e, efetivamente, exercem a democracia. No entanto, não é raro haver uma confusão sobre o que é ou não atribuição de cada cargo, o que é ou não competência de cada ente federativo.

A eleição democrática atua como apoio descarregante para o sistema político, que assume “a plena responsabilidade pelo direito”. Sem a instituição da eleição democrática ou de um equivalente funcional, seria inimaginável que a política e, com ela, o sistema jurídico não se identificassem com determinadas concepções ideológicas abrangentes ou com grupos privilegiados. Como o procedimento eleitoral também tem a “função essencial” de “formular e deixar em aberto alternativas”, ele serve ao aumento da complexidade do sistema político e, com isso, do jurídico - uma exigência da hipercomplexidade dos respectivos ambientes. (NEVES, 2018. p.73)

A importância dos representantes eleitos é inquestionável. O presente artigo não pretende discutir acerca da representação popular. Todavia, acredita-se que as pessoas eleitas devam ter mais conhecimento acerca de onde atuam e do modo como podem trabalhar, sobre o que podem apresentar propostas e quais medidas podem tomar em prol do interesse popular/coletivo.

Nesse sentido, visto que não há condições ou pré-requisitos além dos constitucionalmente previstos e aqui já salientados - como a filiação partidária, a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral e o domicílio eleitoral na circunscrição - , nota-se ser uma possibilidade

a realização de um curso técnico acerca da representação política, das premissas básicas do direito constitucional - em que se aborde, por exemplo, a divisão dos poderes legislativo, executivo e judiciário; a composição do ordenamento nacional; as atribuições e competências legiferantes dos entes federativos que compõem a República Federativa do Brasil.

Não se imagina a profissionalização dos políticos. Não se espera que sejam formados políticos de carreira. O que se pretende é fornecer uma base de conhecimento técnico às pessoas eleitas para cargos eletivos de forma que, na figura de novos servidores públicos, saibam como agir. Até porque, como não há restrições e exigências acerca de área de conhecimento e até mesmo grau de escolaridade, os cargos são ocupados por pessoas de todas as vertentes e estilos. Dessa maneira, considera-se importante estabelecer aos eleitos uma base conceitual e minimamente acadêmica, voltada ao campo jurídico-normativo.

3. O reforço da educação para o fortalecimento da democracia

Hoje, respaldando-se nos escritos da professora Marlise de Matos, uma vez que a “cidadania política e social é um fenômeno inerentemente multidimensional, que inclui dimensões complexas e paradoxais” (MATOS, [s.d.], p.28), se faz urgente a transversalização dessas multidimensões, o que supõe um avanço da legitimidade estatal e da própria democracia.

Nesse sentido, e com base, ainda, no agir comunicativo, já que, para Habermas, as pessoas devem possuir uma cidadania autônoma relacionada a uma liberdade comunicativa, sendo, então, a teoria procedimental, com base na deliberação dialógica, a solução para as decisões populares racionalmente acordadas (OLIVEIRA, 2010. p.110), abordar aspectos relativos à cidadania e à democracia ainda nos bancos escolares é necessário para a formação de pessoas responsáveis com e pela sociedade.

Ainda, com isso, vislumbra-se uma maior mobilização dos grupos sociais, o que, sem dúvidas, pode somar ao desenvolvimento democrático, uma vez que acontece, a longo prazo, a aproximação e a inclusão na esfera de ação e de

controle do meio envolvente, seja ele social, econômico, cultural e ecológico, conforme afirma Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 2002. p. 125).

A característica distintiva da política dos movimentos é, assim, construir um novo discurso sobre a democracia através de uma prática política sustentada. Isto é realizado em três níveis: (a) na base, através da construção das capacidades e do poder das próprias populações [...]; (b) no nível provincial e nacional, através do lançamento de campanhas de âmbito nacional [...]; (c) em nível global [...]. (SANTOS, 2002. p.125)

Diante de tal necessidade, verifica-se a oportunidade de a escola assumir, de fato, o papel social de gestora do conhecimento a fim de que ressignifique o modo como a aprendizagem acontece. Essa gestão social se expressa pela incorporação, ao currículo básico disponibilizado pela escola, de questões até então desconsideradas, “para além dos conteúdos tradicionais e do ranço autoritário que, ainda hoje, confunde educação com treinamento, disciplina com doutrina, organização com burocracia” (ANTUNES; PADILHA, 2010. p.38).

Considerando essa perspectiva emancipadora, a abordagem da cidadania nos bancos escolares, desde a educação básica, faz com que haja a superação da educação bancária, puramente transmissora de conhecimentos, sendo substituída pela educação cidadã, a qual se caracteriza pela construção de um currículo inter e/ou multidisciplinar, baseado num planejamento participativo que se insere na democratização da gestão, tornando-se uma educação, portanto, para e pela cidadania (ANTUNES; PADILHA, 2010. p.43).

Diante disso, adaptações são necessárias, tanto no ensino básico geral quanto no ensino técnico. O ensino deve ser organizado em torno de temas e projetos, preferindo a cooperação entre alunos, professores e as próprias escolas. Além disso, deve-se preferir um ensino dialético, em que cada matéria é ministrada por pelo menos dois pontos de vista diferentes, dando margem para que o próprio aluno chegue a sua conclusão autônoma. Ademais, (UNGER, 2018. p.79) “o trabalho em equipe, que serve de base para a ciência avançada, deve ser antecipado em todos os graus de ensino”.

O ideal seria construir um ensino básico mais profundo, detalhado e concentrado no contexto brasileiro, levando em consideração as raízes do Brasil, suas culturas, pensadores e pesquisadores. Com essa transformação do ensino, seriam reconhecidos meios para alcance do engrandecimento compartilhado, o que pode culminar em um sistema democrático mais participativo e efetivo, isto é, uma democracia de alta intensidade. Isso vai ao encontro da proposta de Mangabeira Unger, que defende que “o engrandecimento das pessoas comuns é o objetivo superior a que deve servir a democracia” (UNGER, 2018. p.85).

Nesse sentido, destaca-se como exemplo uma proposta criada no interior do estado brasileiro de Minas Gerais. Com o propósito de tornar a compreensão do ordenamento jurídico brasileiro mais fácil a todas as pessoas, com foco nas crianças e adolescentes, surgiu o projeto “Em miúdos”, que visa simplificar o conteúdo das leis e códigos, tornando-o mais didático, uma vez que vai de encontro ao uso de termos e vocábulos técnico-jurídicos. Trata-se de um trabalho realizado por servidoras da Escola do Legislativo da Câmara Municipal de Pouso Alegre¹¹⁷, em parceria com a gráfica do Senado Federal e a Associação Brasileira de Escolas do Legislativo e de Contas (ABEL).

Após o lançamento do primeiro volume - que considerou, e “traduziu”, o teor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 -, surgiu a necessidade de realizar ações com fins de efetivamente levar aos alunos da rede educacional o conhecimento constitucional. Nesse sentido, foi organizada a Cartilha de Atividades da Constituição em Miúdos I, a qual pode ser utilizada por professores de matérias curriculares básicas - como Matemática, Português, História e Geografia -, para ensinar cidadania em suas aulas, lançando mão de questões interdisciplinares.

Diante da grande repercussão da obra, que atingiu um número de *downloads* superior ao da própria Constituição Federal no site do Senado, foi elaborado um segundo volume com a intenção de aprofundar e complementar

¹¹⁷ O projeto é fruto de parceria do Senado Federal com a Associação Brasileira das Escolas do Legislativo e de Contas - ABEL, e a Câmara Municipal de Pouso Alegre - MG e pode ser acessado em: <https://cmpa.mg.gov.br/Escola/Pagina/784>

temas já abordados pela primeira edição. Além disso, outras leis importantes do ordenamento brasileiro já foram adaptadas ao projeto “Em miúdos”, que se expande cada vez mais.

Nesse contexto, pode-se mencionar a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei nº 8.069/1990), o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), e, mais recentemente, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) - lançado oficialmente no XXXVII Encontro da ABEL ocorrido em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, em cujo discurso de abertura, inclusive, foi dado destaque ao projeto pousoalegrense. A criação mineira, que já é referência no Brasil, sendo aplicada em cidades de diversos estados brasileiros, como Minas Gerais, Sergipe e Pará.

A ideia de incluir conteúdos de cidadania nos bancos escolares conversa muito com a formação cidadã dos brasileiros, uma vez que, tendo contato desde cedo com leis - mesmo que através de uma linguagem mais relacionada ao senso comum - , as pessoas acabam por adquirir conhecimento sobre direitos, deveres, atribuições, competências, modos de participação, educação financeira, dentre vários outros aspectos.

Portanto, a partir do conhecimento é possível desenvolver-se uma democracia mais participativa, com mais engajamento popular e participação na esfera política institucional. Além disso, não só os próprios representados conseguem participar mais efetivamente, como os representantes têm uma noção melhor sobre o que podem propor e quais projetos são mais adequados à realidade local, regional, nacional, enfim, brasileira.

Considerações finais

Diante da diversidade do povo brasileiro e, ainda, da complexidade dos objetivos estabelecidos pelos constituintes na Carta Magna então vigente, é primordial que haja participação política da população.

Nesse sentido, a educação aparece como um grande desafio e uma aposta para que as próximas gerações tenham mais qualidade de vida e mais oportunidades. Para além, a educação cidadã surge como um projeto importante,

no qual o Estado deve se apoiar, a fim de que as pessoas tornem-se mais conscientes e mais críticas.

Assim, por que não começar desde cedo? E por que não abordar sobre a organização do sistema brasileiro nas escolas? É importante saber como tudo funciona. É importante saber de quem é o poder de decisão. É importante saber. Conhecimento é possibilidade. Conhecimento é poder. Conhecimento é condição para o exercício da cidadania.

Portanto, considerando a cidadania multidimensional dos dias de hoje, defende-se a “elaboração de uma democracia pragmática, multidimensional e crítico-emancipatória que tenha na figura do redesenho do Estado democrático de Direito sua ancoragem substantiva” (MATOS, [s.d.]. p.29).

Que o projeto “Em miúdos”, dentre outros que inserem a cidadania nas escolas e no cotidiano das pessoas, tenha cada vez mais adeptos e que sua repercussão seja ainda maior a fim de que as crianças e os jovens do país cresçam com mais perspectiva de coletivo, sendo mais críticos e conscientes quanto ao bem social.

Já na esfera política institucional, que as pessoas eleitas para o exercício de mandatos sejam submetidas a cursos técnicos de formação a fim de que adquiram conhecimentos constitucionais acerca da área jurídico-normativa, tornando-se capazes de agir conforme suas atribuições e, ainda, no quadro de competências do ente federativo perante o qual atuam.

Tais reformas institucionais, quais sejam, no campo educacional, a partir de uma transformação pedagógica das escolas, e no campo político, por meio da inserção de conteúdo minimamente acadêmico na esfera majoritária, correspondem a alternativas que podem ajudar no desenvolvimento e aprimoramento do sistema democrático brasileiro.

Dessa maneira, pode-se alcançar uma democracia de alta energia, de acordo com os ensinamentos de Mangabeira Unger, fazendo com que a mobilização, a participação e o engajamento popular aumentem, como consequência da maior disponibilização de conhecimento técnico e jurídico, tornando as pessoas mais críticas e, de fato, mais cidadãs.

Referências

- ANTUNES, Ângela; PADILHA, Paulo Roberto. **Educação Cidadã, Educação Integral: fundamentos e práticas**. São Paulo: Editora e Livraria Instituto Paulo Freire, 2010.
- ASSUMPÇÃO-RODRIGUES, Marta Maria. **Democracia**. Dicionário de conceitos políticos. organizadores: Any Ortega e Stanley Plácido da Rosa Silva – São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020.
- COMPARINI, Julio de Souza. **Democracia ateniense**. Dicionário de conceitos políticos. organizadores: Any Ortega e Stanley Plácido da Rosa Silva – São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LIMONGI, Fernando. **Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. Novos Estudos CEBRAP. 2006. p.17-41.
- MATOS, Marlise. **Cidadania porque, quando, para quê e para quem?** Desafios contemporâneos ao Estado e à democracia inclusivas. [s.d.].
- NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de Oliveira. **Morte e vida da Constituição Dirigente**. 1ª. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.
- POUSO ALEGRE, Câmara Municipal de. **Constituição em Miúdos**. Parceria do Senado Federal com a Associação Brasileira das Escolas do Legislativo e de Contas – ABEL, e Câmara Municipal de Pouso Alegre – MG. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://cmpa.mg.gov.br/Escola/Pagina/784>. Acesso em 13 jan. 2025.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

11. Experimentalismo democrático para os micromunicípios: um olhar ungeriano sobre a sustentabilidade municipal

Lucas Cavalcante Gondim¹¹⁸

Introdução

A preocupação central desse trabalho é a de aplicar sobre a discussão de reforma do pacto federativo na esfera municipal os influxos do experimentalismo democrático, e tratar esse debate como uma oportunidade de inovação institucional na direção de uma democracia de alta energia. A suposta problemática do número elevado de municípios no Brasil constitui um verdadeiro ativo para que, via federalismo, possam conviver dentro do território experiências diversas de autogestão da coisa comum, precipuamente em âmbito local.

Parte-se do pressuposto de que é apenas por meio do experimentalismo – implantado de modo assimétrico, localizado – é que se podem colher resultados de aprimoramentos institucionais, afinal, “nenhum país reforma seu Estado e sua política para depois decidir o que fazer com ele” (Unger, 2018, p. 85).

Principia-se por abordar como a problemática do número supostamente excessivo de Municípios foi tratada na institucionalidade brasileira, considerando a PEC nº 188/2019 e a Lei Complementar nº 1/1967. Demonstrar-se-á, a partir da literatura, a insuficiência do conceito de sustentabilidade municipal, para, em seguida, apontar o municipalismo brasileiro como oportunidade de radicalização da experiência democrática, eis que o federalismo, interpretado sob o viés adequado, tem a habilidade de conciliar as vantagens da centralização e da divergência criadora.

¹¹⁸ Mestrando em Direito (FD-USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogado do Senado Federal. Foi Procurador do Estado de Goiás (2022-2024).

Para pequenas comunidades, as preocupações centrais de fertilização da dinâmica experimentalista devem estar na garantia de uma gestão eficiente das políticas públicas e no combate à captura do poder político pelas elites locais. Assim, o sorteio emerge como alternativa inovadora disruptiva, capaz de emancipar o indivíduo e colocá-lo no centro da vida democrática de suas coletividades.

Ao cabo, será apresentada uma proposta de intervenção a partir do diagnóstico crítico posto. Essa proposta está centrada nos micromunicípios, recorte que engloba aqueles com menos de 2 mil habitantes. Pretende-se, ao cabo, fixar as balizas de um processo que não deve ser guiado de cima ou ter prazo de validade, mas, pelo contrário, ter vida própria a partir da deflagração disruptiva de uma assimetria institucional.

1. O ideário de sustentabilidade municipal como premissa equivocada

Por que um novo município deve ser criado? Sob um prisma eminentemente político, há dois discursos possíveis capazes responder afirmativamente a essa indagação. Numa direção, pode-se apontar que determinada coletividade alcançou certa proeminência populacional ou econômica, de modo que a prestação de serviços públicos e a administração dos interesses estatais não deve mais operar pela alçada de uma comunidade alienígena. É, em síntese, o argumento utilitarista: *podemos administrar e administramos melhor o que é para nós*.

O segundo discurso possível é eminentemente democrático. Parte de um pressuposto inequívoco de autodeterminação. Instaurado o sentimento nativista e coletivo, é o argumento idealista: *devemos administrar porque é nosso*.

A confluência entre esses dois discursos matiza o chamado *municipalismo* brasileiro, compreendido este como um ideário político que preza pela descentralização especial do poder, de modo a conferir maior autonomia a essas coletividades.

Ainda que a ideologia municipalista constitua “uma das construções discursivo-programáticas mais antigas e resilientes da cultura política brasileira”

(Melo, 1993, p. 1), o movimento só se estrutura nacionalmente com o fim do Estado Novo: em 1946, é fundada a Associação Brasileira de Municípios (ABM); em 1952, o Instituto Brasileiro de Municípios (IBAM).

Pires (2016) aponta que a Constituição de 1988 foi fortemente influenciada pelo movimento municipalista por dois fatores: i) muitos dos seus constituintes eram oriundos desse movimento, vindo de experiências de governos locais, vários em oposição à ditadura; ii) havia no ideário democratizante daquela experiência constituinte um viés de descentralização. Como resultado desse processo, os municípios foram alçados formalmente à condição de entes federativos, com autonomia organizacional, política, administrativa e financeira, e com direito a uma parcela maior do orçamento federal e estadual.

A nova ordem constitucional deflagrou uma onda de criação de municípios. Delegou-se aos Estados o poder para legislar sobre o desmembramento de novas entidades mirins. Entre 1991 e 2000 foram emancipados 1016 dos antigos distritos, o que representou um acréscimo de 18% no total nacional de municípios. Já preocupado com essa *inflação municipalista*, o Congresso Nacional aprovou em 1996 a Emenda Constitucional nº 15, que condicionou a criação de novos municípios a um período designado em lei complementar *federal* e à apresentação de estudos de viabilidade municipal. Depois do ano 2000, foram criados apenas 58 municípios no Brasil.

Em 2019, foi protocolada no Senado Federal a PEC nº 188, conhecida à época como “PEC do Pacto Federativo”. A proposição atribuía a seguinte redação ao art. 115 do ADCT (BRASIL, 2019):

Art. 115. Os Municípios de até cinco mil habitantes deverão comprovar, até o dia 30 de junho de 2023, sua sustentabilidade financeira.

§ 1º A sustentabilidade financeira do Município é atestada mediante a comprovação de que o respectivo produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 da Constituição Federal corresponde a, no mínimo, dez por cento da sua receita.

§ 2º O Município que não comprovar sua sustentabilidade financeira deverá ser incorporado a algum dos municípios limítrofes, a partir de 1º de janeiro de 2025.

§ 3º O Município com melhor índice de sustentabilidade financeira será o incorporador.

§ 4º Poderão ser incorporados até três Municípios por um único Município incorporador.

§ 5º Não se aplica à incorporação de que trata este artigo o disposto no § 4º do art. 18 da Constituição Federal.

§ 6º Para efeito de apuração da quantidade de habitantes de que trata o *caput*, serão considerados exclusivamente os dados do censo populacional de 2020.

Em linhas gerais, buscou-se a criação de um índice constitucional de sustentabilidade financeira para os *pequenos municípios*, sendo estes aqueles com menos de cinco mil habitantes. O índice estaria calcado no percentual da receita tributária (própria) sobre a receita total do município. Mede-se, assim, o grau de dependência de transferências federais e estaduais para a sobrevivência fiscal do ente.

Oliveira e Oliveira (2023) apuraram que a aplicação da metodologia da PEC nº 188/2019 acarretaria a extinção de 98% dos pequenos municípios brasileiros, o que implica, em termos absolutos, um total de 1081 incorporações. Para os autores, esse dado revela, por si só, o equívoco desse critério de “sustentabilidade financeira” dos municípios. Apontam, ainda, que não faria sentido desconsiderar a receita transferida fundo a fundo, mas que é oriunda de tributos arrecadados no Município, como o ICMS e o IRRF, por exemplo, e que pertencem constitucionalmente aos entes mirins.

A PEC nº 188/2019 não foi a primeira medida legislativa, preocupada com a extinção de municípios, a adotar como critério aspectos quantitativos, relacionados à suposta *sustentabilidade* da entidade política. Durante o regime militar, a Lei Complementar nº 1, de 1967, estancou o processo de criação de municípios no país, condicionando-a aos seguintes requisitos objetivos: a) população estimada superior a 10.000 habitantes ou não inferior a 5 milésimos da estadual; b) eleitorado não inferior a 10% da população; c) centro urbano já constituído, com mais de 200 casas; d) arrecadação anual não inferior a 5 milésimos da receita estadual de impostos (BRASIL, 1967).

A Lei Complementar nº 1/1967 não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Contudo, a sua mera existência, quando analisada em cotejo com a PEC nº 188/2019, revela uma tendência de considerar, na esfera de planejamento da política territorial, o incremento do número de municípios como um desperdício de recursos, uma medida contraproducente sob o ponto de vista da alocação de verbas públicas e do planejamento das políticas públicas. Em linhas gerais, um argumento comum é que a multiplicação exagerada de municípios replica custos fixos com estruturas administrativas básicas (ex.: gabinete do prefeito, câmara municipal), comprometendo o investimento total que poderia ser direcionado às atividades-fim.

No entanto, a literatura parece ir de encontro a essa pretensa equivalência entre o elevado número de municípios e a baixa eficiência do gasto público. Lobo et al. (2022), após analisarem os resultados das políticas públicas em três indicadores de serviço – assistência social, cobertura de saúde, e frequência escolar – apontam que 65% dos *pequenos municípios* brasileiros (população inferior a 5 mil) apresentaram desempenho similar ou superior à média nacional. Concluem que a eficiência na prestação dos serviços públicos não é resultado da sustentabilidade financeira do ente – critério eleito pela PEC nº 188/2019 – mas das peculiaridades administrativas e gerenciais de cada coletividade.

Até mesmo quanto à ideia de sustentabilidade financeira, os dados parecem apontar no sentido de que a descentralização favorece a arrecadação tributária. Prediger et al. (2022) demonstram que, numa medida *per capita*, os municípios com população inferior a 5 mil habitantes conseguem arrecadar mais que aqueles do grupo com população maior.

Se, por um lado, a institucionalidade brasileira historicamente elegeu a lupa fiscal como parâmetro para analisar a razão de existir de um município, por outro, a empiria parece apontar no sentido de que os surtos de descentralização, com a criação de novas entidades mirins, contribuíram para uma melhor eficiência na gestão de serviços públicos. Superado o critério estritamente

orçamentário-financeiro como mantra, há de se indagar: a que outras finalidades pode servir a descentralização territorial do poder político?

Indubitavelmente, as experiências exitosas do municipalismo no Brasil podem ser rearranjadas para, numa correção de rumos e vícios, serem laboratórios de enfrentamento à crise da democracia representativa. Na proposta de intervenção a ser aqui formulada, sugere-se, de maneira assimétrica, uma radicalização da experiência democrática para municípios com menos de 2 mil habitantes, como verdadeiros balões de ensaio da gestão coletiva da coisa pública.

Como premissa, pois, a ideia utilitarista de *sustentabilidade municipal* deve ser abandonada. Apartada de uma lógica meramente contábil de contenção geral de despesas, a sustentabilidade municipal perde razão de ser enquanto um matiz de análise, uma vez demonstrado que a descentralização favorece a aplicação eficiente dos recursos.

Para que deve servir, então, a criação de um município? É preciso voltar os olhos para o segundo dos discursos referidos no início desta seção: o do debate democrático. A existência de mais de cinco mil institucionalidades permanentes no Brasil, com Poderes Legislativo e Executivo constituídos, deve ser enxergada como uma gigantesca oportunidade de materialização, densificação e capilarização da experiência democrática. As instituições já existem, e se espalham eficientemente pelo território nacional, cabendo ao pensamento jurídico imaginar e inovar sobre elas, corrigindo seus vícios e rompendo categorias usuais e fixas de análise (Unger, 2011).

A existência de mais de cinco mil municípios no Brasil deve ser enxergada não como um risco fiscal ou como um desperdício alocativo, mas, sob um viés pragmático, como uma verdadeira oportunidade para aperfeiçoamento do princípio democrático em tempos de crise do regime representativo. Nesse contexto, o conceito de sustentabilidade municipal tem pouca serventia.

2. Reinventar o federalismo para uma democracia de alta energia

Ainda que a democracia seja a ideia política central da modernidade há cerca de três séculos, é pouco diverso o repertório de arranjos formulados e implementados. Esse é um dos diagnósticos centrais de Roberto Mangabeira Unger (2018) em sua crítica da democracia: a maior parte das institucionalidades existentes alterna ou combina formas do presidencialismo norte-americano ou do parlamentarismo britânico, sempre sob o paradigma da representatividade.

A teoria democrática em Unger sidera em torno de alguns conceitos centrais, a começar pela distinção entre democracias fracas (ou de baixa energia) e democracias fortes (ou de alta energia). Como ponto de partida, todas as democracias atualmente existentes seriam fracas, por não serem capazes de realizar o ideal da escolha coletiva. São regimes, pois, que perpetuam o governo *dos mortos sobre os vivos*, em que as mudanças estruturais dependem de crises, sejam elas políticas, econômicas ou militares (Unger, 2024). Nas democracias fracas, a transformação “continua a depender do trauma” (Unger, 2011, p. 61).

Por outro lado, democracias fortes ou de alta energia são marcadas por uma “fertilidade” em sua capacidade de promover mudanças estruturais, independentemente de crises (Unger, 2024, p. 535). Esse regime de alta energia serviria, assim, ao que, para Unger, constitui o objetivo superior de uma democracia: o “engrandecimento das pessoas comuns” (2018, p. 85).

Em *Depois do colonialismo mental* (2018), Unger propõe que a transição de uma democracia fraca para uma forte seja feita em três frentes. A primeira consiste na “aceleração do passo da política”, isto é, na criação de mecanismos que impeçam a acumulação de impasses na sociedade. Esta seria uma característica sobretudo da tradição constitucional inaugurada nos Estados Unidos, calcada no “princípio conservador da desaceleração da política” (Unger, 2018, p. 88). Em uma democracia de alta energia, questões que efetivamente constituam preocupações de interesse público devem estar sujeitas a uma rápida detecção e resolução por parte das instituições.

Uma segunda frente é a elevação da temperatura de política, pelo do incremento do nível do engajamento popular organizado. Esse processo se

perfectibiliza por meio da manipulação de três arranjos: mudança nos regimes eleitorais, nas regras de financiamento da atividade política e no acesso aos meios de comunicação em massa (Unger, 2018, p. 89).

Por fim, a terceira frente de transição para uma democracia de alta energia é a “associação de iniciativa central forte com oportunidade para que partes do país divirjam das soluções adotadas no centro e constituam contramodelos do futuro nacional” (Unger, 2018, p. 90). Unger vislumbra no federalismo a grande valia de permitir uma associação entre esses extremos, isto é, as vantagens de um governo central forte e de governos locais divergentes em seus experimentalismos. Desde a origem, o federalismo norte-americano concebeu os membros da federação como “laboratórios de experimentações”.

Para que se aproveite esse potencial do federalismo, duas providências são necessárias: a um, o fortalecimento da cooperação entre os níveis da federação e entre unidades da federação do mesmo nível; a dois, a *quebra do princípio de uniformidade no grau de divergência*, visto que “enquanto todas as partes gozarem, ao mesmo tempo, da mesma faculdade de divergência, a própria divergência nunca poderá ser grande” (Unger, 2018, p. 91).

Como sintetiza Amato (2021, p. 42), *reinventar o federalismo* para Unger pressupõe uma devolução qualificada poderes a autoridades inferiores, com o incremento da autonomia de regiões e localidades para “estabelecerem formas desviantes de organização e gestão (da educação, por exemplo), em uma exceção qualificada aos modelos nacionais”.

Logo, um aprofundamento do experimentalismo exige algum grau de descentralização assimétrica entre unidades da federação de um mesmo tipo. No mesmo sentido, Magalhães Pires (2017, p. 132) tensiona a suposta correlação entre simetria, no federalismo, e o princípio da igualdade. Os desiguais não podem ser tratados igualmente. O excesso de uma assimetria factual entre entes federados desencadeia “uma pressão por regimes jurídicos diferenciados – *i.e.*, por uma assimetria *de jure* – como forma de acomodar o pluralismo que existe no Estado federal”.

No que pertine à preocupação central deste trabalho – a problemática do municipalismo no Brasil – nota-se que a questão municipal é uma das saídas possíveis para uma transição rumo a uma democracia de alta energia.

No modelo a ser proposto a partir do diagnóstico crítico, os municípios serão enxergados justamente como células de radicalização da experiência democrática – e, para a institucionalização dessas possibilidades, é crucial que se enxergue o federalismo sob um prisma de flexibilidade. Para Magalhães Pires (2017), ainda que, a princípio, “a afirmação de que o federalismo deve ser flexível soa estranha”, o federalismo fiscal e a assimetria factual entre entes federados suscitam complexidades que impõem essa flexibilidade.

Em síntese, pois, na etapa específica da transição para uma democracia de alta energia que nos interessa – a rebeldia divergente experimentalista – necessita-se não só de uma devolução *qualificada* de poder às autoridades locais, mas de uma devolução *qualificada e assimétrica*. Caso se imponha uma nova modalidade organizacional, supostamente inovadora, de forma uniforme e generalizante, sufoca-se o espírito energizante e emancipador que deve guiar a democracia de alta energia.

3. Sorteio como experimento de radicalização democrática

Firmado o marco teórico da reinvenção do federalismo segundo Unger, com a *devolução qualificada e assimétrica* do Poder às autoridades locais, passa-se a abordar um outro aspecto que comporá a proposta de intervenção a ser formulada: uma reconcepção do engrandecimento da participação individual na política por meio da sistemática de sorteio.

Ainda que a temática do sorteio continue a ser tratada de forma marginal, cerca de mil experiências envolvendo sorteio foram realizadas nas democracias ocidentais nas últimas décadas. Desde os anos 1970, a literatura voltou a se debruçar sobre o papel do sorteio na história da democracia, pretendendo resgatar o argumento aristotélico que associava a eleição à oligarquia e o sorteio à democracia (Rubião, 2018).

O sorteio não implica um abandono do sistema representativo, de modo que ele não corrige os vícios ínsitos à existência do mandato como ficção jurídica. No entanto, ele protege os processos públicos de seleção de manipulações privatistas ou corporativistas, o que é especialmente útil em contextos *micro*, em que vínculos pessoais tendem a repercutir mais fortemente na esfera pública (Dowlen, 2009).

Pensando no cenário de pequenas localidades, em que poucos grupos familiares costumam se revezar no poder e ocupar os principais cargos políticos e administrativos, o sorteio é uma maneira disruptiva de empoderar o cidadão comum que, nascido fora desses eixos, jamais poderia ocupar esse espaço decisório.

Samuel Bagg (2022) destaca que a verdadeira promessa que o sorteio oferece para o futuro da democracia diz respeito ao seu potencial para romper com os ciclos de captura e manipulação do poder político. Logo, ainda que seja difícil imaginar uma sistemática de escolha randômica para colégios eleitorais maiores, o sorteio é especialmente útil para causar *irrupções criativas* em pequenas comunidades, sendo capaz de romper décadas de domínio de grupos familiares ou econômicos. Esse potencial se mostra especialmente promissor no contexto brasileiro, em que já existem milhares de pequenas entidades políticas constituídas, prontas para receber *infusões* de democratização por meio do sorteio.

A substituição do estamento político anterior por um novo, puramente randômico, tem evidente potencial de se converter numa destruição criativa ou criadora em âmbito administrativo e social. Pessoas, núcleos familiares e comunidades que até então se sentiam distantes das esferas de representação passarão a ser ou a conviver diretamente com seus novos representantes. Assim, até mesmo o cidadão não-escolhido terá engrandecido o seu sentimento participativo e mobilizador, quer por nutrir o potencial de um dia ser sorteado, quer por conhecer ou ser próximo de alguém escolhido pelo acaso – e não pela origem ou pelo poder econômico.

Para Unger (1999, p. 10), a emancipação do indivíduo corresponde à “libertação dos indivíduos da prisão de arraigados papéis sociais, divisões e hierarquias, principalmente quando esse aparato social extrai forças de vantagens herdadas”. A implementação do sorteio para a seleção de autoridades públicas em âmbito municipal caminha nitidamente nesse sentido emancipatório, pelo seu potencial disruptivo para com o *status quo* anteriormente posto.

Experiências de democracia participativa com base em escolha randômica de representantes têm se dividido em duas “ondas” ou perspectivas. A *primeira onda* centrou seu enfoque sobre o problema do déficit de representatividade, e caracterizou-se basicamente pela constituição de *minipúblicos* (Sintomer, 2018), a partir de voluntários. Para Romão e Cervellini (2020), os minipúblicos preenchem três conjuntos de influências normativas: um republicanismo radical fundado na ideia de igualdade na participação política; um ideal de razão discursiva habermasiano; e, por fim, a incorporação de ferramentas de seleção aleatória dentro dos sistemas políticos contemporâneos.

Contudo, essa primeira onda de experiências ainda assim diverge dos ideais mais radicalizantes de democracia por seu apego à ideia de representatividade (Sintomer, 2018). Os minipúblicos são constituídos como verdadeiros espaços amostrais do que se supõe ser, estatisticamente, o todo. Trata-se de uma verdadeira tentativa de emular o que constituiria, materialmente, a opinião pública. A preocupação central está em assegurar que a vontade expressa pelo minipúblico seja fiel à de uma maioria estatística, e não no *empoderamento individual do cidadão*, traço de uma democracia de alta energia.

Essa é precisamente a crítica de Sintomer (2018), que aponta, contudo, para a correção dessa tendência na chamada *segunda onda* de experimentos de escolha aleatória pelo mundo. Na *segunda onda*, o chamado “*lay citizen*” é empoderado na posição de representante. Não se depende mais da constituição de minipúblicos por voluntários engajados. Trata-se da radicalização completa da lógica de representação, com abertura para a chamada *diversidade epistêmica*:

não necessariamente o corpo de representantes deve responder às proporções estatísticas, mas deve estar aberto às flutuações da divergência real.

Evidentemente, o sorteio não escapa a criticismos diversos. Para Smith (*apud* Rubião, 2018, p. 711), “a desconfiança com relação à seleção aleatória passa por esse receio com relação ao esclarecimento dos sorteados na deliberação e o risco da influência de argumentos irracionais”. Ainda que essa preocupação seja legítima, as experiências empíricas têm demonstrado que os cidadãos são capazes de levar a sério o seu papel e a formar paulatinamente uma opinião mais esclarecida ao longo da experiência.

Outra crítica – esta, a nosso sentir, mais relevante – diz respeito ao *accountability* e à transparência. Os eleitos randomicamente não possuem responsabilidade política, à medida que não se submetem ao crivo das urnas. Pensando na arquitetura brasileira, seria imaginar como os minipúblicos poderiam atender às exigências da esfera controladora (Tribunais de Contas e Ministério Público).

Os minipúblicos constituídos por sorteio podem ser classificados em quatro categorias: consultivos, deliberativos, fomentadores do debate público ou propositivos (Rubião, 2018). Destes, apenas as decisões do minipúblico deliberativo vinculam a autoridade pública que o convocou. Mesmo assim, em todas essas quatro categorias, existirá uma autoridade pública *executora*, que terá responsabilidade política e administrativa – seja num grau maior ou menor, a depender de sua discricionariedade – perante o minipúblico, a sociedade civil e as demais esferas de controle.

Para Unger (2018, p. 242), a Constituição de 1988 já ventila a reivindicação de que se combinem as formas da democracia representativa com as da democracia participativa. Um modelo viável de democracia radical para pequenas comunidades, com base em escolha randômica, não abandona o minipúblico ou a existência de uma autoridade executora eleita pelos métodos tradicionais. Logo, o sorteio deve ser compreendido como uma *infusão* democratizante, e não como um mantra substitutivo de toda a ordem representativa posta.

4. Diagnóstico crítico e proposta de intervenção

Para que se passe à seção propositiva deste trabalho, é preciso sintetizar, antes, as premissas que, em conjunto, conformam o diagnóstico crítico que se pretende atacar, a partir de toda a discussão aqui já exposta.

Em primeiro lugar, enxerga-se o número elevado de municípios no Brasil não como uma disfunção, mas como uma oportunidade de capilarização de uma democracia radical e de alta energia. Entender a multiplicação de estruturas administrativas para pequenas localidades (câmaras municipais, conselhos, secretarias, gabinetes) como mero desperdício é prender-se a uma lógica fetichista que rejeita o potencial intrinsecamente criativo que essas instituições podem ter se os indivíduos por ela governados fossem efetivamente empoderados.

Em segundo lugar, o federalismo brasileiro não deve ser visto como um entrave a inovações institucionais experimentalistas, mas como um sistema que combina, ao mesmo tempo, as vantagens da centralização e da divergência (Unger, 2018). O princípio federativo deve ser interpretado com matizes de flexibilidade (Magalhães Pires, 2017) que reconheçam “o direito do governo local de testar formas alternativas de organização”, com “transferência temporária e condicional de certas competências” (Amato, 2021, p. 43).

Em terceiro lugar, o que deve ser visto como um efetivo risco ao regime democrático no municipalismo é a sua permissividade à captura perpétua do poder político pelas elites locais, de base familiar e/ou econômica. É essa captura que pode favorecer, a longo prazo, a ineficiência da prestação de serviços públicos em âmbito municipal, e não a descentralização do poder político *per se*. Nesse contexto, discorreu-se sobre como o sorteio pode se converter numa oportunidade de destruição criadora, rompendo paradigmas de repartição do poder político e de orientação decisional há muito arraigados em comunidades cuja emancipação política não passa de puro formalismo.

Firmadas essas premissas, passa-se ao *locus* da intervenção: um recorte dentro do próprio conceito de *pequenos municípios* (menos de 5 mil habitantes),

cingindo-se a experiência aqui proposta aos 117 municípios brasileiros com menos de 2 mil habitantes (Munhoz, 2024). Essas entidades políticas, chamadas aqui de *micromunicípios*, estão presentes em apenas 11 dos 26 estados da federação, e concentram apenas 0,1% da população nacional. Logo, ainda que se trate de um espaço amostral relevante em termos absolutos, eventuais disfunções na condução do experimento terão impactos contidos em escala nacional.

A partir desse espaço, propõe-se que:

- (i) **nos 117 micromunicípios, as atuais Câmaras Municipais sejam substituídas por um Conselho Municipal, formado por 28 membros escolhidos por sorteio para um mandato de 2 anos.**

O cidadão sorteado poderá recusar o encargo, independentemente de motivação. O sorteado deverá ser eleitor no município e comprovar residência fixa na comunidade, sob pena de repetição do procedimento. O membro do Conselho Municipal receberá uma ajuda de custo que compense o afastamento de suas atividades laborais habituais para exercer o múnus público. Quando reunidos, os 28 conselheiros exercerão as mesmas atribuições constitucionais da Câmara Municipal, incluindo a aprovação do orçamento e das prestações de contas do Prefeito, que seguirá sendo eleito na sistemática atual.

Para evitar empates no colegiado, o Presidente do Conselho, eleito entre seus membros, não terá direito de voto, mas exercerá todas as demais atribuições regimentais habituais típicas de um Presidente de Casa Legislativa. O Conselho Municipal elaborará o seu Regimento Interno.

O mandato de 2 anos, inferior ao do Prefeito, visa permitir o máximo de divergência epistêmica entre os representantes sorteados. Do mesmo modo, na composição do Conselho, não há a necessidade de aderência proporcional a maiorias estatísticas.

Evidentemente, essas atribuições exigem um conhecimento técnico que falta a muitas Câmaras Municipais até mesmo na conformação atual. Assim, para o sucesso da experiência, é preciso que haja cooperação interfederativa com a disponibilização de profissionais especializados para auxiliar os novos Conselheiros.

A figura do *facilitador* já é, assim, prevista em diversas experiências de minipúblicos ao redor do mundo (Sintomer, 2018). Para viabilizar o experimento, portanto, será preciso encampar a “organização da cooperação federativa”, tanto vertical quanto horizontal (Unger, 2018, p. 94), de modo que os Estados, a União e os municípios maiores subsidiem os micromunicípios com facilitadores capacitados para assessorar os trabalhos dos novos Conselhos Municipais.

- (ii) o Conselho Municipal será subdividido em 4 Câmaras Temáticas, cada uma com 7 membros: educação, saúde, trabalho e assistência social, e infraestrutura.**

Para não sobrecarregar o cidadão sorteado, este passará a maior parte de seu mandato encarregado de uma das áreas de prestação de serviço público. Foram selecionados aqui quatro grupos temáticos, sem prejuízo de eventual flexibilização para se adaptar à realidade local. Assim, o Conselho Municipal só se reunirá em sua composição completa (28 membros) no exercício de atribuições mais rituais e institucionais, como a votação do orçamento e da prestação de contas do Prefeito, bem como para a aprovação de leis que não digam respeito às atribuições temáticas. Na maior parte do mandato, os Conselheiros centrarão suas preocupações nas áreas temáticas para as quais foram aleatoriamente designados, independentemente de prévia história de vida ou experiência.

- (iii) as Câmaras Temáticas escolherão os Secretários Municipais correlatos, que responderão politicamente perante elas.**

Numa infusão parlamentarista, os Secretários Municipais das áreas correlatas às Câmaras Temáticas serão escolhidos por estas, podendo ser destituídos por esses colegiados a qualquer tempo. Além de empoderar o cidadão sorteado, o objetivo aqui é limitar a possibilidade de captura dos cargos públicos por uma elite já fixada naquela base territorial. Os cargos em comissão das Secretarias afetas às Câmaras Temáticas serão providos pelo Secretário escolhido, e não pelo Prefeito.

A vedação ao nepotismo se estenderá a todos os membros do Conselho Municipal, que não poderá ter nenhum parente sanguíneo ou afim até o terceiro grau exercente de cargo público no município, nem mesmo o de Secretário.

O Prefeito perde parte de sua autonomia. A ele, incumbirá a administração das áreas não afetas às Câmaras Temáticas e ao cuidado de temas institucionais ou que digam respeito à relação com outros entes, como a gestão de convênios, administração tributária, concessões e demais contratos públicos. Pretende-se tornar, assim, a Chefia do Executivo menos atrativa para quem deseja utilizá-la apenas como trampolim para negócios privados. Ainda que o Prefeito exerça uma influência persuasiva, a efetiva escolha e condução das políticas públicas de saúde, educação, assistência social e infraestrutura estará a cargo de cidadãos escolhidos por um corpo de eleitores sorteados, podendo ser destituído por esse colegiado a qualquer tempo, bem como ser convocado para prestar esclarecimentos.

Com essa dinâmica, o encarregado pela política pública terá que convencer a Câmara Temática da consistência de seus resultados para que possa manter sua equipe no cargo, inclusive quando alterada a composição do Conselho Municipal. Nessa lógica, permeada por constantes convocações do dirigente à Câmara Temática, pretende-se atacar o problema da acumulação de impasses mencionada por Unger (2018).

Além disso, esse entrelaçamento entre funções executivas, legislativas e de fiscalização vai ao encontro da “hostilidade às hierarquias rígidas e divisões estanques”, que, segundo Unger (2004, p. 26), deve marcar o experimentalismo democrático.

(iv) quebra da uniformidade no grau de divergência

Como bem destaca Unger (2018), uma grave contradição do federalismo brasileiro em sua compreensão atual é asfixiar a diversidade pela imposição de um modelo simétrico. Logo, firmadas as balizas acima delineadas (composição dos Conselhos Municipais por sorteio, vedação à recondução, divisão em Câmaras Temáticas e vinculação da execução de políticas públicas a essas Câmaras), deve-se outorgar aos Conselhos um máximo de capacidade auto organizativa para, no curso da experiência, modificar o seu funcionamento.

Deflagrada a experiência democrática, o Conselho deve ser autônomo para fixar as normas de deposição de um membro, de dissolução precoce, ou

mesmo de duração dos mandatos. Deve-se quebrar, pois, o *princípio da uniformidade no grau de divergência* permitido a esses entes (Unger, 2018, p. 91). Desse modo, permitir-se-á que o experimentalismo adquira o matiz de *reforma radical* em termos ungerianos, isto é, aquela reforma que sempre impõe a atitude prática de indagar: qual o próximo passo? (Unger, 1999, p. 24).

Considerações finais

Com o experimento proposto, os resultados esperados são: i) uma relativa ruptura do controle do poder político por grupos familiares e econômicos nos micromunicípios brasileiros; ii) um aumento no grau de eficiência das políticas públicas de educação, saúde, trabalho, assistência social e infraestrutura, dada a nomeação de encarregados desvinculada de interesses personalistas ou partidários; iii) um “engrandecimento das pessoas comuns”, que contribua para a aceleração do passo da política, não exclua as vias do engajamento popular organizado e eleve, de forma organizada, a temperatura da política (Unger, 2018); iv) um amadurecimento do sentimento democrático e republicano nas pequenas comunidades, que passem a sentir-se cada vez mais *donas de si* e condutoras de seus próprios destinos, numa perene “invenção coletiva do novo” (Unger, 2018, p. 86).

Caso os resultados se mostrem satisfatórios, a experiência dos micromunicípios colocará em xeque os ditames estritos da separação dos Poderes e do federalismo *simétrico* como catalisadores da ordem e da eficiência. Assim, o experimento poderá ser replicado em outras escalas.

Não se pretende, aqui, inferir uma possível substituição da totalidade do regime político pelo “*devaneio malogro de um governo “basista”, de conselhos populares*”, como já adverte Unger (2018, p. 89). Do mesmo modo, também não se almeja apontar no sentido de uma *poliarquia radical*, em que toda a sociedade se orienta no sentido da descentralização do poder, em que “cada etapa na descentralização do poder deve corresponder a um avanço na organização da sociedade civil” (Unger, 2004, p. 183).

Evidentemente, o processo de experimentação aqui descrito não pode prescindir de um certo grau de coordenação nos níveis federativos superiores. Essa supervisão não deve, contudo, sufocar o desenvolvimento próprio e criativo das comunidades em que feita a infusão disruptiva. A autonomia deve servir não como um parâmetro para a manutenção das estruturas herméticas de divisão do poder tal qual conhecemos, mas como espaço seguro para a inovação no âmbito de cada micromunicípio, eis que, “a democracia é, entre outras coisas, um procedimento para criar o novo” (Unger, 2011, p. 70).

Aposta-se que a experiência proposta incrementará a eficiência da alocação de recursos e da prestação de serviços públicos, e, ao mesmo tempo, tornará as coletividades e os indivíduos mais emancipados politicamente. Atende-se, assim, à “primeira esperança de um democrata” segundo o experimentalismo democrático (Unger, 1999, p. 10).

Referências

- AMATO, L.F. Direitos sociais e políticas públicas experimentalistas: federalismo cooperativo, auto-organização e parcerias público-privado-comunitárias. In: FONSECA, G.F; ALVES, J.V.S. **Direitos sociais e interdisciplinaridade**. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Fi, 2021, p. 31-70.
- BAGG, S. Sortition as Anti-Corruption: Popular Oversight against Elite Capture. **American Journal of Political Science**, 18 mar. 2022.
- BRASIL. **Lei Complementar nº 1, de 9 de novembro de 1967**. Estabelece os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia as populações locais para a criação de novos municípios, e dá outras providências. (1967).
- BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição (PEC) - nº 188, de 2019**. Altera arts. 6º, 18, 20, 29-A, 37, 39, 48, 62, 68, 71, 74, 84, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 184, 198, 208, 212, 213 e 239 da Constituição Federal e os arts. 35, 107, 109 e 111 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescenta à Constituição Federal os arts. 135-A, 163-A, 164-A, 167-A, 167-B, 168-A e 245-A; acrescenta ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os

- arts. 91-A, 115, 116 e 117; revoga dispositivos constitucionais e legais e dá outras providências. (2019).
- DOWLEN, O. Sorting Out Sortition: A Perspective on the Random Selection of Political Officers. **Political Studies**, v. 57, n. 2, p. 298–315, jun. 2009.
- LOBO, C., FERREIRA, R. N., & NUNES, M. A. A sustentabilidade fiscal e a oferta de serviços públicos: uma análise dos municípios brasileiros de pequeno porte. urbe. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, v. 14, e20210187, 2022.
- MAGALHÃES PIRES, Thiago. Federalismo, flexibilidade e assimetria no direito brasileiro: agrupamentos municipais, convênios de cooperação e consórcios públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 125-154, mai./ago. 2017.
- MELO, M. A. B. C. Municipalismo, nation building e a modernização do Estado no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 8, n. 23, São Paulo, out. 1993.
- MUNHOZ, F. **Brasil tem 117 municípios com menos de 2.000 habitantes; veja quais são e onde ficam.** Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-tem-117-municipios-com-menos-de-2-000-habitantes-veja-quais-sao-e-onde-ficam/>>.
- Publicado em: 30 ago. 2024. Acesso em: 4 jan. 2025.
- OLIVEIRA, D. T. D. E.; OLIVEIRA, A. G. D. E. (In)sustentabilidade financeira municipal: a frágil metodologia proposta pela PEC do Pacto Federativo. **Revista de administração pública**, v. 57, n. 5, 2023.
- PIRES, V. Municipalismo no brasil: origens, avanços pós-1988 e desafios atuais. **Cadernos Adenauer Brasil**, nº 3, v. 17, 2016.
- PREDIGER, R. P. et al. Os pequenos municípios brasileiros: viabilidade, direitos sociais e desenvolvimento local. **Redes**, v. 27, 3 mai. 2022.
- RUBIÃO, A. O sorteio na política: como os minipúblicos vêm transformando a democracia. **Opinião Pública**, v. 24, n. 3, p. 699–723, dez. 2018.
- SINTOMER, Y. From Deliberative to Radical Democracy? Sortition and Politics in the Twenty-First Century. **Politics & Society**, v. 46, n. 3, p. 337–357, 13 ago. 2018.



- UNGER, R.M. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, mai./ago. 2011.
- UNGER, R.M. **Democracia realizada: a alternativa progressista**. 1ª ed. Tradução de Carlos Graieb, Márcio Grandchamp, Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.
- UNGER, R.M. **Depois do colonialismo mental: repensar e reorganizar o Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.
- UNGER, R.M. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 2004.
- UNGER, R.M. **The world and us**. Londres: Verso, 2024.

12. Os impactos do federalismo brasileiro no ecossistema de inovação aberta no setor público: propostas para o fortalecimento de políticas públicas nas esferas subnacionais

*Rebeca Spuch*¹¹⁹

Introdução

O tema da inovação no setor público começou a ganhar certa popularidade na década de 1980 (Sano, 2020, p. 13), entretanto, nos últimos anos vem ganhando ainda mais corpo e relevância em todos os debates sobre o papel do Estado na economia e sobre o futuro da gestão pública, inclusive através de diversas leis recentes que deram uma roupagem jurídica e institucional para o tema.

Historicamente, o setor público era genericamente acusado de ser avesso à inovação, por ser excessivamente burocrático e conservador, em oposição à iniciativa privada, flexível e aberta a riscos, entretanto, análises e estudos recentes demonstram que, na realidade, o Estado sempre foi um agente essencial no ecossistema da inovação, capaz de tomar riscos que o investidor privado não poderia e de criar ecossistemas de diversos atores para, utilizando-se do melhor que a iniciativa privada tem a oferecer, gerar valor público no médio e longo prazo (Mazzucato, 2024, p. 27).

No contexto do federalismo brasileiro, o tema da inovação no setor público ganha contornos complexos diante das dificuldades impostas por um sistema marcado por tensões e desequilíbrios entre os entes federativos.

¹¹⁹ Mestranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada.

Aqui está o problema a ser enfrentado no presente estudo: os impactos que o federalismo brasileiro tem nas políticas públicas de inovação no setor públicas, notadamente as relativas à inovação aberta.

A pesquisa desenvolvida adotou como metodologia a análise teórica e prescritiva, com a leitura e análise crítica da literatura especializada e da legislação pertinente para o tema. Feitos esses registros, pode-se entrar no tema em debate.

1. Breves notas sobre o federalismo brasileiro

A história do federalismo brasileiro é marcada por movimentos pendulares de descentralização e recentralização do poder, de aumento e restrição da autonomia dos entes subnacionais em relação à União (Mendes; Paiva, 2017, p. 53/54).

Esses movimentos contraditórios estão presentes desde a origem da Federação brasileira, evidentes já na Constituição de 1891, que formalizou o pacto federativo. Isso porque o projeto de constituição elaborado por Rui Barbosa e Prudente de Moraes, fortemente inspirados pelas Constituições dos Estados Unidos da América, da Argentina e da Suíça, foi substancialmente alterado após pressões de oligarquias latifundiárias regionais, materializando-se um modelo de autonomia desigual e distorcida entre os entes subnacionais, com preponderância dos estados de maior poderio econômico, como São Paulo e Minas Gerais, em detrimento dos princípios liberais democráticos do modelo federativo originalmente idealizado (Mendes; Paiva, 2017, p. 55/56).

As constituições seguintes apenas deram continuidade às incongruências na história do federalismo brasileiro. A Constituição de 1934, inserida no contexto do Estado Social do pós-Primeira Guerra Mundial, redefiniu o sistema tributário, concentrando a maior parte da arrecadação nas mãos da União, mas inseriu alguns mecanismos de integração, articulação e colaboração entre as esferas estatais; já a Carta de 1937, oriunda do golpe de Estado que instaurou o Estado Novo, manteve um federalismo meramente formal, com concentração do poder quase absoluta na União; a Constituição de 1946, que marcou o fim do

Estado Novo e a consolidação de um projeto liberal-democrático, prestigiou a descentralização, devolvendo a autonomia política dos estados e municípios; no sentido contrário, a Constituição de 1967, que buscou institucionalizar o regime militar após o golpe de 1964, voltou a instituir um federalismo apenas nominal, com uma concentração extrema do poder na esfera da União (Mendes; Paiva, 2017, p. 56/58).

A Constituição de 1988, fruto do processo de redemocratização após o fim do regime militar em 1985, por fim, instituiu o modelo federativo atual, delimitado principalmente em seu artigo 1º, o qual estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, e em seus artigos 18 ao 33, que tratam da organização do Estado. A autonomia dos entes subnacionais, que lhes atribuiu capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, de forma não subordinada à União, é uma das principais marcas desse modelo federativo (Canotilho, 2018, p. 112 e 768).

A despeito dos avanços nos desenhos da Federação na Constituição de 1988, na prática, o federalismo brasileiro apresenta disfunções e anacronismos institucionais, mantendo uma estrutura que impõe dependência, especialmente financeira, dos estados e municípios em relação à União (Mendes; Paiva, 2017, p. 65).

Nesse contexto, Affonso (2000, p. 139/144) identifica quatro aspectos centrais do que chama de crise da Federação: (i) um conflito vertical, de disputa entre a União e os governos subnacionais, no que se refere às competências para o gasto público e receitas; (ii) um conflito horizontal, de disputa entre estados e entre municípios, evidenciado principalmente pela guerra fiscal e pela multiplicação descontrolada de municípios, muitos dos quais sem base econômica ou fiscal própria; (iii) a dificuldade na redivisão de competências, causada principalmente pela enorme heterogeneidade socioeconômica regional e pelo fato de que os sistemas político e eleitoral são condicionados à intermediação de recursos federais para o nível estadual e municipal; e (iv) a crise fiscal dos estados e municípios, que resultou na assunção das dívidas pelo

governo federal e consequente aumento da capacidade da União de intervir nas finanças subnacionais.

Com essas breves notas, que de forma alguma pretenderam esgotar o tema do federalismo brasileiro e suas crises e incongruências, buscou-se tão somente delinear o cenário atual de forte tensão e desequilíbrio entre os entes federativos que será o pano de fundo para este artigo.

2. Breves notas sobre a inovação aberta no setor público

O conceito de políticas públicas aqui adotado é aquele conceituado por Bucci (2021, p. 48), que as definiu como programas de ação governamental, em cuja formação há um elemento processual estruturante, isto é, são resultantes de um processo, ou conjunto de processos, juridicamente regulados. Nesse contexto, tão importante quanto a política pública em si, é o processo que a antecede, desde seu surgimento na agenda política, até sua efetiva implementação.

Já a inovação aberta foi originalmente definida por Chesbrough (2003, p. 24) como *“um paradigma que supõe que as empresas podem e deveriam utilizar ideias externas, assim como ideias internas, e caminhos internos e externos para o mercado, à medida que as empresas buscam avançar suas tecnologias”*. A partir desse conceito, que reconhece que as organizações podem inovar de forma não isolada, Gassmann e Enkel (2004, p. 12) propõem um modelo de inovação aberta que combina dois processos, um de fora para dentro, para adquirir conhecimento externo, e um de dentro para fora, para levar ideias e soluções internas para o mercado.

A despeito de a noção de inovação aberta ter sido originalmente concebida para o setor privado, no âmbito da inovação nas empresas, fato é que o conceito já tem sido largamente empregado no âmbito do setor público. O enfoque em processos de inovação no setor público tem ganhado força especialmente nos últimos anos, diante de uma gradual superação da noção tradicional de que a estrutura governamental seria incompatível com a inovação. Pelo contrário, vem-se reconhecendo não apenas a viabilidade de o setor público atuar no processo coletivo de inovação, mas sua essencialidade, considerando

que o Estado tem acesso a mais recursos do que qualquer investidor privado e, contrariamente ao senso comum, muitas vezes é até mais propenso a realizar investimentos de risco e de longo prazo do que a iniciativa privada, o que é imprescindível para a inovação (Mazzucato, 2024, p.199/200)

Trazendo essas noções para o setor público, a inovação aberta no setor público pode ser compreendida como atos de governo, que buscam alavancar recursos e conhecimento advindos de organizações governamentais parceiras, cidadãos e setor privado, para resolver problemas públicos, aumentar a capacidade de inovação dos serviços públicos e contribuir para a criação de valor público (Mu; Wang, 2022, p. 489).

A partir desses conceitos, passaremos a identificar os principais institutos legais de inovação aberta no setor público.

3. Principais institutos legais de inovação aberta no setor público

O primeiro marco legal que merece destaque é a Lei nº 10.973/2004, a chamada Lei da Inovação, que dispôs sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Dentre as medidas implementadas pela referida lei, são de especial relevância para o presente estudo: (i) a autorização para que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas agências de fomento ofereçam apoio e estímulo à constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas, Instituições Científicas e Tecnológicas (“ICTs”) e entidades privadas sem fins lucrativos voltados para atividades de pesquisa e desenvolvimento (artigo 3º); (ii) a autorização para que a União e os demais entes federativos a participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores (artigo 5º); e (iii) a previsão de que a União, as ICTs e as agências de fomento promoverão e incentivarão o desenvolvimento de produtos e processos inovadores em empresas nacionais e nas entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, mediante a concessão

de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura destinados a apoiar atividades de pesquisa e desenvolvimento, para atender às prioridades da política industrial e tecnológica nacional (artigo 19).

A Lei nº 13.243/2016, que alterou a Lei nº 10.973/2004, introduziu um importante instituto, a Encomenda Tecnológica, que é uma espécie de contratação pública de ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando, em matéria de interesse público, à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador (artigos 19, §2º-A, inciso V, e 20). Além disso, incluiu os Estados, o Distrito Federal e os Municípios no artigo 19, que trata do fomento e incentivo por meio da concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura.

Outro diploma legal que pode ser inserido no contexto da inovação aberta no setor público é o Decreto nº 10.534/2020, que instituiu a Política Nacional de Inovação, no âmbito da administração pública federal, com a finalidade de orientar, coordenar e articular as estratégias, os programas e as ações de fomento à inovação no setor produtivo, para estimular o aumento da produtividade e da competitividade das empresas e demais instituições que gerem inovação no País, e estabelecer mecanismos de cooperação entre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para promover o alinhamento das iniciativas e das políticas federais de fomento à inovação com as iniciativas e as políticas formuladas e implementadas pelos outros entes federativos (artigo 1º). Ainda, criou a Câmara de Inovação, órgão de governança do sistema, de natureza deliberativa, destinado a estruturar e a orientar a operacionalização dos instrumentos e dos processos necessários para a implementação da Política Nacional de Inovação (artigo 9º).

A Lei nº 14.129/2021, a chamada Lei do Governo Digital, por sua vez, introduziu os chamados laboratórios de inovação, que podem ser instituídos pelos entes públicos, e que se configuram como espaços abertos à participação e

à colaboração da sociedade para o desenvolvimento e a experimentação de conceitos, de ferramentas e de métodos inovadores para a gestão pública, a prestação de serviços públicos, o tratamento de dados produzidos pelo poder público e a participação do cidadão no controle da administração pública (artigo 44).

Ainda, a Lei nº 14.133/2021, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, além de estabelecer o incentivo à inovação como um dos objetivos do processo licitatório (artigo 11, inciso IV), criou a figura do diálogo competitivo, modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, sendo uma das hipóteses que autoriza o uso dessa modalidade, a contratação de objeto que envolva inovação tecnológica ou técnica (artigo 32, inciso I, alínea “a”).

Por fim, a Lei Complementar nº 182/2021, que instituiu o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador, também instituiu uma modalidade especial de licitação, para a contratação de pessoas físicas ou jurídicas para o teste de soluções inovadoras por elas desenvolvidas ou a ser desenvolvidas, com ou sem risco tecnológico (artigo 13). Ao final dessa modalidade, poderá ser celebrado Contrato Público para Solução Inovadora (“CPSI”) com as proponentes selecionadas, por um período de 12 (doze) meses, prorrogáveis por igual período, no valor máximo de R\$ 1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil reais) por contrato (artigo 14). Finalizada a vigência do CPSI, a administração pública poderá celebrar com a mesma contratada, sem nova licitação, contrato para o fornecimento do produto, do processo ou da solução resultante do CPSI ou, se for o caso, para integração da solução à infraestrutura tecnológica ou ao processo de trabalho da administração pública (artigo 15).

Em suma, é possível identificar 03 (três) categorias de institutos legais para a inovação aberta no setor público: (i) os de caráter financeiro, como a participação minoritária dos entes federativos no capital social de empresas do setor e a promoção e incentivo ao desenvolvimento de produtos e processos

inovadores em empresas nacionais e nas entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura; (ii) os de caráter institucional, que envolvem a criação de organizações voltadas à coordenação e cooperação entre entes federados e entre entes federados com a iniciativa privada, a exemplo da Câmara de Inovação e dos laboratórios de inovação; e (iii) os de caráter contratual, a saber a Encomenda Tecnológica, o diálogo competitivo e o CPSI.

Com isso, o que se evidencia é que há uma diversidade de institutos aptos a instrumentalizar políticas públicas de inovação no setor público, inclusive no âmbito subnacional. Contudo, diante do cenário de forte tensão e desequilíbrio entre os entes federativos apresentado no item 1 deste trabalho, é necessário avaliar como esse contexto está impactando a implementação efetiva dessas políticas públicas a nível subnacional.

4. Os impactos do federalismo brasileiro nas políticas públicas subnacionais de inovação aberta no setor público

Dados recentes sobre diferentes institutos de inovação aberta no setor público demonstram como as disfunções e anacronismos institucionais do federalismo brasileiro afetam diretamente as políticas públicas subnacionais nesse setor.

Primeiramente, há de se destacar a discrepância em relação ao acesso a recursos financeiros entre a União e os demais entes federados para o financiamento da pesquisa e desenvolvimento de soluções tecnológicas e inovadoras. A título de exemplo, possível mencionar a Financiadora de Estudos e Projetos (“Finep”), uma empresa pública brasileira de fomento à ciência, tecnologia e inovação em empresas, universidades, institutos tecnológicos e outras instituições públicas ou privadas, vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação que, apenas em 2024, teve um orçamento de R\$ 12,7 bilhões aprovado, proveniente de recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (“FNDCT”). Números dessa

magnitude deixam evidente como dificilmente entes subnacionais conseguiriam investir em níveis ainda que proporcionalmente equivalentes, gerando um cenário de dependência financeira dos entes subnacionais, que passam a precisar conformar suas políticas e programas de inovação aos parâmetros federais, para que tenham acesso a esses recursos.

Os impactos dos desequilíbrios federativos podem ser verificados, por exemplo, no mapeamento dos laboratórios de inovação no Brasil feito por Sano (2020, p. 21), que identificou, à época, 43 laboratórios de inovação no setor público, dos quais 67% (29) eram da esfera federal, 26% da esfera estadual e apenas 7% da esfera municipal. Cenário muito similar pode ser verificado no levantamento realizado pelo Observatório do CPSI¹²⁰, iniciativa da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, que mapeou 84 editais, dos quais resultaram 106 CPIs formalizados, dos quais 57,1% dos contratantes eram da esfera federal, 14,3% da esfera estadual e 28,6% da esfera municipal.

A preponderância da esfera federal no setor é, portanto, gritante, indicando a necessidade de se repensar o arranjo institucional para viabilizar uma maior participação, autonomia e protagonismo dos entes subnacionais na elaboração e implementação de suas próprias políticas públicas de inovação aberta no setor público.

5. Democracia de alta energia e federalismo cooperativo: a teoria de Roberto Mangabeira Unger para o fortalecimento de entes subnacionais

A ideia central do projeto de país apresentada por Unger (2018a, p. 52/53) é formulada em três grandes eixos: (i) a construção de um modelo de desenvolvimento econômico baseado na qualificação da produção e da oferta; (ii) uma educação que qualifique; e (iii) a construção de uma democracia de alta energia. Para os objetivos deste trabalho, focaremos apenas no terceiro eixo.

O desenho institucional da democracia de alta energia é composto por quatro princípios. O primeiro deles é o da expressão política, o qual exige uma

¹²⁰ Disponível em: <https://www.toolkitcti.org/observatorio>. Acesso em 15/01/2025.

organização política democrática que, além de refletir as diferentes visões e os interesses conflitantes da sociedade, ofereça meios de aprofundar ainda mais as divergências. O segundo princípio é o da resolução rápida e decisiva dos impasses, para evitar que o aprofundamento das divergências impostas pelo primeiro princípio gere paralisia. O terceiro princípio é o da devolução, que decorre de uma somatória dos dois primeiros princípios: com o aprofundamento das divergências, seguido de uma resolução rápida e decisiva dos impasses, se cria uma iniciativa central forte, entretanto, é necessário que parte do país ou da economia possa se descolar do caminho definido por essa iniciativa central forte. Por fim, o quarto princípio é o do engajamento, que exige um alto grau de participação popular organizada na vida política (Unger, 2018b, p. 144/154).

O terceiro princípio é de especial relevância no que se refere ao fortalecimento de governos regionais e municipais, tendo em vista que para o autor, o contexto mais apropriado para sua aplicação é a organização das relações entre governo central e local. Isso porque, aplicando-se o princípio da devolução em um sistema federativo, desde que atendidas certas condições, um governo regional ou municipal poderia se afastar da legislação federal e das políticas nacionais para desenvolver um contramodelo, organizando parte de sua vida social e econômica de forma desviante. Com isso, é favorecida inovação pela combinação de diversos arranjos constitucionais e partes da legislação federal que lhes dão forma.

Outro aspecto de extrema relevância na teoria de Unger (2018a, p. 75 e 77) é o reconhecimento de qualquer projeto nacional de desenvolvimento necessariamente precisa levar em consideração as realidades regionais do Brasil. Como consequência, o autor destaca a importância dos governadores e prefeitos participarem de forma decisiva na formulação de políticas públicas e regionais e que não dependam de recursos ou instituições federais para seu financiamento e implementação e que tenham acesso, para tanto, a fundos regionais ou constitucionais e a instituições coordenadoras sob controle regional.

Para tanto, aponta que é necessário percorrer duas etapas: (i) o fortalecimento da cooperação federativa, tanto vertical, entre os diferentes níveis

da federação, quanto horizontal, entre unidades do mesmo nível da federação; e (ii) o aprofundamento do princípio da devolução, isto é, do grau de divergência admitido entre os entes subnacionais e o poder central (Unger, 2018a, p. 91).

A partir da teoria de Unger, que oferece substrato teórico para reformas institucionais de fortalecimento da autonomia dos entes subnacionais e de arranjos federativos cooperativos, é possível pensar em algumas propostas para a superação do cenário apresentado no item 4 deste trabalho.

6. Propostas para o fortalecimento das políticas públicas subnacionais de inovação aberta no setor público

Em um sistema de federalismo cooperativo, um dos principais pressupostos é a descentralização das políticas públicas, conferindo maior autonomia e protagonismo aos entes subnacionais. Ocorre que, em um país marcado por uma profunda desigualdade socioeconômica entre as regiões do país, a descentralização pura e simplesmente poderia intensificar essas desigualdades.

Uma resposta a esse problema é apresentada por Amato (2021, p. 44), para quem a descentralização administrativa e política deve ser acompanhada do estabelecimento de padrões de qualidade e investimentos nacionais e, apenas dentro do espaço conferido por esses parâmetros mínimos e universais de controle, que poderia haver a diferenciação regional das demandas e o aperfeiçoamento das capacidades gerenciais e técnicas a nível local.

Nesse mesmo sentido, Pires (2017, p. 135) argumenta que meios de cooperação como a celebração de convênios entre os entes para uniformização de normas e coordenação de esforços e a formação de organismos intrafederativos, por acordo entre os entes interessados, voltados à regulação e/ou à execução de tarefas compartilhadas, possibilitam uniformização dos resultados, sem que haja comprometimento da autonomia local dos entes subnacionais.

É nesse contexto que a Lei nº 13.019/2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de

finalidades de interesse público e recíproco, ganha especial relevação no ecossistema da inovação pública.

O regime jurídico instituído por essa lei tem seu fundamento na noção de gestão pública democrática, sendo destinado a assegurar, dentre outros, a promoção do desenvolvimento local, regional e nacional, inclusivo e sustentável (artigo 5º), além de ter como uma de suas diretrizes, o fortalecimento das ações de cooperação institucional entre os entes federados nas relações com as organizações da sociedade civil (artigo 6º). A lei, ainda, estabelece mecanismos de governança, transparência e controle dessas parcerias.

Assim, as parcerias com organizações da sociedade civil, no âmbito no ecossistema da inovação pública, poderiam auxiliar em uma atuação e esforços mais coordenados pelos entes subnacionais, além da criação de um sistema de seleção competitiva, financiamento público, acompanhamento por metas e responsabilização dos dirigentes pelos recursos recebidos e serviços prestados (Amato, 2021, p. 56).

Além dessa possibilidade de celebração de parcerias com organizações da sociedade civil, os entes subnacionais e suas organizações poderiam se organizar, seja por critérios regionais (se municípios adjacentes, por exemplo), seja por critérios setoriais (organizações da área da saúde, por exemplo), em alianças, redes de apoio e cooperação, por meio de acordos de cooperação técnica ou quaisquer outras formas de cooperação horizontal disponíveis no ordenamento jurídico. Com isso, seriam criadas redes de cooperação para trocas de experiências, capacitação conjunta dos servidores e até mesmo financiamento conjunto de iniciativas que possam beneficiar mais de um ente ou organização.

Já há exemplos dessas redes no Brasil, mas elas ainda não representam uma estratégia ou diretriz clara para os integrantes do ecossistema de inovação no setor pública. Possível citar como exemplo a Rede Paulista de Laboratórios de Inovação¹²¹, que tem como objetivo a integração de laboratórios e unidades de inovação no Estado de São Paulo; há diversas notícias e menções em sites oficiais

¹²¹ Disponível em: <https://inovagov.enap.gov.br/quemsomos/rede-inovacao/10>. Acesso em 15/01/2025.

de alguns de seus integrantes, entretanto, não há definição clara dos objetivos e meios de atuação da rede, além de a adesão de membros ser ainda bastante tímida.

Independentemente da forma assumida por essa cooperação entre entes subnacionais e outros entes ou entidades da sociedade civil, o que importa é que tenham como resultado um benefício conjunto que ultrapasse as fronteiras federativas, gerado pela atuação conjunta, conjugando esforços, recursos e expertise e, com isso, viabilizando uma exploração de economia de escala independentemente das desigualdades socioeconômicas entre os entes (Pires, 2017, p. 148).

De modo geral, o que se propõe aqui é que, para correção ou ao menos mitigação dos antagonismos gerados pelo federalismo brasileiro, os entes subnacionais busquem formas de cooperação e associação com outros entes subnacionais e com organizações da sociedade civil para fortalecerem sua capacidade institucional para que, inseridos nesse sistema, passem a contar com condições mais equilibradas, tanto do ponto de vista técnico quanto financeiro, para se utilizarem dos institutos de inovação aberta disponíveis.

Com isso, haveria uma espécie de dualidade de processos de inovação aberta, de abertura institucional ao influxo de ideias e soluções externas: o primeiro processo se daria com a formação de parcerias, acordos ou qualquer outro instrumento de cooperação horizontal, com outros entes subnacionais ou com entidades da sociedade civil visando seu fortalecimento e o aumento de suas capacidades institucionais e, um segundo processo, viabilizado pelo primeiro, nos quais os entes subnacionais, já em regime de cooperação, teriam condições institucionais de se valer dos institutos de inovação aberta propriamente ditos em condições de maior equilíbrio e com maior autonomia em relação ao poder central.

Conclusão

O federalismo brasileiro, essencialmente marcado por movimentos paradoxais de concentração e desconcentração do poder, gera um cenário de

tensões e desequilíbrio entre os entes subnacionais e a União. No âmbito da inovação aberta no setor público, os impactos dessa assimetria ficam muito evidentes quando comparados os índices de aplicação de importantes institutos como a criação de laboratórios de inovação e a celebração de CPSIs.

Diante desse cenário, a teoria de Unger apresenta um importante substrato teórico para a superação desse antagonismo entre o poder central e os entes subnacionais. Conceitos como a democracia de alta energia e o federalismo cooperativo podem oferecer importantes caminhos rumo a um projeto de desenvolvimento que envolva o fortalecimento dos entes subnacionais e, conseqüentemente, viabilize a concepção e implementação de políticas públicas locais de forma autônoma.

A celebração de parcerias com organizações da sociedade civil, assim como a formação de redes de apoio e cooperação com outros entes subnacionais, visando seu fortalecimento e o aumento de suas capacidades institucionais, despontam como importantes instrumentos para concretizar os ideais de uma democracia de alta energia e um federalismo cooperativo no âmbito do ecossistema de inovação aberta no setor público.

Referências

- AFFONSO, Rui de Britto Álvares. **Descentralização e reforma do Estado: a Federação brasileira na encruzilhada**. Economia e Sociedade. Revista do Instituto de Economia da Unicamp. Campinas, vol. 14, 2000.
- AMATO, Lucas Fucci. Direitos sociais e políticas públicas experimentalistas: federalismo cooperativo, auto-organização e parcerias público-privadas-comunitárias. In: FONSECA, Gabriel Ferreira da; ALVES, João Vitor da Souza (org.). **Direitos sociais e interdisciplinaridade: reflexões sobre saúde, moradia, educação e trabalho no Brasil**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.



- CANOTILHO, José Joaquim Gomes [et al] (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CHESBROUGH, Henry William. **Open Innovation: the New Imperative for Creating and Profiting from Technology**. Boston, MA: Harvard Business School Press, 2003.
- GASSMANN, Oliver; ENKEL, Ellen. **Towards a theory of open innovation: free core process archetypes**, Proceedings of the R&D Management Conference (RADMA), Lisboa, Portugal, July 6–9, 2004.
- MAZZUCATO, Mariana. **The entrepreneurial State: debunking public vs. private sector myths**. New York: Penguin Books, 2024.
- MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo (org.). **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MU, Rui; WANG, Huanming. **A systematic literature review of open innovation in the public sector: comparing barriers and governance strategies of digital and non-digital open innovation**. Public Management Review, Vol. 24, nº 4, p. 489–511, 2022.
- PIRES, Thiago Magalhães. **Federalismo, flexibilidade e assimetria no direito brasileiro: agrupamentos municipais, convênios de cooperação e consórcios públicos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 125-154, maio/ago. 2017.
- RAUEN, André Tortato (org.). **Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais**. Brasília: IPEA, 2022.
- SANO, Hironobu. **Laboratórios de inovação no setor público: mapeamento e diagnóstico de experiências nacionais**. Brasília: Enap, 2020.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental: repensar e reorganizar o Brasil**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018a.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **A Economia do conhecimento**. Tradução de Leonardo Castro. São Paulo: Autonomia Literária, 2018b.

13. Imaginação institucional e crise democrática digital: reflexões sobre a agência reguladora de desinformação na internet

*Amanda Simões da Silva Batista*¹²²

Introdução

Em *Depois do Colonialismo Mental*, Unger (2018) traça um projeto para a vitalidade brasileira, com foco em três eixos: 1) no modelo de desenvolvimento econômico, 2) na educação capacitadora, e 3) na construção de uma democracia de alta energia. Neste último, aduz que o acesso gratuito aos meios de comunicação de massa pelos partidos políticos permitiria um acaloramento da democracia, por incentivar uma maior participação popular.

De fato, em teoria, tal acesso teria potencial para engajar a sociedade em prol do interesse público, por facilitar o debate sobre pautas relevantes, com diversos pontos de vista distintos. Com o advento das redes sociais em plataformas gratuitas, elas se tornaram o principal palco do debate político, seja antes ou durante o período eleitoral, permitindo uma discussão mais dinâmica e quase instantânea, com menor distanciamento entre a população e os políticos. Tem-se, hoje, uma maior sensação de discussão e vigilância de questões públicas, bem diferente do que ocorria com os meios de comunicação tradicionais (como o rádio e a televisão).

Entretanto, esse novo meio de comunicação de massa transformou-se no ambiente ideal para a disseminação de desinformação, em virtude, principalmente, da facilidade em se criar contas falsas, da possibilidade de criação de conteúdos por qualquer pessoa sem critérios editoriais e dos algoritmos de recomendação que facilitam a formação de câmaras de eco. Diversos políticos, partidos políticos e correligionários propagam falsidades

¹²² Mestre e graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

deliberadas nas redes sociais, como forma de agregação e para desestruturar as bases democráticas. A crise democrática que vem se formando por esse novo modo de se comunicar necessita de um olhar atencioso para a sua contenção, sem ferir princípios constitucionais, a exemplo da liberdade de expressão e de informação.

Assim, tendo como referencial teórico as obras de Roberto Mangabeira Unger, o presente artigo busca analisar como a construção de uma democracia de alta energia encontra entraves no mundo digital e como devemos imaginar as nossas instituições para lidar com o fenômeno da desinformação.

Para atingir o objetivo pretendido, o primeiro tópico busca analisar o conceito de democracia de baixa e alta energia; bem como explora o projeto de Unger para o Brasil, com enfoque no acesso gratuito dos partidos políticos aos meios de comunicação de massa. Além disso, faz-se um contraponto entre o uso dos meios tradicionais e digitais por políticos e sua influência no processo de tomada de decisões públicas pelos cidadãos.

Já o segundo tópico tem o objetivo de contextualizar a crise democrática mundial, que tem como uma de suas causas a desinformação, com a possibilidade de ascensão de regimes autoritários. Alerta, também, como os políticos são os principais difusores de mentiras deliberadas online, e como as novas ferramentas tecnológicas podem ser utilizadas para enganar usuários das redes sociais e manipular eleições.

Por fim, o terceiro tópico tem por escopo refletir acerca de uma reforma institucional que auxilie no combate à desinformação, como a autorregulação regulada e a agência reguladora, a partir das ideias de Unger a respeito da imaginação institucional e do experimentalismo democrático.

1. Democracia de alta energia em Unger: participação popular na política e acesso aos meios de comunicação em massa por políticos

Para Unger (2018, p. 85-91), atualmente, todas as democracias são fracas (de baixa energia), dependendo de crises para que mudanças aconteçam e dificultando a submissão da estrutura da sociedade às construções coletivas. Para

se tornarem democracias fortes (de alta energia), precisam inovar em três frentes: a) acelerar o passo da política, com a criação de mecanismos que superem impasses; b) elevar o nível de engajamento popular organizado na vida pública; e c) ter um poder central forte, com possibilidade de divergência experimentalista das unidades federadas.

Quanto à segunda frente, objeto deste artigo, a participação ativa dos cidadãos não deve se restringir apenas ao voto depositado na urna, como se ali houvesse o próprio esvaziamento do seu papel. Deve, na verdade, envolver-se diretamente nas decisões políticas, debatendo e construindo as reformas necessárias. E, para que deixe um legado, precisa também ser institucionalizada.

A mobilização política não é algo totalmente natural da sociedade, mas tem um caráter construído, por meio de regras e práticas, como aquelas que regulam o regime eleitoral, o uso do dinheiro na política e o acesso aos meios de comunicação de massa. Dessa maneira, não existe uma relação inversa entre instituições e mobilização, podendo a política ser institucional e mobilizadora, simultaneamente (UNGER, 1999, p. 59). Para que a alta energia sobreviva aos surtos de entusiasmo coletivo e exerça um efeito duradouro, deve encontrar sustentação em instituições propícias à ascensão do engajamento político popular e deixar seu trabalho inscrito na ordem institucional e criativa da sociedade (UNGER, 1999, p. 209).

Na projeto de Unger para o Brasil, uma das formas de acalorar a democracia pelo aumento do nível de engajamento popular seria a partir do acesso gratuito aos meios de comunicação em massa pelos partidos políticos e pelos movimentos sociais organizados; além da expansão de suas formas de propriedade¹²³, por cooperativas de jornalistas e de ativistas sociais (UNGER, 2018, p. 89 e 94). O tempo de visibilidade deveria ser disponibilizado pelas empresas de televisão, considerando a posição atual de cada um desses partidos ou movimentos nas instituições representativas (UNGER, 2024, p. 542).

¹²³ Sobre a expansão de formas de propriedade, Robert Dahl (2001, p. 111) explica que os cidadãos devem ter acesso a fontes de informação que não estejam sob o controle do governo ou que sejam dominadas por qualquer grupo ou ponto de vista, para que haja uma participação popular efetiva.

Tal ideia se relaciona bastante com o modelo de pluralismo de grupos. Vesting (2021, p. 221-223) explica que, nesse modelo, a opinião pública era formada por temas e contribuições de grupos e organizações formais da sociedade, como os partidos políticos e as associações sociais. As opiniões pré-estruturadas por esses atores são abordadas pelos meios de comunicação em massa, pressupondo que todos os grupos sociais relevantes possam se expressar e serem ouvidos na esfera pública. Conforme Amato (2024a, p. 72-73), no modelo de competição partidária pluralista, os cidadãos votariam pela identificação ideológica com os valores e os programas dos partidos políticos, debatidos na arena da opinião pública, em conexão com os meios de comunicação em massa, apesar de existirem distorções que afetam esse modelo, como o clientelismo e o populismo.

Desse modo, o acesso gratuito dos meios de comunicação em massa pelos partidos políticos permitiria, por exemplo, que os cidadãos tomassem decisões mais informadas ao avaliarem pontos de vista diversos, bem como estivessem mais capacitados para participar do processo democrático ao conhecerem as ações e as propostas dos grupos políticos. A identificação ideológica seria mais consciente, à medida que houvesse um acesso equitativo dos diversos partidos, impedindo o monopólio da informação àqueles com maior representação política e também com maiores poderes financeiros. Consoante Sérgio Amadeu da Silveira (2019), no Brasil, as legislações eleitorais buscam limitar o poder econômico para garantir justas condições na disputa eleitoral, a partir da proibição de campanha paga na televisão e no rádio e da garantia de um horário eleitoral gratuito aos partidos políticos, embora ainda existam desequilíbrios na disputa, em virtude de o tempo de exibição não ser igualitário.

Todavia, esse processo ideal encontra óbices com o novo protagonismo das redes digitais¹²⁴, que favoreceu a substituição da identificação ideológica pela abordagem personalizada. Aqui, os dados pessoais fornecidos pelos usuários às plataformas digitais permitem que os políticos tracem o perfil

¹²⁴ Hoje, as redes sociais são um dos principais meios de informação, superando a televisão.

dos grupos e, conseqüentemente, construam os discursos e os gestos dos personagens-candidatos. Isso desestabiliza a própria representação política, por assumir ares de mandato imperativo, existindo uma conexão contínua com os eleitores e as demandas ressoadas nas redes (AMATO, 2024a, p. 73-74).

Passou-se, então, para uma esfera pública fragmentada nas diversas redes sociais, onde os grupos sociais tradicionais e as organizações perderam significado, sendo substituídos pelo processo de construção de comunidades, o que culminou na crise de diversos partidos políticos populares. Há uma ascensão de particularismos, com a criação de fóruns de pessoas que pensam da mesma forma, reforçada por algoritmos (VESTING, 2021, p. 223-225).

Amato, assim, sintetiza:

O debate público pelos meios de comunicação de massa perde impacto diante do conteúdo autoproduzido por candidatos e suas redes digitais oficiais ou oficiosas, sem maiores controles de ética jornalística. A descrença geral na mídia e na política convive com uma crença em narrativas conspiratórias e soluções mágicas e instantâneas promovidas por pretensos *outsiders* do sistema político, que monetizam suas campanhas e mandatos. O próprio mandato representativo aproxima-se do imperativo, quando conveniente, por parlamentares que promovem um *reality show* do exercício de seu cargo e de suas votações (AMATO, 2024b, p. 25-26).

Nesse contexto, a proposta de Unger de aumentar o engajamento popular pelo acesso gratuito dos partidos políticos aos meios de comunicação em massa mostrou-se precária, mediante o desenvolvimento do mundo digital, possuindo novas consequências a serem analisadas.

Mesmo que a proposta fosse realizada através da televisão ou do rádio, tais meios também não conseguiriam evitar ecos ou dissonâncias informativas, mas, pelo menos, possuem a característica de ter menor potencial de alastramento de conteúdo e maior controle editorial. Nesse sentido, Saba *et al.* (2021, p. 41-42) informam que a diferença das redes sociais digitais em comparação aos meios de comunicação de massa tradicionais consiste na escassez dos controles de seleção e certificação da informação, uma vez que há

massificação da produção (todos são potenciais autores de informação); e na disseminação descentralizada em massa (compartilhamento de conhecidos a estranhos).

Apesar de a visibilidade não ser igualitária, em virtude da formação de bolhas digitais, da ferramenta de impulsionamento de conteúdo e dos próprios algoritmos, não se pode negar a enorme facilidade desse meio na exposição de pautas políticas, com envolvimento popular; e, conforme destacado por Rais, Fernandes Neto e Cidrão (2020, p.220), para alavancar projetos políticos online, com o objetivo de influenciar o destino das eleições ou até o próprio “sucesso” do mandato eleitoral.

Os partidos políticos e os políticos individualmente passaram a usar a internet com frequência, seja através de plataformas de redes sociais ou de serviços de mensageria privada, como forma de agregação de seus correligionários ou para atrair novos eleitores. Produzem conteúdo, sem qualquer controle, com o fim de atrair a atenção do público, tão necessária na avalanche de informações disponíveis diariamente.

Porém, a difusão de conteúdos falsos por aqueles atores como estratégia para manipular narrativas e para desqualificar a tomada de decisões públicas tem sido um dos grandes desafios da democracia atual.

2. A crise democrática ocasionada pela desinformação online

Com o advento das novas tecnologias, tornou-se mais fácil a entrega de conteúdos específicos para modular o comportamento dos usuários de redes sociais, inclusive em momentos eleitorais. O caso da *Cambridge Analytica* - apesar de não se tratar propriamente de desinformação, mas de manipulação de dados - foi um dos primeiros a demonstrar como esse novo meio de comunicação de massa consegue auxiliar as campanhas eleitorais, com potencial de afetar o resultado das eleições.

Nesse caminho, os políticos - de espectros ideológicos diferentes - têm sido um dos grandes difusores de desinformação, a qual serve como estratégia de comunicação eleitoral, por vários motivos: para garantir a vitória em uma

eleição, prejudicando a imagem de adversários; para explorar medos e adversidades sociais, com o intuito de conseguir apoio político; para manipular estatísticas acerca das metas do governo, seja negativa ou positivamente; e para minar a confiança nas instituições democráticas, gerando crises internas. Tal comportamento acirra o nível de polarização, a ponto de impedir que as pessoas se reconheçam como adversárias políticas¹²⁵, e se vejam como inimigas, com alta instabilidade no meio social.

Especificamente no Brasil, as eleições presidenciais de 2018 e 2022 foram eventos que destacaram os riscos da desinformação no rumo do processo democrático. Do *Kit Gay* distribuído nas escolas ao descrédito do atentado à faca em Bolsonaro, a falsidade deliberada sobre a higidez do processo eleitoral mostrou-se como o tema mais perigoso, por atingir o coração da própria democracia: o voto e a sua legitimidade.

Os casos mais emblemáticos são de políticos eleitos, que afirmaram existir fraudes no sistema eleitoral, sem qualquer prova contundente a respeito, em redes sociais, instigando a população sobre a deslegitimidade do pleito. Em 2018, o então Deputado estadual Fernando Francischini fez uma *live* em rede social (*Facebook*), enquanto em curso a eleição, relatando fraudes nas urnas eletrônicas, o que levou à sua cassação e inelegibilidade no ano de 2021¹²⁶ (BRASIL, 2021). Já o ex-Presidente Jair Messias Bolsonaro também se tornou inelegível em 2023, após ataques ao sistema eleitoral, com informações falsas sobre as urnas serem inaudíveis, em reunião com embaixadores de diversos países, no Palácio da Alvorada, com transmissão pela TV Brasil e pelas redes sociais (BRASIL, 2023b).

A não aceitação do resultado das eleições e a desinformação sobre o processo eleitoral realizada por políticos - que possuem enorme apelo com seus

¹²⁵ Sobre a ideia de adversários políticos, recomenda-se a leitura de *Por um modelo agonístico de democracia* da autora Chantal Mouffe (2005).

¹²⁶ No acórdão de julgamento, ficou estabelecido que a internet e as redes sociais enquadram-se no conceito de “veículos ou meios de comunicação social” a que alude o art. 22 da LC nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades), em virtude da digitalização das campanhas, em que os atores do processo eleitoral podem se comunicar e angariar votos de forma mais econômica, com amplo alcance e de modo personalizado (BRASIL, 2021).

eleitores - instigou pedidos de intervenção militar por todo país e os ataques de 08 de janeiro de 2023 em Brasília, com depredação do patrimônio público, depois que Bolsonaro perdeu as eleições de 2022. E essa dinâmica não ocorreu só no Brasil: anos antes, em 06 de janeiro de 2021, nos Estados Unidos, houve a invasão do Capitólio, em Washington, por apoiadores de Donald Trump instigados por diversos discursos de recontagem de votos, após este perder as eleições presidenciais de 2020 (INVASÃO [...], 2023). Tais eventos são a verdadeira materialização da crise democrática, pois tentam esvaziar o poder do voto e da escolha popular.

Ademais, outra desinformação tem força para atingir a democracia: aquela que busca desacreditar o Judiciário e seus membros. Há investigações em curso acerca de planos que cogitavam a prisão e até o assassinato de ministros do STF, além da promoção de campanhas de difamação e desinformação para desacreditar a Corte (DURAN, 2024). A estratégia busca enfraquecer o Judiciário, criando um clima de suspeição dos seus membros, a ponto de tornarem as decisões ilegítimas perante a população, principalmente aquelas que sejam contrárias ao político que a fomenta. Na campanha de ataques de ódio e mentira, a formação de *milícias digitais* no Brasil (chamado *Gabinete do Ódio*), ainda, preocupa pela estrutura coordenada, de verdadeira associação criminosa, a teor do que é investigado no Inquérito nº 4.781 sob sigilo no Supremo Tribunal Federal.

Nessa estrutura, outras ferramentas têm se desenvolvido para aperfeiçoar a desinformação: as *deep fakes* e o uso de inteligência artificial, com a criação de vídeos ultrarrealistas, que, em curto prazo, terão alto potencial de enganar as pessoas. Os vídeos com áudios veiculados conseguem uma imitação quase perfeita da voz de candidatos e figuras públicas relevantes, que podem ser publicados em vésperas de pleito eleitoral, sem tempo hábil para direito de resposta (RAIS; SALES, 2022, p. 34-35).

As novas tecnologias, portanto, ao invés de promoverem o debate para a produção da verdade, atuam no controle e no enviesamento de campanhas, o que não contribui para o melhoramento da democracia, inclusive

representando um grau de controle sofisticado como existia nos regimes totalitários (NOHARA, 2022, p. 91). Elas, considerando seu uso negativo, têm o poder de manter as democracias em baixa energia, por impedir uma plena participação popular na vida pública e política; ou até o aniquilamento da própria democracia com instalação de regimes autoritários.

Para Levitsky e Ziblatt (2018), há demonstração de forte tendência autoritária, quando os políticos tomam pelo menos uma dessas atitudes: i) rejeitam, em palavras ou ações, as regras democráticas do jogo; ii) negam a legitimidade de oponentes; iii) toleram e encorajam a violência; e iv) dão indicações de disposição para restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia. As duas primeiras são muito comuns quando o político ataca o sistema eleitoral, o que demonstra que a desinformação faz parte de uma tática para chegar ao poder ou para manter seus projetos políticos em ascensão.

Hannah Arendt já alertava que “o súdito ideal do governo totalitário não é o nazista convicto nem o comunista convicto, mas aquele para quem já não existe a diferença entre o fato e a ficção (isto é, a realidade da experiência) e a diferença entre o verdadeiro e o falso (isto é, os critérios do pensamento)” (ARENDT, 1989, p. 526). Desse modo, a mentira deliberada contribuiria para que as pessoas perdessem a noção da realidade que as rodeia, o que atrapalharia a sua capacidade de sentir e de pensar, enquanto sociedade democrática.

Unger explica que as mudanças só ocorrem em tempos de crise e não está sendo diferente agora. Tendo em vista a crise democrática digital ocasionada pela desinformação, o debate atual, no mundo inteiro, busca minimizar o problema, pois o resgate da informação é imprescindível para os processos democráticos de decisão (DOWBOR, 2024, p. 87). Assim, pensar e reformular instituições para conter essa crise, antes que ela se instale de modo permanente, é também função dos juristas brasileiros.

3. Imaginação institucional: agência reguladora de assuntos digitais e o combate à desinformação

Para conter os malefícios da desinformação, duas frentes têm se mostrado relevantes, por favorecerem a autonomia individual: a educação midiática e as agências de checagem. Elas encontram certa base referencial na ideia de Unger (2018, p. 78-80) a respeito da educação capacitadora, pois esta prioriza a aptidão de análise e a abertura para pontos de vista diferentes. A educação permite que os cidadãos participem ativamente do processo democrático ao desenvolverem maiores habilidades para a tomada de decisões coletivas, além de servir como poderoso escudo contra a desinformação.

Contudo, apesar de promissoras, mostram-se como soluções de longo prazo, principalmente pela necessidade de implantação efetiva da educação midiática nas escolas e na conscientização dos adultos em checar informações recebidas. Enquanto isso, muito se discute a respeito da regulação das redes sociais e também da criação de uma agência reguladora de conteúdo desinformativo propagado nesse meio.

E, na busca por uma solução institucional, como deveríamos imaginá-la?

Para Unger (2011, p. 59, 70-71), a democracia não deve ser vista apenas como um modelo que registra e agrega preferências individuais. Ela deve ser entendida como um processo para criar o novo, ou melhor, para formular a inovação institucional.

Dois são os limites para a nossa capacidade de imaginar e mudar a sociedade: o fetichismo institucional e o fetichismo estrutural. O primeiro é a identificação de conceitos institucionais abstratos - como a democracia representativa - com um conjunto único de estruturas legalmente definidas. Já o segundo nega a nossa capacidade de mudar a qualidade e o conteúdo de nossas práticas e instituições (UNGER, 1999, p. 28). Devemos, assim, fugir dos dois tipos de fetichismo, em busca de mudanças que atendam às novas demandas da sociedade, de modo a não depender de crises.

Sintetiza Unger:

Para adquirirmos a liberdade de criar futuros alternativos para a sociedade com clareza e ponderação, devemos ser capazes de imaginá-los e de discuti-los. Para que os imaginemos e discutamos eficazmente, devemos adentrar áreas especializadas do pensamento e da prática. Devemos transformar essas especialidades por dentro, modificando a sua relação com o debate público numa democracia. Devemos convencer os especialistas a renunciar a parte da autoridade superior que eles nunca propriamente possuíram, trocando essa falsa autoridade por um estilo de colaboração entre especialistas técnicos e pessoas comuns (UNGER, 1999, p. 9).

Unger (2021, p.4-6) explica que uma visão sistemática do direito, como um sistema de princípios e políticas públicas, traz prejuízos para o pensamento jurídico, porquanto nos retirou a possibilidade de reimaginar e reconstruir, a partir das suas contradições e anomalias; e de gerar soluções estruturais. Em *O direito e o futuro da democracia* (2004, p. 58), o autor diz ser necessário fazer uma análise das estruturas atuais, com críticas e reformas, o que resultará em instituições que convidam ao experimentalismo prático, incluindo o experimentalismo sobre as próprias instituições. Assim, o direito tem um papel importante no experimentalismo democrático, buscando novos modos de pensarmos e discutirmos o nosso destino institucional.

Na questão do combate à desinformação, considerando a dinâmica e os mecanismos próprios dos meios de comunicação de massa, o Legislativo, na sua função de elaborar as leis, não consegue, por si só, propor conteúdo regulatório completo e efetivo, por não possuir capacidade técnica para tanto; o que impede também o Judiciário, diante do caso concreto, de oferecer respostas com segurança e precisão.

Assim, diante da crise do direito estatal em virtude da complexidade das novas tecnologias, tornou-se necessária uma regulação mais reflexiva, com a observação e a incorporação de modelos de auto-organização inerente à área que se pretende regular, incorporando um conhecimento que o Estado não dispõe, sendo a chamada autorregulação regulada seu exemplo (ABBOUD; CAMPOS, 2021, p.142-144). Embora o setor privado participe com o seu conhecimento

específico, cabe ao Estado fiscalizar o cumprimento das normas impostas e intervir em casos de desrespeito sistemático ou ainda em situações específicas de risco de dano grave à coletividade, sendo o desenho do órgão regulador importante ao funcionamento da legislação (ROBL FILHO *et al*, 2023, p. 16-17).

A autorregulação regulada foi, inicialmente, incluída no Projeto de Lei nº 2.630/2020, que pretende instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. O art. 30 previa que os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada poderiam criar uma instituição de autorregulação voltada à transparência e à responsabilidade no uso da internet, com atribuições como: disponibilizar serviço eficiente de atendimento e encaminhamento de reclamações; estabelecer requisitos claros, objetivos e acessíveis para a participação daquelas plataformas; desenvolver boas práticas para suspensão de contas de usuários que fossem inautênticas ou tivesse autenticidade questionada; e aprovar resoluções e súmulas de modo a regular seus procedimentos de análise. Já o art. 25 previa que o Congresso Nacional instituiria conselho com atribuição de realizar estudos, pareceres e recomendações sobre liberdade, responsabilidade e transparência na internet. O Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet¹²⁷ seria o órgão responsável pelo acompanhamento das medidas de que trata a referida lei, competindo-lhe: elaborar código de conduta para redes sociais e serviços de mensageria privada, dispondo sobre fenômenos relevantes, como a desinformação; publicar indicadores sobre o cumprimento dos códigos de

¹²⁷ Art. 26. O Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet compõe-se de 21 (vinte e um) conselheiros, com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I – 1 (um) representante do Senado Federal; II – 1 (um) representante da Câmara dos Deputados; III – 1 (um) representante do Conselho Nacional de Justiça; IV – 1 (um) representante do Conselho Nacional do Ministério Público; V – 1 (um) representante do Comitê Gestor da Internet no Brasil; VI – 5 (cinco) representantes da sociedade civil; VII – 2 (dois) representantes da academia e comunidade técnica; VIII – 2 (dois) representantes dos provedores de acesso, aplicações e conteúdo da internet; IX – 2 (dois) representantes do setor de comunicação social; X – 1 (um) representante do setor de telecomunicações; XI – 1 (um) representante do Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil; XII – 1 (um) representante do Departamento de Polícia Federal; XIII – 1 (um) representante da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); e XIV – 1 (um) representante do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar). (...) § 4º Não poderão ser conselheiros os membros dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, pessoas que ocupem cargo público de que sejam demissíveis ad nutum ou pessoas vinculadas ou filiadas a partido político.

conduta pelo setor; avaliar os procedimentos de moderação adotados pelos provedores de redes sociais, bem como sugerir diretrizes para sua implementação; e certificar a entidade de autorregulação (BRASIL, 2020).

Em uma das sugestões de minuta do Governo Lula ao Projeto de Lei nº 2.630/2020, havia a previsão de uma entidade autônoma de supervisão, a quem caberia a supervisão da aplicação do Código de Conduta de Enfrentamento à Desinformação (art. 52); a avaliação do dever de cuidado pelas plataformas (art. 12, §1º); a aplicação de sanções administrativas, após procedimento administrativo (art. 38, §2º); e a adoção de medidas preventivas antes ou durante o processo administrativo, em situações de dano irreparável ou de difícil reparação, ou de ineficácia do resultado do processo (art. 38, §3º). Tal entidade definiria, por meio de regulamentação própria, o procedimento de apuração e os critérios de aplicação das sanções administrativas às infrações previstas na própria lei. Ela seria estabelecida pelo Poder Executivo, contando com garantias de autonomia administrativa, independência no processo de tomada de decisões e espaços formais de participação multissetorial (art. 39 e art. 49) (SUGESTÃO [...], 2023; MARTINS, 2023).

No último texto substitutivo do referido PL (27 de abril de 2023), há a informação, no voto do relator Orlando Silva, sobre a rejeição de propostas legislativas dos apensos que criavam um órgão regulador. Já o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) - com composição multissetorial - ficaria responsável por propor diretrizes para o combate da desinformação, além de apresentar diretrizes para a elaboração de códigos de condutas para os provedores de redes sociais, ferramentas de busca e mensageria instantânea; realizar estudos sobre os procedimentos de moderação de contas e de conteúdos adotados pelos provedores de redes sociais; e emitir diretrizes e critérios para a instauração dos protocolos de segurança e para a análise de riscos sistêmicos (art. 51) (BRASIL, 2023a).

Recentemente, o Deputado Pedro Uczai (PT/SC) apresentou o Projeto de Lei nº 4.144/2024, o qual prevê que a regulamentação sobre os critérios de avaliação e responsabilização civil dos provedores de plataformas de

comunicação digital e redes sociais será de responsabilidade do órgão regulador responsável pela fiscalização e regulamentação dos serviços de telecomunicações. Ademais, a agência reguladora responsável terá o dever de monitorar e fiscalizar a aplicação das políticas de combate à desinformação e à informação enganosa pelas plataformas, bem como de estabelecer mecanismos de acompanhamento e revisão periódica das regulamentações, a fim de garantir sua adequação à evolução tecnológica e às demandas sociais (BRASIL, 2024).

Assim, o debate sobre a criação de uma entidade de autorregulação regulada e também de um órgão regulador ainda está a todo vapor. Especificamente, a questão sobre definir qual órgão terá a função reguladora e qual será a sua composição estão também longe de unanimidade, sendo um dos grandes motivos de entrave para a aprovação do PL das *Fake News*.

A Alemanha, por exemplo, busca instituir a Agência Federal de Redes (Bundesnetzagentur, BNetzA), que é a autoridade reguladora para as redes de infraestrutura de serviços públicos, como energia elétrica, gás, telecomunicações, correios e ferrovias, para atuar como Coordenadora Nacional de Serviços Digitais. Nos Estados Unidos, existe uma proposta para instituir uma Comissão Federal para Plataformas Digitais (Federal Digital Platform Commission), com poderes para regular e supervisionar as atividades das plataformas digitais, exceto sites jornalísticos, com poderes regulatórios, investigativos e sancionatórios, mesmo com uma liberdade de expressão tão ampla advinda da Primeira Emenda (FERNANDES *et al*, 2023, p. 14-20 e 30-34).

No Brasil, há defensores de que a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) deve ser esse órgão regulador, em virtude do impacto orçamentário com a criação de um novo órgão, podendo ser aproveitada a estrutura operacional já existente; do domínio da agência sobre o tema regulado, possuindo estrutura adequada para lidar com os desafios do combate à desinformação, inclusive com proposta própria para a criação de uma Superintendência de Serviços e Direitos Digitais; e da experiência institucional consolidada através do tempo (FREIRE; CAMPOS, 2023, p. 1-3). Porém, existem vozes dissonantes, em organizações do terceiro setor e na comunidade científica

e tecnológica, porquanto não caberia a ela tal função, por ser sua expertise em telecomunicações (CAPPI; OMS, 2023, p. 228-229).

A proposta deste artigo busca ser voz na instituição de um órgão regulador especializado em conteúdo, como uma agência nacional para assuntos digitais. Seguindo diretrizes da Unesco (2023, p. 66), a entidade reguladora necessita de independência organizacional, financeira e de gestão, para maior independência na tomada de decisões.

Em virtude da necessidade de conhecimento técnico, da garantia constitucional à liberdade de expressão e da existência de zonas cinzentas entre a opinião e a mentira deliberada, a formação de um conselho consultivo no órgão regulador, com composição multissetorial, deve ser o enfoque, com representantes de diversos setores da sociedade civil, de órgãos estatais e das plataformas sociais, em sentido parecido ao que foi desenhado para o Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet, mas com a definição dos procedimentos administrativos de análise e de instâncias de revisão. Porém, deve-se evitar que façam parte dessa composição representantes do Executivo, Legislativo e Judiciário, para evitar perseguição ideológica ou censura.

Uma composição que inclua as próprias empresas fiscalizadas pode gerar o problema da “captura regulatória”, mas a arquitetura institucional aqui defendida tem potencial para garantir “que controles mútuos sejam instituídos a partir da concorrência entre esses diversos representantes e seus interesses e, ao mesmo tempo, que potenciais conflitos contem com procedimentos e arenas adequados para sua resolução” (AMATO, 2021, p. 47).

Prejudicial seria o Estado negar o poder econômico e comunicativo de grandes empresas de tecnologia, que podem não incluir os direitos fundamentais na equação de critérios para análise e retirada de conteúdo. Para minimizar os prejuízos advindos da desinformação e das chamadas milícias digitais, que buscam desestabilizar o Estado Democrático de Direito, o Estado precisa ter mecanismos para responsabilizar plataformas que não estejam cumprindo as normas estabelecidas.

Considerações finais

As democracias de baixa energia, na visão de Unger, só realizam mudanças estruturais a partir de crises (econômicas, sociais, guerra). Mais uma vez, os países do mundo inteiro têm se mobilizado para pensar em reformas institucionais para conter a crise democrática digital, ocasionada pela desinformação.

No Brasil, o PL nº 2.630/2020 ainda encontra entraves na sua aprovação, porquanto são necessárias maiores discussões acerca do instituto da autorregulação regulada e, principalmente, da agência reguladora. A definição dos atores responsáveis pela implementação e fiscalização das regras estipuladas no combate à desinformação é fundamental, porquanto trará maior efetividade aos comandos do projeto (ou de qualquer legislação aprovada sobre o tema).

Tentando se afastar do colonialismo mental, a estruturação da agência reguladora não deve ser importada para o país, sem reconhecer os nossos problemas estruturais reais; mas, ao mesmo tempo, não deve se afastar por completo das experiências internacionais, porquanto ser um problema mundial e interconectado.

A agência nacional para assuntos digitais - especializada e independente - precisa de um conselho com composição plural: sociedade civil, Estado e empresas de tecnologia. Também a legislação precisa definir o procedimento administrativo - com contraditório e revisão - para a atribuição de responsabilidade, além de definir melhor as sanções, como suspensão de funcionamento no país e aplicação de multas, quando do não cumprimento das normas definidas.

Por fim, a previsão legal de um trabalho conjunto dos membros para acompanhar a atualização das ferramentas digitais e seus impactos (a exemplo do desenvolvimento da inteligência artificial) é de extrema importância. Assim, como defendido por Unger, os múltiplos segmentos públicos e privados trabalhariam, constantemente, na ampliação do experimentalismo institucional e democrático, com foco em mudanças estruturais, menos dependentes de crises informacionais, as quais estão sempre em evolução.

Referências

- AMATO, Lucas Fucci. *Fake news: regulação ou metarregulação?* *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 29-53, abr./jun. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p29>. Acesso em: 18 nov. 2024.
- AMATO, Lucas Fucci. **O direito da sociedade digital** [recurso eletrônico]: tecnologia, inovação jurídica e aprendizagem regulatória. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2024a. Disponível em: <<https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1314>>. Acesso em: 24 nov. 2024.
- AMATO, Lucas Fucci. Inovações constitucionais na era da inteligência artificial: separação de poderes e direitos fundamentais digitais. In: AMATO, Lucas Fucci (Coord). **Sociologia do Direito Digital** [recurso eletrônico]: inteligência jurídica na era da inteligência artificial. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2024b, p. 13-37. Disponível em: <<https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1485>>. Acesso em: 03 dez. 2024.
- ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.630/2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Inteiro Teor. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909983&filename=PL%202630/2020>. Acesso em: 28 nov. 2024.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer proferido em Plenário ao Projeto de Lei nº 2.630, de 2020, e apensados**. Relator: Deputado Federal Orlando Silva. 2023a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra>

[?codteor=2265334&filename=PRLP+1+%3D%3E+PL+2630/2020>.](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2465562)

Acesso em: 21 nov. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.144/2024**. Dispõe sobre a prevenção e o combate à desinformação e à informação enganosa nas plataformas de comunicação digital e redes sociais e dá outras providências. 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2465562>>. Acesso em: 10 dez. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Órgão julgador: Tribunal Pleno. **Recurso Ordinário Eleitoral nº 0603975-98.2018.6.16.0000**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, julgado em: 28 out. 2021, DJe: 10 dez. 2021. 2021. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/#/public/resultado/0603975-98.2018.6.16.0000>>. Acesso em: 03 dez. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **AIJE nº 0600814-85.2022.6.00.0000** BRASÍLIA - DF, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 30/06/2023, Data de Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 147. 2023b. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/#/public/resultado/0600814-85.2022.6.00.0000>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

CAPPI, Juliano; OMS, Juliana. **Sistematização das contribuições à consulta sobre regulação de plataformas digitais** [livro eletrônico]. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2023. Disponível em: <https://cgi.br/publicacao/sistematizacao-das-contribuicoes-a-consulta-sobre-regulacao-de-plataformas-digitais/>>. Acesso em: 15 dez. 2024.

DA SILVEIRA, Sérgio Amadeu. **Democracia e os códigos invisíveis**: Como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas. São Paulo: Edições Sesc SP, 2019. *Ebook*.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DOWBOR, Ladislau. **A Revolução Digital** [recurso eletrônico]: Uma sociedade à beira de rupturas. São Paulo: [s. n.], 2024. Disponível em: <https://dowbor.org/wp-content/uploads/2024/06/Revolucao_Digital_Livro_24.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2024.

DURAN, Pedro. PF: 7 dos 11 ministros do STF foram alvos de golpistas; entenda. **CNN Brasil**. 26 nov. 2024. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/blogs/pedro-duran/politica/pf-7-dos-11-ministros-do-stf-foram-alvos-de-golpistas-entenda/>>. Acesso em: 03 jan. 2025.

FERNANDES, André Lucas; VALVERDE, Danielle Novaes de Siqueira; CONSTANT, Isabel Meira; VALOIS, Rhaiana Caminha. **Regulação de plataformas digitais** [recurso eletrônico]: Modelos de sistemas regulatórios para supervisão de plataformas digitais. Recife, PE: IP. rec, 2023. Disponível em: <<https://ip.rec.br/wp-content/uploads/2023/12/Modelos-de-Sistemas-Regulatorios-para-Supervisao-de-Plataformas-Digitais.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2024.

FREIRE, Alexandre; CAMPOS, Ricardo. **A ANATEL como Ente Regulador de Serviços Digitais**. [s. l.]: [s. n.], 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/conselheiro-alexandre-freire-e-professor-da-universidade-de-frankfurt-alemanha-ricardo-campos-escrevem-artigo-sobre-pl-2630-2020>>. Acesso em: 24 nov. 2024.

INVASÃO do Congresso, Planalto e STF: veja comparação com o ataque ao Capitólio nos EUA. **G1 DISTRITO FEDERAL**. 08 jan. 2023. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2023/01/08/invasao-do-congresso-planalto-e-stf-veja-comparacao-com-a-invasao-do-capitolio-nos-eua.ghtml>>. Acesso em: 28 dez. 2024.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, *Ebook*.

MARTINS, Laís. Governo conclui sugestões de mudanças ao PL das Fake News.

Núcleo Jornalismo. Terra. 31 mar. 2023. Disponível em: <https://www.terra.com.br/byte/governo-conclui-sugestoes-de-mudancas-ao-pl-das-fake-news,d19d273d79ca8c5b7a9266018e35a9ddjx26jsih.html>>. Acesso em: 29 nov. 2024.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política.** Curitiba, n. 25, p. 11-23, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/k5cVRT5zZcDBcYpDCTxTMPc/>>. Acesso em: 02 jan. 2025.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios da ciberdemocracia diante do fenômeno das fake news: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. In: RAIS, Diogo (Coord). **Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito.** 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 83-99.

RAIS, Diogo; SALES, Stela Rocha. Fake news, deepfakes e eleições. In: RAIS, Diogo (Coord). **Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito.** 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 29-57.

RAIS, Diogo; FERNANDES NETO, Raimundo Augusto; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. Psicologia política e as fake news nas eleições presidenciais de 2018. **Revista Democrática** Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso, Cuiabá, v. 6, p. 215-247, 2020. Disponível em: <http://www.tre-mt.jus.br/o-tre/revista-democratica/volumes>>. Acesso em: 24 nov. 2024.

ROBL FILHO, Ilton Norberto; POSSA, Alisson; DE ANDRADE, Diogo Thomson; GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro; FERREIRA, Lucia Maria Teixeira; DE AZEVEDO, Nauê Bernardo Pinheiro. **Nota Técnica sobre o Projeto de Lei nº. 2630/2020.** Grupo de Pesquisa “Democracia Constitucional, Novos Autoritarismos e Constitucionalismo Digital”. IDP. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/nota-tecnica-idp-fake-news.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2024.

- SABA, Diana Tognini; AMATO, Lucas Fucci; LEME DE BARROS, Marco Antonio Loschiavo; PONCE, Paula Pedigoni. **Fake news e eleições**: estudo sociojurídico sobre política, comunicação digital e regulação no Brasil [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. Disponível em: <<https://www.editorafi.com/203fakenews>>. Acesso em: 27 nov. 2024.
- SUGESTÃO do Governo ao PL 2630 – versão 3 (reduzida). **Minuta - Substitutivo ao Projeto de Lei nº 2.630 de 2020**. 2023. Disponível em: <https://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2023/03/Contribuicoes_PL2630.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2024.
- UNESCO. **Diretrizes para a governança das plataformas digitais**: salvaguardar a liberdade de expressão e o acesso à informação com uma abordagem multissetorial. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. 2023. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000387560>>. Acesso em: 28 dez. 2024.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia Realizada**: a alternativa progressista. Tradução de Carlos Graieb, Marcio Grandchamp e Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez, Marcio Soares Grandchamp, com consultoria do autor. São Paulo: Boitempo, 2004.
- UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 257, p. 57-72, 2011. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/8584>>. Acesso em: 28 nov. 2024.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental**: repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.
- UNGER, Roberto Mangabeira. Imaginação institucional: a vanguarda rebelde do pensamento brasileiro. Entrevistadores: REGINATTO, Victoria Nicolielo; CARVALHO, João Pedro Braga de; BELINOTTE, Mariana Grilli;



TEIXEIRA, Carlos Sávio Gomes; ALMEIDA, Philippe Oliveira de. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 1-17, 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The world and us**. London: Verso, 2024.

VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. *In*: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Org.). **Fake News e regulação**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 213-230.

14. A regulamentação das redes sociais e o imperativo da imaginação institucional

*Matheus Della Monica*¹²⁸

Introdução

A disseminação e o acesso generalizado às redes sociais trouxeram diversas consequências. O advento dessas plataformas¹²⁹ abalou significativamente a distinção entre o público passivo consumidor de informações e a imprensa responsável por selecioná-las, produzi-las e divulgá-las. Os guardiões da informação (*gatekeepers*) perderam credibilidade, muitas vezes percebidos como alinhados a determinados atores políticos ou ideológicos. Por sua vez, as informações — sejam elas verdadeiras ou falsas — desvincularam-se de seus emissores originais, integrando um complexo sistema comunicacional digital autorreferente (Amato, 2021, p. 36).

Tal cenário é bastante impactante, já que as notícias desempenham um papel fundamental para a formação de nossa concepção do mundo e dos problemas que temos de enfrentar. Elas fornecem a base da experiência e do conhecimento compartilhados sobre os quais a democracia e suas instituições são construídas (Pariser, 2011, n.p.). Em última instância, pode-se afirmar que esse processo culminou na desestruturação da esfera pública das sociedades democráticas, marcada por uma perda de confiança perene nas instituições, na imprensa e na política (Bennet; Livingston, 2018, p. 126-127).

¹²⁸ Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito na Universidade de São Paulo (PPGD-USP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP) com dupla titulação pela Université Jean Moulin Lyon 3. Dedicou-se ao estudo de temas ligados à História do Pensamento Jurídico, à Teoria do Direito e ao Direito Público. Advogado e consultor na área de Planejamento, Orçamento e Gestão na Consultoria da Administração Municipal – Conam.

¹²⁹ Plataformas são arquiteturas programáveis criadas para organizar interações entre usuários. Elas caracterizam-se por serem: alimentadas por dados; organizadas por algoritmos e interfaces; estabelecidas por meio de relações de propriedade; orientadas por modelos de negócio; e regidas por termos de uso (Van Dijck *et al.*, 2018, p. 9). Cabe ressaltar que redes sociais e plataformas não são exatamente sinônimos: redes social são tipos (espécies) de plataforma.

Outra consequência do crescente protagonismo das redes sociais é o surgimento do que Eli Pariser denominou como “bolhas de filtro” (*filter bubbles*), que emergem em razão de os usuários das redes apenas receberem informações que confirmam ou reforçam suas próprias crenças. Essas “bolhas de filtro” produzem mudanças na maneira como nos deparamos com ideias e informações, influenciados principalmente pelos algoritmos¹³⁰ das redes sociais, os quais constantemente criam e refinam seu conceito a respeito de quem somos, que ações realizaremos no futuro e quais serão nossos desejos (Pariser, 2011, n.p.).

Ainda de acordo com Pariser, as “bolhas de filtro” introduziram três dinâmicas com as quais nunca lidamos antes: (i) embora compartilhemos interesses com outros usuários (por exemplo, futebol), somos a única pessoa em nossa bolha, o que faz com que a informação se torne o alicerce das experiências compartilhadas enquanto nós, usuários, somos mantidos separados; (ii) as “bolhas de filtro” são invisíveis, já que os grandes conglomerados¹³¹ por trás das redes não são transparentes quanto à sua agenda e quanto aos motivos de seu algoritmo nos entregar determinados conteúdos; e (iii) diferente do que acontecia quando ligávamos nossa televisão e decidíamos qual canal queríamos assistir ou quando decidíamos ler determinado jornal alinhado aos nossos interesses e pontos de vista, nós não escolhemos entrar na “bolha de filtro”, e os conteúdos que nos são entregues não seguem uma linha editorial clara – seu propósito primordial é prender nossa atenção e maximizar os lucros de tais conglomerados (Pariser, 2011, n.p.).

Nesse ambiente, não é surpresa que o populismo tenha suas características alteradas pelas redes sociais, tornando-se um populismo digital em que o espírito comunitário de antes passa a ser articulado por algoritmos que, ao mesmo tempo, reúnem cidadãos a partir de preferências comuns e promovem um paradoxal processo de atomização (Bachini *et al.*, 2023, p. 166). A dinâmica

¹³⁰ Algoritmos são conjuntos de instruções automatizadas para processar dados e gerar um resultado desejado (Van Dijck *et al.*, 2018, p. 9-10). Eles são utilizados pelas plataformas para filtrar automaticamente quantidades enormes de conteúdo e para conectar usuários a informações, serviços e anúncios publicitários.

¹³¹ Um interessante mapeamento dos cinco principais conglomerados (“*Big Five*”) – Alphabet, Facebook, Apple, Microsoft e Amazon – é apresentado por Van Dijck *et al.*, 2018, p. 13-15.

das redes permite também que líderes populistas ganhem destaque, suscitando o estabelecimento ou reforço da fronteira entre “nós” e “eles” e a desconfiança do *establishment*.¹³² As redes sociais permitem que líderes se comuniquem diretamente com a população sem que dependam dos filtros institucionais ou dos *gatekeepers* das mídias tradicionais. Como resultado, suas mensagens são difundidas de forma incontestável, praticamente sem nenhum tipo de constrangimento, o que facilita a propagação de desinformações. Além disso, a comunicação digital permite a alteração do alcance de tais discursos, que ganham dimensões globais (Bachini *et al.*, 2023, p. 166-167). Essa dinâmica chega a alterar a própria lógica da política institucional, que ganha ares de mandato imperativo, em razão da conexão constante entre os eleitores e seus representantes permitida pelas redes (Amato, 2021, p. 37).

Nesse cenário, a regulamentação das redes sociais emerge como um dos principais desafios enfrentados pelas sociedades democráticas contemporâneas. Embora haja praticamente um consenso na literatura sobre a necessidade de regulamentação das redes, no Brasil, o Projeto de Lei (PL) sobre a matéria,¹³³ em trâmite desde 2020, depois de ser aprovado no Senado Federal, foi deixado de lado na Câmara dos Deputados, sem novas movimentações desde maio de 2023. Isso se deve, em grande parte, à oposição dos partidos que atualmente compõem

¹³² Nesse ponto, adoto a definição de Ernesto Laclau, que entende o populismo como um modo de constituir a própria unidade do grupo e o povo como a formação de tal unidade em oposição a uma administração no interior de um quadro institucional estável. Assim, o populismo procede mediante uma agregação de forças e demandas heterogêneas — que possuem como fator de equivalência seu inimigo comum — que não podem ser organicamente integradas à institucionalidade existente. O afeto nesse cenário de articulação populista possui também um papel essencial (Laclau, 2013, p. 122, 228, 260-261).

¹³³ Trata-se do Projeto de Lei (PL) nº 2.630/2020, que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, estabelecendo normas relativas à transparência de redes sociais e de serviços de mensagens privadas, sobretudo no tocante à responsabilidade dos provedores pelo combate à desinformação e pelo aumento da transparência na internet, à transparência em relação a conteúdos patrocinados e à atuação do poder público, bem como estabelecendo sanções para o descumprimento da lei. O texto original da proposta, de 03/07/2020, encontra-se disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909983&filename=PL%202630/2020. Acesso em: 24/11/2024. A última versão do texto da Câmara dos Deputados, de 27/04/2023, encontra-se disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2265334&filename=Tramitacao-PRLP%201%20=%3E%20PL%202630/2020. Acesso em: 24/11/2024.

a base contrária ao governo, que apelidaram a proposta de “PL da censura”, argumentando que ela resultaria em controle de conteúdo e violação à liberdade de expressão dos usuários. Uma parcela significativa da direita brasileira teme ver suas estratégias discursivas obstaculizadas por uma legislação que estabeleça um regramento do ambiente virtual que vá além dos permissivos regulamentos das plataformas, aplicados por elas próprias sem qualquer transparência.

Diante dos impasses enfrentados pelo PL de 2020, ganha força a ideia de que o Executivo deveria apresentar um novo texto, baseando-se ainda mais na recente regulação europeia sobre o tema,¹³⁴ isto é, o Regulamento dos Serviços Digitais (*Digital Services Act – DSA*)¹³⁵ e o Regulamento do Mercado Digital (*Digital Markets Act – DMA*),¹³⁶ que na verdade já inspiraram alterações no texto do PL de 2020 durante sua tramitação. Não é a primeira vez que o Brasil se inspira na União Europeia para estabelecer regulações relacionadas a tecnologia: o mesmo ocorreu com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), largamente inspirada pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation – GDPR*).

Nesse contexto, o Brasil parece estar, mais uma vez, prestes a descartar a possibilidade de exercitar a imaginação institucional e conceber um modelo mais eficaz e audacioso do que o europeu. Tal postura reflete o que Roberto Mangabeira Unger denomina como “ditadura da falta de alternativas”, caracterizada pela tendência de restringir-se a um conjunto extremamente limitado de opções institucionais tidas, nas sociedades atuais, como únicas e suficientes para ordenar diferentes questões sociais, tais como os arranjos da política democrática, as relações entre governos e empresas e a organização da produção (Unger, 2017, p. 38-39).

A principal consequência dessa “ditadura da falta de alternativas” é o aniquilamento da imaginação institucional, ou seja, do exercício criativo

¹³⁴ Ver Caniato, 2024; Figueiredo, 2024; Yazbek, 2024;

¹³⁵ Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de outubro de 2022, relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE.

¹³⁶ Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de setembro de 2022, relativo a disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828.

necessário para conceber arranjos institucionais mais eficazes para enfrentar os problemas contemporâneos. Como contraponto, Mangabeira Unger (2017, p. 22) propõe o experimentalismo democrático voltado à construção de uma democracia de alta energia, definida como uma *“democracia que dispense crise como condição de mudança, que derrube o governo dos vivos pelos mortos e que diminua na vida política e social a distância entre o rotineiro e o revolucionário”*. No campo do pensamento jurídico, isso significa reconhecer o direito como uma realidade contraditória e utilizar essa contradição como instrumento de compreensão e prática transformadoras, elevando a imaginação institucional à vocação maior do pensamento jurídico (Unger, 2017, p. 69). Na política, isso significa ver a democracia não apenas como o governo da maioria qualificada pelo direito das minorias, mas como a invenção coletiva do novo, o que resulta de três premissas: (i) a organização institucional da política e da sociedade é decisiva para realização de todos nossos interesses e ideais; (ii) todos os regimes institucionais são imperfeitos; e (iii) alguns regimes são melhores que outros (Unger, 2018, p. 86).

O que se pretende com o presente trabalho, portanto, não é rejeitar de forma categórica os parâmetros da legislação europeia, mas sim tratar o debate sobre regulação das redes como a questão em aberto que ele ainda é. Dado que não há consenso sobre a melhor abordagem para regulamentar essas plataformas e que tanto a legislação quanto a jurisprudência frequentemente se mostram excessivamente lentas para acompanhar as mudanças tecnológicas, não há justificativa para adotar cegamente o modelo europeu. Pelo contrário, o incentivo a um debate mais amplo aumenta a probabilidade de se conceber uma solução mais eficaz para mitigar os efeitos negativos das redes sociais nas sociedades democráticas.

Dessa forma, o intuito é apresentar algumas ideias que possam inspirar a formulação de uma legislação original pelo Estado brasileiro, evitando a reprodução acrítica de modelos estrangeiros. Busca-se promover uma abordagem mais inovadora e adequada à realidade nacional, sem desconsiderar os méritos da legislação europeia, mas permitindo que eventuais convergências

com ela ocorram de forma meramente incidental. Trata-se, nas palavras de Mangabeira Unger (2018, p. 65), de propor a organização de um arcabouço de práticas e instituições, sendo ativista na formulação de métodos e processos.

1. Para uma nova regulamentação das redes

1.1. Metarregulação

As redes sociais possuem um elevado grau de especificidade, caracterizando-se por sua transterritorialidade e pela pretensão de autorregulação, expressa em regulamentos internos aplicáveis aos usuários e aos conteúdos nelas disponibilizados (Amato, 2021, p. 30). Esses fluxos de comunicação transnacionais frequentemente motivam propostas e iniciativas de regulamentação em esferas além dos sistemas jurídicos nacionais. Contudo, isso não diminui a relevância de esforços nacionais, que sempre desempenharam papéis fundamentais na regulação de setores do mercado, tanto em âmbito local quanto em âmbito nacional (Van Dijck *et al.*, 2018, p. 21). Além disso, deve-se notar que o Brasil tem a chance de desempenhar um papel fundamental, já que é inequivocamente visto pelos conglomerados por trás das redes como um mercado grande demais para ser ignorado.

Nesse cenário, ao invés de regulamentar diretamente as redes sociais, parece mais adequado que o Estado se concentre em estabelecer regras aplicáveis aos regulamentos internos dessas plataformas. Essa abordagem, conhecida como “metarregulação”, não implica confiar nos mercados ou sugerir a obsolescência da distinção entre Estado e mercado (Van Dijck *et al.*, 2018, p. 22); pelo contrário, trata-se de atribuir ao Estado o papel essencial de fixar parâmetros cruciais que impeçam as redes sociais de destruir a democracia e suas instituições.

Para isso, a metarregulação não pode se limitar a adotar uma abordagem meramente principiológica, estabelecendo apenas que as redes sociais respeitem princípios como liberdade, igualdade ou outros valores amplos já previstos na Constituição de 1988. Embora princípios possam ser importantes como diretrizes gerais, por si só, eles oferecem pouca previsibilidade e acabam abrindo margem para que os conglomerados os interpretem de maneira conveniente, moldando

conceitos como liberdade ou igualdade conforme a base filosófica mais favorável aos seus interesses. Para ser eficaz, a metarregulação deve especificar com clareza os aspectos que os regulamentos internos das plataformas precisam obrigatoriamente atender, o que vai muito além de simples diretrizes genéricas de impacto limitado.

Essa ideia estava presente na redação original do PL nº 2.630/2020, que dedicava um capítulo específico (Capítulo V, artigo 30) ao conceito de “autorregulação regulada”.¹³⁷ No entanto, a ênfase do texto recaía sobre o empoderamento dos provedores de redes sociais, concedendo-lhes a mera faculdade de estabelecer mecanismos de autorregulação com diversas atribuições, como assegurar a independência e a especialidade de seus analistas, disponibilizar serviço eficiente de atendimento e encaminhamento de reclamações, incluir em seu quadro uma ouvidoria independente, entre outras. A proposta que defendo, porém, segue uma direção diferente: utilizar a metarregulação para definir de forma clara e objetiva o que essas plataformas devem necessariamente fazer. O foco não deve ser no fortalecimento dos conglomerados, mas no empoderamento do Estado e da sociedade civil. Para que fique claro, ao longo desta seção serão apresentadas ideias que considero que poderiam ser integradas em uma metarregulação.

1.2. O estabelecimento de um contencioso administrativo para moderação de conteúdo

O primeiro foco dessa metarregulação estatal deve ser a promoção da transparência nas decisões de moderação de conteúdo nas redes sociais. Embora as plataformas possuam diretrizes sobre o que é permitido ou proibido, falta clareza quanto aos critérios utilizados para a remoção de conteúdos e não há um contraditório efetivo entre os moderadores e os autores das publicações. Para os usuários que denunciam postagens consideradas inadequadas, isso gera um sentimento de impotência diante da falta de respostas ou ações claras dos moderadores de conteúdo. Já para aqueles que têm suas publicações removidas,

¹³⁷ Na última versão do texto da Câmara dos Deputados, esse artigo foi retirado do PL.

o sentimento predominante é de injustiça, especialmente quando a decisão é acompanhada pelo banimento de sua conta da plataforma, sem qualquer possibilidade de defesa. Tal cenário reforça a percepção de arbitrariedade, mesmo nos casos em que a remoção poderia ser considerada legítima.

Essa falta de transparência também se manifesta no fato de que boa parte do que sabemos sobre os algoritmos das redes sociais provém das pesquisas publicadas pelos próprios conglomerados, uma vez que seus algoritmos são considerados segredos industriais vitais e mantidos como uma caixa preta, cujos detalhes são ferozmente protegidos (O’Neil, 2020, n.p.). No debate público, dependemos principalmente de informações fornecidas pelas próprias plataformas, seja por meio de declarações sobre mudanças em suas políticas, seja por seus objetivos autodeclarados em ajustar algoritmos para moderar conteúdos.¹³⁸ Quando esses conglomerados não se pronunciam, nosso conhecimento sobre a dinâmica dos algoritmos depende de investigações jornalísticas sobre discriminações algorítmicas que impactam a esfera pública,¹³⁹ denúncias de ex-funcionários,¹⁴⁰ relatos de parceiros dos conglomerados por trás das redes,¹⁴¹ ou ainda do trabalho de pesquisadores e ONGs que fazem engenharia reversa.¹⁴² No entanto, essas iniciativas independentes limitam-se, na maioria das vezes, a acusações que raramente geram consequências concretas — isso quando os próprios denunciadores não são processados pelos conglomerados por terem supostamente lhes dirigido acusações injustas.¹⁴³

Nesse sentido, uma primeira ideia para a regulamentação das redes seria a instituição de uma esfera de contencioso administrativo no âmbito das redes, que assegurasse a efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa aos usuários. Ao receber uma denúncia, a plataforma tomaria uma decisão preliminar com a posterior apresentação das razões da decisão, o que permitiria a retirada de conteúdos mais flagrantemente inadequados de forma praticamente

¹³⁸ Ver Sophia, 2024.

¹³⁹ Ver Harwell; Merrill, 2024.

¹⁴⁰ Ver Paul; Dinapoli, 2024; Redação, 2020; e Paul; Milmo, 2021.

¹⁴¹ Ver Speri; Biddle, 2023.

¹⁴² Ver Agence France-Presse, 2024; e Mesquita, 2018.

¹⁴³ Ver Sampaio, 2024.

imediate. Após essa decisão preliminar, nesse contencioso administrativo figurariam como partes o denunciante e o denunciado, ambos com a oportunidade de apresentar seus argumentos antes que a plataforma exarasse uma decisão fundamentada. Essa decisão poderia ser então objeto de recurso, permitindo uma terceira análise pela própria plataforma, que enfim proferiria a decisão definitiva.

No caso de múltiplas denúncias quanto a uma mesma postagem, os diversos denunciadores poderiam se habilitar para apresentar suas razões para retirada do conteúdo. A plataforma ficaria então encarregada de analisar as razões no processo e fundamentadamente decidir no contencioso administrativo sobre a retirada do conteúdo ou retirada do perfil do denunciado (denominada “desplataformização”).¹⁴⁴ Por evidente, nos casos em que as partes entenderem que a plataforma decidiu de forma contrária à metarregulação ou ao próprio regulamento interno, poderão recorrer ao Poder Judiciário, que detém a palavra final sobre a questão.

Na redação original do PL nº 2.630/2020, o artigo 12 continha ideia semelhante ao contencioso administrativo aqui proposto, prevendo que os provedores de aplicação de internet deviam disponibilizar “*mecanismos de recurso e devido processo*”. Na última versão do texto da Câmara dos Deputados, o artigo que trata da matéria é o artigo 18, que apresenta modificações pontuais se comparado à redação original.

Embora mais detalhado, o artigo 20 do Regulamento Europeu de Serviços Digitais é bastante semelhante ao previsto no PL nº 2.630/2020, estabelecendo regras sobre um sistema interno de gestão de reclamações. De acordo com ele, os fornecedores das plataformas devem conceder aos destinatários do serviço, durante um período mínimo de seis meses após a

¹⁴⁴ Há quem afirme que a prática de “desplataformização” seria ineficaz devido ao chamado efeito Streisand, isto é, o aumento da atenção e do interesse pelo conteúdo removido. Contudo, estudos recentes têm demonstrado que essa alegação carece de fundamentação empírica. A análise de casos concretos revela que a “desplataformização” reduz significativamente as menções aos usuários removidos e diminui a propagação de discursos extremos, mesmo nas redes sociais em que esses indivíduos frequentemente se refugiam, como Reddit, Telegram e outras plataformas menos conhecidas. Ver Rogers, 2020, p. 215, 222.

decisão, acesso a um sistema interno que lhes permita apresentar reclamações contra a decisão tomada pelo fornecedor da plataforma *online*, de forma eletrônica e gratuita.

Tanto no Projeto de Lei brasileiro quanto no Regulamento Europeu, porém, o que se nota é que o usuário é apenas notificado da fundamentação das decisões tomadas pela plataforma, podendo apresentar um recurso ou uma reclamação para reanálise de seu caso. Não há contencioso entre usuários, o que entendo que poderia enriquecer os debates e torná-los mais transparentes.

Um passo ainda mais ousado seria a descentralização das decisões sobre moderação de conteúdo, permitindo que os próprios usuários arbitrassem as disputas. Essa proposta não é totalmente inédita. Nos últimos anos, mecanismos descentralizados de resolução de controvérsias disponibilizados *online* têm ganhado popularidade, com destaque para o Kleros, que vem sendo objeto de crescente interesse na pesquisa acadêmica.¹⁴⁵ Embora este trabalho não tenha como objetivo aprofundar esse tema, para evitar um desvio de suas intenções principais de apresentar ideias gerais para uma nova regulamentação das redes, é importante observar que tais abordagens descentralizadas poderiam servir como base para o desenvolvimento de diretrizes gerais aplicáveis às arenas de solução de controvérsias nas redes sociais.

Ainda, é importante destacar que essa solução e aquela que será apresentada ao final da seção 2.4 deste trabalho difere do modelo de “notas da comunidade”, implementado pelo X (antigo Twitter) em 2022 e mais recentemente anunciado pela Meta (Kaplan, 2025). Nesse modelo, os usuários que aderem ao programa podem adicionar notas a publicações com o objetivo de fornecer contexto adicional ou corrigir possíveis informações enganosas. Essas notas são, então, avaliadas por outros participantes do programa e, caso recebam o número de aprovações suficientes de certos usuários, tornam-se públicas e são exibidas junto à publicação original. Ao contrário do que se poderia pensar inicialmente, de acordo com o X (2023), o modelo de notas da comunidade “*não*

¹⁴⁵ Ver Poncibò *et al.*, 2024; Zhuk, 2023; Dylag; Smith, 2021.

funciona pelas regras da maioria. Para identificar notas úteis a uma grande variedade de pessoas, as notas exigem acordo entre os colaboradores que às vezes discordaram em avaliações anteriores”.

Trata-se de um modelo intrigante e ainda pouco estudado. Cabe mencionar, porém, algumas diferenças entre ele e as propostas contidas neste trabalho. No modelo aqui proposto, as plataformas (ou os usuários, no modelo mais audacioso) devem sempre apresentar decisões fundamentadas – que, por sua vez, podem ser contestadas pelos usuários destinatários – e assumir a responsabilidade por tê-las proferido. No sistema de notas da comunidade, por outro lado, as colaborações são anonimizadas por meio de pseudônimos, com o fim de reduzir vieses e polarização nas avaliações das notas por outros usuários (X, 2023). Há possibilidade de que o usuário que tiver uma nota adicionada à sua postagem pleitear uma análise adicional pelos colaboradores do sistema de notas da comunidade, porém, ela não é elaborada pelos autores ou avaliadores da nota da comunidade anteriormente elaborada. Tudo é conduzido por uma sistemática que anonimiza e impessoaliza a verificação de uma informação falsa, ao contrário das propostas aqui apresentadas, que, embora promovam discussões coletivas, não receiam tornar públicos e responsabilizar os agentes por trás delas se isso se fizer necessário, o que entendo que favoreceria maior nível de responsabilidade e comprometimento.

1.3. A criação de um repositório de decisões sobre moderação de conteúdo

Associado ao contencioso administrativo, poder-se-ia criar um repositório que reunisse as decisões relacionadas à moderação de conteúdos e à “desplataformização”. Essa é uma medida fundamental, já que, se os usuários tiverem acesso aos debates realizados nesses processos, haverá mais espaço para a produção de conhecimento e para a discussão sobre quais tipos de discurso são promovidos pelas redes. Assim, quem utiliza as plataformas estará mais seguro contra possíveis tentativas de censura dos conglomerados; estes, por sua vez, se verão resguardados contra possíveis acusações de favorecimento ou promoção de determinado grupo ou ideologia.

Trata-se de uma medida tão relevante que poderia ser implementada pela metarregulação mesmo sem a criação de um contencioso administrativo. Ainda que as plataformas não apresentem decisões fundamentadas sobre a remoção de conteúdos, a simples disponibilização de um repositório de postagens retiradas do ar contribuiria para a fiscalização de tais decisões de retirada pela sociedade e para a produção de conhecimento por pesquisadores.

Cabe mencionar que, nesse ponto, o PL nº 2.630/2020, em seu artigo 13 da redação original, restringia-se a exigir que os provedores de redes sociais produzissem relatórios trimestrais que apresentassem números a respeito das medidas de moderação de contas e conteúdos, especificando motivações e metodologia utilizada na detecção de irregularidades em linhas gerais. Não se pode negar que isso constituiria um avanço em relação ao cenário atual, porém, um relatório que apresente números e fale apenas em linhas gerais sobre a forma como se modera conteúdo não seria algo muito diferente das políticas e regulamentos internos adotados e disponibilizados por essas plataformas. Permaneceríamos reféns da disposição desses conglomerados em revelar, de fato, toda a extensão e os critérios de sua moderação. É possível – e necessário – ir muito além disso.

Na versão mais recente do texto da Câmara dos Deputados, em que o artigo 23 versa sobre essa matéria, os relatórios passaram a ter periodicidade semestral, com a possibilidade de redução desse intervalo em casos de “*relevante interesse público*”. Além das informações quantitativas, determinou-se que os relatórios incluíssem informações qualitativas, como o detalhamento dos procedimentos de moderação de contas e conteúdos, ações implementadas para combater atividades ilegais, mudanças significativas nos termos de uso e sistemas de recomendação, bem como dados sobre as equipes responsáveis pela aplicação dessas normas. Também foi previsto que tais relatórios seriam regulamentados de forma mais específica, abrindo margem, por exemplo, para a criação de um repositório de decisões anonimizadas, a serem divulgadas a cada relatório semestral, por exemplo. No entanto, seria preferível que essa

especificação já estivesse prevista na própria lei, garantindo maior clareza e eficácia desde o início de sua vigência.

Previsões bastante semelhantes são encontradas no Regulamento Europeu dos Serviços Digitais, especificamente nos artigos 15 e 24, que estabelecem a obrigação de publicação de relatórios de transparência pelas plataformas, prestadores de serviços intermediários (por exemplo, os serviços de mensagens instantâneas) e motores de pesquisa *online*. Esses relatórios devem conter informações úteis e acessíveis sobre a moderação de conteúdos realizada por iniciativa própria das plataformas e, no caso específico das plataformas, o número de litígios submetidos à apreciação de organismos de resolução extrajudicial de litígios e o número de suspensões da prestação de seus serviços a determinados usuários. Devem incluir o uso de ferramentas automatizadas, as medidas adotadas para capacitar e apoiar os responsáveis pela moderação, o número e o tipo de ações que impactam a disponibilidade, visibilidade e acessibilidade das informações fornecidas pelos usuários, bem como a capacidade destes de compartilhar conteúdos e quaisquer outras restrições relacionadas. Além disso, os relatórios devem detalhar o uso de meios automatizados para moderação, incluindo uma descrição qualitativa, os objetivos específicos, indicadores de precisão, taxas de erro e as garantias aplicadas para minimizar impactos negativos.

1.4. Discurso de ódio

A pesquisa acadêmica, assim como as autoridades nacionais e internacionais, tem direcionado esforços crescentes para abordar a questão do discurso de ódio. O principal desafio nesse campo é estabelecer uma definição precisa e funcional de discurso de ódio. Isso não é nada simples: uma definição excessivamente genérica e ampla pode levar ao risco de praticamente qualquer discurso de caráter mais incisivo ou crítico ser classificado como ilícito, o que seria catastrófico para o debate público; por outro lado, uma definição excessivamente restritiva pode abrir margem para que ofensores manipulem

suas declarações, argumentando que não se enquadram nos critérios estabelecidos.

Em um trabalho pioneiro sobre o tema na literatura brasileira, Clarissa Gross propõe uma distinção relevante entre atos discriminatórios (discursivos ou não) e atos discursivos com conteúdo discriminatório (Gross, 2017, p. 46). Os primeiros referem-se à exclusão de pessoas de estabelecimentos, repartições, espaços públicos, elevadores, serviços ou oportunidades de trabalho com base em características como raça, cor, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, religião, etnia, nacionalidade ou outros traços identitários. Esses atos, segundo a autora, são tradicionalmente proibidos pelas leis antidiscriminação e devem continuar a sê-lo. Por outro lado, os atos discursivos com conteúdo discriminatório não poderiam ser interditados apenas por seu conteúdo no contexto do debate público, de modo que sua restrição apenas seria justificável na hipótese de tais atos causarem um dano normativamente relevante diretamente associado ao discurso ou quando resultem de intenções não protegidas pela liberdade de expressão.

Na mesma linha, a estadunidense Judith Butler questiona a tese de que a comunicação seria em si mesma uma conduta que age sobre o destinatário, direta ou causalmente, como defendido pelos proponentes da legislação do discurso de ódio (Butler, 2021, p. 124-125), que enfatizam a força ilocucionária¹⁴⁶ dos atos de fala (Butler, 2021, p. 139). Para a autora, as regulamentações de discurso de ódio devem “*permanecer restritas ao discurso de ódio como cena perlocucionária, isto é, uma cena na qual os efeitos desse discurso devem ser evidenciados, na qual o ônus da prova deve ser assumido*”, ou seja, caberia à vítima ou a quem imputa a acusação de

¹⁴⁶ O ato locucionário consiste no emprego de palavras e construção de sentenças em conformidade com as regras gramaticais aplicáveis, com sentido e referência. O ato ilocucionário é o núcleo do ato de fala e possui a chamada “força ilocucionária”, porque permite que se aja ao realizar um ato de fala. Por exemplo, quando se diz “prometo lhe pagar amanhã”, isso é não apenas uma descrição de intenções ou de um estado mental, mas o próprio ato de prometer. Por sua vez, o ato perlocucionário caracteriza-se pelas consequências do ato em relação aos sentimentos, pensamentos e ações dos ouvintes, do falante ou de outras pessoas, de modo que pode ter sido realizado com o propósito de gerar tais consequências. Ver Souza Filho, 2006, p. 224-225.

discurso de ódio demonstrar suas consequências para que ele fosse censurado e seu emissor punido (Butler, 2021, p. 170-171).

Apesar da inegável importância das contribuições de ambas as autoras sobre o tema, discordo em parte das soluções que elas propõem. Alguns discursos não precisam ter suas consequências nefastas demonstradas para serem considerados discursos de ódio. A simples enunciação de certas declarações já constitui, por si só, uma ofensa a seus destinatários a ser juridicamente coibida. Exigir que os destinatários de tais discursos tenham de dispendar esforços perante a Justiça evidenciando consequências de tais discursos para censurá-los e punir seus emissores é algo que, além de impertinente — já que a ofensa ao outro se caracteriza na própria enunciação de tais discursos — apenas fará com que vítimas tenham de reproduzir e, portanto, reviver situações que tiveram sua dignidade atacada.

A ênfase de ambas as autoras na força perlocucionária do discurso pode ser interpretada como reflexo da influência da jurisprudência e da filosofia do direito estadunidenses,¹⁴⁷ tradicionalmente mais permissivas em relação à liberdade de expressão. Um exemplo apresentado criticamente pela própria Judith Butler (2021, p. 164) ilustra a permissividade da tradição jurídica estadunidense de forma clara:

Esses esforços de regulamentação são involuntariamente fortalecidos pelo poder aprimorado do Estado para impor a distinção entre o discurso publicamente protegido e o discurso não protegido. Assim, o juiz Scalia questionou em *R.A.V. v. St. Paul* se uma cruz em chamas, embora seja “repreensível”, não poderia estar comunicando uma mensagem que é protegida no livre mercado de ideias.

Nesse sentido, entendo que, como regra geral, deve-se adotar uma definição de discurso de ódio que se pautar na força ilocucionária do discurso de

¹⁴⁷ Embora o trabalho de Gross seja pioneiro na literatura brasileira, não se pode olvidar que ela própria admite ter como principal base teórica a teoria do estadunidense Ronald Dworkin, conhecida por privilegiar a liberdade de expressão diante de outros direitos, o que ocasiona a permissividade de manifestações discriminatórias. Ver Gross, 2017, cap. 3 e 4.

ódio, e não na perlocucionária. Por evidente, não se pode desconsiderar, como nota Judith Butler, que o discurso jurídico é sempre passível de resignificação. Assim, uma lei nunca possui um significado único ou essencial, podendo sempre ser redirecionada, refuncionalizada e reconstruída (Butler, 2021, p. 167), havendo, por exemplo, o risco de que uma norma contra o discurso de ódio seja aplicada de forma injusta contra minorias marginalizadas (Butler, 2021, p. 164).

Para lidar com isso, entendo que a regulamentação poderia determinar a restrição imediata apenas de manifestações que sejam flagrantemente configuradas como discursos de ódio, os chamados casos fáceis ou evidentes. Poderia ser incluída uma cláusula que expressamente diga os contextos que justificam que algo não seja considerado um discurso de ódio de forma sumária, por exemplo, no caso de manifestações artísticas e políticas voltadas para sua denúncia. Por outro lado, se determinada declaração for dúbia, suscitando debate sobre sua caracterização ou não como discurso de ódio, pode-se passar à ênfase na força perlocucionária do discurso, atribuindo o ônus de prova à vítima para demonstração de seus efeitos, como proposto por Butler e Gross, o que deve se dar diante no âmbito do contencioso administrativo aqui já abordado ou, caso não tenha sido instituído, do Poder Judiciário. Nos casos evidentes, porém, não há razão para atribuir o ônus de prova dos efeitos de um discurso flagrantemente discriminatório à vítima.

Ainda, no lugar do contencioso administrativo, pode-se considerar a formação de comitês de avaliação de discursos nos casos dúbios. Uma proposta semelhante já constava na redação original do PL nº 2.630/2020, em seus artigos 25 a 29, que previam a criação de um Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet, o qual teria como atribuição a realização de estudos, pareceres e recomendações sobre liberdade, responsabilidade e transparência na internet. No entanto, a proposta foi amplamente criticada, o que entendo decorrer da forma de composição do Conselho, que seria formado por indicados por instituições da elite política brasileira (como o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, o Conselho Nacional de Justiça, entre outros), com

mandatos de dois anos.¹⁴⁸ A oposição destacou o risco de aparelhamento político, levantando temores sobre a possibilidade de censura por parte de determinados atores políticos. Embora eu não acredite que esse risco fosse inevitável, não se pode negar que parte significativa da sociedade civil compartilhou de tais preocupações.

Proponho, nesse contexto, a criação de múltiplos comitês compostos por cidadãos selecionados de maneira participativa e democrática. Eles poderiam ser formados por meio de eleição direta, seguindo o modelo utilizado para conselheiros tutelares, ou por meio de inscrição voluntária, como ocorre com mesários em processos eleitorais. A segunda opção seria especialmente útil em uma fase inicial, quando o número de interessados pode ser limitado. Cada comitê de moderação seria então composto por cinco¹⁴⁹ integrantes, responsáveis por analisar casos considerados dúbios. Esses casos seriam distribuídos de forma aleatória entre os diversos comitês, garantindo a imparcialidade desde o início do processo. A retirada de conteúdo das redes dependeria de uma decisão por maioria absoluta dos membros do comitê, que também seriam responsáveis por apresentar uma fundamentação clara para a decisão final.

Essa abordagem permitiria uma maior inclusão da sociedade civil no processo decisório, garantindo que os moderadores de conteúdo representem uma diversidade de perspectivas. Para evitar problemas como a participação de robôs ou de pessoas previamente condenadas por discursos de ódio, o processo de seleção precisaria ser rigoroso, exigindo reputação ilibada dos participantes e conduzido de forma transparente dentro de nossas instituições. Além disso, os mandatos dos membros desses comitês devem ser curtos, não ultrapassando um

¹⁴⁸ Na última versão do texto da Câmara dos Deputados, o Conselho de Transparência e Responsabilidade foi substituído pelo Comitê Gestor da Internet (CGI.br), órgão já existente, objeto do Decreto Federal nº 4.829, de 3 de setembro de 2003. Apesar da mudança, o problema apontado continua: sua composição ainda é bastante restrita, e os mandatos são de três anos, permitida a reeleição.

¹⁴⁹ A escolha de cinco membros para compor cada comitê de moderação busca equilibrar eficiência e diversidade. Um número ímpar evita empates, enquanto cinco integrantes são suficientes para incluir múltiplas perspectivas sem comprometer a agilidade do processo decisório. Além disso, essa quantidade tende a ser operacionalmente viável por possibilitar a formação de um grande número de comitês, que poderão dedicar-se a uma quantidade de casos que não os sobrecarregue.

ano, a fim de evitar a concentração de poder e assegurar a renovação constante dos responsáveis por moderar conteúdo.

Essa proposta busca promover uma “radicalização da democracia”¹⁵⁰ ao permitir que os cidadãos decidam coletivamente o que constitui discurso de ódio, aproximando-se de uma abordagem consensualista. Embora tal modelo não esteja isento de desafios, ele poderia evitar a deslegitimação dos comitês e oferecer um mecanismo mais democrático e inclusivo para o enfrentamento dessa questão urgente.

Considerações finais

A regulação das redes sociais representa um desafio crítico para as sociedades democráticas, especialmente diante das transformações trazidas por essas plataformas na esfera pública e no campo político. Embora o modelo europeu de regulação ofereça parâmetros úteis e já tenha inspirado iniciativas legislativas no Brasil, como a LGPD, é imprescindível que o país adote uma postura proativa e criativa no enfrentamento desse tema.

A abordagem brasileira deve transcender a simples reprodução de modelos estrangeiros, o que não proponho por um sentimento nacionalista, ou porque considero o contexto nacional muito diferente dos demais países, mas sim porque ainda não se obteve sucesso na regulamentação das redes no cenário mundial. Para isso, é necessário estimular a imaginação institucional e o experimentalismo democrático, a fim de construir soluções inovadoras e eficazes que atendam às demandas tecnológicas e sociais de nosso tempo.

Além disso, se a reprodução de legislações europeias que foram reconhecidamente bem sucedidas em determinados contextos já não foi, em nossa história, garantia da replicação da qualidade das instituições e das condições de vida desses países, ainda menos sentido faria a importação de uma regulamentação que pode vir ou não a alcançar os resultados por ela almejados.

¹⁵⁰ Termo usado por Mangabeira Unger (2017, p. 276) para se referir ao processo de reformulação das instituições políticas voltada ao aumento do nível e expansão do espaço de engajamento popular organizado na vida política.

Como explicar esse tipo de proposta, senão apontando para a covardia de não apresentar novas soluções e para a apatia decorrente de um dogmatismo que impede um pensamento original e independente?

Nas palavras de Mangabeira Unger (2018, p. 96), *“adotamos a agenda experimentalista para que as alternativas não tenham de caber nos moldes dos dogmas e das ilusões”*. O debate sobre a regulamentação das redes sociais, portanto, permanece em aberto, e é essencial que seja incentivada a pluralidade de perspectivas. O desenvolvimento de um marco legal não deve se limitar apenas a mitigar os impactos negativos das plataformas digitais, mas também a fortalecer a democracia e restaurar a confiança em nossas instituições.

Referências

- AGENCE FRANCE-PRESSE. ONG Human Rights Watch acusa Meta de ‘silenciar’ vozes pró-palestinas. **UOL**, [s. l.], 24 nov. 2024. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2023/12/21/ong-human-rights-watch-acusa-meta-de-silenciar-vozes-pro-palestinas.htm>. Acesso em: 24 nov. 2024.
- AMATO, L. F. Fake news: Regulação ou metarregulação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 58, n. 230, p. 29-53, abr./jun. 2021.
- BACHINI, N. *et al.* Onde está o povo? Comunicação digital e populismo nas eleições de 2018. **Tempo social: Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 161-190, Set./Dez. 2023.
- BENNETT, W. L.; LIVINGSTON, S. The disinformation order: Disruptive communication and the decline of democratic institutions. **European Journal of Communication**, [s. l.], v. 33, n. 2, p. 122-139, 2018.
- BUTLER, J. Performativos soberanos. In: BUTLER, Judith. **Discurso de ódio: uma política do performativo**. Tradução: Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Unesp, 2021. cap. 2, p. 123-172.
- CANIATO, B. Lei europeia que mira Musk é referência para regular redes no Brasil. **Veja**, [s. l.], 23 nov. 2024. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/maquiavel/lei-europeia-que-mira->



- [musk-e-referencia-para-regular-redes-no-brasil](#). Acesso em: 24 nov. 2024.
- DYLAG, M.; SMITH, H. From cryptocurrencies to cryptocourts: blockchain and the financialization of dispute resolution platforms. **Information, Communication & Society**, [s. l.], v. 26, n. 2, p. 372-387, 23 jun. 2021.
- FIGUEIREDO, J. Regulação das redes sociais na Europa é referência para debate no Brasil em meio a recuo de projeto na Câmara. **O Globo**, Buenos Aires, 13 abr. 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2024/04/13/regulacao-das-redes-sociais-na-europa-e-referencia-para-debate-no-brasil-em-meio-a-recuo-de-projeto-na-camara.ghtml> Acesso em: 24 nov. 2024.
- GROSS, C. P. **Pode Dizer ou Não? Discurso de Ódio, Liberdade de Expressão e a Democracia Liberal Igualitária**. Orientador: Ronaldo Porto Macedo Júnior. 2017. 354 p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- HARWELL, D.; MERRILL, J. B. On Elon Musk's X, Republicans go viral as Democrats disappear. **The Washington Post**, [s. l.], 29 out. 2024. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2024/10/29/elon-musk-x-republican-democrat-twitter-election/>. Acesso em: 24 nov. 2024.
- KAPLAN, J. More Speech and Fewer Mistakes. **Meta Newsroom**, [S. l.], 7 jan. 2025. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2025/01/meta-more-speech-fewer-mistakes/>. Acesso em: 12 jan. 2025.
- LACLAU, E. **A razão populista**. Tradução: Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Três Estrelas, 2013.
- MESQUITA, L. Denúncias de discurso de ódio online dispararam no 2º turno das eleições, diz ONG. **BBC News Brasil**, Londres, 9 nov. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46146756>. Acesso em: 24 nov. 2024.



- O'NEIL, C. **Algoritmos de destruição em massa**: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução: Rafael Abraham. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020 (versão e-book, não paginado).
- PARISER, E. **The filter bubble**: What the Internet is hiding from you. Nova York: Penguin UK, 2011 (versão e-book, não paginado).
- PAUL, K.; DINAPOLI, J. Ex-engenheiro da Meta acusa empresa de viés contra Gaza em processo após demissão. **Folha de São Paulo**, Nova York, 5 jun. 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2024/06/ex-engenheiro-da-meta-acusa-empresa-de-vies-contr-gaza-em-processo-apos-demissao.shtml#:~:text=Um%20ex%2Dengenheiro%20da%20Meta,postagens%20pr%C3%B3%20palestinas%20no%20Instagram>. Acesso em: 24 nov. 2024.
- PAUL, K.; MILMO, D. Facebook putting profit before public good, says whistleblower Frances Haugen. **The Guardian**, [s. l.], 4 out. 2021. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2021/oct/03/former-facebook-employee-frances-haugen-identifies-herself-as-whistleblower>. Acesso em: 24 nov. 2024.
- PONCIBÒ, C. *et al.* Blockchain Justice: Exploring Decentralising Dispute Resolution Across Borders. **Journal of Law, Market & Innovation**, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 14-32, 31 mar. 2024.
- REDAÇÃO. Ex-engenheiro do Facebook diz que empresa está “lucranda com o ódio”. **IstoÉ**, [s. l.], 9 set. 2020. Disponível em: <https://istoedinheiro.com.br/engenheiro-do-facebook-diz-que-empresa-esta-lucranda-com-o-odio/>. Acesso em: 24 nov. 2024.
- ROGERS, R. Deplatforming: Following extreme Internet celebrities to Telegram and alternative social media. **European Journal of Communication**, [s. l.], v. 35, n. 3, p. 213-229, 2020.
- SAMPAIO, H. Elon Musk perde ação contra grupo que acusou X de promover discurso de ódio. **Estadão**, [s. l.], 26 mar. 2024. Disponível em:

<https://www.estadao.com.br/link/empresas/elon-musk-perde-acao-x-twitter-discurso-de-odio-nprei/>. Acesso em: 24 nov. 2024.

SOPHIA, D. Meta expands hate speech policy to remove more posts targeting ‘Zionists’. **Reuters**, Bengaluru, 9 jul. 2024. Disponível em: <https://www.reuters.com/technology/meta-expands-hate-speech-policy-remove-more-posts-targeting-zionists-2024-07-09/>. Acesso em: 24 nov. 2024.

SOUZA FILHO, D. M. A Teoria dos Atos de Fala como concepção pragmática de linguagem. **Filosofia Unisinos**, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 217-230, set./dez. 2006.

UNGER, R. M. **O movimento de estudos críticos do direito**: outro tempo, tarefa maior. Tradução: Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

UNGER, R. M. **Depois do colonialismo mental**: repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

VAN DIJCK, J. *et al.* The Platform Society as a Contested Concept. In: **The platform society**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 7-30.

X. **Guia de Notas da Comunidade**. [S. l.], 2023. Disponível em: <https://communitynotes.x.com/guide/pt/>. Acesso em: 12 jan. 2025.

YAZBEK, P. Brasil quer seguir passos da Europa para regulamentar redes sociais. **CNN Brasil**, [s. l.], 21 fev. 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/brasil-quer-seguir-passos-da-europa-para-regulamentar-redes-sociais/>. Acesso em: 24 nov. 2024.

ZHUK, A. Applying blockchain to the modern legal system: Kleros as a decentralised dispute resolution system. **International Cybersecurity Law Review**, [s. l.], v. 4, p. 351-364, 12 abr. 2023.

15. Digitalizando os direitos humanos e fundamentais: desestabilização, imunidade, participação e autonomia

Lucas Fucci Amato¹⁵¹

Introdução

A ideia das três gerações de direitos (civis, políticos e sociais) é uma esquematização histórica do desenvolvimento jurídico e político-econômico da “cidadania” na sociedade industrial (Marshall, 1973 [1949]): descreve as transformações políticas do liberalismo oligárquico para a democracia de massas e o Estado de bem-estar social – embora, vale registrar, tais etapas não sejam nem lineares nem irreversíveis em cada experiência nacional.

A bipartição entre direitos civis e políticos, por um lado, e direitos sociais, econômicos e culturais, por outro, é um produto da Guerra Fria. Os primeiros são vistos como direitos humanos universais, vinculativos e judicialmente aplicáveis; os segundos como promessas políticas de realização a longo prazo (Amato, 2016).

Apesar destas considerações históricas, é evidente que todos os direitos implicam custos e exigem políticas públicas para a sua realização e efetiva fruição: não apenas os direitos sociais exigem consórcio orçamentário público para os respectivos serviços públicos ou transferências fiscais; pense-se no custo do aparelho burocrático judicial e policial, mais diretamente ligado aos direitos civis.

Tendo em conta esses pressupostos, pode-se propor uma classificação alternativa, que considera quatro funções ou papéis dos direitos fundamentais (Amato, 2018; 2024): 1) a proteção individual e coletiva contra a exclusão, a

¹⁵¹ Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard. Livre-docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD.

privação e a opressão remete para os “direitos de imunidade”, que englobam basicamente os chamados direitos civis e políticos, lado a lado; 2) ao mesmo tempo, cada um destes direitos em espécie (direito à vida, à saúde, à liberdade de expressão) pode ser mobilizado para uma outra função: não como “escudo”, a partir de uma posição defensiva para reclamar proteção ou acesso a recursos políticos, econômicos, jurídicos ou culturais, mas como “espada”, para combater injustiças estruturais mas localizadas; isto é, para intervir em procedimentos e rotinas organizacionais que produzem repetidamente discriminação, exclusão, violência ou carência. Neste papel, os direitos funcionam como “direitos de desestabilização” (para ambas as categorias de direitos, ver Unger, 2001 [1987]). Há também a função mais específica de acesso ao sistema político, e aqui temos os “direitos de participação”. Por fim, num contexto em que já não é crível a reivindicação do monopólio estatal do direito, o próprio constitucionalismo precisa de interiorizar e impor normas que regulem a autorregulação privada, o que é o caso dos “direitos de autonomia”.

Tal matriz de direitos humanos e/ou fundamentais permite associá-los a conflitos emergentes nas diversas ordens jurídicas a partir dos usos e abusos das tecnologias de inteligência artificial. Esses conflitos podem ser vistos como verdadeiros problemas transconstitucionais, no sentido de Neves (2009): estão em jogo os temas clássicos do constitucionalismo moderno – direitos básicos dos afetados, de um lado; organização e autorrestrição dos centros de poder, de outro –, os quais ultrapassam as ordens jurídicas nacionais, transbordando para ordens internacionais (como os sistemas regionais de direitos humanos), supranacionais (como a União Europeia) e transnacionais (autorregulação privada das plataformas digitais).

Partindo desse enquadramento teórico, o objetivo deste trabalho é caracterizar como a discussão sobre a regulação da inteligência artificial se intersecciona com a bloqueios e alternativas institucionais para a proteção e promoção dos direitos humanos em diversas ordens jurídicas, dando destaque a discussões judiciais contemporâneas no Brasil. Na primeira sessão, mapeamos brevemente o cenário sobre regulação da inteligência artificial. A seguir,

destacamos como o tema pode interagir com cada uma das quatro categorias de direitos propostas, mapeando uma agenda de novos direitos humanos e fundamentais que precisam ser institucionalizados e garantidos nas diferentes ordens jurídicas.

A digitalização dos direitos humanos

Nos termos da classificação proposta (Amato, 2018; 2024), direitos de imunidade contemplam novas titularidades civis e sociais de proteção contra os riscos de violência e necessidade. De um lado, é preciso “digitalizar” categorias clássicas de direitos individuais e liberdades públicas, convertendo-as da era analógica para a era digital: por exemplo, liberdade de expressão, sigilo de dados e privacidade. Agora é necessário delinear o seu âmbito de proteção nas plataformas digitais, que alteram drasticamente as fronteiras entre a comunicação privada e a repercussão pública, uma vez que estas plataformas permitem não só o consumo massivo de informação (como a rádio e a televisão), mas também a produção massiva, anárquica e descentralizada de informação e desinformação, transbordando para a esfera pública a partir de interações pessoais em aplicativos de mensagens ou postagens em perfis de redes sociais com diferente visibilidade e poder de pauta.

No Brasil, desde 2018 o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral têm dificuldades em consolidar a jurisprudência sobre notícias falsas e discurso de ódio, especialmente na esfera política (Saba *et al.*, 2021). O advento das tecnologias de inteligência artificial apenas exponenciou o desafio, com proibição de *deepfakes* e a exigência de sinalização do conteúdo gerado por IA nas campanhas eleitorais, como dispôs a Resolução nº 23.732/2024, do Tribunal Superior Eleitoral.

Por outro lado, estão em jogo as proteções sociais e trabalhistas na era da autonomização tecnológica e do desemprego estrutural. Assim como a sociedade industrial criou institutos como o seguro-desemprego, as férias remuneradas ou o fundo de garantia, agora seria necessário instituir proteções trabalhistas universalmente portáteis e novos direitos de inclusão no mercado, como renda

básica e herança social – tudo isso considerando um cenário em que a instabilidade no emprego, a mudança de empresa e mesmo de profissão e setor são mais a regra do que a exceção.

Tecnologias como a inteligência artificial não só automatizam os processos de produção, poupando trabalho manual, como também autonomizam processos decisórios, entrando no campo de como a gestão e o direito. Os algoritmos permitem a adaptação dos sistemas decisórios tracionados pela inteligência artificial, que revisam suas decisões pela coleta contínua de dados.

Observa-se uma das facetas do problema na discussão a respeito do enquadramento do trabalho vinculado a aplicativos. No Brasil, uma parte da Justiça do Trabalho tende a equiparar tal trabalho à relação de emprego protegida pela CLT (considerando a “subordinação algorítmica” dos motoristas e entregadores, com controles de tempo, prêmios e punições por seu desempenho) e o restante do Judiciário, o STF inclusive, tende a considerar que faltam nesse vínculo contratual elementos típicos da relação de emprego (como subordinação jurídica e não eventualidade) (Jota, 2024). Já em Portugal, por exemplo, a Lei n.º 13/2023 (“Agenda do Trabalho Digno e de Valorização dos Jovens no Mercado de Trabalho”), no artigo 12º-A, passou a fixar uma série de indicadores para a presunção de contrato de trabalho em funções mediadas por plataformas digitais, como (alternativamente) o exercício de poder disciplinar (com a imposição de sanções como a exclusão da plataforma), a fixação de limites mínimos ou máximos de pagamento ou a supervisão e orientação quanto à forma de prestação de serviço.

A outra categoria proposta é a dos “direitos de desestabilização”, que se destinam à provocação de intervenções estruturais, porém localizadas, em rotinas, procedimentos e organizações públicas ou privadas que desrespeitem parâmetros constitucionais mínimos. O modelo básico de funcionamento destes direitos são as injunções estruturais criadas pelo poder judicial dos EUA desde os casos *Brown* na década de 1950. Mas, desde então, tem havido uma controvérsia sobre as oportunidades e as formas de intervenção judicial para combater a opressão e a discriminação localizadas em organizações públicas e

privadas, como escolas, hospitais, sistemas eleitorais, prisões, empresas ou bancos. Assim, o instituto teve o seu apogeu e declínio nos Estados Unidos, ligado a críticas sobre a falta de legitimidade política e incapacidade gerencial do Poder Judiciário para realizar tais intervenções (Weaver, 2004), que funcionam como uma espécie de recuperação judicial das empresas, como existe no direito privado.

O poder das grandes plataformas digitais (*big techs*) se, por um lado, pode reabilitar a legitimidade da intervenção judicial como instrumento de defesa da democracia e do interesse público, por outro impõe dificuldades práticas e políticas de grande monta, dado o hiato entre a jurisdição estatal e o domínio transnacional das plataformas.

Há apenas dez anos, desde 2015, o Supremo Tribunal Federal do Brasil tem sido provocado a decidir, por meio do controle abstrato, sobre temas como o sistema penitenciário, a criação de novas faculdades de Direito, o desmatamento na Amazônia, o sistema tributário, a política de saúde durante a pandemia de Covid-19, o custo do sistema de saúde, a violência policial contra a população negra e a situação da população de rua. A tendência inicial foi enquadrar essas situações como “estados de coisas inconstitucionais”, seguindo a doutrina colombiana. Mas só agora estão em discussão critérios mais claros para o “processo estrutural” ou “ações estruturais”, ou seja, para determinar quando e como o Judiciário pode intervir nessas situações. De fato, tais direitos desafiam os limites da jurisdição constitucional e ativam uma rede de funções judiciais e parajudiciais – podemos pensar, no caso brasileiro, nos papéis combinados do Judiciário, do Ministério Público, das Defensorias Públicas e de órgãos do Executivo, como o Ministério do Trabalho (Amato, 2025).

Sobre os direitos de participação política e sua associação às tecnologias digitais, até aos anos 2000, predominava uma visão utópica ou otimista do potencial das tecnologias digitais para a transição da democracia representativa e parlamentar para uma democracia verdadeiramente participativa – pensava-se que todos poderiam votar diariamente, através do seu celular, sobre questões de interesse público. Hoje em dia, existe um pressuposto claramente conservador

ou pessimista sobre os usos e abusos das tecnologias digitais no contexto político: adulteraram os mandatos representativos, tornando-os quase mandatos imperativos, transformaram o debate parlamentar em uma espécie de *reality show* e fizeram com que cada campanha eleitoral seja uma tempestade de desinformação. A conclusão implícita é que, se a democracia liberal está em crise, as perspectivas de alargamento da participação política direta são ainda piores.

Ao mesmo tempo, os nossos sistemas políticos, como o presidencialismo típico dos Estados Unidos e importado para a América Latina, continuam a gerar impasses entre os poderes. Esses impasses desaguam na judicialização ou mesmo em ameaças de intervenção militar, como vimos no Brasil. Mecanismos como eleições antecipadas ou plebiscitos e referendos seriam alternativas para a arbitragem popular desses impasses na tomada de decisões. Mas então temos que enfrentar uma questão: mais oportunidades de participação política (mais eleições, consultas populares, plebiscitos) seriam mais ocasiões para tempestades de desinformação ou mais oportunidades para tentar esclarecer a opinião pública sobre temas relevantes, filtrando e combatendo a desinformação que circula todos os dias nas plataformas digitais? Mais do que responder empiricamente a esta questão, é preciso pensar em mecanismos institucionais para que o segundo, o potencial de mobilização e esclarecimento da opinião pública, prevaleça sobre o primeiro, a sua intoxicação pelo lixo digital.

Por exemplo (Lara, 2024): a inteligência artificial generativa pode ser uma ferramenta para agregar e distribuir informação, reforçar o debate público e, ao mesmo tempo, facilitar plebiscitos e consultas virtuais; poderíamos ter um núcleo mais diretamente gerencial e participativo, especialmente na política local, mas também envolver um maior número de pessoas, exigindo menos tempo e trabalho, com a utilização de ferramentas digitais de informação e consulta.

Finalmente, propomos a categoria dos direitos de autonomia como reconhecimento e limitação constitucional da autorregulação. O direito digital não se constitui como uma ordem jurídica transnacional unificada, mas sim como uma rede de autorregulações, por isso de difícil abordagem e observação por outras ordens jurídicas (Negócio, 2023). Desde 2019, o Congresso Nacional do

Brasil discute um projeto de lei sobre o combate às *fake news*, e agora há também uma proposta de regulamentação da Inteligência Artificial, nos moldes do Regulamento Europeu de Inteligência Artificial de 2024¹⁵².

Essa pauta levanta três conjuntos de problemas: trata de tecnologias transversais, que têm impacto em vários setores (política, saúde, educação, economia, etc.); a mudança tecnológica pode ser mais rápida do que o processo de decisão legislativa ou administrativa para a regular; são tecnologias sob o domínio das *big techs* globais, enquanto o constitucionalismo continua baseado nos Estados nacionais e os mecanismos regionais de direitos humanos continuam sendo orientados a violações estatais.

É aqui que se coloca a questão daquilo a que David Sciulli (1992; 2001) e, mais tarde, Gunther Teubner (2012) chamaram “constitucionalismo societal”: a imposição de normas mínimas de um Estado de direito à autorregulação, ao direito criado fora do Estado. Se a imposição unilateral do direito estatal pode ser impossível ou inofensiva, e se deixar os poderes privados entregues a si próprios é muito perigoso, a solução que tem vindo a ser delineada é a regulação da autorregulação, uma espécie de “metarregulação” (Amato, 2021), co-regulação ou autorregulação regulada. Impor um limite mínimo de devido processo, legalidade e direitos substantivos para que as plataformas continuem a operar no país. Só acima desse piso é que elas poderiam instituir mais direitos e garantias para seus usuários, nunca menos. O Estado precisa criar agências que atuem como articuladoras de uma rede de órgãos públicos, empresas privadas e representantes da sociedade civil, tentando criar uma espécie de arranjo de freios e contrapesos que integre agências reguladoras setoriais e antitruste, acadêmicos e movimentos de direitos digitais e representantes das *big techs* e de empresas emergentes de tecnologia. Por essa saída, se evitariam os problemas extremos da

¹⁵² O Regulamento de Inteligência Artificial da União Europeia (2024/1689) tem uma abordagem baseada em riscos (de danos físicos, psicológicos, sociais ou econômicos, a direitos fundamentais e a interesses públicos, como a privacidade de dados pessoais, saúde e segurança). A gradação abrange sistemas de risco mínimo ou nulo (deixados basicamente à autorregulação pelo mercado e pelos provedores), de risco limitado (aos quais se impõem obrigações de transparência e confiança, como no caso de *deepfakes*) e de risco elevado (como identificação biométrica ou robôs para transporte, ensino ou tratamento médico, sistemas aos quais se impõem exigências estritas para autorização e monitoramento).

subregulação (com a geração de riscos tecnológicos sem as devidas medidas de precaução e proteção de direitos) e da sobreerregulação (com a geração de custos e barreiras impeditivos da inovação).

Há dois problemas que devem ser abordados. O primeiro é o de contrabalançar os interesses parciais dos diferentes atores (Estado, plataformas e utilizadores) e evitar o abuso dos seus poderes através de uma contenção baseada nos vetos que cada um pode impor ao outro no desenho da regulação que se desenvolve e aprofunda a partir deste regime jurídico. Trata-se de procurar uma distribuição de direitos, deveres, poderes e responsabilidades que responda a uma interseção identificável com o “interesse público”. O segundo problema é lidar com a falibilidade dos vários atores e da sua produção normativa. Para o efeito, a coordenação deve facilitar a correção, catalisando respostas jurídicas experimentais, baseadas em evidências e passíveis de revisão. Uma autoridade coordenadora desta rede de atores pode atuar como mediadora de soluções e de soluções para os impasses na negociação entre os diferentes agentes para a criação e revisão de normas.

Conclusão: para além dos direitos humanos

Para além dos direitos humanos e mesmo do constitucionalismo, cabe apontar que também o direito privado precisa ser “digitalizado” em uma direção democratizante. Por exemplo, as formas de garantia de consentimento para garantir a privacidade dos dados pessoais são insuficientes. Ao lado de formas adequadas de direito público – como ambientes regulatórios experimentais (*sanboxes*) (Amato; Missagia, 2023) –, precisamos de novas modalidades de contrato e de propriedade, também dos dados.

Há que se desenvolver formas de “propriedade desagregada” (Unger, 2018; Amato, 2022) que combinem reivindicações fragmentárias e parciais, temporárias ou condicionais de vários agentes económicos (investidores, empresários, bancos públicos, cooperativas) sobre o mesmo conjunto de recursos produtivos. Estas arquiteturas jurídicas podem abranger os direitos reais e a propriedade intelectual (incluindo a propriedade dos dados pelos utilizadores),

mas também formas de sociedades gestoras de participações sociais e de fundos de investimento, para uma combinação de recursos públicos e privados destinados a investir em *startups*. Apenas em conjunto com um direito privado reconfigurado e mobilizado por políticas de desenvolvimento adequadas podem os direitos humanos contribuir para reestruturar o mercado, fundando as bases econômicas para uma efetiva concretização e fruição dos direitos.

Referências

- AMATO, Lucas Fucci. Economia e política dos direitos culturais na ordem internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR)**, v. 61, n. 1, p. 165-192, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/39558> . Acesso em 26 fev. 2025.
- AMATO, Lucas Fucci. **Inovações Constitucionais: direitos e poderes**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.
- AMATO, Lucas Fucci. Fake News: regulação ou metarregulação? **Revista de Informação Legislativa**, v. 58, n. 230, p. 29-53, 2021.
- AMATO, Lucas Fucci. **Propriedade Desagregada e Empreendedorismo Democrático: instituições da economia de mercado e formas jurídicas do capital**. Porto Alegre: Fi, 2022. Disponível em: <https://www.editorafi.org/436propriedade> . Acesso em 22 set. 2024.
- AMATO, Lucas Fucci; MISSAGIA, Caio Rezende. Ambientes regulatórios experimentais: o sandbox no sistema financeiro brasileiro. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 10, n. 3, p. 143-171, 2023. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/747/345> . Acesso em 3 out. 2024.
- AMATO, Lucas Fucci. Inovações constitucionais na era da inteligência artificial: separação de poderes e direitos fundamentais digitais. In: AMATO, Lucas Fucci (Org.). **Sociologia do Direito Digital: inteligência jurídica na era da inteligência artificial**. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de



São Paulo [Portal de Livros Abertos da USP], 2024. p. 13-35. Disponível em:

<https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1485> . Acesso em 26 fev. 2025.

AMATO, Lucas Fucci. Structural litigation, destabilization rights and trans-judicial cooperation networks: lessons from comparative constitutional law. **Suprema, Revista de Estudos Constitucionais**, 2025.

JOTA. **Relatório JOTA PRO detalha cenário sobre uberização e vínculo empregatício no TST**. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/relatorio-jota-pro-detalha-cenario-sobre-uberizacao-e-vinculo-empregaticio-no-tst> . Acesso em 26 fev. 2025.

LARA, Gustavo Dalpupo de. **Institutional alternatives for a high-energy democracy and experimentalist constitutionalism in Brazil**. 2024. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2024.

MARSHALL, Thomas Humphrey. Citizenship and social class. In: MARSHALL, Thomas Humphrey. **Class, citizenship, and social development**. Westport: Greenwood, 1973 [1949]. p. 65-122.

NEGÓCIO, Ramon. Dos problemas constitucionais diluídos na rede à construção de uma *lex meta*. **Revista Direito Mackenzie**, v. 17, n. 1, p. 1-22, 2023. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/download/15791/12366/77214> . Acesso em 22 set. 2024.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

SABA, Diana; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de; PONCE, Paula Pedigoni. **Fake news e eleições: estudo sociojurídico sobre política, comunicação digital e regulação no Brasil**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. Disponível em: <https://www.editorafi.org/203fakenews> . Acesso em 13 abr. 2024.

SCIULLI, David. **Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-Marxist critical theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.



- SCIULLI, David. **Corporate power in civil society**: an application of societal constitutionalism. New York: New York University Press, 2001.
- TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments**: societal constitutionalism and globalization. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: os textos centrais. Edição de Zhiyuan Cui. Tradução de Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo; Chapecó: Argos, 2001 [1987].
- UNGER, Roberto Mangabeira. **A economia do conhecimento**. Tradução de Leonardo Castro. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.
- WEAVER, Russell L. The rise and decline of structural remedies. **The San Diego Law Review**, San Diego, vol. 41, n. 4, p. 1617-1632, 2004.

16. A necessária reforma do direito autoral na era da inteligência artificial: compensar autores sem conter a inovação

Caio Rezende Missagia¹⁵³

Introdução

Até recentemente, a técnica do aprendizado de máquina (*machine learning*) – subárea do campo da inteligência artificial (IA) que compreende a maior parte das implementações atuais de modelos de IA (Kaufman; Junquilha; Reis, 2023, p. 45) – se concentrava em modelos de IA *preditiva*, usados para observar e classificar padrões em um conjunto de dados (McKinsey & Company, 2024, p. 2). Nesse contexto, quando se falava no risco da perda de empregos em razão da progressiva automação do trabalho humano, era comum se afirmar que a IA iria substituir os humanos nos empregos baseados em tarefas técnicas ou repetitivas, ao passo que aquelas funções que demandam atributos essencialmente humanos permaneceriam reservadas às pessoas de carne e osso. Os empregos de artistas e escritores, que demandam criatividade, sensibilidade e pensamento crítico, estariam a salvo da ameaça da IA. Todavia, com o advento da IA *generativa* (IAGen), esse cenário mudou.

A IAGen se refere à classe de modelos de IA que emula a estrutura e as características dos dados de entrada (*input*) com o objetivo de gerar conteúdo sintético derivado (*output*), incluindo imagens, vídeos, áudios, textos e outros tipos de conteúdo digital.¹⁵⁴ Segundo pesquisa recente, no fim de 2024, 39,6% da

¹⁵³ Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela USP e pela Université Jean-Monnet Saint-Etienne (*licence en Droit*) e pós-graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-EAESP). Advogado.

¹⁵⁴ Definição constante da *Executive Order* 14110, assinada por Joe Biden em 30 de outubro de 2023 e revogada por Donald Trump em 20 de janeiro de 2025 (primeiro dia de seu segundo mandato).

população dos Estados Unidos entre 18 e 64 anos usava ferramentas de IAGen, seja no trabalho ou fora dele; além disso, a adoção geral da IAGen nos primeiros anos da tecnologia foi mais rápida do que a dos computadores pessoais (lançados ao público em 1984), e da internet (comercializada a partir de 1995) (Bick; Blandin; Deming, 2024).

Desde o lançamento da versão 3.5 do ChatGPT pela OpenAI em novembro de 2022, diversas ferramentas de IAGen¹⁵⁵ têm abalado profundamente os mercados de arte, música, literatura, jornalismo, filmes e afins. Isso porque agora, por meio de tais ferramentas, qualquer usuário pode, em questão de segundos e sem custos relevantes (ou até gratuitamente), gerar conteúdos inéditos que, pela sua verossimilhança, têm potencial de tomar o lugar das criações humanas.

Um dado recente revela o enorme impacto que a IAGen já causa no mercado da música: em janeiro de 2025, a Deezer noticiou que, de todas as músicas enviadas diariamente à plataforma, cerca de dez mil – ou 10% do total – são músicas geradas por IA (Griffin, 2025). Já no campo do jornalismo, em março de 2025 o veículo italiano *Il Foglio* publicou a primeira edição de um jornal integralmente feita por IA (Teixeira, 2025). Com a nova concorrência das obras geradas por IAGen, os criadores humanos – incluindo músicos, jornalistas e outros – passam não só a ter suas fontes de renda comprometidas, mas também a ter sua própria existência enquanto categorias profissionais ameaçada (Jiang *et al.*, 2023, p. 366).

Poder-se-ia alegar que se trata de uma consequência inevitável do processo de destruição criativa inerente ao desenvolvimento econômico capitalista, conforme teorizado por Schumpeter (2017 [1942], p. 119-120). Assim como ocorreu com inúmeras outras profissões extintas em razão do surgimento de tecnologias disruptivas, teria chegado a vez de artistas e escritores se tornarem papéis obsoletos na sociedade. No entanto, ao se compreender como se dá o

¹⁵⁵ Além do ChatGPT, outros exemplos são o DALL-E, da OpenAI, e o Midjourney (geradores de artes visuais), MusicLM, do Google, Suno e Udio (geradores de músicas), a Sora, da OpenAI (gerador de vídeos) e o Watsonx Code Assistant, da IBM (gerador de códigos de programação).

processo de desenvolvimento de um modelo de IAGen, nota-se nessa situação um aspecto de *injustiça* que não pode ser ignorado.

Isso porque o desenvolvimento, teste e validação de modelos de IAGen dependem fortemente do acesso a grandes conjuntos de dados, e um método amplamente usado para a coleta de tais dados é a chamada “raspagem de dados” (*data scraping*) (OECD, 2025, p. 9). Embora ainda não tenha uma definição amplamente aceita, a OCDE propõe que a raspagem de dados seja designada como a extração automatizada de dados para treinamento de IA a partir da web, bancos de dados online e outras fontes, caracterizada por (i) automação; (ii) escalabilidade; e (iii) falta de coordenação entre o raspador e a entidade que detém os dados (OECD, 2025, p. 16). Por operar em uma escala significativa e percorrer bilhões de páginas da web (ANPD, 2024, p. 18), a raspagem de dados para fins de desenvolvimento de modelos de IAGen frequentemente envolve a coleta e uso de obras protegidas por direitos autorais, sem a ciência ou o consentimento dos seus titulares (OECD, 2025, p. 20).

A injustiça reside justamente no fato de que os modelos de IAGen só são capazes de gerar conteúdos similares às criações humanas porque são treinados a partir de imensas bases de dados que armazenam bilhões de textos e obras produzidos por humanos, incluindo obras protegidas por direito autoral.¹⁵⁶ Ora, se os modelos de IAGen se aproveitam das obras humanas, via de regra sem autorização dos seus autores, para gerar conteúdos que virão a substituí-las e comprometer a subsistência econômica dos seus criadores, há aí um claro parasitismo, um aproveitamento injusto que leva os titulares das obras usadas no treinamento algorítmico a pleitearem, com razão, algum tipo de compensação pelo uso não autorizado de seus trabalhos (Senftleben, 2024, p. 4).

Nesse cenário, autores e artistas recorrem ao instrumento que, intuitivamente, parece o mais adequado para resolver essa situação de injustiça: o direito autoral. Com efeito, nos últimos anos, diversas ações de violação de

¹⁵⁶ Conforme apontado por Jiang *et al.* (2023, p. 365), a maioria das ferramentas de IAGen da safra atual, principalmente aquelas baseadas no modelo Stable Diffusion, lançado pela Stability AI em 2022, são pré-treinadas a partir da base de dados publicamente disponível denominada LAION-5B (ou variantes dela), a qual contém 5,85 bilhões de pares imagem-texto.

direitos autorais têm sido promovidas em todo o mundo por representantes das indústrias criativas que contestam o uso não autorizado de suas obras no treinamento de algoritmos de IAGen (Ducru *et al.*, 2024, p. 2). Os casos mais emblemáticos surgiram nos Estados Unidos, incluindo os litígios *Andersen v. Stability AI*; *NY Times v. OpenAI*; e *Gravadoras (incluindo Universal e Sony) v. Suno*.

Se, por um lado, é inegável que a IAGen efetivamente representa uma ameaça à classe de autores e artistas, por outro, é evidente que se está diante de uma situação de injustiça que deve ser corrigida. No entanto, por mais que o senso comum nos chame a esse que parece ser o caminho mais promissor para solucionar o problema, recorrer ao direito autoral tradicional poderá constituir mais parte do problema do que da solução.

Ancorado em trabalhos recentes de acadêmicos da atualidade, o presente artigo busca demonstrar como as categorias jurídicas tradicionais do sistema de direito autoral (pelo menos na tradição ocidental) não são adequadas para lidar com os novos problemas enfrentados por criadores humanos na era da IA. Em especial, o artigo se ocupa da questão da remuneração de autores em compensação pelo uso de suas obras no treinamento de modelos de IAGen, argumentando que a abordagem tradicional do direito autoral, focada nos direitos exclusivos do autor sobre sua obra, é incapaz de proteger os artistas sem comprometer o avanço tecnológico. Se se pretende conciliar os interesses econômicos dos autores com os interesses da indústria e da sociedade no progresso tecnológico, é necessário reinventar o direito autoral, emancipando-o do modelo ortodoxo da propriedade (intelectual) privada que prevê a exclusividade quase absoluta dos direitos do criador sobre sua obra.

Nesse sentido, inspirado pela ideia de inovação institucional desenvolvida por Roberto Mangabeira Unger, o artigo analisa a proposta elaborada por Martin Senftleben (2024) de um arranjo regulatório inovador, baseado em um modelo de propriedade desagregada, capaz de atingir o duplo objetivo de remunerar criadores humanos e estimular a inovação tecnológica no campo da IAGen, contextualizando tal proposta no projeto maior de disseminação de uma forma includente da economia do conhecimento. Longe de se querer apresentar uma

solução definitiva para a crise dos autores na era da IA, o objetivo aqui é sobretudo ilustrar como a resolução dessa crise demanda um exercício de imaginação institucional irrestrita, devendo-se abandonar de vez velhos paradigmas do direito autoral incompatíveis com a nova realidade introduzida pela IA.

1. Justificativas para a remuneração de autores (e para a desobstrução da inovação)

Dentre os diversos impactos gerados na vida de criadores humanos em razão da proliferação da IAGen¹⁵⁷, destaca-se o problema da perda econômica. Disponíveis a qualquer usuário comum, produtos de IAGen inundam o mercado com obras artificiais que concorrem com as criações humanas e suplantam a demanda por elas, resultando em perdas de empregos de criadores humanos (Jiang *et al.*, 2023, p. 366). Enquanto esse risco é menor para artistas do segmento de belas-artes, em que a autoria humana deve permanecer valorizada, os impactos econômicos devem ser sentidos pela maior parte dos criadores humanos – aqueles dedicados a trabalhos mais triviais como artigos jornalísticos, ilustrações, design gráfico, decorações e músicas de fundo para estabelecimentos comerciais (Senftleben, 2024, p. 6).

Diante desse cenário nefasto para artistas, escritores, músicos, jornalistas e outras classes de criadores, diferentes argumentos têm sido levantados para fundamentar as demandas por alguma forma de remuneração aos autores humanos em contrapartida ao uso de suas obras no treinamento dos modelos de IAGen. Senftleben (2024, p. 4-7) elenca seis argumentos principais a favor da remuneração de autores:

1) *Usurpação parasitária do mercado de criações humanas*: os modelos de IAGen só são capazes de produzir obras semelhantes às humanas graças ao

¹⁵⁷ Jiang *et al.* (2023, p. 366-369) apontam, além da perda econômica sofrida por artistas, problemas como falsificação digital de obras de arte (*e.g.*, “memorização” de obras pelo modelo de IAGen), reforço de visões hegemônicas e estereótipos (viés algorítmico em razão das obras utilizadas no treinamento) e o efeito inibidor na produção cultural como um todo (novos artistas que relutam em desenvolver estilo próprio e compartilhar suas obras, receosos de que suas obras serão coletadas e utilizadas sem autorização para o treinamento de modelos de IAGen).

treinamento algorítmico feito com base em um imenso volume de criações humanas. Assim, é plenamente justo que os autores humanos – fornecedores da matéria-prima da IAGen – façam jus a uma remuneração a partir do momento em que obras geradas por IA acabam com a demanda pela própria criatividade humana que possibilitou que a IAGen se tornasse sua competidora nesse mercado;

2) *Função social de criações artísticas e literárias humanas*: obras artísticas e literárias criadas por humanos devem ser valorizadas pois cumprem uma função importante na promoção de mudanças sociais e políticas, na medida em que criticam a realidade social e modelam práticas experimentais que abrem novos horizontes para o desenvolvimento da sociedade. Já obras artificiais refletem apenas padrões estéticos superficiais detectados pelo sistema de IA, o qual é incapaz de experimentar a realidade social e política, refletir criticamente ou vislumbrar novas condições sociais para além da realidade vigente;

3) *Investimento em novas direções na literatura, na arte e na música*: autores humanos são capazes de criar novos movimentos artísticos e formas de expressão, ao passo que sistemas de IAGen só conseguem gerar conteúdos que reproduzem os mesmos padrões presentes nos dados de treinamento. Apoiar autores humanos por meio de remuneração é uma forma de estimular a contínua criação de novos movimentos e formas de expressão na arte e na literatura, o que, por sua vez, renova os impulsos para a transformação social e política;

4) *Apoio financeiro para autores que perderam o trabalho*: o deslocamento de autores humanos no mercado de trabalho, bem como a disrupção do mercado de obras artísticas e literárias requerem medidas de apoio social e financeiro à massa de indivíduos afetados, tais como investimentos em projetos culturais para geração de novos empregos e em atividades de treinamento profissional de artistas desempregados para desenvolvimento de novas habilidades;

5) *A arte e a literatura humanas têm um valor social em si mesmo*: o envolvimento individual em expressões estéticas tem valor em si mesmo na medida em que constitui uma fonte de prazer, de cultura moral e política, de liberdade imaginativa e de autorrealização. Deixar as experiências estéticas

apenas para máquinas privaria os seres humanos de oportunidades para se autorrealizarem individualmente. Assim, remunerar autores é uma forma não só de garantir a continuidade das criações humanas, mas também de sinalizar para a sociedade em geral que o engajamento artístico é fundamental para o bem-estar de todos; e

6) *Benefício para a própria indústria de IA*: para que os sistemas de IAGen sejam continuamente aprimorados, é necessário que a matéria-prima que os alimenta – isto é, as obras humanas utilizadas no seu treinamento – também seja constantemente renovada e diversificada, enriquecendo os *outputs* gerados pelo modelo. Caso contrário, os conteúdos gerados pela IA permanecerão presos em padrões estéticos repetitivos. Incentivar a criação de novas obras humanas mediante a remuneração de autores, assim, significa investir também na constante melhoria, atualização e diversificação dos próprios conteúdos gerados pela IAGen, tornando tais produtos mais atrativos (o que é um interesse da própria indústria de IA).

Tais argumentos são suficientes para afastar posições extremas no sentido de que a substituição de criadores humanos por geradores de conteúdo artificiais seria uma consequência inevitável do processo de destruição criativa que caracteriza a evolução capitalista (Schumpeter, 2017 [1942], p. 119-120). Pelo contrário, vê-se que há convincentes razões para que criadores humanos, que cumprem funções sociais e políticas fundamentais, recebam os devidos estímulos a fim de prosseguirem com suas atividades a despeito das disrupções mercadológicas causadas pela IAGen.

Contudo, antes de se propor algum modelo específico de remuneração para autores, é preciso igualmente levar em conta os benefícios econômicos, sociais e culturais trazidos pelos sistemas de IAGen, sopesando-os contra os argumentos a favor da proteção da classe artística, a fim de que se possa chegar a uma abordagem regulatória que equilibre de forma profícua os interesses em jogo (Senftleben, 2024, p. 8). Nesse sentido, Senftleben (2024, p. 7-10) apresenta três contra-argumentos enfatizando os benefícios da IAGen para a sociedade:

1) *Melhoria de produtos e serviços e crescimento econômico*: a IAGen é uma ferramenta tecnológica revolucionária que possibilita o desenvolvimento e o aprimoramento de produtos e serviços inovadores em diversos setores da economia (em especial, nas indústrias criativas), com potencial de reduzir custos de produção e ampliar o leque de conteúdos artísticos e literários levados ao mercado, contribuindo, assim, para o crescimento econômico como um todo;

2) *Democratização da produção de conteúdos*: ferramentas de IAGen ampliam as oportunidades de participação ativa de cidadãos comuns no discurso literário e artístico, notadamente no ambiente digital, onde os conteúdos são produzidos e compartilhados. A IAGen permite que qualquer usuário, de forma instantânea e sem custos relevantes, experimente os mais variados estilos e temas ao produzir obras por meio de tais ferramentas, servindo para muitos indivíduos como uma porta de entrada para o mundo produção artística e literária. Silvio Meira (2025) conjectura que, nos próximos cinco anos, o uso da IA em processos criativos será amplamente difundido, permitindo “que milhões de pessoas, muitas vezes sem formação técnica ou artística formal, desbloqueiem sua criatividade de maneiras antes inimagináveis”; e

3) *Aprimorar informações sobre condições sociais e políticas*: especificamente no âmbito do jornalismo, a IA, graças à capacidade dos algoritmos de processar quantidades sobre-humanas de dados, possibilita a jornalistas elevarem a um patamar inédito suas habilidades de descoberta de fatos, criação de reportagens e conexão de informações, o que atribuirá ao jornalismo de qualidade uma capacidade ainda maior de cumprir sua função de vigilância, fundamental em sociedades democráticas.

Em suma, as ferramentas de IAGen, apesar dos mencionados riscos à classe de autores e artistas, também trazem relevantes benefícios de ordem econômica, cultural e política, de forma que não só a indústria tecnológica, mas também a sociedade como um todo tem interesse no progresso da inovação. O ideal, portanto, é estabelecer um modelo regulatório que equilibre os interesses em jogo, estabelecendo, na maior medida possível, um cenário de “ganha-

ganha”, em que autores são remunerados e a inovação tecnológica não é obstruída.

Feitas essas considerações, surge então a questão central de como remunerar os autores sem conter a inovação. Uma primeira análise a se fazer é se o modelo tradicional do direito autoral já seria suficiente para atingir esse duplo objetivo.

2. A inadequação do direito autoral tradicional

Quando inovações tecnológicas disruptivas surgem, abalando os paradigmas em que a sociedade se assenta, o direito como um todo precisa se adaptar à nova realidade. As categorias jurídicas existentes – lentes através das quais o direito processa a realidade social – muitas vezes precisam ser reformuladas para que o sistema jurídico permaneça apto a regular de forma efetiva os novos fenômenos econômicos e sociais desencadeados pela revolução tecnológica em questão.

Ao se analisar a história do direito autoral (notadamente na tradição norteamericana), observa-se que a introdução de tecnologias e novas formas de expressão demandou diversas respostas e adaptações desse campo jurídico à nova realidade, incluindo a criação de novos direitos, mecanismos de compensação, bem como limitações e exceções às violações autorais (Gervais *et al.*, 2024, p. 8). Reformas relevantes do sistema de direito autoral puderam ser observadas, por exemplo, com o advento do rádio e do cinema no século XX e, mais recentemente, com o surgimento dos *softwares* e da internet. Estranho seria se, com a proliferação da IA e da IAGen, o direito autoral não tivesse de passar por mudanças para conseguir lidar com os novos desafios trazidos por essa tecnologia (Gervais *et al.*, 2024, p. 9).

Ocorre que, do ponto de vista do direito autoral, a IAGen representa uma quebra de paradigmas incomparável a outros momentos históricos, e alguns desafios apresentados pela tecnologia são inéditos. Mark Lemley (2024), renomado professor da Universidade de Stanford, chega a afirmar que a IAGen “vira o direito autoral de cabeça para baixo”. Assim, conforme diagnosticado por

diversos autores, talvez a crise existencial enfrentada pelo direito autoral na era da IA seja tão grande, que o melhor a fazer é simplesmente desprender-se das categorias tradicionais e imaginar abordagens regulatórias alternativas, não necessariamente ancoradas no direito autoral, para lidar com os problemas causados pela IAGen na vida de autores humanos.

Dentre os desafios apresentados pela IAGen ao sistema de direito autoral, duas grandes questões práticas se destacam: (i) quem é o autor de uma obra gerada por IAGen?; e (ii) há reprodução (e, portanto, violação) quando obras autorais são utilizadas no treinamento de algoritmos sem autorização dos titulares?

Em relação à primeira questão, conforme explicado por Lemley (2024, p. 25-26), acadêmicos da área chegaram às mais variadas conclusões. Enquanto uns consideram a IAGen uma mera ferramenta como qualquer outra, de modo que não haveria questão nova a ser enfrentada, devendo-se atribuir a autoria sobre a obra produzida àquele que manipula a ferramenta (no caso, o usuário que insere os *prompts*), outros argumentam que a própria IA, ou a empresa que a desenvolveu, deve ser a autora dos conteúdos gerados. Há ainda quem defenda que obras geradas artificialmente não devem ter qualquer autoria, caindo diretamente em domínio público. Por fim, há a posição intermediária de que, quando o usuário aplicar um grau considerável de criatividade na elaboração do *prompt*, ele é que deverá ser considerado o autor da obra gerada.

Já a segunda grande questão divide, de um lado, autores como Gervais *et al.* (2024)¹⁵⁸, que consideram o uso de obras autorais para fins de treinamento algorítmico uma forma de reprodução (cópia) que, se não autorizada pelo titular, configura violação dos direitos exclusivos deste sobre a obra; e, de outro lado, aqueles que, como Craig (2024)¹⁵⁹, não veem uma forma de reprodução em tal

¹⁵⁸ De acordo com os Gervais *et al.* (2024, p. 13), “a inclusão de material protegido por direitos autorais nos conjuntos de dados de treinamento dos LLMs pode resultar na criação de cópias não autorizadas em dois níveis: cópias temporárias geradas durante o processo de treinamento e representações numéricas dos dados de treinamento incorporados ao LLM após o treinamento” (tradução nossa).

¹⁵⁹ Para a autora (2024, p. 4), “o treinamento de IA não é uma atividade infratora de direitos autorais; assim como a IA é categoricamente incapaz de criar obras de expressão originais, ela é incapaz de recebê-las, lê-las ou apreciá-las como tal. A máquina não é uma audiência ou

uso, de modo que os desenvolvedores de modelos de IA estariam livres para aproveitar tais obras para o treinamento dos algoritmos independentemente do consentimento do autor.

É preciso ter em mente que as categorias jurídicas envolvidas em tais questões, como “autoria” e “reprodução”, foram desenvolvidas (na lei, na doutrina e na jurisprudência) ao longo de uma época em que a IAGen evidentemente ainda não existia. Portanto, enquanto se insistir na aplicação irrefletida de tais categorias para lidar com os novos desafios introduzidos pela IA, talvez nunca se chegue a soluções adequadas para tais questões. Na atual era da IA, mais do que nunca, é imprescindível repensar as premissas que embasam o direito autoral, atribuindo-lhe uma nova lógica e reconfigurando as categorias jurídicas que o compõem (Cantali, 2018, p. 15).

Diante desse diagnóstico, Carys Craig (2024) chega a afirmar que recorrer ao direito autoral tradicional, mais do que um equívoco, pode significar cair em uma armadilha.

De acordo com a autora (2024, p. 18-24), em razão de três falácias que dominam o debate público sobre o impacto da IA na vida de criadores humanos – *i.e.*, as assunções de que (i) tudo que tem valor deve ser objeto da propriedade (intelectual) de alguém (falácia “*if value/then right*”); (ii) copiar é inerentemente errado (de forma que cópias não autorizadas seriam antiéticas e ilícitas); e (iii) a atribuição de direitos exclusivos aos autores sobre suas obras contém a solução para a plena satisfação das necessidades econômicas de autores e artistas –, os críticos da IA, guiados pelo caminho mais intuitivo, acabam caindo na “armadilha do direito autoral”: “o erro de presumir que o direito autoral é a melhor ferramenta para apoiar criadores e a produção cultural (quando, na verdade, é provável que ele cause mais danos do que benefícios)” (tradução nossa).

destinatária de qualquer significado ou mensagem comunicada por uma obra e, portanto, (...) seu uso de uma obra não pode implicar questões de direitos autorais que decorrem da autoria. No processo de treinamento, uma obra autoral em uma base de dados é simplesmente traduzida em estatísticas – seu significado é transformado em matemática. As informações tokenizadas extraídas da obra não são o elemento expressivo da obra sobre o qual um titular de direitos autorais pode fazer reivindicações” (tradução nossa).

Um dos motivos apontados por Craig (2024, p. 17-18) para considerar o direito autoral um “falso amigo” no contexto do debate público sobre os impactos da IA é o fato de que a abordagem tradicional do direito autoral reforça as lógicas de exclusividade, apropriação privada e controle de grandes empresas sobre o ambiente informacional e as expressões culturais. Em vez disso, a autora defende que políticas públicas voltadas para o desenvolvimento de modelos de IA éticos, socialmente responsáveis e não enviesados deveriam se basear em uma lógica de *inclusividade*, oposta ao paradigma tradicional do direito autoral, o qual enfatiza os direitos exclusivos do autor sobre sua criação.

Tratando especificamente da questão da necessária remuneração de autores humanos no contexto da IAGen, um modelo remuneratório ancorado na lógica de exclusividade típica do direito autoral ortodoxo partiria da premissa de que autores detêm direitos exclusivos sobre suas obras, de forma que, caso uma empresa desenvolvedora de IA deseje utilizá-las para fins de treinamento do seu algoritmo (supondo que isso constitua uma “reprodução” para fins do direito autoral), ela deverá solicitar consentimento prévio do titular para tanto. Nesse caso, o titular da obra poderá condicionar seu consentimento ao pagamento de alguma compensação financeira em troca do uso de seus trabalhos autorais no treinamento da IA.

Nas palavras de Senftleben (2024, p. 12), trata-se de uma abordagem que foca na fase do treinamento da IA (dimensão do *input*), “ênfatisa[ndo] o fato de que inúmeras obras foram usadas sem consentimento prévio para treinar sistemas de IAGen capazes de substituir as produções literárias e artísticas humanas” (tradução nossa).

Todavia, um modelo de remuneração baseado nessa lógica, além de (i) não garantir uma compensação financeira satisfatória para os autores, tem potencial de (ii) criar obstáculos excessivos para o treinamento dos modelos de IAGen, inibindo a inovação tecnológica.

Quanto ao primeiro aspecto, conforme afirma Craig (2024, p. 15), “é difícil imaginar uma transferência de qualquer valor significativo para indivíduos cujas

obras estejam entre as bilhões de obras em uma base de dados a partir da qual um *output* (não protegido) é gerado” (tradução nossa).

Em artigo recente, Ducru et al. (2024) confirmam essa previsão, ao calcularem a remuneração recebida por autores que licenciaram o uso de suas obras para a base de dados da Shutterstock, que no fim de 2023 continha cerca de 734 milhões de imagens. De acordo com os autores, o contribuinte mediano, titular de 2.112 imagens, deve receber cerca de US\$ 507 por ano, enquanto o contribuinte médio, detentor de 6.343 obras, deve coletar cerca de US\$ 1.522 ao ano. Considerando que um autor individual dificilmente será detentor de obras que representem um percentual minimamente relevante em meio ao imenso volume de obras contido em bases de dados desse gênero, é de fato altamente improvável que autores humanos recebam algum valor significativo em troca do licenciamento de suas obras para comporem bases de dados a partir das quais modelos de IAGen serão treinados.

Já em relação ao segundo ponto, uma abordagem remuneratória construída em torno dos direitos exclusivos do autor sobre sua obra também tende a criar obstáculos burocráticos e altos custos de transação para os desenvolvedores de IA, prejudicando a inovação. Segundo Senftleben (2024, p. 12), esse problema pode ser observado no atual modelo remuneratório implantado na União Europeia (UE), o qual opera na fase de treinamento (dimensão do *input*), assumindo, implicitamente, que o uso de obras para fins de treinamento algorítmico constitui uma forma de reprodução (cópia), via de regra vedada pelo direito autoral. Tal regime remuneratório se fundamenta, dentre outros dispositivos legais, no artigo 4(3) da Diretiva (UE) 2019/790, relativa aos direitos de autor no mercado único digital (CDSMD)¹⁶⁰, e no considerando (105) do Regulamento (UE) 2024/1689 (*AI Act*)¹⁶¹.

¹⁶⁰ “A exceção ou limitação [para mineração de textos e dados] é aplicável desde que a utilização de obras (...) não tenha sido expressamente reservada pelos respectivos titulares de direitos de forma adequada, em particular por meio da leitura ótica no caso de conteúdos disponibilizados ao público digitalmente” (tradução nossa).

¹⁶¹ “Os modelos de IA de finalidade geral, em especial os grandes modelos generativos de IA, capazes de gerar texto, imagens e outros conteúdos, apresentam oportunidades de inovação únicas, mas também desafios para artistas, autores e outros criadores e para a forma como os seus conteúdos criativos são criados, distribuídos, utilizados e consumidos. O desenvolvimento e o

Senftleben (2024, p. 19-20) argumenta que, ao se possibilitar que autores possam pleitear remuneração desde a fase de treinamento algorítmico como uma condição para que desenvolvedores de IA possam usar suas obras para esse fim, estabeleceu-se na UE um

sistema de remuneração complicado e pouco prático, [que] pode colocar em desvantagem os setores de alta tecnologia sediados na UE em comparação com seus pares em outros sistemas jurídicos. A arquitetura de remuneração construída com base na opção de reserva de direitos do artigo 4(3) da CDSMD e as regras que a acompanham no *AI Act* podem facilmente levar a um infeliz cenário de “perde-perde”: nenhuma remuneração para os autores; nenhum acesso a obras protegidas por direitos autorais para treinadores de IA na UE (tradução nossa).

Dessa forma, percebe-se que a implantação de um modelo de remuneração fundamentalmente baseado na lógica exclusivista do direito autoral (derivada do modelo de propriedade privada unificada) pode conduzir a um cenário duplamente trágico em que nem os autores são devidamente remunerados, nem os desenvolvedores da tecnologia conseguem acessar dados de treinamento para o aprimoramento dos modelos de IAGen e dos conteúdos por eles gerados. Portanto, para que se consiga atingir o objetivo de estabelecer um equilíbrio profícuo entre os interesses da classe de autores e os interesses da sociedade no progresso da tecnologia, será necessário imaginar alternativas que fujam da lógica ortodoxa do direito autoral e do seu foco nos direitos exclusivos do autor

treino de tais modelos exigem o acesso a grandes quantidades de texto, imagens, vídeos e outros dados. As técnicas de mineração de textos e dados podem ser amplamente utilizadas neste contexto para recuperar e analisar esses conteúdos, que podem ser protegidos por direitos de autor e direitos conexos. Qualquer utilização de conteúdos protegidos por direitos de autor exige a autorização dos titulares dos direitos em questão, a menos que se apliquem exceções e limitações pertinentes em matéria de direitos de autor. A Diretiva (UE) 2019/790 introduziu exceções e limitações que permitem reproduções e extrações de obras para efeitos de mineração de textos e dados, sob determinadas condições. Ao abrigo destas regras, os titulares de direitos podem optar por reservar os seus direitos sobre as suas obras para impedir a mineração de textos e dados, a menos que tal seja feito para fins de investigação científica. Sempre que os direitos de exclusão tenham sido expressamente reservados de forma adequada, os prestadores de modelos de IA de finalidade geral têm de obter uma autorização dos titulares de direitos caso pretendam realizar uma mineração de textos e dados nessas obras” (tradução nossa).

sobre sua obra, prezando-se por uma abordagem que distribua entre os autores e a indústria as diferentes prerrogativas no âmbito do direito de propriedade.

3. Do fetichismo institucional à inovação institucional

Estabelecer um arranjo remuneratório alternativo para criadores humanos, emancipado do paradigma ortodoxo do direito autoral, implica ir contra uma tendência que ainda domina a cultura contemporânea: o fetichismo institucional. Nas palavras de Mangabeira Unger (2004 [1996], p. 17), trata-se da “crença de que concepções institucionais abstratas, como a democracia política, a economia de mercado e uma sociedade civil livre, têm uma expressão institucional única, natural e necessária”.

No caso do direito autoral, essa tendência se manifesta justamente na sua associação necessária à atribuição de direitos exclusivos e praticamente absolutos do criador sobre sua obra. Todavia, conforme demonstrado acima, confinar-se a esse paradigma ortodoxo do direito autoral, como se esse fosse o único modelo institucional à nossa disposição, impossibilita a criação de um modelo remuneratório para artistas que seja equilibrado com os interesses da sociedade no estímulo à inovação tecnológica. Como visto, o modelo recentemente instituído na UE seguiu essa abordagem tradicional, dando aos titulares de obras autorais mais poder para proibir o uso de suas obras no treinamento de algoritmos, ou condicioná-lo ao pagamento de *royalties*. Na prática, porém, estabelece-se um sistema complexo de difícil aplicação, resultando, por um lado, na remuneração insuficiente de autores e, por outro, na criação de obstáculos burocráticos e custos de transação excessivos para que empresas de IA licitamente acessem as obras para treinamento dos algoritmos. Com isso, perdem os autores, e perde a sociedade.

Entretanto, conforme afirma Unger (2020, p. 15), devemos sempre ter em mente que

[somos] capazes de transformar o caráter de nossa relação com os mundos sociais e culturais que habitamos, em vez de simplesmente mudar, pouco a pouco, o conteúdo dos arranjos e das crenças que os compreendem. [...] Instituições e ideologias não são como objetos naturais, forçando-se sobre nossa

consciência e lembrando-nos de que nascemos num mundo que não é nosso. Nada mais são do que vontade congelada e conflito interrompido – o resíduo cristalizado a partir da suspensão ou da contenção de nossos conflitos.

Em outras palavras, em vez de nos distrairmos com questões doutrinárias etéreas, é necessário reconhecer que o direito, como prática de imaginação institucional (Unger, 2017, p. 69), possibilita a reformulação das estruturas institucionais que formam o mundo em que vivemos, de acordo com os ideais e interesses que pretendemos privilegiar.

No contexto da reforma do direito autoral na atual era da IA, portanto, deve-se abandonar o velho paradigma do autor com poder (quase) absoluto sobre sua obra, em direção a um arranjo institucional alternativo que permita remunerar os criadores humanos afetados pela disrupção da IAGen e, ao mesmo tempo, favorecer os interesses da sociedade na inovação tecnológica. Para isso, é necessário conceder às empresas de tecnologia acesso irrestrito às obras autorais para fins de treinamento dos modelos de IA, os quais serão capazes de gerar conteúdos de qualidade cada vez melhor que reflitam a diversidade cultural e artística das diversas comunidades humanas.

Uma abordagem regulatória nesse sentido, mais do que atender ao duplo objetivo de remunerar autores e estimular a inovação, também serviria à consecução de um projeto mais amplo, consistente na disseminação da prática de produção mais avançada em nosso tempo, a chamada economia do conhecimento:

[a] acumulação de capital, tecnologia, capacitações tecnológicas e ciência aplicados à condução das atividades produtivas. Sua característica ideal é a inovação permanente em processos e métodos, assim como em produtos e tecnologias. Ela não pretende ser somente outra forma de produzir bens e serviços sob arranjos típicos de equipamentos e tecnologias, mas se propõe a ser um paradigma de produção que continuamente reinventa e si mesma. (Unger, 2018a, p. 26)

Nesse contexto, Unger (2018a) trata justamente da reforma do sistema de propriedade intelectual (que inclui o direito autoral) como um componente desse projeto maior de desenvolvimento nacional:

Uma área de reforma do regime de propriedade vital para o futuro da economia do conhecimento é a propriedade intelectual. A legislação estabelecida de patentes e copirraite – em grande parte uma criação do século XIX – inibe o desenvolvimento do vanguardismo includente, especialmente ao impor limites altamente restritivos às formas pelas quais os agentes econômicos podem participar do desenvolvimento da economia do conhecimento e compartilhar seus ganhos. Seu efeito prático é permitir que um pequeno número de megaempresas detenha direitos exclusivos a tecnologias-chave, por elas mesmas desenvolvidas ou compradas dos inventores originais. (p. 125-126)

Copirraite, patentes e suas contrapartes na legislação atual perderiam seu status preeminente e quase exclusivo de esteio da propriedade intelectual. Devemos reformulá-los como parte de um leque mais amplo de maneiras para organizar, incentivar e proteger a atividade inovadora na produção. Tal atividade está no coração da economia do conhecimento. (p. 128)

Unger (2018a, p. 14), porém, faz uma distinção entre duas formas de economia do conhecimento: o vanguardismo insular – “a economia do conhecimento restrita às franjas avançadas nas quais ela atualmente prospera” – e o produtivismo includente – “a economia do conhecimento amplamente disseminada”. Assim, não basta que se atinja a forma mais avançada de produção apenas em setores restritos da economia, reservando-a apenas para megaempresas globais que dominam as tecnologias de ponta. Pelo contrário, é necessário, na maior medida possível, democratizar oportunidades e capacitações, para que empresas de pequeno e médio porte também tenham acesso às tecnologias mais avançadas, obtendo ganhos de produtividade ao passo em que se engajam no processo de inovação constante.

Tudo isso se insere no contexto do projeto de país almejado por Unger em *Depois do Colonialismo Mental* (2018b, p. 52): “equipar o atributo mais importante do Brasil com instrumentos econômicos, educacionais e políticos para empoderar os brasileiros”. Em relação aos instrumentos econômicos e políticos, Unger

destaca a importância das inovações institucionais para “dar braços e asas à vitalidade brasileira”. Tais inovações institucionais devem ter por objetivo construir “um novo modelo de desenvolvimento econômico baseado na qualificação da produção e da oferta”, estabelecendo-se um vínculo “entre aumento de produtividade e democratização de oportunidades e capacitações”.

Enfim, só será possível disseminar a forma includente da economia do conhecimento proposta por Unger onde os recursos necessários para o desenvolvimento das tecnologias mais avançadas sejam facilmente acessíveis a todos, incluindo pequenas e médias empresas. Nesse sentido, o estabelecimento de um regime remuneratório para criadores humanos que permita o livre acesso a obras autorais para fins de treinamento algorítmico, estabelecendo uma cooperação entre autores e indústria tecnológica, seria uma solução ideal dentro do projeto maior de disseminação do produtivismo includente.

4. Uma proposta: compensar autores sem conter a inovação

Em artigo recente (2024), o professor Martin Senftleben, da Universidade de Amsterdam, propõe um modelo alternativo para a questão de como remunerar autores no contexto da IAGen. Afastando-se do fetichismo institucional que restringe a forma do direito autoral ao paradigma da propriedade (intelectual) unificada, o autor rejeita uma abordagem baseada na fase de treinamento do algoritmo (dimensão do *input*), como aquela atualmente estabelecida na UE, propondo, ao contrário, que o foco seja deslocado para a dimensão do *output*, isto é, quando os produtos e serviços de IAGen são efetivamente colocados no mercado.

O regime remuneratório proposto consiste em

um sistema de remuneração fixa que canalize para os autores humanos determinada parcela da receita proveniente do fornecimento e do uso de sistemas de IAGen no campo literário e artístico. Em vez de impor obrigações de pagamento e encargos administrativos aos desenvolvedores de IA durante a fase de treinamento [...], os sistemas de remuneração baseados na dimensão do *output* oferecem a chance de dar aos treinadores de IA uma liberdade muito maior. Sem exposição a qualquer

obrigação administrativa ou de pagamento, os legisladores podem permitir o uso de todo o espectro de recursos literários e artísticos disponíveis para fins de treinamento de IA. Com isso, os treinadores de IA podem desenvolver os melhores e mais poderosos modelos de IA. [...] No entanto, quando esses sistemas de IA totalmente desenvolvidos forem lançados no mercado, surgirá a questão da remuneração justa para os autores. Como compensação pela liberdade irrestrita de usar criações humanas para fins de treinamento, um sistema baseado em resultados exige que os autores sejam remunerados quando o fornecimento e o uso de sistemas de IA no mercado gerarem receita (Senftleben, 2024, p. 22) (tradução nossa).

Dessa forma, em vez de seguir a lógica tradicional do direito autoral e vincular a remuneração autoral à questão da suposta “violação de direitos exclusivos do autor sobre a obra”, o autor, num exercício concreto de imaginação institucional, apresenta um arranjo regulatório inovador capaz de reconciliar a remuneração autoral com o progresso da tecnologia. Ao fixar a obrigação de pagamento das empresas de IA apenas no momento posterior em que o produto é lançado no mercado, os titulares das obras perdem a prerrogativa de impedir ou restringir o seu acesso, que passa a ser totalmente livre – não só para megaempresas com grande poder aquisitivo, mas também para micro, pequenos e médios empreendedores.

Em outras palavras, o regime proposto por Senftleben representa uma forma de desagregação da propriedade no campo dos direitos autorais. De acordo com Lucas Amato (2022, p. 370), “na propriedade desagregada há pretensões pré-definidas e heterogêneas de diferentes titulares, em vez de uma titularidade singular homogênea (todo o pacote de direitos proprietários) e da titularidade difusa do ‘bem comum’ pela comunidade”. No caso, em vez de todas as prerrogativas sobre a obra serem atribuídas exclusivamente ao autor (propriedade unificada), no que se refere ao uso da obra para fins de treinamento de modelos de IAGen, o autor perde a pretensão de proibir ou condicionar o uso de sua obra para tal finalidade, sendo o referido poder atribuído às empresas desenvolvedoras de IA (propriedade desagregada).

Ainda vale destacar, além dos argumentos já apresentados em favor dos interesses no avanço tecnológico (seção 1 *supra*), que a possibilidade de

desenvolvedores de IA terem acesso irrestrito às obras autorais é também positiva para combater um dos principais riscos inerentes à IA: os vieses algorítmicos. Isso porque, ao contarem com

diversas fontes literárias e artísticas para fins de treinamento, [os desenvolvedores de IA] também podem garantir que esses modelos sejam capazes de produzir resultados justos e imparciais: conteúdos que reflitam todas as culturas, tradições e valores expressos em obras de arte humanas (Senftleben, 2024, p. 22) (tradução nossa).

Esse aspecto é especialmente positivo para países subdesenvolvidos, como o Brasil, cujas manifestações artísticas, literárias e culturais, embora ricas, são sub-representadas nas bases de dados utilizadas no treinamento dos modelos de IAGen. Com efeito, uma pesquisa recente da *Data Provenance Initiative* revelou que mais de 90% das mais de quatro mil bases de dados analisadas vêm dos Estados Unidos e da América do Norte, enquanto menos de 4% vêm da África (Heikkilä, 2024). Essa alta concentração dos dados de treinamento produzidos em países desenvolvidos reforça os estereótipos e preconceitos existentes contra os povos de países subdesenvolvidos (ver Heikkilä, 2023; Turk, 2023). Dar acesso irrestrito às obras de criadores vindos de países periféricos é uma forma de estimular o desenvolvimento de modelos de IA que reflitam de maneira fiel a diversidade cultural desses países.

Já em relação à obrigação de pagamento, o autor (2024, p. 32) sugere que a quantia a ser cobrada dos fornecedores de produtos de IAGen pode ser vinculada a diversos critérios, tais como (i) um percentual do lucro anual da companhia; (ii) o número de obras geradas pelo sistema de IA em questão; ou até mesmo (iii) o número de *prompts* inseridos pelos usuários.

O autor destaca, porém, que o que se propõe não é a criação de algum tipo de tributo incidente sobre fornecedores de produtos e serviços IAGen, de modo que a competência para recolhimento da remuneração autoral não seria de entidades governamentais. Em vez disso, o autor propõe que sejam criadas organizações de coleta e gestão responsáveis pela distribuição dos recursos

arrecadados, visando melhorias nas condições de vida e de trabalho dos autores humanos. Segundo Senftleben (2024, p. 29), a distribuição dos recursos pode se dar tanto por meio de esquemas de repartição (podendo haver distribuição direta para criadores individuais) quanto por meio de fundos sociais e culturais voltados para o incentivo de projetos e atividades artísticas e literárias. Com isso, garante-se que autores de carne e osso serão efetivamente beneficiados por tais iniciativas.

Enfim, a ideia aqui não é apresentar uma solução definitiva para o problema da compensação de autores na era da IA, mas sim mostrar que caminhos promissores necessariamente requerem que se abandone o paradigma tradicional do direito autoral. Seja como for, a proposta de Senftleben representa um caminho a ser explorado para o desenvolvimento de mecanismos de remuneração que beneficiem não só os autores, mas também a indústria tecnológica e a sociedade como um todo. Mais do que isso, ela ilustra como a solução para os desafios enfrentados pelo direito diante de tecnologias disruptivas como a IA está, fundamentalmente, no abandono de velhos paradigmas (no caso, o modelo de propriedade intelectual unificada), seguido do exercício irrestrito da imaginação institucional.

Considerações finais

No contexto da crise enfrentada pelos autores e pelo direito autoral na atual era da IA, não se deve tentar lidar com os novos desafios trazidos pela tecnologia valendo-se de categorias jurídicas forjadas nos séculos passados. Em especial, o modelo vigente de direito autoral, fundamentado na propriedade unificada do criador sobre sua obra, é incapaz de fornecer uma solução adequada ao problema da remuneração de autores humanos afetados pela proliferação de conteúdos artificiais no mercado de obras artísticas e literárias. Como sintetiza Carys Craig (2024), o direito autoral tradicional representa uma verdadeira armadilha.

A solução, portanto, está no exercício daquela que Mangabeira Unger denomina a “tarefa maior” do pensamento jurídico: a prática da imaginação

institucional. É necessário afastar-se do fetichismo institucional, abandonar velhos paradigmas e reinventar o direito autoral visando atingir os objetivos pretendidos – no caso, remunerar autores humanos sem obstruir a inovação baseada em IA. A proposta de Senftleben, que ilustra a desagregação proprietária no campo do direito autoral, parece um caminho promissor para conciliar de forma profícua os interesses em jogo, estabelecendo uma cooperação entre autores humanos e a indústria da tecnologia em torno do aprimoramento dos modelos de IAGen mediante o livre acesso às obras autorais para fins de treinamento algorítmico. Assim, em vez de operar na dimensão do *input*, obstruindo o treinamento dos modelos de IA, a compensação econômica aos autores opera na dimensão do *output*, por meio da devolução de parte das receitas auferidas pelas empresas de IA.

Vê-se que o atributo humano da criatividade não se restringe às artes e à literatura, devendo ser exercido também no desenho das criações institucionais. Enquanto a regulação da IA no Brasil ainda é discutida no Congresso, é fundamental que estejamos atentos aos debates internacionais e às experiências já testadas em outros países – não para copiá-las, mas para aprender com elas. O Brasil ainda tem a oportunidade de inovar e se tornar referência para outras nações, apresentando um modelo remuneratório para autores capaz de reconciliar o progresso das artes com o avanço da tecnologia.

Referências

- AMATO, Lucas Fucci. **Propriedade desagregada e empreendedorismo democrático**: instituições da economia de mercado e formas jurídicas do capital. Porto Alegre: Fi, 2022. Disponível em: <https://www.editorafi.org/436propriedade> . Acesso em 05 maio 2025.
- AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – ANPD. **Radar tecnológico nº 3 – inteligência artificial generativa**. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de->

- [publicacoes/radar_tecnologico_ia_generativa_anpd.pdf](#) . Acesso em: 02 dez. 2024.
- BICK, Alexander; BLANDIN, Adam; DEMING, David J. The rapid adoption of generative AI. **NBER Working Paper Series**, n. 23966, set. 2024. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w32966> . Acesso em: 01 maio 2025.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. Inteligência artificial e direito de autor: tecnologia disruptiva exigindo reconfiguração de categorias jurídicas. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, v. 4, n. 2, p. 1-21, 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/4667> . Acesso em: 02 dez. 2024.
- CRAIG, Carys J. **The AI-copyright trap**. SSRN, 2024. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4905118 . Acesso em: 02 dez. 2024.
- DUCRU, Pablo; RAIMAN, Jonathan; LEMOS, Ronaldo; GARNER, Clay; HE, George; BALCHA, Hanna; SOUTO, Gabriel; BRANCO Sérgio; BOTTINO, Celina. **AI Royalties - an IP Framework to Compensate Artists & IP Holders for AI-Generated Content**. 2024. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/381517491_AI_Royalties_-_an_IP_Framework_to_Compensate_Artists_IP_Holders_for_AI-Generated_Content . Acesso em: 23 dez. 2024.
- GERVAIS, Daniel; MARMANIS, Haralambos; SHEMTOV, Noam; ROWLAND, Catherine Zaller. **The heart of the matter: copyright, AI training, and LLMs**. SSRN, 2024. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4963711 . Acesso em: 02 dez. 2024.
- GRIFFIN, Andrew. Huge number of AI-generated songs on streaming services exposed by Deezer. **inkl**, 24 jan. 2025. Disponível em: <https://www.inkl.com/glance/news/streaming-service-deezer->

[launches-ai-music-detector-and-finds-huge-number-of-songs-already?section=personalized](#) . Acesso em: 04 maio 2025.

HEIKKILÄ, Melissa; ARNETT, Stephanie. This is where the data to build AI comes from. **MIT Technology Review**, 18 dez. 2024. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2024/12/18/1108796/this-is-where-the-data-to-build-ai-comes-from/> . Acesso em: 02 maio 2025.

HEIKKILÄ, Melissa. These new tools let you see for yourself how biased AI image models are. **MIT Technology Review**, 22 mar. 2023. Disponível em: https://www.technologyreview.com/2023/03/22/1070167/these-news-tool-let-you-see-for-yourself-how-biased-ai-image-models-are/?truid=&utm_source=the_algorithm&utm_medium=email&utm_campaign=the_algorithm.unpaid.engagement&utm_content=06-12-2023 . Acesso em: 02 maio 2025.

JIANG, Harry; BROWN, Lauren; CHENG, Jessica; KHAN, Mehtab; GUPTA, Abhishek; WORKMAN, Deja; HANNA, Alex; FLOWERS, Jonathan; GEBRU, Timnit. AI art and its impact on artists. **AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society**, p. 363-374, 2023. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/3600211.3604681> . Acesso em: 05 jan. 2025.

KAUFMAN, Dora; JUNQUILHO, Tainá; REIS, Priscila. Externalidades negativas da inteligência artificial: conflitos entre limites da técnica e dos direitos humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 24, n. 3, p. 43-71, set./dez. 2023.

LEMLEY, Mark A. How generative AI turns copyright upside down. **Columbia Science & Technology Law Review**, v. 25, p. 21-44, 2024. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4517702 . Acesso em: 02 dez. 2024.

MCKINSEY & COMPANY. **What is generative AI?** Abril 2024. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/featured-insights/mckinsey-explainers/what-is-generative-ai?stcr=ED9D14B2ECF749468C3E4FDF6B16458C&cid=other-eml-alt->

[mip-mck&hlkid=291949d6fbe74b0598aee44c4a3d5d37&hctky=9529106&hdpid=8809f289-5a27-4979-acde-245902404fec#/](#) . Acesso em: 01 maio 2025.

MEIRA, Silvio. IA e criatividade: uma nova era ou o fim da originalidade? **Silvio Meira**, 26 jan. 2025. Disponível em: <https://silvio.meira.com/ia-e-criatividade-uma-nova-era-ou-o-fim-da-originalidade> . Acesso em: 01 maio 2025.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Intellectual property issues in artificial intelligence trained on scraped data. **OECD Artificial Intelligence Papers**, n. 33, fev. 2025. Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/intellectual-property-issues-in-artificial-intelligence-trained-on-scraped-data_d5241a23-en.html . Acesso em: 01 maio 2025.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da Unesp, 2017 [1942].

SENFTELEBEN, Martin. **Win-win**: how to remove copyright obstacles to AI training while ensuring author remuneration (and why the European AI Act fails to do the magic). SSRN, 2024. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4964460 . Acesso em: 02 dez. 2024.

TEIXEIRA, Pedro S. Jornal italiano afirma ter publicado edição totalmente feita por IA. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 20 mar. 2025. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2025/03/jornal-italiano-afirma-ter-publicado-edicao-totalmente-feita-por-ia.shtml> . Acesso em: 01 maio 2025.

TURK, Victoria. How AI reduces the world to stereotypes. **Rest of World**, 10 out. 2023. Disponível em: <https://restofworld.org/2023/ai-image-stereotypes> . Acesso em: 04 maio 2025.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O homem despertado**: imaginação e esperança. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.



UNGER, Roberto Mangabeira. **A economia do conhecimento**. Tradução de Leonardo Castro. São Paulo: Autonomia Literária, 2018a.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental**: repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018b.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Movimento de Estudos Críticos do Direito**: outro tempo, tarefa maior. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004 [1996].

17. Superando o colonialismo mental: o direito concorrencial brasileiro e a necessidade de convergências institucionais mais amplas

*Mariana de Azevedo Castro Cesar*¹⁶²

I. Introdução: o colonialismo mental e a ausência de inovações institucionais capazes de resolver problemas históricos brasileiros

Segundo defende Unger, o Brasil sofre de um colonialismo mental: nossas ideias e instituições são importadas e as orientações que moldam os rumos do país são quase todas copiadas. Interpretamos nossas experiências e possibilidades futuras sob o viés de ideias trazidas de outros países, considerados países de referência. O traço decisivo desse colonialismo mental seria a ruptura entre a experiência coletiva e sua representação ou explicação [2018b, p. 13-18].

O colonialismo mental e as ideias dominantes dele decorrentes seriam responsáveis por minar o potencial do país de criar soluções próprias para seus problemas. Tais ideias seriam deficientes na compreensão – e no desenvolvimento de soluções – das estruturas institucionais e ideológicas que poderiam dar rumo à sociedade brasileira.

Haveria três traços principais que tornariam o país vulnerável ao colonialismo mental. Em primeiro lugar, o autor destaca a primazia da produção primária e predatória, uma vez que uma produção pouco complexa e menos assistida de inteligência exigiria menor desenvolvimento de formas superiores de cooperação. O segundo seria a ausência de grandes rupturas e guerras na construção do Brasil, dado que seriam nesses contextos que as nações afirmariam sua personalidade e apreenderiam o custo de sua independência. O último traço

¹⁶² Mestranda em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (FDUSP) e bacharela pela mesma instituição. Advogada na Advocacia Del Chiaro.

seria a interpretação dada ao Brasil por aqueles que se propõem a fazê-lo, que organizam a experiência coletiva brasileira de modo a tornar o país suscetível ao colonialismo mental [Ibid, p. 21-22].

Diante do colonialismo mental, que mina o desenvolvimento de soluções próprias para o país, o Brasil precisaria de outra estratégia nacional de desenvolvimento, uma que fosse capaz de reconstruir as instituições econômicas e políticas. Uma inovação institucional capaz de guiar o país ao crescimento teria de ser capaz, entre outras coisas, de democratizar a economia brasileira, não apenas do lado demanda e do consumo, mas também do lado da oferta. A democratização da economia de mercado ampliaria oportunidades para produzir, trabalhar e aprender, possibilitando maior acesso às formas avançadas de produção e de trabalho livre [Ibid, p. 39].

Ao contrário, nos últimos anos, o Brasil seguiu modelo de desenvolvimento cuja base foi a ampliação do acesso da maioria pobre ao consumo. Por meio da elevação do salário real, programas de transferência e aumento do crédito ao consumo (não à produção), houve a democratização da economia do lado da demanda. Do lado da oferta, a estratégia se limitou a produção e exportação de *commodities*, de produtos naturais pouco transformados, que pagaram as contas do consumo urbano [Unger, 2018b, p. 48].

Mesmo quando tal modelo se exauriu, após a queda dos preços das *commodities* e com a desorganização das finanças e da capacidade de investimento do Estado, a estratégia subsequente limitou-se à tentativa de melhorar o ambiente geral de negócios. Não foram desenvolvidos os instrumentos para melhorar a produtividade do trabalho e convergir ao nível de desenvolvimento das economias mais avançadas [Ibid, p. 49-50].

Democratizar a demanda é muito mais fácil do que democratizar a oferta e a produção, uma vez que a democratização da oferta exige mudanças estruturais e institucionais que não são exigidas na democratização da demanda. Sem resolver o problema da produtividade, no entanto, o crescimento econômico continua condenado a ser medíocre [Ibid, p. 50]. O Brasil carece, nesse sentido, de qualificação e democratização do aparato produtivo do país, visando uma

forma inclusiva da economia. Essa estratégia exige a reconstrução de nossas instituições econômicas e políticas e de ensino [Ibid, p. 15].

Nesse contexto, dentre as diversas áreas do conhecimento afetadas pelo “colonialismo mental”, o presente artigo propõe-se a abordar as influências sofridas e as atuais limitações da regulação concorrencial brasileira. A regulação antitruste nacional foi – e ainda é – marcada por grande influência, principalmente, norte-americana, sem grandes reflexões sobre seu impacto no cenário econômico brasileiro [Salomão Filho, 2015, p. 22; Andrade, 2014, p. 177-202] e sem considerações sobre as convergências instrucionais que essa área do direito deveria ter para democratizar oportunidades.

Considerando que o direito concorrencial é responsável, ao menos em parte, pela organização jurídica da economia, e dado que a democratização da economia constitui, segundo Unger, parte importante do desenvolvimento econômico do país, está-se diante de ramo do direito no qual é possível vislumbrar possibilidades de reformas institucionais que poderiam auxiliar em um projeto de desenvolvimento nacional. Não se busca com isso negar a lógica de mercado ou da concorrência, mas atualizar a disciplina da concorrência para permitir a difusão do acesso às práticas mais avançadas de produção.

Como se verá no tópico abaixo, não apenas houve, em determinadas situações, um transporte acrítico da teoria concorrencial norte-americana para contexto brasileiro para o qual não foi criada, como também o direito concorrencial, nos Estados Unidos, se acomodou com outros arranjos institucionais que muitas vezes o contradiziam e compensavam. Não podemos ignorar as convergências da disciplina antitruste norte-americana com outras disciplinas e instituições que auxiliaram no desenvolvimento daquele país.

Superado o colonialismo mental, devemos questionar quais convergências institucionais devemos desenvolver no nosso país para, não apenas superar os históricos problemas de subdesenvolvimento, mas também fazer frente aos atuais desafios de inclusão de uma economia do conhecimento altamente tecnológica e concentrada – desafio exigido, atualmente, até mesmo das nações mais desenvolvidas. Quais medidas poderiam ser desenvolvidas, em conjunto

com a prática concorrencial já conhecida, que organizassem a economia de modo a, efetivamente, garantir o acesso aos mercados por agentes capazes de produzir e, de fato, concorrer?

II. O colonialismo mental no direito concorrencial brasileiro: críticas ao transporte, muitas vezes acrítico, de certas teorias norte-americanas ao contexto brasileiro

O direito concorrencial constitui ramo do direito marcado pelo uso intensivo de instrumental econômico e cujo debate, portanto, é muito influenciado por ideias econômicas. No Brasil, o direito concorrencial sofreu forte influência de teorias econômicas, principalmente, norte-americanas [Andrade, 2014, p. 19-23]. A disciplina brasileira foi influenciada pela ideia de que o direito antitruste seria indissociável da economia, a qual seria responsável por soluções exatas e constantes. A análise econômica seria fonte segura de previsibilidade na análise dos casos concretos, de modo que os elementos que comprometiam o grau de previsibilidade da análise antitruste e que não levavam à eficiência econômica deveriam ser afastados [Forgioni, 2013, p. 177 – 181].

Ainda que o Direito Antitruste brasileiro seja lastreado em dispositivos constitucionais e a discussão sobre os objetivos da defesa da concorrência brasileira deva considerar a formação econômica do país e sua constituição [Andrade, 2014, p. 167-177], a política de defesa da concorrência no Brasil não ficou imune à influência da teoria desenvolvida, principalmente, pela “Escola de Chicago”.

A Escola de Chicago trouxe para o direito concorrencial de forma indelével a análise econômica que tem como foco a busca por maior eficiência alocativa do mercado. Segundo tal Escola, as eficiências alocativas, conforme definido pelo mercado em um modelo de livre concorrência, deveriam ser o principal objetivo do direito concorrencial, o que sempre beneficiaria os consumidores [Hovenkamp, 2011, p. 83-84].

Diz-se que uma política aumenta a eficiência alocativa se ensejar aos seus beneficiários maiores excedentes do que retira de suas vítimas, isto é, protege o

bem-estar agregado/total [Hovenkamp, 1985, p. 213-284]. A valorização de eficiências alocativas idealizadas pela Escola de Chicago inclui aquelas realizadas por meio de monopólios ou acordos verticais. As concentrações (e o poder econômico derivado) não são vistas como mal a ser evitado e acordos verticais passam a ser explicados em termos de economia de custos de transação, eficiências e ganhos para os consumidores.

As teorizações econômicas propostas por essa Escola tiveram seu auge e foram em definitivo adotadas como metodologia para o antitruste, principalmente, a partir da década de 1980, durante governo de Ronald Reagan [Forgioni, 2013, p. 173-174], com ampla divulgação da ideia de que os mercados eram naturalmente competitivos e que agentes econômicos livres teriam maiores incentivos para investir e diminuir preços, gerando resultados positivos para os consumidores [Stiglitz, 2019, p. 76]¹⁶³. Do final da década de 1970 e na década de 1980, o antitruste tornou-se menos intervencionista e mais sensível à teoria econômica vigente na época. Desse período até 1990, a autoridade concorrencial norte-americana deixou de sagrar vencedora na maioria dos casos antitruste e os representados privados passaram a ganhar grande parte dos casos, em um cenário mais favorável aos réus [Hovenkamp, 2019].

A literatura pátria reconhece que a valorização de eficiências alocativas idealizada pela Escola de Chicago, incluindo aquelas realizadas por meio de monopólio e/ou acordos verticais, difundiu-se para boa parte do mundo, inclusive para o Brasil [Salomão Filho, 2015, p. 22]. Tal difusão contudo, não ficou imune a críticas: não faltaram questionamentos à influência no país das ideias desenvolvidas pela Escola de Chicago e ao “transporte”, muitas vezes acrítico, dessa vertente doutrinária a contexto para o qual não foi inicialmente desenvolvida.

Como visto acima, a promoção da eficiência alocativa como objetivo único ou primordial de uma política de defesa da concorrência tem como efeito tornar

¹⁶³ Conforme aduziu Stiglitz, “The Chicago School had a disproportionate influence on our politics and our courts. It led to the weakening of antitrust, as courts simply assumed that markets were competitive and efficient, and any behavior that might seem anticompetitive was in fact nothing more than eficiente responses to new market complexities” [Stiglitz, 2019, p. 76].

sancionáveis apenas práticas que tenham o efeito de reduzir o nível atual de bem-estar econômico agregado, não havendo exigência de que as firmas maximizem o bem-estar total [SALOP, 2010, p. 353]. A função principal da norma antitruste seria a proteção do *status quo* contra reduções no bem-estar agregado - as únicas práticas potencialmente puníveis seriam condutas capazes de reduzir o bem-estar agregado.

No entanto, essa abordagem pode não ser suficiente para lidar com problemas de uma economia altamente concentrada e com distribuição desigual de renda (característico de países subdesenvolvidos de passado colonial-monopolista) [Salomão Filho, 2011]. Em economias desenvolvidas e com um histórico longo de políticas de defesa da concorrência, como o caso norte-americano, a manutenção do bem-estar econômico agregado (e do *status quo*) tem efeitos diferentes se comparado a outros cenários, uma vez que o bem-estar agregado já se encontra, historicamente, em níveis elevados [Budzinski; Beigi, 2015, p. 224]. Nesse sentido, segundo argumentam Budzinski e Beigi:

Enquanto a agenda de política concorrencial de uma economia de mercado há muito estabelecida é caracterizada pela meta de proteger a concorrência existente e em bom funcionamento, bem como auferir eficiências marginais que ainda estão disponíveis em uma economia, fora isso, eficiente, o problema urgente de muitos países em processo de industrialização é gerar concorrência efetiva em primeiro lugar. (tradução livre) [2015, p. 224].

Além da inadequação de tal teoria, que elege um valor prevalente de busca pelo bem-estar do consumidor como eficiência alocativa, para lidar com problemas históricos brasileiros, ela também pode colidir com a ordem brasileira positivada. A defesa da concorrência no Brasil está vinculada às normas constitucionais relacionadas à ordem econômica, de modo que se questiona a eleição de um metavalor não previsto constitucionalmente (como é o caso do cálculo de eficiência econômica) [Andrade, 2014, pp. 42-43; 2015, p. 172-177].

Para ser concretizada, a defesa da concorrência deve levar em conta seu caráter sistemático na ordem econômica, isto é, a partir da consideração de que a ordem econômica está presente em diversos pontos da Constituição Federal

brasileira, de modo que a previsão de livre concorrência está vinculada, ao menos, aos artigos 1º, 3º, 170, 173, 218 e 209 da Constituição. O fato de que existe uma política econômica positiva constitucionalmente no Brasil impõe ao intérprete do direito concorrencial o dever de considerar as finalidades da República, notadamente livre iniciativa, valorização do trabalho, redução das desigualdades sociais e proteção do mercado interno como patrimônio nacional [Ibid, 2014, p. 42-43; 2015, p. 170-173].

Não se critica com isso o uso de modelos ou simulações econômicas (inclusive baseadas em eficiências alocativas estáticas), mas questiona-se o uso de tais modelos econômicos como fundamento apriorístico de uma decisão jurídica. O emprego de argumentos microeconômicos pode servir para construir a decisão jurídica, sem, contudo, defender aprioristicamente que uma determinada teoria econômica deva ser o norte a guiar as aplicações ou análises do direito [Ibid, 2015, p. 177-202].

Por fim, vale ressaltar que a falsa ideia de que há certa unanimidade na adoção e proteção do bem-estar do consumidor como eficiência alocativa ocultou outras possibilidades de abordagens (alternativas à utilidade marginal), de modo que deixou em segundo plano discussões relativas, por exemplo, (i) ao grau de intervenção que cada nação deve ter para se desenvolver, (ii) à diferença entre crescimento e desenvolvimento econômico entre, de um lado, um país como os Estados Unidos e, de outro, um país periférico, (iii) ao bem-estar do consumidor potencial e ao bem-estar do consumidor efetivo, entre outros [Ibid, 2014, p. 42-43; 2015, p. 177-202].

Além das críticas ao transporte acrítico da doutrina, vale notar o contexto político institucional no qual tais vertentes doutrinárias se desenvolveram no país de origem. A abordagem do antitruste desenvolvida pela Escola de Chicago, que influenciou o debate e a prática decisória norte-americanas, se acomodou com outros arranjos institucionais.

No caso norte-americano, eleger a eficiência alocativa como valor prevalente e adotar uma política mais leniente ao poder econômico foi uma estratégia assumida em conjunto e simultaneamente a políticas alternativas que

respondiam a determinadas necessidades práticas, bem como foi adotada em contexto econômico específico. O antitruste fez parte (e é parte) de uma política econômica mais ampla adotada nos Estados Unidos e muitas vezes é amortecido por estratégias de convergência político-institucional.

Em meados da década de 1970, quando as perspectivas desenvolvidas pela Escola de Chicago ganharam cada vez mais aprovação judicial, há alguns fatores apontados como principais responsáveis por essa receptividade. Além da nomeação, para a Suprema Corte e tribunais inferiores, de pessoas com preferências mais restritas em relação à intervenção antitruste, havia a percepção de que as empresas americanas estavam perdendo terreno nos mercados internacionais e perdendo participação no mercado interno, o que aumentou a sensibilidade aos argumentos de eficiência [KOVACIC; SHAPIRO, 2000, p. 43-60].

Além disso, vale destacar que, nos Estados Unidos, a Constituição do país reconhece os estados e o governo federal como soberanos, embora limitados às suas próprias esferas e sob a égide da *Supremacy Clause*¹⁶⁴, de modo que é permitido aos estados elaborarem regulamentações anticompetitivas, desde que articulem claramente o que estão fazendo e supervisionem ativamente qualquer conduta privada – não seria permitido aos estados tolerar colusões ou exclusões de agentes privados não supervisionados [HOVENKAMP, 2019]. Dessa forma, dentro de tais limites, a política antitruste norte-americana precisa se acomodar com outras regulamentações estaduais que podem, inclusive, contradizê-la.

Os argumentos de eficiência adotados, principalmente, a partir do final da década de 1970 também estão inseridos em um panorama maior de reformulações econômicas e políticas do país. A abordagem concorrencial desse período – como visto, leniente ao poder econômico e menos interventora – interagiu com uma política industrial de intenso controle de entrada de capital estrangeiro no território norte-americano [Medeiros, 2021, p. 83-106]. Menciona-se, exemplificativamente e sem pretensão de esgotar o tema, as seguintes

¹⁶⁴ Os tratados e estatutos federais teriam prevalência sobre leis estaduais inconsistentes. Conforme https://constitution.congress.gov/browse/essay/artVI-C2-1/ALDE_00013395/.

medidas que visaram o controle de capital estrangeiro e que, indiretamente, dispuseram sobre a concorrência no mercado norte-americano:

- i. A criação do *Committee on Foreign Investment in the United States* (“CFIUS”) em 1975, com atuação visível a partir da década de 1980, representou forma indireta de controle de concorrência, por meio do qual o governo limitava investimento estrangeiro, principalmente quando relacionado à segurança nacional, a certos setores de serviço público e a alguns outros campos militares.
- ii. Em 1977, o governo estadunidense publicou o *International Emergency Economic Powers Act*, com o objetivo de permitir ao presidente do país retirar ativos estrangeiros caso o país declarasse estado de emergência.
- iii. Em 1974, o governo estadunidense publicou o *US Trade Act*, que permitia aos empresários norte-americanos, caso viessem a ser excluídos de mercados estrangeiros, reclamar diretamente os seus direitos para o governo dos EUA, caso considerassem as práticas de empresas “irracionais”.
- iv. Em 1982, com o *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (“FTAIA”) o congresso norte-americano estabeleceu que o *Sherman Act* não seria aplicável às condutas que envolvessem comércio internacional com nações estrangeiras, a menos que tais condutas tivessem efeito direto, substancial e razoavelmente previsíveis sobre o mercado interno, compreendido como o comércio interno, de importação ou exportação de uma pessoa nacional. Uma das preocupações era evitar que as empresas encarassem o *Sherman Act* como barreira para atividades conjuntas de exportação que pudessem melhorar a eficiência.
- v. Em 1982, o Congresso dos EUA também publicou o *Export Trading Company Act*, cujo principal objetivo era incentivar a exportação dos produtos estadunidenses. A lei flexibilizou a aplicação da legislação antitruste, permitindo que pequenas e médias empresas pudessem realizar acordos para tornar as exportações mais rentáveis.

- vi. Em 1988, impulsionado pelas ameaças econômicas internacionais, foi aprovada a emenda *Exon-Florio* no *Defense Act*, que determinava que todas as fusões, aquisições ou participações “de” ou “com” estrangeiros, que pudessem acarretar “controle estrangeiro” do comércio interno estadunidense, deveriam passar pelo escrutínio do Governo [Ibid].

As medidas acima discriminadas, em conjunto com uma disciplina concorrencial mais permissiva ao poder econômico, foram adotadas em um contexto de crença na ideia de que os Estados Unidos precisavam redirecionar suas políticas econômicas no sentido de conseguir aumentar o seu grau de competição no mercado externo. As políticas concorrenciais, dessa forma, deveriam encorajar a consolidação, a cooperação e associação, a fim de que as empresas estadunidenses pudessem novamente crescer. As premissas da Escola de Chicago foram impulsionadas e convergiram com outros rearranjos institucionais que visavam objetivos maiores do que a mera “eficiência alocativa de mercado”.

A regulação da concorrência no sistema norte-americano não esteve, portanto, à parte de um processo de incentivo de políticas que promoviam o crescimento da economia norte-americana. Ao contrário, se desenvolveu em um quadro de papel proativo do governo no fortalecimento de grandes empresas, em que era apenas umas entre muitas estratégias institucionais adotadas naquele país. A historiografia do tema indica que a disciplina jurídica concorrencial figurou como uma via estratégica de desenvolvimento da economia dos Estados Unidos [Medeiros, 2021, p. 83-106].

III. Considerações sobre o contexto institucional brasileiro: possibilidades de reformas e acomodações institucionais que vão além do direito antitruste “tradicional”

Como visto acima, nos Estados Unidos, país cuja doutrina e prática concorrencial nos influenciou sobremaneira, houve a acomodação do direito antitruste com um panorama maior de reformulações econômicas e políticas do

país. O direito concorrencial foi estruturado e sua importância é reconhecida na medida em que auxilia um plano mais amplo de desenvolvimento naquele país.

Desse modo, da mesma forma como ocorre nos Estados Unidos, questiona-se em que medida o Direito Concorrencial brasileiro deve convergir e/ou se acomodar com outras políticas institucionais que respondam aos anseios da nossa política econômica e que auxiliam em um processo de crescimento da economia brasileira. Uma reforma institucional seria importante não apenas considerando características específicas da economia brasileira, marcada por oligopólios e concentrações, mas considerando também as atuais mudanças da economia global, que, de forma cada vez mais consistente, conta com tecnologias avançadas concentradas nas mãos de poucos empresários e apenas em setores de vanguardas produtivas.

Segundo Unger, atualmente, vislumbramos a chamada economia do conhecimento, consistente na prática produtiva mais avançada da atualidade. A economia do conhecimento traduz-se em acumulação de capital, tecnologia, capacitações tecnológicas e ciência aplicados à condução das atividades produtivas. Sua característica ideal é a inovação permanente em processos e métodos, assim como em produtos e tecnologias, tornando-se um paradigma de produção que continuamente reinventa a si mesma [2018a, p. 25-26; 2024 p. 515-516].

Atualmente, a economia do conhecimento concentra-se na indústria de alta tecnologia, especialmente sob a forma assumida por um pequeno número de metaempresas globais e por um segmento adjacente de empresas emergentes. Mesmo em países desenvolvidos, não se vislumbra estratégias de desenvolvimento econômico capazes de tornar a prática produtiva mais avançada amplamente disponível para a população economicamente ativa, o que enseja muitos dos atuais problemas político-econômicos de tais países¹⁶⁵ [Unger, 2018a, p. 22].

¹⁶⁵ Unger argumenta que o confinamento da economia do conhecimento pode ser responsável pela atual estagnação econômica e produtiva identificada também em países desenvolvidos: “Estimo que uma das causas principais da estagnação econômica no período que vai do início da

Embora a economia do conhecimento esteja confinada em setores de franja da economia, defende Unger que a economia do conhecimento pode se tornar uma vanguarda includente ao invés de insular. Sua difusão, no entanto, iria requerer mudanças nos arranjos e pressupostos econômicos básicos: “não somente formas diferentes de regular a economia de mercado ou de fazer negócios sob a égide de suas instituições atuais – mas um tipo diferente de economia de mercado” [2018a, p. 13-14]. A disputa, nesse contexto, não seria apenas sobre o tamanho relativo do mercado e do Estado, mas sobre os arranjos institucionais que seriam responsáveis por organizar uma atividade econômica descentralizada¹⁶⁶.

Nesse contexto, o recurso à legislação antitruste para solução de problemas de dominação da economia do conhecimento poderia ser insuficiente. Unger defende que, ainda que a legislação antitruste seja emendada ou aperfeiçoada para se adequar à nova circunstância da economia do conhecimento, seria insuficiente para reverter as forças combinadas e cumulativas que proporcionam vantagens decisivas a um pequeno número de empresas globais. As potenciais mudanças na legislação antitruste funcionariam somente como parte de transformações de mais longo alcance na arquitetura legal e institucional de economia de mercado.

Tais inovações de longo alcance, continua Unger, “começariam pela ampliação do acesso aos meios para a adesão à economia do conhecimento: capital, tecnologia avançada e prática avançada. Continuariam por meio da criação de novas formas de parceria entre governos e empresas emergentes, assim como de práticas de concorrência cooperativa entre eles. E culminariam na experimentação pluralista com relação ao regime básico de propriedade: as formas e os termos pelos quais as pessoas podem mobilizar o capital acumulado

década de 1970 até hoje é o confinamento da economia do conhecimento a vanguardas relativamente insuladas, em vez de sua difusão para o conjunto da economia” [2018, p. 16].

¹⁶⁶ Para além das proposições discutidas no presente artigo, não se ignora que a proposta de uma forma mais inclusiva da econômica, além de inovação das instituições que organizem o mercado, também exigem mudanças na educação, na cultura e na política [Unger, 2018, p. 22].

da sociedade e fazer uso de recursos produtivos e oportunidades” [2018a, p. 68; 2024 p. 517].

Dessa forma, mais do que regular o mercado atualmente existente, para garantir o acesso efetivo aos mercados – do lado da oferta e produção, e não apenas da demanda - e a existência real de concorrência, é necessário reformar os arranjos institucionais da ordem de mercado. Não é suficiente que o direito concorrencial apenas regule mais intensamente o mercado, mas deve se acomodar com outros arranjos institucionais que sejam capazes de redefinir a economia de mercado.

Nesse sentido, a ideia de que análise econômica seria fonte segura de previsibilidade na análise dos casos concretos, levando a eficiência econômica por meio de soluções exatas e constantes, parece ser insuficiente para difundir amplamente a economia do conhecimento. Uma redefinição da economia de mercado, ainda que possa usufruir do ferramental econômico, precisa da convergência regulatória do direito antitruste com outras estratégias de desenvolvimento inclusivo da economia brasileira.

Conforme defende Unger, o primeiro estágio das “inovações de longo alcance” para redefinir a economia de mercado seria ampliar acesso às oportunidades e recursos para a produção, especialmente em favor de empresas com potencial para desenvolvimento das práticas mais avançadas de produção. Poderia ser necessária a criação, pelo Estado, de agências independentes responsáveis por, pelo menos inicialmente, investir no acesso às oportunidades e recursos para produção – como capital, tecnologia, capacitações, mão de obra, etc - em proveito de uma variedade mais ampla de atores econômicos [2018a, p. 117; 2014, p. 517].

Além disso, na medida em que os agentes da economia do conhecimento se expandem, aumenta também o leque de experiências relevantes de tais empresas, por exemplo sobre as melhores formas de adaptar as tecnologias em proveito das empresas. Desse modo, as experiências das empresas beneficiárias desse acesso (às oportunidades e recursos para produção na economia do conhecimento) deveriam ser selecionadas e suas melhores práticas difundidas.

Segundo Unger, essa difusão também seria papel do Estado, que seria mais bem desempenhada por um centro de suporte de nível intermediário entre governo e empresas [2018a, p. 118].

Interessante notar que a criação de uma agência governamental responsável por difundir conhecimento, experiências e, inclusive, variáveis competitivas relevantes à produção, embora não contradiga o atual direito concorrencial, consiste em dimensão usualmente desconsiderada por tal ramo do direito. O direito concorrencial, embora considere que o acesso a tecnologias, conhecimento e experiência possa ser uma barreira à entrada de novas empresas, principalmente a mercados intensivos em tecnologia, tem como primordial instrumento de regulamentação a limitação e o controle de práticas potencialmente anticompetitivas e/ou o bloqueio de concentrações.

O segundo estágio das “inovações de longo alcance” consiste em realizar mudanças nas relações entre governos e firmas e nas relações entre firmas. No que se refere à relação entre governo e empresa, o modelo norte-americano – que influenciou e influencia fortemente o Brasil –, de regulação concorrencial dos negócios pelo governo, não se mostrou suficiente para o desenvolvimento de instituições úteis ao aprofundamento e disseminação de uma economia do conhecimento includente – o que se demonstra pelo fracasso em seu desenvolvimento na totalidade das economias contemporâneas. Segundo Unger, tal modelo de regulação concorrencial falha na criação de mecanismos que viabilizem uma participação mais ampla no desenvolvimento da produção experimental, intensiva em conhecimento [Unger, 2018a, p. 119, 2014, p. 517].

A solução alternativa seria a coordenação estratégica entre governos e empresas que seja “descentralizada, pluralista, participativa e experimental”, com o objetivo de expansão e orquestração do acesso ao capital, tecnologias e capacitações avançadas. O agente responsável por tais soluções seria um conjunto de entidades, estabelecidas pelo governo, mas independentes dele, que explorariam e disseminariam as diferentes possibilidades e experiências

existentes no mercado, de modo a aumentar o material disponível para seleção competitiva pelo mercado [2018a, p. 121]¹⁶⁷.

No que se refere à relação entre empresas, haveria permissão e incentivo à competição cooperativa entre firmas de pequeno e médio porte - isto é, entre negócios que, em virtude de sua escala, não representam risco de suprimir a concorrência. “Essas firmas compartilhariam alguns recursos sem deixar de competir umas com as outras, para melhor obter economias de escala e construir conjuntamente um aparato de produção que tenha os atributos da economia do conhecimento aprofundada e disseminada” [Ibid, p. 122]. Tais mudanças na estruturação jurídica e institucional da organização da economia visariam a ampliação do acesso a recursos e oportunidades cruciais para empresas que, de outra forma, poderiam não conseguir concorrer de maneira efetiva¹⁶⁸.

Por fim, o terceiro estágio de “inovações de longo alcance” seria a realização de mudanças no regime de propriedade, diversificando as formas de acesso descentralizado ao capital e ao aparato produtivo da sociedade. Isso se daria por meio de direitos de propriedade fragmentários, condicionais ou temporários, principalmente aos meios de produção, o que organizaria a existência de direitos concomitantes de diversos interessados aos mesmos recursos produtivos [Ibid. p. 122-123].

Como se vê, principalmente o primeiro e segundo estágio das “inovações de longo alcance” propostas por Unger vão além da forma negativa do controle

¹⁶⁷ Exemplificativamente, Unger compara tais entidades ao extensionismo agrícola, que atua como um elo entre o produtor rural, a pesquisa, as políticas públicas e o suporte técnico. Aduz que, inicialmente, as entidades poderiam precisar de financiamento público, mas poderiam ser, subsequentemente, financiadas por taxas cobradas por seus serviços ou por meio de participação acionária nos negócios que originarem, bem como seus gerentes e executivos poderiam ter participações nos ganhos e riscos de sua atividade [2018a, p. 121]. Além disso, menciona “A contrapartida a parceria entre o produtor rural e o poder público foi um regime de concorrência cooperativa entre os produtores. Faziam mutirão de trabalho e de recursos. Ganhavam economias de escala enquanto competiam uns contra os outros. O resultado foi o desenvolvimento da agricultura mais eficiente que havia existido no mundo até aquele momento”. [2018a, p. 44].

¹⁶⁸ No mesmo sentido, segundo Amato “De outra parte, o isolamento das pequenas e médias empresas – grandes protagonistas da geração de emprego e renda – em relação às formas organizacionais e tecnológicas que lhes permitiriam ganhos de escala e produtividade só pode ser vencido pelas práticas de concorrência cooperativa, cuja forma jurídica pode transitar de uma baixa estruturação por redes sociais informais até a forma de contratos relacionais e de relações proprietárias para o compartilhamento de ativos, investimentos e canais de fornecimento e distribuição”. [Amato, 2022, p. 377].

antitruste de condutas e estruturas, que se limita ao bloqueio de concentrações e controle de condutas anticompetitivas. O direito antitruste em sua atual roupagem, e sem convergências institucionais propostas, não tem sido capaz de garantir acesso ampliado aos mercados – no lado da oferta de produtos, e não apenas de demanda.

Mostra-se necessário, dessa forma, adensar os canais de acesso aos mercados para além do atual direito antitruste. Propõe-se que o direito antitruste seja via estratégica para, em conjunto com outras medidas institucionais, levar à difusão da economia do conhecimento e, conseqüentemente, ao desenvolvimento – descentralizado - do país.

O Brasil já possui certas vantagens que poderiam auxiliar na implementação de tal projeto. Em primeiro lugar, já existe um órgão dotado de arcabouço teórico e envergadura institucional para examinar condutas e estruturas sob o ponto de vista concorrencial, qual seja o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. A autoridade concorrencial poderia ser responsável ou auxiliar (i) na verificação das possibilidades de concorrência cooperativa no caso concreto, desenvolvendo diretrizes sobre os quadrantes nos quais as empresas devem concorrer e aqueles nos quais deve cooperar, bem como orientando e selecionando quais empresas teriam escala para atuar de forma cooperativa sem suprimir a concorrência; (ii) por verificar e orientar as situações de ampla disseminação das diferentes possibilidades e experiências existentes no mercado, indicando aquelas informações cuja difusão traria acesso ampliado aos mercados e aquelas que versariam sobre variável competitiva que afetaria negativamente a concorrência.

Além disso, a lei concorrencial brasileira é dotada de flexibilidade em seu texto normativo, destinado a adequá-lo à mutável realidade em que se insere, de modo a não petrificar seu processo de aplicação e interpretação. O método de interpretação das regras concorrenciais deve levar em consideração o contexto econômico e social no qual estão destinadas a operar [Forgioni, 2015, p. 193-194]. Essa flexibilidade permitiria que a atual legislação antitruste fosse interpretada no sentido de uma convergência institucional apta a ampliar o acesso ao

mercado. Não seria necessária, dessa forma, substanciais alterações legislativas para que o direito concorrencial brasileiro se acomode e auxilie na estruturação de iniciativas de coordenação entre governo e empresas e entre as próprias empresas.

Dessa forma, tais iniciativas não negam a lógica do mercado, da concorrência ou a pertinência do uso de modelos ou simulações econômicas (que embasam parte importante da atuação da autoridade concorrencial). Ao contrário, esse ferramental (concorrencial e econômico) pode ser utilizado em convergência com mudanças institucionais que aprofundem e ampliem o acesso a oportunidade e capacitações. Isto é, que garantam o acesso efetivo aos mercados.

A superação do colonialismo mental não significa negar a importância e utilidade da prática e teoria advinda do direito concorrencial norte-americano, mas reconhecer que o direito concorrencial brasileiro deve se acomodar com outras soluções institucionais próprias, a fim de que a organização jurídica dos mercados seja capaz de gerar desenvolvimento econômico inclusivo, não apenas no lado da demanda, mas também da produção.

IV. Conclusão

Conforme acima exposto, Unger argumenta que o Brasil sofre de um colonialismo mental, o que tornaria nossas ideias e instituições cópias importadas de outros países. As instituições e ideias brasileiras decorrentes de tal colonialismo seriam incapazes de desenvolver soluções aptas a resolver os problemas locais. Nos últimos anos de história brasileira, não foram criadas instituições capazes de superar nosso histórico problema de crescimento econômico inclusivo [2018b, p. 15-22].

Com efeito, o Brasil se limitou a tentar criar inclusão via consumo, restrita ao lado da demanda (e não da oferta e produção). Não foram desenvolvidos os instrumentos para melhorar a produtividade do trabalho e convergir ao nível de desenvolvimento das economias mais avançadas, bem como não houve esforços no sentido de maior acesso ao mercado pelo lado da produção e oferta [Unger,

2018b, p.]. Tal cenário tende a se tornar mais grave na atual economia do conhecimento, consistente na prática produtiva mais avançada da atualidade, marcada por inovação permanente em seus processos e métodos, produtos e tecnologias. A economia do conhecimento, mesmo em países desenvolvidos, não se encontra difundida. Ao contrário, essa prática avançada de produção concentra-se apenas em poucas indústrias de alta tecnologia [Unger, 2018a p. 22-26].

O direito concorrencial brasileiro, enquanto um dos mecanismos disponíveis para a organização jurídica da economia, não foi exceção ao colonialismo mental: fomos fortemente influenciados pela doutrina e prática norte-americanas sem grandes considerações sobre o transporte, muito vezes acrítico, de teorias para contexto para o qual não foram criadas, e desconsiderando os demais arranjos institucionais existentes naquele país, os quais se acomodavam com o direito concorrencial lá desenvolvido.

Nesse contexto, tendo em vista o atual estágio da economia do conhecimento, bem como os problemas histórico de produção e acesso existentes no Brasil, faz-se necessária a criação de soluções institucionais mais amplas que uma mera reforma do direito concorrencial brasileiro. O direito concorrencial brasileiro terá de ser capaz de, convergindo e combinando com outras instituições econômicas, ser via estratégica para a reformulação econômica e política do país. O direito concorrencial terá de ser utilizado e adaptado para auxiliar um plano mais amplo de desenvolvimento e acesso aos mercados no Brasil.

Nesse sentido, Unger defende que é necessária uma reinvenção dos arranjos institucionais da ordem de mercado. Tal reinvenção, conforme acima exposto, começaria pela ampliação do acesso aos meios para a adesão à economia do conhecimento, notadamente capital, tecnologia avançada e prática avançada. “Continuariam por meio da criação de novas formas de parceria entre governos e empresas emergentes, assim como de práticas de concorrência cooperativa entre eles. E culminariam na experimentação pluralista com relação ao regime básico de propriedade: as formas e os termos pelos quais as pessoas podem

mobilizar o capital acumulado da sociedade e fazer uso de recursos produtivos e oportunidades” [2018a, p. 68].

No âmbito dessa proposição de reforma institucional, o direito concorrencial pode ser instrumento para o avanço de uma economia includente. Seu posicionamento privilegiado no debate jurídico e econômico permite que, em convergência com as inovações institucionais propostas, radicalize a economia de mercado.

Não se nega com isso a utilização de modelo e instrumental econômico pelo direito da concorrência, nem a influência - muitas vezes útil - que o direito concorrencial estrangeiro exerceu no direito pátrio. Ao contrário, propõe-se que, da mesma forma como ocorreu e ocorre em outros países, o direito concorrencial combine e convirja com outras práticas e instituições que viabilizem o efetivo acesso aos mercados (na forma de acesso a oportunidades e recursos) e o efetivo exercício da concorrência.

Essa convergência, contudo, deverá ser feita com instituições e ideias aptas a resolver problemas locais. Dado que, como visto acima, convergências institucionais em países estrangeiros foram capazes de catalisar processos de desenvolvimento, devemos criar convergências institucionais próprias para, não apenas superar os históricos problemas de subdesenvolvimento, mas também fazer frente aos atuais desafios de inclusão de uma economia do conhecimento altamente tecnológica e concentrada - desafio exigido, atualmente, até mesmo das nações mais desenvolvidas.

Dessa forma, a alternativa não propõe dependência de ideias meramente locais, mas que nossas experiências e reflexões sejam responsáveis por construir nossos futuros possíveis.

Referências

AMATO, Lucas Fucci. **Propriedade desagregada e empreendedorismo democrático**: instituições da economia de mercado e formas jurídicas do capital. Porto Alegre: Editora Fi, 2022.

- ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2014
- BUDZINSKI, Oliver., BEIGI, Maryan H. A. Generating instead of protecting competition. *In*: GAL, Michal S. et al. (Org.). **The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.
- FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2015.
- HOVENKAMP, Herbert J. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. 4th ed. St. Paul, MN: West, 2011.
- HOVENKAMP, Herbert J. Antitrust policy after Chicago. **Michigan Law Review**, v. 84, n. 2, p. 213-284, 1985.
- HOVENKAMP, Herbert J. Whatever did happen to the antitrust movement? **Notre Dame Law Review**, v. 94, n. 2, 2019.
- KHAN, Lina M. The Ideological Roots of America's Market Power Problem, 127 **Yale Law Journal Forum** 960 (2018).
- KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. **Journal of Economic Perspectives**, v. 14, n. 1, p. 43-60, Winter 2000.
- MEDEIROS, José Augusto. **A tutela jurídica do mercado interno e sua interação com a regulação da concorrência: o mercado interno como recurso de poder econômico**. 2021. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092022-114738/pt-br.php>.
- OCTAVIANI, Alessandro. Estado Capitalista Contemporâneo e sua disciplina jurídica central: Direito Econômico – funções, dimensões e estruturas em dinâmica. *In*: **Problemas de Direito Econômico** (Estudo, no prelo). São Paulo. 2024.



SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial.**

São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A legal theory of economic power:** implications for social and economic development. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.

SALOP, Steven C. Question: what is the real and proper antitrust welfare standard-answer: the true consumer welfare standard. **Loyola Consumer Law Review**, Chicago, v. 22, n. 3, 2010

STIGLITZ, Joseph. **Power, and Profits.** Progressive Capitalism for an Age of Discontent. New York: W.W. Norton & Company, 2019.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A economia do conhecimento.** São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental:** repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018

UNGER, Roberto Mangabeira. **The World and Us.** London: Verso, 2024.

18. Tributação, desenvolvimento e (re)distribuição

Viktor Jean Lemos¹⁶⁹

Lucas Fucci Amato¹⁷⁰

Introdução

No último século, a dogmática jurídica transitou de um modelo formalista para uma visão mais instrumental, funcional ou finalística; nessa linha, a tributação passa a ser analisada como importante aliada nas transformações econômicas induzidas, entre outros fatores, pelo sistema jurídico.

Partindo desse pressuposto, o capítulo é estruturado em quatro seções: a primeira traz um panorama da reorganização do direito a partir das transformações econômicas. Com a consolidação do Estado interventor, o direito será visto como instrumento de política econômica e social. Na segunda seção, é apresentado um panorama da tributação no Brasil, focando a Nova República e os desafios identificados nesse contexto para tornar o direito tributário um parceiro nos projetos de desenvolvimento. Em terceiro lugar, tratamos da necessidade de compreender o sistema tributário de forma ampliada, em suas três principais funções (alocação, distribuição e estabilização) e, nesse plano, exploramos algumas das proposições de Mangabeira Unger para uma reforma tributária, concluindo com apontamentos sobre a reforma de 2024.

1. O papel econômico do Estado interventor

A visão contratualista clássica parte da concepção de processos econômicos centrados no equilíbrio natural da produção e circulação de riquezas

¹⁶⁹ Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da USP, graduado em Direito e História pela USP. Especialista em Direito Tributário e Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Especialista em Economia e Gestão pela Escola de Economia de São Paulo – FGV.

¹⁷⁰ Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard. Livre-docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD.

para moldar o Estado como mediador de conflitos, conciliador de interesses e mentor da ordem. Nessa perspectiva, a função do Estado seria fundamentalmente assegurar a manutenção de tal equilíbrio, devendo servir como um redutor de crises e como um fiador de uma ordem econômica e política baseada na iniciativa individual, na propriedade privada e na liberdade contratual (Faria, 2023; Trubek, 2009).

O direito natural moderno serviu de modelo ao formalismo jurídico, baseado na positivação dos direitos naturais, estruturando-se em um conjunto de regras e estabelecendo a “ciência do direito” como um entendimento dogmático centrado na construção de conceitos pretensamente autoevidentes e determinados. Nesse formato, o direito internalizava seus próprios critérios decisórios, a partir de um modelo conceitual que presidia a abstração, sistematização e generalização de critérios configurando uma ordem jurídica “objetiva” a ser simplesmente aplicada (Amato, 2022, p. 318). Nessa abordagem, há a oposição à interpretação jurídica finalística e à consideração de circunstâncias não pré-delimitadas normativamente.

Todavia, quando observamos a forma como se desenvolveu a economia de mercado desde a segunda metade do século XIX, verificamos novos desafios a partir da formação de um modelo industrial, financeiro e monopolista de atuação global, em que grandes conglomerados econômicos, assistidos pelos avanços das tecnologias de produção, comunicação e transporte, e em nome da maximização dos seus lucros, passaram a deslocar suas cadeias produtivas por todo o planeta. Este é o ponto inicial de crise do Estado de tipo liberal e do formalismo jurídico.

A partir do início do século XX, diante das transformações das estruturas econômicas, os Estados tradicionais de tipo liberal se mostraram incapazes de atender as demandas de uma economia em franca expansão e, ao mesmo tempo, responder às instabilidades sociais dela derivada.

É nesse contexto que observamos a transformação do Estado para um tipo interventor já nos anos 1930 e 1940, a partir do *New Deal* rooseveltiano – na Europa do entreguerras e, sobretudo, do pós-guerra, o Plano Marshall e o Estado de bem-estar social progrediu, enquanto no “terceiro mundo” expandiu-se o

Estado desenvolvimentista. De forma por vezes contraditória, em um contexto de concentração e centralização do capital, a hipertrofia do Estado foi a forma de contenção de diferentes conflitos: (i) entre grupos da burguesia que se desenvolveram desigualmente diante das transformações tecnológicas e das cadeias produtivas; e (ii) entre a burguesia e os diferentes setores sociais dela dependentes, estes últimos cada vez mais marginalizados e reivindicando políticas de cidadania (Faria, 2023).

Assim, diante de uma economia cada vez mais vulnerável a crises e às pressões dos grandes monopólios econômicos, o Estado passou a ter como funções a regulação, o controle e a direção econômica, tornando-se instrumento de criação e reprodução das condições favoráveis para a manutenção e expansão do mercado.

Antes de avançarmos, deve-se ter claro que essa nova atuação do Estado não nega a premissa dos arranjos econômicos de mercado, tampouco busca substituí-los. Ao contrário, seu papel regulatório serve para ampliar sua capacidade de direção e controle do processo produtivo visando sua adequação com fins de manutenção do modelo de acumulação. Assim, como afirma Faria (2023), a superação do liberalismo econômico não significa o desprezo pelo liberalismo político. Pelo contrário, a substituição do liberalismo econômico é que se converte no pressuposto da permanência do liberalismo político, embora sobretudo os países “em desenvolvimento” ou “subdesenvolvidos” tenham vivenciado experiências de desenvolvimentismo autoritário.

É nesse contexto que observamos as implicações entre as funções regulatórias e diretivas do Estado intervencionista e a utilização da dogmática jurídica como instrumento de transformação socioeconômica. Assim, se no século XIX tínhamos uma compreensão do direito mais cartesiana, em que se buscava a formação de uma dogmática jurídica pura, afastada de outros ramos das ciências humanas, ao longo do século XX o direito passou a ser visto como instrumento de efetiva atuação do Estado na economia, configurando-se de forma mais aberta e flexível.

Essa característica de um Estado interventor vai se desdobrar e se transformar ao longo de todo o século XX, formando, em maior ou menor intensidade, o modelo do *Welfare State*. Nesse contexto, a relação entre direito e desenvolvimento tornou-se uma área de estudo cada vez mais comum. Seus estudos se pautam numa perspectiva de desenvolvimento não apenas baseada em aspectos quantitativos (como o PIB e a expansão do setor industrial), mas também numa perspectiva econômico-social centrada no homem e na expansão das suas liberdades e capacidades, incluindo elementos como nível de escolaridade, expectativa de vida, participação política e distribuição de renda.

Tem-se como pressuposto, no sentido da sociologia do direito weberiana (ver Trubek, 2009), que as instituições jurídicas influenciam no desenvolvimento econômico e social do país por reduzirem incertezas e, consequentemente, promoverem ganhos nas relações econômicas. O direito tem papel fundamental na performance econômica, uma vez que a ausência de padronização afeta o desenvolvimento econômico na medida em que representa obstáculos para a ampliação dos mercados de crédito, investimentos e outros (North, 1990). Assim, o Estado de tipo interventor passa a fazer uso cada vez mais intenso do direito e da dogmática jurídica para a promoção do desenvolvimento (econômico, social e político).

Deve-se notar que o uso da dogmática jurídica como instrumento de desenvolvimento passou por inúmeras transformações ao longo das décadas, inclusive com uma fase de crise entre os anos 1980 e 1990. Mas, com a entrada do novo século, marcado pelo fracasso das recomendações do *mainstream* econômico neoliberal, houve a retomada da intervenção estatal e alterações na direção das políticas públicas em diversos países, incluindo o Brasil. Essa reação política dominou a agenda de reformas da América Latina, estimulando e aprofundando o debate sobre o curso, perspectivas e o novo papel do Estado. Esse novo momento de estudos econômicos e jurídicos, fundamentalmente após a crise de 2008, está estruturado na perspectiva de que a economia de mercado pode falhar, de que a intervenção regulatória é necessária e de que a ideia de desenvolvimento significa algo além do mero crescimento econômico.

O tipo-ideal de um novo Estado desenvolvimentista (ver Trubek *et al.*, 2013) seria composto por: (i) confiança primária no setor privado como investidor, ao invés de empreendimentos estatais; (ii) aceitação do papel principal do Estado em coordenar o investimento, coordenar projetos e garantir informação especialmente em projetos de longo prazo; (iii) colaboração extensiva e comunicação entre os setores público e privado; (iv) forte interesse em exportação e relativa abertura à importação; (v) atenção direta ao empreendedorismo, inovação e desenvolvimento de novos produtos, ao invés de dependência em tecnologia importada e *know-how*; (vi) promoção do investimento direto produtivo (ao invés de especulativo); (vii) ênfase em tornar empresas privadas competitivas ao invés de protegê-las da competição; (viii) privatização ou parcerias público-privadas para serviços públicos; (ix) promoção do mercado de capital doméstico e setor financeiro para gerar e alocar recursos; (x) atenção à proteção social para reduzir as desigualdades; (xi) programas de bem-estar condicionados ao investimento em capital social.

Nesse cenário, é demandada uma série de novas políticas públicas que serão objetos de reflexão pelo direito, como mecanismos de compartilhamento de informações e esforços cooperativos entre setores público e privado, investimentos em educação, pesquisa e desenvolvimento, inovação tecnológica, uso seletivo de tarifas, taxas e subsídios para estimular a (re)industrialização. É nesse ponto em que o ordenamento tributário se apresenta como mais um mecanismo para a promoção do desenvolvimento.

Assim, nesse Estado interventor, temos um direito que é influenciado pelas transformações sociais, políticas e econômicas, que exigem controles estatais cada vez maiores sobre as legislações. Esse, direito, ao se transformar em uma ferramenta para alcançar fins práticos como a eficiência econômica ou a implementação de políticas públicas, distancia-se das estruturas jurídicas clássicas cuja tendência era subestimar a complexidade e a contingência das situações jurídicas; ademais, uma “materialização” do direito implica reconhecer e explicitar considerações morais e políticas na interpretação e aplicação do direito.

O direito assume então um aspecto funcional, destacando-se sua capacidade de interferir nas estruturas sociais com a finalidade de regulá-las, dirigi-las e modificá-las. Isso ocorre especialmente no Estado intervencionista, em que a legislação tem a função de interferir na economia e nas relações sociais no sentido de fomentar a proteção, a provisão, a regulamentação e o controle. Nesse formato, suas estruturas internas comportam maior plasticidade para sua adaptação à experiência corrente.

Neste ponto, Faria (2023) reforça a importância do processo hermenêutico como um instrumento de modernização do direito, especialmente em um contexto de transformações sociais, políticas e econômicas. Isso porque, à medida que as concepções do direito como um sistema fechado, perfeito e completo tornaram-se insuficientes para explicar a realidade contemporânea, a questão da interpretação se tornou essencial para o pensamento jurídico, uma vez que as normas, para se adaptarem aos novos desafios, precisam ser interpretadas levando em conta as implicações sociais, políticas e econômicas de cada caso concreto. Isso permite uma análise mais rigorosa dos problemas inerentes à ação estatal no domínio econômico, especialmente nos regimes em modernização. O processo hermenêutico, portanto, está diretamente relacionado ao aspecto funcional do direito, pois pretende uma interpretação mais atualizada das normas jurídicas de forma a adequá-las às necessidades da sociedade contemporânea.

Entretanto, deve-se também observar alguns desafios para a aplicação consistente do processo hermenêutico como instrumento de modernização do direito, como a subjetividade inerente à interpretação das normas jurídicas, a possibilidade de diferentes interpretações por parte dos operadores do direito, a necessidade de garantir a coerência e a segurança jurídica nas decisões baseadas na hermenêutica, entre outros.

Importante termos em conta também que, quanto maior for a necessidade de reformulação das estruturas de riqueza e poder, mais intenso será o uso do direito como instrumento indutor. Logo, maior será a discricionariedade e autonomia demandadas pelos órgãos públicos executivos e maiores as tensões

resultantes dos diferentes níveis de resistência à imposição de normas mais abrangentes sobre a estrutura social.

Observam-se então algumas limitações do direito em seu aspecto funcional (Faria, 2023), como: (i) a ambiguidade existente nas linhas demarcatórias entre o público e o privado, o que torna problemática a elaboração de padrões de justiça aplicáveis ao relacionamento entre os diferentes setores da economia e à distribuição de justiça entre eles⁸; (ii) a hipertrofia do Executivo, manipulado por tecnocracias fundadas numa ética maquiavélica de convicção, avessas ao diálogo e permanentemente dispostas a neutralizar qualquer forma de controle político não ditada por razões de competência técnica⁹; (iii) a perda de funcionalidade das soluções jurídicas de inspiração ortodoxamente liberal, as quais deixaram de ser critérios para a atuação concreta do Estado na medida em que a ênfase ao formalismo e ao positivismo deixou em aberto inúmeras questões que apenas ampliaram o papel do arbítrio, sem que a dogmática fornecesse os parâmetros de controle; e (iv) a ampliação do coeficiente de discricionariedade das novas fórmulas de poder de intervenção do Estado, o que torna problemática a função arbitral como um órgão neutro e acima das partes na resolução dos conflitos.

2. A tributação no Brasil

A década de 1960 foi um período de significativas mudanças para o sistema tributário nacional (para um panorama do sistema tributário brasileiro, do império à ditadura militar, ver Gonçalves e Sato, 2024; para o período desde a ditadura militar, ver também Silva, 2019). Em meio a uma forte crise econômica e política no país, tinha-se claro a necessidade de amplas “reformas de base”. Com as despesas do Tesouro Nacional atingindo a marca anual de 13% do PIB, e um déficit acumulado por volta de 4% do PIB, tínhamos um cenário de endividamento público coberto quase que totalmente através de emissões. O resultado foi uma taxa de inflação que, na década de 1950, estava em 12%, atingindo 29% em 1960 e 75% em 1963. Assim, a reforma tributária era vista como

prioritária não só para resolver os problemas orçamentários do governo, mas também para fomentar outras reformas.

A prioridade, na época, foi a reestruturação do aparelho arrecadador. Para tanto, em 1963, foi criada a Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda com a tarefa de reorganizar e modernizar a administração fiscal federal. Após o golpe de 1964, a reforma tributária ganhou impulso, de forma que um novo sistema tributário foi sendo implantado entre 1964 até 1966, priorizando a reabilitação das finanças federais e atendendo os interesses dos setores empresariais que constituíam a base política de sustentação do novo regime. Ao longo da ditadura civil-militar, o sistema tributário nacional passou por fases distintas, mas quase sempre centrado no objetivo de ampliar o nível da arrecadação.

Com a redemocratização, o sistema tributário nacional passa por uma nova fase. Ao contrário da reforma da década de 1960, elaborada por uma equipe técnica em gabinetes fechados, a Constituição de 1988 trouxe um novo sistema, fruto de um processo participativo com diferentes atores políticos. Embora o desenho do sistema tributário da nova Constituição tenha contado com a participação de técnicos, sua marca foi a forte presença dos debates e interesses políticos, em resposta aos vinte anos de ditadura.

A experiência da Constituinte de 1988 logo deixou clara as dificuldades em coordenar um projeto de tamanha envergadura, com diferentes atores políticos e num curto espaço de tempo. O resultado foi um texto final complexo, com problemas de coerência interna, criando um Estado muito maior do que o seu sistema de financiamento poderia sustentar, não havendo previsão realista de disponibilidade de recursos, de maneira que o desequilíbrio orçamentário, já existente, apenas se consolidou.

Além disso, e em resposta previsível a grande concentração de poder político durante a ditadura, a Constituição de 1988 buscou fortalecer a Federação, o que exigiu um aumento da autonomia fiscal dos estados e municípios. Esta ampliação da autonomia resultou em significativas alterações do modelo tributário proposto pela Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. Dentre elas, podemos citar, a título exemplificativo, a possibilidade de os Estados

estabelecerem suas alíquotas de ICMS e ampliação dos percentuais da arrecadação do IR e IPI destinados ao Fundo de Participação dos Estados e dos Municípios. Paralelamente, e diante da necessidade de buscar meios para financiar um novo sistema de seguridade social, a Comissão da Ordem Social previu instrumentos adicionais de financiamento, as chamadas contribuições, incidentes sobre o faturamento (PIS e COFINS).

3. As funções da tributação e as propostas de Unger

Nosso sistema tributário foi sendo moldado a partir de uma perspectiva de um Estado interventor, que objetiva não apenas o seu financiamento, mas também um dirigismo econômico que ocorre, entretanto, de forma ineficaz.

Tal ineficácia pode ser compreendida a partir de uma análise proposta por Mangabeira Unger (2011) para a situação constitucional brasileira que, segundo o autor, acaba por inibir a execução de transformações estruturais do país. Isso ocorre porque haveria uma combinação de duas diferentes tradições constitucionais que trazem limitações significativas de transformação.

Segundo o autor, a primeira tradição seria o *constitucionalismo liberal protodemocrático ou semidemocrático* que, no Brasil, se dá a partir (i) de um conjunto de mecanismos que restringem a influência popular na participação política e na tomada de decisão; (ii) da limitação do potencial experimentalista do federalismo diante do enfraquecimento do poder dos Estados frente ao poder central; e (iii) de um conjunto de práticas que mantêm a cidadania em baixo nível de mobilização.

Sobre a segunda tradição, tem-se a variante tardia e truncada da *tradição constitucional de Weimar*, caracterizada (i) pela constitucionalização das expectativas sociais ou redistributivas, e por promessas de direitos econômicos e sociais sem, todavia, estabelecer um modelo de organização econômica e social que possa assegurar a realização desses objetivos; e também (ii) por um baixo nível de mobilização cívica, que é vista como um momento extraordinário que ocorre apenas em situações de crise.

Assim, para o autor, haveria uma falta de realismo e imaginação na estrutura do ordenamento constitucional brasileiro, que, segundo ele, ainda está fortemente baseado na imitação e na mistura de constituições adotadas em países do Norte-Atlântico. Diante disso, é proposta uma reconstrução do projeto democrático por meio da reorientação do direito constitucional, que inclui inovações capazes de elevar a mobilização política da cidadania e resolver rapidamente os impasses entre os poderes do Estado.

Tendo como pressuposto que a situação constitucional brasileira é um obstáculo para a reinvenção social, Mangabeira Unger sugere uma postura de rebeldia contra os limites da tradição constitucional, que deve ser guiada por uma ideia de democracia e por uma prática do direito, que permita a construção de instituições, práticas e doutrinas de uma democracia de alta energia, capaz de fazer com que as mudanças passem a depender menos das situações de crise.

Nesse contexto, a tributação, se bem estruturada, poder servir como um importante instrumento de transformação. Na seara tributária, tem-se o debate sobre a função que a norma tributária deve desempenhar (ver Sousa, 1949; Baleeiro, 2006; Schoueri, 2018; 2005; Ribeiro, 2010). A teoria causalista reconhece a existência da causa justificadora dos tributos de maneira *dual*, em seus aspectos interno e externo – ou também pela sua causa primeira e segunda de justificação, como é comumente identificado pela doutrina. Por aspecto interno entende-se a estrutura da norma, como a definição das hipóteses de incidência, seu critério referencial (base de cálculo) e a técnica de mensuração (alíquota) do encargo adotado, que varia conforme a espécie tributária em questão. Já sobre os aspectos externos, têm-se as funções desempenhadas pela norma, os *efeitos externos* por ela pretendidos, em consonância com as finalidades constitucionalmente tuteladas.

Assim, diante da complexidade do nosso ordenamento jurídico tributário e de sua instrumentalização pelo Estado interventor, são insuficientes as discussões acerca das funções da tributação que fiquem restritas ao seu aspecto puramente arrecadatório, centradas na causa justificadora interna dos tributos, no binômio incidência ou não-incidência, que coloca de lados opostos autoridades fiscais e contribuintes.

Na atual ligação entre o contemporâneo Estado interventor e os sistemas tributários, é preciso lidar com o assunto em seus mais diversos aspectos. Nesse sentido, a tributação deve ser vista em suas três principais funções: alocação, distribuição e estabilização (Musgrave, 1989, p. 3-14). A função alocativa, exaustivamente discutida, diz respeito à obtenção de recursos pelo Estado para fins de viabilizar o fornecimento de bens e serviços para a população. A função distributiva está associada aos ideais de igualdade e justiça, com o intuito de superar as desigualdades inerentes ao sistema econômico. Por último, tem-se a função estabilizadora: a tributação é utilizada para criar incentivos (ou desincentivos) à atividade econômica, podendo servir como mecanismo para controle da inflação, dos fluxos de capitais e até mesmo da manutenção do emprego.

Enquanto a socialdemocracia europeia financia um amplo esquema de benefícios e direitos sociais e serviços públicos por meio da tributação regressiva, sobre o consumo (baseada no imposto sobre valor agregado, IVA), mas que garante uma alta arrecadação e menos distorções nos incentivos e preços de mercado, os Estados Unidos mantêm uma baixa receita agregada de impostos e, embora ostentem no papel altos níveis de tributação de renda e riqueza, mantêm-se como um dos países ricos mais desiguais do mundo (Unger, 2024, p. 359-360; 2020, p. 240; Unger; West, 1999, p. 73-74).

Em geral, uma tributação que incentive o investimento produtivo privado, em vez de penalizar qualquer acumulação de capital, ajuda a adensar a irrigação do financiamento voltado ao empreendedorismo. Por outro lado, uma considerável receita estatal é demandada para investimentos em educação, pesquisa, ciência, tecnologia e inovação, além dos investimentos públicos em fundos e empresas.

Ao esboçar a política e o regime tributário capazes de satisfazer essas duas demandas, Unger (1999, p. 113-140; ver também Unger, 1998a; 1998b [reproduzidos em Unger, 2001, p. 130-132]; 2007; 2018, p. 54-59; 2024, p. 357-362) enfatiza, de um lado, a ampliação da capacidade arrecadatória do estado, necessária para suprir a qualificação de suas políticas públicas; tal intento se

apoiaria em reduzir a tributação sobre a produção e ampliar a tributação sobre o consumo (imposto sobre o valor agregado), que embora tenha efeitos regressivos na arrecadação, pode gerar maior caixa (e com isso ter efeitos redistributivos positivos), ao evitar a perda de empregos e competitividade da produção e a distorção dos preços no mercado.

A tributação por meio do IVA ou de seus equivalentes funcionais permite aumentar a arrecadação porque minimiza o trauma que ela gera para os arranjos econômicos e os incentivos para poupar, investir e trabalhar. O que se perde de progressividade no lado da arrecadação, ganha-se em dobro no nível e no perfil do gasto. (Unger, 2018, p. 56)

De outro lado, a correção das desigualdades patrimoniais se daria pelo foco em impostos sobre heranças e as doações *inter vivos* intrafamiliares.

Calculou-se que, nos Estados Unidos, cerca de metade de todos os bens possuídos por pessoas abaixo dos 50 anos pode ser atribuída a herança ou, mais comumente, a antecipação de herança por doação *inter vivos*. As famílias nas quais a transmissão de propriedade por doação e herança é substancial são, em geral, as mesmas capazes de oferecer educação real a seus filhos – em casa ou na escola. A combinação de vantagens econômica e educacional é avassaladora e dá a países como os Estados Unidos e o Brasil seu quadro relativamente rígido de classes sociais. (Unger, 1999, p. 117)

Finalmente, tendo como alvo o incentivo à poupança e ao investimento, deveria haver um imposto sobre o consumo pessoal de luxo, apreendendo as desigualdades de padrão de vida pela diferença entre a renda e a poupança investida de cada contribuinte (ver Kaldor, 2003 [1955]). Outrossim, Allais (1989 [1977]) defendia que o capital aplicado em atividades que não gerassem retorno mensurável à comunidade e os rendimentos improdutivos é que deveriam ser tributados, em lugar do imposto de renda das pessoas naturais ou jurídicas.

Inicialmente, deveríamos preferir tributar o consumo com um imposto indireto e fixo que com uma arrecadação direta e progressiva. (A tributação é indireta quando incide sobre as

transações e direta quando incide sobre a renda, o consumo ou a propriedade dos indivíduos. Para ser progressiva, a tributação precisa comumente ser direta, embora a taxação direta possa ser fixa, e não progressiva.) A tributação direta do consumo onera a diferença entre o que o indivíduo ganha, seja com salário ou como renda de capital, e o que ele poupa e investe. Ao contrário da tributação indireta do consumo, a tributação direta tende em si mesma à progressividade. Não apenas podemos isentar as pessoas com os menores níveis de consumo; podemos também impor, para além do limite em que o imposto direto começa a valer, uma escala progressiva bastante íngreme. Nos pontos mais altos dessa escala o valor do imposto pode alcançar, como propôs Kaldor, os múltiplos de 100 por cento. Por exemplo, o contribuinte pode pagar ao governo, como imposto sobre o consumo pessoal, quatro dólares para cada dólar gasto.

A lógica moral da tributação do consumo repousa em sua habilidade de atingir diretamente a apropriação individual dos recursos sociais: a proporção em que o indivíduo despende recursos consigo mesmo em vez de preservá-los, ainda que sob seu próprio controle, para o futuro. Essa transposição dos recursos sociais para o consumo individual, preservando uma hierarquia de padrões de vida, é um dos grandes e permanentes objetos de tributação. O outro alvo é a acumulação de poder econômico. A tributação da renda atinge esses dois alvos obliquamente e igualda de maneira injusta os ganhos do trabalho assalariado com as rendas de capital. (Unger, 1999, p. 114-115)

Considerando-se a centralidade, para a economia digital, dos investimentos de capital de risco, podemos ainda destacar as sugestões de política tributária de Seoudi (2015, p. 37-39): tratar as ações como ganho de capital (e não como renda) e tributá-las apenas quando são vendidas; evitar que tributação incida triplamente sobre a renda da empresa investida pelo fundo de capital de risco, sobre os dividendos do fundo e sobre os dividendos distribuídos aos investidores do fundo; considerar a diferença entre o imposto de renda individual e o imposto pessoal sobre ganhos de capital (o que pode incentivar ou desincentivar o investimento empreendedor); considerar a diferença entre tributos sobre ganhos de capital e imposto de renda pessoa física (pelo mesmo efeito).

Conclusão: sobre a reforma tributária de 2024

A recente reforma tributária brasileira (aprovada no Congresso Nacional em 2023, sancionada em 2024 e com regulamentação progressiva até 2033) centrou-se justamente em torno do estabelecimento do imposto sobre o valor agregado, criando um regime federativo dual quanto ao IVA: a CBS (Contribuição sobre Bens e Serviços), de competência federal, substituirá o PIS (contribuição voltada ao financiamento do seguro-desemprego, do abono salarial e de programas de desenvolvimento econômico), o Cofins (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) e o imposto sobre produtos industrializados (IPI); o IBS (Imposto sobre Bens e Serviços), de competência estadual e municipal, substituirá o ICMS (imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços) e o ISS (imposto sobre serviços).

De outra parte, a Emenda Constitucional nº 132/2023 introduziu a obrigatoriedade de alíquotas progressivas para o ITCMD, Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação. A base de cálculo do ITCMD sobre bens imóveis passará a ser o valor de mercado, em vez do valor venal utilizado anteriormente. Isso pode resultar em aumento significativo do imposto devido, especialmente em áreas urbanas valorizadas. Os estados poderão cobrar o ITCMD sobre heranças e doações provenientes do exterior, mesmo sem a edição de uma lei complementar federal específica. Isso amplia a abrangência do imposto, afetando brasileiros com patrimônio no exterior.

A agenda de uma tributação especialmente adequada para estimular a poupança privada (o imposto Kaldor) e o capital de risco (na linha das sugestões mencionais) permanece ainda a ser desdobrada.

Referências

ALLAIS, Maurice. **L'impôt sur le capital et la réforme monétaire**. 2 ed. Paris: Hermann, 1989 [1977].

AMATO, Lucas Fucci. **Propriedade Desagregada e Empreendedorismo Democrático**: instituições da economia de mercado e formas jurídicas do capital. Porto Alegre: Fi, 2022.



- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Edição revista e complementada, à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº. 10/1996 por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- COUTINHO, Diogo. Linking Promises to Policies: Law and Development in an Unequal Brazil. **The Law and Development Review**, v. 3, n. 2, 2010.
- COUTINHO, Diogo. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FARIA, José Eduardo. **Direito, autoritarismo e mudança socioeconômica**. São Paulo: Andrago, 2023.
- GONÇALVES, Priscila Petereit de Paola; SATO, Leonardo Seiichi Sasada. Sistema tributário brasileiro: constituição, história e pensamento político-financeiro nos debates da discriminação das rendas no Brasil. In: GLEZER, Rubens; LYNCH, Christian; VIEIRA, Oscar Vilhena (coords.). **Teoria Constitucional Brasileira: 200 anos de disputa**. Avaré: Contracorrente, 2024. p. 401-445.
- KALDOR, Nicholas. **An expenditure tax**. London: Routledge, 2003 [1955].
- LAVOIE, M. **Foundations of Post Keynesian Economic Analysis**. Aldershot: Edward Elgar, 1992.
- MUSGRAVE, Richard; MUSGRAVE, Peggy B. **Public Finance in Theory and Practice**. 5 ed. New York: McGraw-Hill, 1989.
- NORTH, Douglass. **Institutions, Institutional Change, and Economic Performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SCHAPIRO, Mario. Repensando a Relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais, **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 213-252, 2010.
- SCHAPIRO, Mario. **Ativismo estatal e industrialismo defensivo: instrumentos e capacidades na política industrial brasileira**. Rio de Janeiro: IPEA, 2013.



- SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SEOUDI, Iman. Public policy for venture capital: an integrated framework. **Global Journal of Business Research**, v. 9, n. 4, p. 31-51, 2015.
- SILVA, Roberta Rodrigues Marques da. A trajetória histórica da construção da capacidade tributária brasileira. **Desenvolvimento em Debate**, v. 7, n. 1, p. 41-65, 2019.
- SOUSA, Rubens Gomes. Curso de introdução ao direito tributário, IX – Causa da obrigação tributária. **Revista de Estudos Fiscais**, São Paulo, n. 3, mar/1949.
- TRUBEK, David. Para Uma Teoria Social do Direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **O Novo Direito e Desenvolvimento: passado, presente e futuro**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TRUBEK, David M.; GARCIA, Helena Alviar; COUTINHO, Diogo R.; SANTOS, Alvaro. **Law and the New Developmental State: The Brazilian Experience in Latin American Context**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- UNGER, Roberto Mangabeira. Reforma tributária (1). **Folha de São Paulo**, 21 abr. 1998a.
- UNGER, Roberto Mangabeira. Impostos e paradoxos. **Folha de São Paulo**, 28 abr. 1998b.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada: a alternativa progressista**. Tradução de Carlos Graieb, Marcio Grandchamp e Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 1999.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **A segunda via: presente e futuro do Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2001.
- UNGER, Roberto Mangabeira; WEST, Cornel. **O futuro do progressismo americano: uma iniciativa de reforma política e econômica**. Tradução de Paulo Cesar Castanheira. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



UNGER, Roberto Mangabeira. Impostos e futuro. **Folha de São Paulo**, 27 fev. 2007.

UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, 2011.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental**: repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O homem despertado**: imaginação e esperança. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020 [2007].

UNGER, Roberto Mangabeira. **The world and us**. London: Verso, 2024.

19. A Tributação de Heranças e o Incentivo à Filantropia no Brasil: Diagnóstico Crítico e Proposta de Reforma

Natalia Silva de Andrade Cordeiro¹⁷¹

Introdução

O Brasil é um dos países com maiores índices de concentração de renda no mundo, característica que agrava desigualdades estruturais e perpetua a exclusão de grande parte da população. Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano da ONU de 2019 o Brasil só perdia para o Catar, quando analisada a concentração de riqueza no 1% mais rico. Segundo dados recentes, o rendimento médio do 1% mais rico é quarenta vezes maior que o dos 40% mais pobres (IBGE, 2020). Essa desigualdade é sustentada por um modelo econômico e tributário que falha em implementar mecanismos redistributivos eficazes, especialmente no que diz respeito ao ITCMD, responsável pela tributação de heranças e cuja alíquota é limitada a 8% por força da Resolução do Senado nº 09/1992.

Mangabeira Unger critica a falta de capacidade redistributiva das instituições brasileiras, argumentando que "as políticas de redistribuição no Brasil são superficiais e incapazes de romper com as estruturas subjacentes de concentração de riqueza e poder" (UNGER, 2020, p. 57). Este diagnóstico é particularmente relevante no caso do ITCMD, um imposto subaproveitado que poderia ser um instrumento fundamental para corrigir disparidades patrimoniais.

¹⁷¹ Pós-graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

As organizações sociais são instituições que atuam como ponte entre diferentes segmentos da sociedade, na interlocução com o governo de forma a garantir a redução da assimetria entre estado e cidadão, além de desempenharem atividades essenciais para o desenvolvimento da nação e do indivíduo, com atuação marcante na educação, promoção da saúde, acesso à cultura e outros (STORTO, 2014, p. 42). No Brasil, a Constituição Federal reconhece a importância da participação das organizações da sociedade civil quando as inclui como agentes ativos na promoção da educação (art. 205)¹⁷², acesso à saúde (art. 199, §1º)¹⁷³ e cultura (art. 216, §1º)¹⁷⁴.

Na educação, a atividade do terceiro setor gera o valor adicionado de R\$ 30,1 bilhões e valor bruto de R\$ 43,6 bilhões, na saúde R\$ 67,1 bilhões de valor adicionado e valor bruto de produção de R\$ 112 bilhões, nas atividades artísticas R\$ 10,1 bilhões de valor adicionado e valor bruto de produção de 18.2 (MELLO, 2023, p. 6). Ou seja, além de ser relevante na promoção dos direitos o terceiro setor também é importante na movimentação da economia nacional.

Ainda, as OSCs desempenham papel crucial no enfrentamento de desigualdades sociais e fortalecimento do estado democrático de direito. Alinhado a isso, Unger identifica a relevância do setor na promoção de uma democracia de alta energia: “E a participação da sociedade civil, junto com o Estado e sem fins lucrativos, na provisão de serviços públicos é a melhor preliminar a essa mobilização cívica: começa a derrubar a barreira entre preocupações públicas e angústias privadas” (UNGER, 2018, p. 94).

No entanto, por conta da complexidade normativa, falta de incentivo a doação e outros fatores culturais as OSC enfrentam grandes dificuldades na captação de recursos de doações.

¹⁷² Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹⁷³ §1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

¹⁷⁴ § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Este artigo propõe analisar criticamente essas questões e oferecer uma reforma institucional que combine a revisão das alíquotas e da progressividade do ITCMD com a criação de incentivos fiscais para doações filantrópicas, com base em experiências internacionais e nas reflexões de Unger sobre inovação institucional.

A Reinvenção da Social-Democracia: Reflexões a Partir de Mangabeira Unger

Mangabeira Unger, em *O Homem Despertado*, apresenta uma crítica categórica à social-democracia ao tratar de suas limitações em enfrentar desigualdades estruturais, promover a transformação institucional necessária para democratizar a economia e a sociedade e efetivar seu propósito. Segundo o autor, a social-democracia ao longo do tempo não manteve seus compromissos originais e recuou para uma postura defensiva, de forma a se concentrar apenas na preservação de direitos e benefícios sociais dentro de uma estrutura econômica desigual que perpetua privilégios e desigualdades. Esse padrão não garante o enfrentamento dos desafios impostos pelas crescentes desigualdades globais.

Dentre os pilares preservados pela social-democracia atual está o modelo de redistribuição passiva, onde as políticas fiscais coordenadas pelos governos e os benefícios sociais buscam corrigir as desigualdades sem alterar as estruturas econômicas, políticas e de poder subjacentes. Nesse padrão as classes mais altas se enxergam apenas como financiadoras das classes baixas, sem qualquer envolvimento pessoal na transformação de padrões desiguais.

Por conta disso a sociedade não vislumbra uma mudança estruturante em seu padrão de desenvolvimento, que se mantém estático e em momentos de crise até regressivo, podendo colocar o ideal de democracia em risco. Por conta disso, as reformas redistributivas devem ir além da simples transferência de recursos e atuar na criação de instituições que capacitem os cidadãos a participar ativamente da economia, promovendo uma redistribuição estrutural e não apenas compensatória. A proposta de Unger é de um "produtivismo includente", que visa transformar a economia de forma a expandir as oportunidades de

participação e inclusão social, integrando trabalhadores e comunidades marginalizadas às vanguardas produtivas, investindo em educação e na segurança do desenvolvimento de pequenas empresas, com foco nas empresas familiares.

Essa reflexão é especialmente relevante no contexto da reforma do ITCMD no Brasil. Unger destaca que a redistribuição de riqueza por meio de impostos deve ser acompanhada pela criação de estruturas institucionais que democratizem o acesso a recursos e oportunidades. A proposta de aumentar as alíquotas do ITCMD e introduzir incentivos fiscais para doações filantrópicas reflete esse ideal de redistribuição ativa. Essas medidas não apenas corrigem desigualdades econômicas, mas também fortalecem o papel do terceiro setor como parceiro estratégico na construção de um Estado mais eficiente e democrático, inclusive na construção de uma educação capacitadora.

Outro ponto central da análise de Unger é a necessidade de reestruturar o modelo federativo para promover a cooperação entre os diferentes níveis de governo. O federalismo cooperativo, baseado na colaboração e no compartilhamento de responsabilidades, é essencial para implementar políticas redistributivas eficazes. No caso do ITCMD, uma abordagem cooperativa permitiria que os estados coordenassem suas políticas fiscais, promovendo uma redistribuição mais equilibrada dos recursos e fortalecendo a capacidade dos governos locais de implementar políticas sociais. Unger enfatiza que o federalismo cooperativo não deve ser visto apenas como uma estratégia administrativa, mas como um mecanismo para fortalecer a cidadania ativa e a democracia.

O autor defende ainda que a social-democracia deve ser reinventada para se alinhar às demandas do século XXI. Propõe que as reformas institucionais sejam orientadas por uma visão de "democracia de alta energia", onde a sociedade civil, o terceiro setor e o Estado trabalhem em conjunto para promover a inclusão social e a justiça econômica.

Nesse modelo, a inovação institucional desempenha um papel central, permitindo que a redistribuição de riqueza seja acompanhada de mudanças

estruturais que empoderem os cidadãos e democratizem o acesso às oportunidades econômicas. As propostas de reforma tributária e os incentivos à filantropia discutidos neste artigo estão alinhados a essa visão, oferecendo uma base prática para implementar os princípios defendidos por Unger.

Por fim, Unger critica a morosidade na transformação das políticas nacionais e nas reformas institucionais, aponta que nas democracias modernas as reformas estruturais partem de crises, que a estrutura continua a aceitar a imposição de normas elaboradas pelos mortos para que prevaleçam sobre os vivos e se esforça para manter a estrutura afastada de críticas e questionamento. O momento atual de reforma tributária, aprofundado no tópico seguinte, é ideal para a implementação de uma mudança gradual, renovadora, antes que uma próxima crise assole o sistema democrático (UNGER, 2018, p. 92).

Diagnóstico Crítico da Tributação de Heranças e Doações no Brasil

A concentração de riqueza no Brasil é uma herança histórica que persiste devido ao modelo tributário que onera mais o consumo do que a renda e o patrimônio. Em *O Homem Despertado*, Mangabeira Unger observa que a social-democracia moderna recuou de compromissos redistributivos fundamentais para preservar estruturas de mercado e direitos de propriedade, perpetuando desigualdades (UNGER, 2020, p. 48). No caso do ITCMD, a limitação de sua alíquota máxima a 8% impede que ele cumpra seu papel redistributivo e garante a perpetuação da concentração de rendas em determinadas famílias desde a era colonial. Comparativamente, países como o Japão e a França aplicam alíquotas que chegam a 55% e 45%, respectivamente, demonstrando o potencial deste imposto como ferramenta de equidade fiscal.

Como Unger bem aponta, o refinanciamento do Estado é um dos fatores chave para a formação de um novo modelo, robusto e independente que seja autônomo no seu desenvolvimento e capaz de investir de forma resolutiva em seus cidadãos. Para isso, um dos caminhos propostos pelo autor é a tributação progressiva para o enfraquecimento do acúmulo de poder econômico, e o

caminho mais eficaz para isso a tributação progressiva de heranças (UNGER, 2020, p. 57).

A proteção dos bens herdados foi instituída no Brasil na época da colonização pela coroa portuguesa que acredita e investe na perpetuação de riqueza na mesma linhagem familiar. Prova disso é que em 2004 Portugal eliminou o imposto sobre herança para transmissões efetuadas por cônjuges, companheiros, ascendentes e descendentes.

Outro problema central no Brasil é a ausência de progressividade efetiva, prevista na Constituição Federal (art. 155, §1º), mas ignorada pela maioria dos estados. Sem faixas que aumentem proporcionalmente a carga tributária sobre grandes heranças, o imposto acaba incidindo de forma relativamente uniforme, penalizando os mais pobres. A falta de progressividade reflete a ausência de inovação institucional no sistema tributário brasileiro, algo que Unger considera essencial para a redistribuição estrutural de oportunidades (UNGER, 2020, p. 62).

O cenário é agravado por barreiras à doação filantrópica. As OSCs enfrentam dificuldades decorrentes da bitributação interestadual e da ausência de isenções específicas para doações beneficentes. Apesar da previsão do art. 150, vi, “c” da Constituição Federal que estabelece a não tributação do patrimônio, renda ou serviços de instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos e reserva à Lei Complementar o estabelecimento de requisitos, os estados da federação ultrapassam os limites da competência e criam procedimentos que limitam o exercício do direito.

Hoje estados como São Paulo cobram a mesma alíquota de um valor doado à uma organização e um valor recebido por meio de herança. Para conquista o direito ao não recolhimento as organizações devem se submeter a um procedimento burocrático longo e confuso que impede que as entidades realizem o processo autonomamente. Além disso, grande parte das organizações não tem recursos para contratar pessoal especializado no procedimento de reconhecimento do direito à isenção ou imunidade.

Como observado no estudo "Os Entraves às Doações no Brasil", essas barreiras reduzem a capacidade do terceiro setor de captar recursos e atender

demandas sociais. Embora estados como o Paraná e o Rio de Janeiro tenham adotado legislações que incentivam doações, a falta de uniformidade normativa continua sendo um obstáculo significativo.

No conceito de "democracia de alta energia", de Unger o autor defende que a inovação institucional deve ser usada para promover parcerias efetivas entre Estado, setor privado e organizações da sociedade civil, com o objetivo de alcançar objetivos comuns. Essa visão é particularmente relevante no contexto das OSCs no Brasil, que enfrentam barreiras para captar recursos e operar de forma independente. A criação de incentivos fiscais para doações filantrópicas, como proposto neste artigo, alinha-se à ideia de Unger de fortalecer a capacidade das comunidades de se organizarem e participarem ativamente na construção de uma sociedade mais equitativa.

Comparação Internacional

As experiências de países como Reino Unido, Alemanha e Estados Unidos demonstram como a tributação de heranças pode ser combinada com incentivos à filantropia para fortalecer o terceiro setor e redistribuir riqueza. No Reino Unido, doações feitas a instituições beneficentes reduzem diretamente o montante tributável de heranças. Na Alemanha, transmissões de patrimônio a fundações com fins beneficentes são completamente isentas de tributação, incentivando a criação de instituições que perpetuem o uso social dos bens herdados.

Como bem levantado no estudo elaborado por Eduardo Szazi (SBSA, 2027), nos Estados Unidos, o modelo de incentivos fiscais para doações filantrópicas é amplamente reconhecido como um dos mais eficazes. No país, a tributação de heranças é implementada por meio do *Estate Tax*, imposto federal que incide sobre o valor justo de mercado (*fair market value*) dos bens deixados no espólio. Este modelo de tributação é altamente progressivo, com alíquotas que variam de 18% a 40%. Adicionalmente, o sistema federativo permite a existência de tributações estaduais paralelas, conhecidas como *State Estate Tax*. No entanto, transferências de patrimônio para cônjuges são isentas, assim como os valores

inferiores a US\$ 13,61 milhões. Essa ampla faixa de isenção exclui da tributação cerca de 79% da população, que inclui as classes baixa e média.

O incentivo à doação filantrópica no contexto do planejamento sucessório norte-americano é robusto e inovador. A legislação permite que doações feitas em vida ou testamento a organizações sem fins lucrativos qualificadas sejam deduzidas integralmente, reduzindo substancialmente a carga tributária. Por exemplo, no caso de um espólio avaliado em US\$ 20 milhões, a inclusão de um legado filantrópico de US\$ 5 milhões reduziria o valor tributável de US\$ 6,39 milhões para US\$ 1,39 milhão, diminuindo drasticamente o imposto devido. Em situações em que o montante doado cobre integralmente o valor tributável, o *Estate Tax* pode ser completamente eliminado.

Ademais, as transferências para organizações qualificadas também estão isentas de outros impostos incidentes, como a *Gift Tax* (imposto sobre doações) e a *Generation Skipping Transfer Tax* (GST). Este último, com uma alíquota de 40%, visa impedir transmissões que "saltam" gerações como forma de evitar o *Estate Tax*. Assim, os incentivos fiscais não apenas aliviam a carga tributária, mas também estimulam fortemente as doações filantrópicas (SBSA, 2024, p. 8).

Como discutido por Saez (2016) em "Optimal Income Taxation and Charitable Giving", o sistema permite deduções fiscais generosas para contribuintes que realizam doações, incentivando tanto pessoas físicas quanto jurídicas a investirem em causas sociais.

Segundo Szazi (SBSA, 2027), o que sobressai do regime legal dos EUA, historicamente reconhecido como uma nação democrática e capitalista, é o estímulo à participação social, à livre iniciativa e à busca do sucesso individual, consubstanciadas nas decantadas expressões do "sonho americano" ou de "fazer a América", que, de certa forma, refutam a indiscriminada acumulação intergeracional de riqueza tão típica dos regimes monárquicos. Esse modelo se contrapõe ao padrão português incorporado pelo Brasil.

Ainda segundo o autor, a alta tributação de espólios e heranças expressa o ideal republicano "formador da América", na mesma proporção que a expressiva dedução fiscal das doações a organizações da sociedade civil

analisada anteriormente expressa o associativismo que encantou Tocqueville no século XIX:

Em país algum do mundo se utilizou com tamanho sucesso o princípio da associação, e se aplicou o mesmo à maior número de objetivos, quanto na América. Além das associações permanentes, estabelecidas por lei, sob os nomes de distritos, cidades, municípios e condados, forma-se e mantém-se um vasto número de outras por iniciativa de indivíduos privados. (TOCQUEVILLE, 1969, p. 112)

Resultado disso o relatório de 2023 da Giving USA indicou que as doações para as organizações norte americanas no ano chegaram a 557.16 bilhões de dólares, valor 1,9% maior que o ano anterior. Em comparativo, no Brasil, as organizações arrecadaram apenas R\$ 474,9 milhões, segundo o relatório do Monitor das Doações, valor 67% menor que no anterior.

Proposta de Reforma Institucional e a emenda parlamentar à PLP 108/2024

Para que o Brasil possa alinhar-se às melhores práticas internacionais e corrigir as deficiências do ITCMD, propõe-se uma reforma em três frentes. A primeira é o aumento da alíquota máxima do imposto para 16%, com base na Proposta de Resolução nº 57/2019, e a implementação de faixas progressivas que onerem mais significativamente grandes patrimônios. Por exemplo, transmissões até R\$ 1 milhão poderiam ser tributadas em 8%, enquanto valores acima de R\$ 5 milhões seriam sujeitos à alíquota máxima.

A segunda frente é a criação de incentivos fiscais para doações filantrópicas, com redução ou isenção de ITCMD para doações realizadas em vida ou via testamento a OSCs qualificadas. Além disso, transmissões de bens para fundações beneficentes deveriam ser totalmente isentas de tributação, seguindo o modelo alemão. Essa medida não apenas incentivaria a filantropia, mas também ajudaria a consolidar o terceiro setor como um parceiro do Estado no enfrentamento de desigualdades.

O terceiro seria a instituição de benefícios fiscais sobre o tributo sobre doação para aqueles doarem seus bens em vida, sistema similar ao estados

unidense, que incentivaria o repasse de recursos e desconcentração de renda para entidades que tem por objetivo a promoção dos direitos humanos.

Para isso é necessário adequar o arcabouço jurídico brasileiro para garantir a implementação dessas mudanças. A recente reforma tributária incluiu a não incidência de ITCMD sobre doações a OSCs e uma emenda à PLP 108/24 propõe a possibilidade de instituição de incentivo fiscal de ITCMD pelos estados para promoção das doações em vida.

A referida emenda se trata da emenda parlamentar n.º 99 à PLP 108/2024, que representa uma relevante oportunidade de revisão e modernização do sistema tributário brasileiro, particularmente do que diz respeito ao ITCMD. A proposta introduz a possibilidade de dedução do recolhimento com base nas doações realizadas em vida ou testamento do donatário. A dedução poderia ser aplicada nos casos de transferências realizadas para fundos patrimoniais, fundações de apoio a instituições públicas de ensino, instituições científicas e tecnológicas e organizações sem fins lucrativos de relevância pública e social. O objetivo da proposta é fomentar o incentivo à cultura de filantropia como alternativa à transmissão intergeracional de riqueza, mecanismo de combate à concentração de renda¹⁷⁵.

Na justificativa apresentada na emenda os autores destacam os pontos já tratados no presente artigo sobre a tributação regressiva e a concentração de riqueza e reforçam que a proposta busca alinhar o Brasil a exemplos internacionais que são referência na promoção da filantropia como EUA e Reino Unido. Além disso, a dedução fiscal para doações em vida ou por disposição testamentária atende aos dois objetivos deste artigo, estimular a redistribuição de patrimônio e fortalecer o terceiro setor.

¹⁷⁵ Corpo da emenda: “Art. [x] – Os Estados e o Distrito Federal poderão instituir incentivo fiscal de ITCMD para estímulo a doações e transmissões *causa mortis* de bens e direitos a fundos patrimoniais, a fundações de apoio a instituições públicas de ensino, a Instituições Científica e Tecnológicas – ICTs e a instituições sem fins lucrativos de relevância pública e social constituídas sob a forma de fundações.

Parágrafo único - O incentivo de que trata o *caput* deste artigo poderá prever que o valor integral das doações e legados efetuados nos últimos cinco anos de vida do doador ou em ato de disposição testamentária sejam deduzidos da base de cálculo remanescente do ITCMD.

O texto também reconhece que a tributação de heranças pode ser um mecanismo de promoção da justiça social e fortalecimento da democracia ao criar caminhos para o direcionamento de recursos para causas de interesse público. O que se alinha com a visão de Unger que destaca a necessidade de realizar reformas que permitam a criação de estruturas que democratizem oportunidades e ampliem a participação social (UNGER, 2020, p. 62).

Apesar da relevância da proposta, a implementação do projeto enfrenta desafios. A regulamentação do ITCMD é de competência estadual e a harmonização e uniformização das legislações estaduais exigirá negociações complexas na busca de um marco regulatório nacional. Como bem destacado por Unger, os entes federativos no Brasil apresentam um forte descompasso no alinhamento de políticas, por isso é preciso se pensar em um federalismo cooperativo horizontal, onde os estados tenham autonomia para aplicar políticas inovadoras e que equalizem com as características regionais, sem perder a harmonia e alinhamento entre essas (UNGER, 2018, 77-78).

Conclusão

O diagnóstico crítico apresentado neste artigo destaca a relevância de reformar o ITCMD no Brasil como parte de um esforço mais amplo para enfrentar as desigualdades estruturais e fortalecer o terceiro setor. A partir de uma análise detalhada, foi identificado que a concentração de riqueza no país, alimentada por alíquotas baixas e falta de progressividade no imposto, perpetua disparidades econômicas que remontam ao período colonial. Essa realidade se agrava com as barreiras normativas que dificultam doações filantrópicas e limitam a capacidade das organizações da sociedade civil de desempenhar seu papel transformador.

Os modelos internacionais analisados, como os dos Estados Unidos e Alemanha, demonstram que é possível integrar uma tributação progressiva de heranças com incentivos fiscais para doações, criando sistemas mais justos e eficazes. A adoção dessas práticas no Brasil poderia não apenas redistribuir riqueza, mas também fomentar uma cultura de filantropia, consolidando o terceiro setor como parceiro indispensável na promoção da justiça social.

As propostas de reforma institucional aqui discutidas, incluindo o aumento da alíquota máxima do ITCMD, a implementação de faixas progressivas e a criação de incentivos fiscais para doações, estão alinhadas aos princípios defendidos por Roberto Mangabeira Unger. Em *Depois do Colonialismo Mental*, Unger ressalta a necessidade de uma redistribuição estrutural que vá além da transferência de recursos, promovendo a democratização de oportunidades e o fortalecimento da participação cidadã. O autor também destaca que a inovação institucional deve ser utilizada para construir um federalismo cooperativo, capaz de harmonizar políticas entre os estados e promover soluções conjuntas para desafios comuns.

A recente emenda parlamentar ao PLP 108/2024 reforça a relevância de regulamentar o ITCMD de forma alinhada às práticas internacionais, permitindo deduções fiscais para doações em vida ou por testamento. Essa proposta não apenas corrige a regressividade do sistema atual, mas também direciona recursos para causas de interesse público, refletindo o ideal republicano de uma sociedade inclusiva e participativa.

Por fim, a relevância dessa agenda de reformas transcende o campo tributário. Como apontado por Unger, "a verdadeira inovação institucional exige a articulação de novos princípios com práticas concretas que reestruturem as bases da sociedade". A implementação das propostas aqui defendidas representa um passo essencial para transformar o sistema fiscal brasileiro em um instrumento de justiça social e desenvolvimento sustentável. Esse é o compromisso que devemos assumir para criar um país mais justo, solidário e democrático.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CAPTADORES DE RECURSOS (ABCR).

Monitor das Doações: plataforma de dados sobre doações no Brasil.

Disponível em: <https://www.monitordasdoacoes.org.br/pt>. Acesso em: 28 jan. 2025.

- BRASIL, Câmara dos Deputados. **Emenda de Plenário nº 99 ao Projeto de Lei Complementar nº 108/2024**. Brasília: DF, Câmara dos Deputados, Brasília, 13 ago. 2024. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2463938&filename=EMP+99+%3D%3E+PLP+108/2024. Acesso em: 28 de janeiro de 2025.
- FIPE; MOVIMENTO POR UMA CULTURA DE DOAÇÃO; SITAWI. **A importância do terceiro setor para o PIB no Brasil e em suas regiões**. Sitawi, 3 outubro 2023. Disponível em: <<https://info.sitawi.net/terceiro-setor-pib-brasil>>. Acesso em: 28 jan. 2025.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Notas técnicas**. Versão 1.7. Rio de Janeiro, 2020.
- KAPLOW, Louis. **Optimal Income Taxation and Charitable Giving**. NBER Working Paper No. 31752, outubro de 2023. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w31752>. Acesso em: 04 jan. 2025.
- MELLO, Janine; PEREIRA, Ana Camila Ribeiro. **Dinâmicas do terceiro setor no Brasil: trajetórias de criação e fechamento de Organizações da Sociedade Civil de 1901 a 2020**. Brasília: Ipea, jun. 2023. 39 p. (Texto para Discussão, n. 2891). DOI: <http://dx.doi.org/10.38116/td2891-port>.
- OLIVEIRA, Flavia Regina de Souza; SILVA, Adriana Moura Mattos da. **Os entraves às doações no Brasil: reflexões sobre a legislação do ITCMD**. São Paulo: GIFE Artigos, v. 3, n. 1, 2021.
- PANNUNZIO, Eduardo; SOUZA, Aline Gonçalves de. **Sustentabilidade econômica das organizações da sociedade civil: desafios do ambiente jurídico brasileiro atual**. São Paulo: FGV Direito SP, 2023.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Relatório do Desenvolvimento Humano 2019: além do rendimento, além das médias, além do presente: as desigualdades no**



- desenvolvimento humano no século XXI.** Pedro Conceição (Dir.). Nova York: PNUD, 2019.
- PROL, Flavio; VIOTTO, Aline. **Avaliação do ambiente legal para atores da sociedade civil incluindo organizações filantrópicas no Brasil.** Rio de Janeiro: Selo Doar para Transformar, 2022. 1ª edição.
- RIBEIRO, M. C. **Filantropia, justiça social, sociedade civil e democracia.** Rede Comuá, 1 fev. 2023. Disponível em: <https://redecomua.org.br/_ebooks/filantropia-justica-social-sociedade-civil-e-democracia/>. Acesso em: 28 jan. 2025.
- SBSA AVOGADOS. **Tributação e incentivos à filantropia.** Pesquisa encomendada pelo Movimento Bem Maior. Coordenação de pesquisa: Eduardo Szazi. São Paulo, 2024. Disponível em: <bit.ly/TributacaoIncentivosFilantropia>. Acesso em: 28 jan 2025.
- THE GIVING INSTITUTE. **Giving USA: The Annual Report on Philanthropy.** Indiana University Lilly Family School of Philanthropy, The Giving Institute, 2023.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América.** São Paulo; Nacional, 1969.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental.** São Paulo: Autonomia Literária, 2018.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O Homem Despertado: Imaginação e Esperança.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

20. O que interessa à maioria: direito do trabalho na sociedade digital

*Lucas Fucci Amato*¹⁷⁶

Generalizar o princípio da participação nos lucros das empresas; fortalecer o poder de uma minoria organizada de trabalhadores para representar os interesses dos trabalhadores desorganizados nos setores econômicos em que trabalham enquanto se provê proteção jurídica direta aos trabalhadores temporários; prover, com recursos públicos, oportunidades de educação vitalícia em capacidades genéricas, assim como em técnicas específicas de trabalho; disseminar, por meios públicos e privados, as mais avançadas práticas experimentais de produção, impedindo sua concentração em vanguardas econômicas isoladas; subsidiar, através do sistema tributário, o emprego privado e o treinamento no trabalho dos trabalhadores mais pobres e menos preparados; e impor restrições jurídicas diretas ao agravamento da desigualdade de salários e lucros nas empresas – todos estes são exemplos de instrumentos que, em suas consequências combinadas e sucessivas, podem ajudar a conter disparidades extremas na remuneração do trabalho e reverter o declínio de sua participação na renda nacional. (Unger, 2008a [2005], p. 129)¹⁷⁷

Introdução

A industrialização foi a grande força-motriz do crescimento econômico durante o século XX, mesmo nos países que a fizeram tardiamente e sob a dependência da importação de capital e tecnologia defasada. Realocando a população da produção agrícola ou artesanal para a produção de massa fordista – desde a indústria de base (siderúrgica, metalúrgica, petroquímica, cimenteira) até a de bens de consumo (automóveis e eletrodomésticos, sobretudo) – era

¹⁷⁶ Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard. Livre-docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD.

¹⁷⁷ Para alguns desdobramentos dessas propostas na realidade brasileira, veja os documentos elaborados pela Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (SAE, 2009; 2015), sob a coordenação do ministro Mangabeira Unger.

possível promover um salto na produtividade, fazendo crescer o padrão de renda, consumo e riqueza da classe de operários e da classe média gerencial. Contudo, em 2017 a indústria de transformação atingiu a menor participação no PIB brasileiro desde a década de 1950: não chegando a 12%; hoje, agropecuária e mineração já superam essa cifra (FIESP, 2019; Carrança, 2023). Ao lado da desindustrialização precoce e da reprimarização da economia, há um progresso da servitização. A economia brasileira em geral decai em sofisticação, complexidade, produtividade e agregação de valor. De fato, o agronegócio brasileiro avançou na incorporação de tecnologias e agregação de valor, sendo competitivo no comércio global; entretanto, não rompeu o padrão de concentração fundiária (Wilkinson; Reydon; Di Sabbato, 2012) nem gera (devido à crescente automação) o número de empregos necessários para absorver uma população ainda em expansão.

Em plena transição de uma sociedade baseada na indústria de transformação para uma sociedade engendrada pelas tecnologias de comunicação digital, o Brasil encontra-se presa das *big techs* globais, sem estratégias que ampliem o protagonismo do capital nacional nesse setor e propulsionem no grau necessário a escalaridade das *startups* que surgem nos acoplamentos entre investimentos privados e transbordamentos de universidades e centros de pesquisa, inovação e desenvolvimento tecnológico. Se esse é o panorama do lado do capital, do lado do trabalho a situação é de um segmento crescente dos brasileiros empregado no setor de serviços de baixo valor agregado (e não em serviços de alto valor e remuneração). Ao lado de desempregados e desalentados, os trabalhadores por conta própria, informais ou precarizados (como os que prestam serviço para aplicativos) são *a maioria* (G1, 2023; Nogueira; Carvalho, 2021; para análises do contexto brasileiro, ver Ramos, 2024; Pochmann, 2021; Antunes, 2020; sobre o “precariado” em geral, ver Standing, 2013; sobre o trabalho mediado por plataformas digitais e aplicativos, ver Lemos, 2023). Mesmo profissões “liberais” e “de classe média” como a advocacia não fogem da precarização e da plataformização (Souza, 2023).

O trabalhador com carteira assinada ou vínculo formal – a velha classe operária, assalariada e sindicalizada – é hoje *uma minoria*. O velho país industrial de renda média – e com má distribuição de renda e riqueza – não chegou a construir caminhos consistentes para se integrar à economia digital de vanguarda e, mais ainda, para consolidar instituições capazes de combinar eficiência e produtividade, de um lado, e descentralização dos mercados, da renda e da riqueza, de outro.

Nesse meio tempo, enquanto se distancia das “velhas” reivindicações sobre capital e trabalho, a agenda política “progressista” vem dominada por agendas focadas em “cotas” para a inclusão de “minorias”. Procura-se substituir a economia pela moral, e a transformação estrutural pela compensação simbólica. O problema dessa abordagem, de *pedigree* americano, é separar clivagens associadas a traços biológicos e fenotípicos (etnia/raça e gênero/sexo) das desigualdades de classe, assentadas no sistema econômico, mas também com antecedentes e repercussões políticas e culturais (educacionais inclusive, é claro). As “ações afirmativas”, inicialmente centradas no acesso à educação superior, hoje espalham-se pelos concursos públicos, pelo recrutamento na iniciativa privada e como critério de acesso às mais altas posições do poder político, econômico, jurídico, midiático e cultural, sob o lema da “representatividade”.

Nos Estados Unidos, a ideia de focalização das políticas sociais (para a “guerra contra a pobreza”) substituiu a visão de universalização da proteção trabalhista e dos serviços públicos; a focalização foi complementada pela estratégia identitária de promover compensações materiais e simbólicas a minorias étnicas e de gênero. Essa estratégia buscou refúgio no progressismo judiciário, quando as minorias não conseguiam fazer valer sua vontade pelo voto e pelos poderes democraticamente eleitos (o progressismo judiciário é reversível pelo conservadorismo judiciário, é claro, conforme os ciclos políticos). Outra de suas vias para driblar o conservadorismo da maioria foi nacionalizar padrões “modernistas” em temas de alta controvérsia moral (como o aborto), em vez de os deixar à variação dos estados. A estratégia da “ação afirmativa” foi a alternativa histórica a duas concepções: a de integração subordinada das pessoas

negras, como pequenos proprietários independentes na agricultura, no comércio e na indústria, e aquela de secessão (autocontenção da comunidade negra ou “volta à África”) (Unger, 2008a [2005], p. 117-124).

Sobre o sucesso das políticas de cotas nos Estados Unidos (agora trazidas ao Brasil, com suas trajetórias diferentes de segregação e mestiçagem), o diagnóstico de Unger (2008a [2005], p. 120-122; 1999 [1998], p. 103-108; 2004a [1996], p. 103-133; 2017 [1982], p. 125-139; Unger; West, 1999 [1998], p. 25-26, 63-67) é claro: o resultado dessa abordagem identitária focada em representatividade de gênero e etnia, mas não em desigualdades econômicas, é promover *elites de minorias*, colocando-as em posições de destaque como virtuosas representantes de uma massa de mulheres, negros, indígenas ou outras “minorias”. A elite da minoria fica com as vantagens materiais; a massa deve contentar-se em se ver simbolicamente representada, enquanto continua em seu emprego precário, em sua escola ou faculdade de péssima qualidade ou mesmo compondo os vastos contingentes encarcerados em condições desumanas. Além desse contraste entre elite e massa dentro de cada “minoria”, alimenta-se o ressentimento das majorias (em tese, brancas e masculinas), que se veem simbólica e materialmente atacadas e contra-atacam com pautas autoritárias, reacionárias e intolerantes. O ciclo se retroalimenta, as compensações (como “privilégios às avessas” a título de “reparação histórica”) se multiplicam nas leis e políticas públicas, e as bases sociais e políticas (majorias “transraciais”) para transformações estruturais que revertam as desigualdades de classe – na política, na economia, na saúde, na educação (ver Unger, 2004b) – se esvaem em uma multiplicação de microconflitos, polarizações e particularismos.

E as questões que interessam à maioria – a renda e a riqueza, o salário e as oportunidades para uma vida maior e melhor? Para não mencionar o contraste entre trabalho e capital (basta ver Piketty, 2014), permanece dentro do próprio campo do trabalho um “*apartheid* entre a minoria organizada e a maioria desprotegida” (Unger, 2018a, p. 129).

Hoje é explícito o confronto entre uma parte da Justiça do Trabalho que tende a equiparar o trabalho intermediado por aplicativos à relação de emprego

protegida pela CLT (considerando a “subordinação algorítmica” dos motoristas e entregadores, com controles de tempo, prêmios e punições por seu desempenho) e o restante do Judiciário, o STF inclusive, que tende a considerar que faltam nesse vínculo contratual elementos típicos da relação de emprego (como subordinação jurídica e não eventualidade). A discussão, é claro, vem no bojo da reforma trabalhista de 2017, que afirmou novos padrões, como a terceirização irrestrita (inclusive para atividades-fim das empresas) e o trabalho intermitente. Combinada à reforma da previdência de 2019 e à reforma tributária de 2024, a pauta reflete os embates sobre as formas e os limites da proteção social em uma economia na qual a maioria dos trabalhadores vive na informalidade e precarização, enquanto o vínculo estável de emprego na agricultura ou na indústria declina, crescendo formas de autoemprego no setor de serviços (caso do microempreendedorismo). Como criar formas de proteção trabalhista e previdenciária universais, portáteis ao longo dos setores e profissões, incluindo mais gente e combatendo os privilégios das minorias mais organizadas e poderosas dos setores público e privado?

Este capítulo pretende responder à questão, seguindo quatro passos: 1) caracterizando a transição da sociedade industrial à sociedade digital; 2) analisando os modelos de organização sindical e o regime “híbrido” sugerido por Mangabeira Unger; 3) igualmente, debruçando-se sobre as propostas de Unger para a proteção do trabalho em situações diversas da relação de emprego formal; 4) conclusivamente, pontuando parâmetros para a proteção internacional do trabalho.

Trabalho e capital na sociedade industrial

O direito do trabalho no Brasil promoveu a organização dos trabalhadores urbanos, sobretudo do setor industrial, inspirado no “corporativismo” do período entreguerras, ideologia que buscava a composição entre capital e trabalho como um meio termo entre o “capitalismo” de livre-mercado e o “socialismo” estatista (Oliveira Vianna, 1938; Manoilescu, 1938; ver Bosi, 1992, cap. 9; Ceia, 2015; Amato, 2022, p. 565).

Em todo o ocidente, deu-se a “barganha socialdemocrata”: a fim de conter a insatisfação generalizada dos trabalhadores e os riscos de uma ruptura revolucionária, os proprietários do capital aceitaram a interferência do Estado na ordem privada para a gestão macroeconômica, incluindo gestão da demanda agregada por políticas anticíclicas, tributação progressiva e gastos sociais redistributivos, regulação, incentivos e isenções fiscais politicamente calibradas. As imunidades garantidas nas relações laborais e no aparato mais amplo de serviços e benefícios públicos conduziram então a um aumento dos rendimentos, pelo que os trabalhadores teriam de se conformar com a “escravidão do salário” e renunciar à mudança radical na distribuição primária da propriedade e da riqueza (ver *e.g.* Offe, 1984; Esping-Andersen, 1990; Przeworski, 1985).

Sepultado o sonho oitocentista de uma república de pequenos fazendeiros ou empresários independentes, o Estado social do século XX tomou para si o papel de regulador dos mercados financeiros, articulador de agências de desenvolvimento regional, coordenador de concertações corporativistas entre capital e trabalho, provedor de alguns serviços públicos, benefícios sociais e transferências de renda, além de empreendedor excepcional, em alguns setores “estratégicos”.

Em sua versão mais completa, o modelo socialdemocrata assentava-se em seis pilares (Unger, 2020 [2007], cap. 12). Primeiro: proporcionar ao trabalhador algo como um direito adquirido ao seu emprego atual (o que ajudou a dividir a força de trabalho entre os formais e os informais, e a elevar o desemprego). Segundo: para combater a instabilidade dos mercados de capitais, construir uma rede *holdings* com participações cruzadas, negócios reciprocamente relacionados e investidores institucionais (como fundos de pensão e companhias de seguro). Terceiro: a proteção da pequena empresa. Quarto: a proteção da empresa familiar (grande ou pequena), em defesa do capital nacional privado. Quinto: a parceria entre o governo local e nacional e os setores organizados dos trabalhadores (os setores não organizados deveriam ser representados pelo governo e pelos organizados nos “pactos” e “contratos sociais” firmados entre capital e trabalho sob a intermediação estatal). Sexto: a redistribuição retrospectiva por meio de

impostos (sobretudo sobre o consumo, que, embora regressivos, garantiram altos níveis de arrecadação) e benefícios sociais (programas compensatórios).

O Estado social, ensaiado no entreguerras, teve seu auge entre as décadas de 1950 e 60, quando o crescimento econômico progrediu seja nos *Welfare States* do Atlântico Norte, seja nos Estados desenvolvimentistas do “terceiro mundo” (era que teve fim com as crises do petróleo dos anos 1970 e o advento da globalização neoliberal). O esquema da democratização econômica pela expansão do poder de consumo funcionava bem quando o crescimento econômico era suficientemente elevado para financiar o orçamento público. Como o lado da oferta não foi suficientemente abordado por políticas de inclusão econômica pela demanda, nos ciclos econômicos a pressão para manter o pleno emprego e os direitos sociais (que significam uma imunização política contra os riscos econômicos) conduz a aumentos constantes do déficit público, o que culmina na falta de meios do Estado – uma crise fiscal (O’Connor, 2002 [1973]). Do lado dos trabalhadores, paradoxalmente, quanto maior for a proteção social, maior é a rigidez salarial e maior é o risco de exclusão social: o desemprego. Do lado dos detentores de capital, enquanto decisões políticas sobre o quê, como, quando e onde produzir substituíram a oferta descentralizada do mercado, a concorrência de mercado foi substituída por uma competição por incentivos, subsídios e benefícios públicos. O bloqueio dos desequilíbrios distributivos macroeconômicos era externalizado através da inflação.

No Brasil tivemos desde a década de 1940, com a Consolidação das Leis do Trabalho, uma “cidadania regulada” (Santos, 1979) – a inclusão modulada e graduada conforme a posição do trabalhador nos setores reconhecidos pelo Estado, importando uma hierarquia de acesso aos benefícios e proteções e uma desigualdade entre setores mais e menos organizados dentro da própria força de trabalho com relações de emprego formal (o trabalho rural e as relações “informais” na indústria e, principalmente, nos serviços, foram mantidos largamente à margem dessas proteções). Entretanto, mesmo na Europa Ocidental, na França e Alemanha, por exemplo, os direitos sociais e a “cidadania” foram em geral modelados para o proletário industrial e a ele restritos (Paidipaty;

Pinto, 2021). E mesmo nos países nórdicos em que se universalizaram esquemas de tributação progressiva, serviços públicos e benefícios sociais, foi mantida a alta concentração da propriedade empresarial, com conglomerados e pirâmides societárias controladas por famílias extremamente ricas. No paraíso da socialdemocracia, a Suécia, uma só família controlava na chegada do século XXI 40% do valor das empresas listadas em bolsa (The Economist, 2006; Kim, 2014; Morck, 2000).

Na economia digital contemporânea, o grau de insularidade e oligopolização – representado pelas *big techs* – chega a tal ponto que mesmo o direito antitruste tem dificuldades de detecção e atuação sobre a concentração de capital, dados seus parâmetros clássicos, de atuar contra a supressão da concorrência em mercados e produtos bem delimitados, com efeitos mensuráveis sobre preços (Unger, 2018b, p. 67).

A questão sindical: direito coletivo como auto-organização trabalhista

Desde o declínio do Estado social em fins do século XX, um novo sistema descentralizado de contratação e subcontratação se estabeleceu em plano global, semelhante (embora em escala superior) ao “sistema de produção doméstica” e artesanal “pré-capitalista” (Unger, 2018a, p. 71; 2018b, p. 66). Diante desse cenário, duas posições se contrastam (Unger, 1999 [1998], p. 41-48; ver também Ceia, 2015). De um lado, a visão neoliberal, a favor da “flexibilidade”, exige desregulação das relações trabalhistas (a fim de reduzir o custo do trabalho, ofertar produtos com preço mais competitivo e, em tese, manter ou expandir o número de trabalhadores), com ampla admissão de formas de trabalho temporário ou terceirizado, e hipermobilidade do capital (indistinção entre investimento nacional e estrangeiro, queda de tarifas e barreiras alfandegárias), para buscar explorar as vantagens de onde haja trabalho mais barato em maior quantidade. O resultado, claro, é a precarização do trabalho e a diminuição dos salários.

De outro lado, a solução socialdemocrata e corporativista se recicla na demanda pela participação das “partes interessadas” (*stakeholders*) na

governança corporativa. A solução é defender os interesses dos trabalhadores mais organizados e já incluídos e bem posicionados: os *insiders* defendem suas posições atuais diante da volatilidade dos mercados e do oportunismo do capital. Mais e mais *outsiders* continuam a ser mantidos ou jogados fora desses esquemas de governança corporativa e das concertações entre capital e trabalho mediadas pelo Estado.

O grande objetivo do direito do trabalho é compensar o notório desequilíbrio negocial entre patrão e empregado no vínculo individual, preservando a voluntariedade dos contratos individuais contra um estado de pura coação econômica. Esse objetivo foi concretizado na sociedade industrial do século XX em dois tipos de regimes de direito coletivo (para a análise a seguir, ver Lothian, 1986; Unger, 2004a [1996], p. 22-23; 1999 [1998], p. 176-180; 2018a, p. 68-75; 2024, p. 566-567).

O regime privatista e contratualista, típico dos Estados Unidos, combina dois princípios: o primeiro é a plena independência dos sindicatos com relação ao Estado; o segundo é a liberdade de se sindicalizar ou não (dado o caráter contratual do vínculo sindical), que implica a liberdade de cada categoria constituir inclusive mais de um sindicato, conduzindo ao pluralismo sindical.

O regime publicista e corporativista, típico da socialdemocracia europeia e importado para a América Latina desde os governos de Cárdenas, Perón e Vargas se baseia em dois princípios opostos: primeiro, os sindicatos não são vistos como associações independentes da sociedade civil, mas sim como sindicatos oficiais controlados pelo Estado (tipicamente, pelo Ministério do Trabalho); em segundo lugar, vige o princípio da sindicalização automática e obrigatória, com unicidade sindical.

Os dois grandes custos do regime corporativista são (i) a instrumentalização política dos sindicatos como um veículo de mobilização controlada de massas disponível ao governo; (ii) maiores taxas de desemprego e dificuldades de competitividade das economias nacionais. As grandes vantagens desse regime são (i) um maior nível de estabilidade no emprego e maiores salários; e (ii) a diminuição dos custos de mobilização dos trabalhadores para a

formação dos sindicatos e o fortalecimento das categorias pela troca da concorrência intersindical (garantida pelo pluralismo) pela concorrência intrassindical (diferentes correntes podem disputar o controle do sindicato único da categoria).

Já o regime contratualista tem como vantagens: (i) a autonomia dos sindicatos em relação ao governo e, potencialmente, seu desalinhamento em relação às facções partidárias; (ii) menores taxas de desemprego e maior competitividade das economias nacionais. Suas desvantagens, simetricamente, são (i) a maior instabilidade dos vínculos laborais e (ii) a reprodução de uma assimetria entre os níveis de organização das diferentes categorias: aquelas de setores intensivos em mão de obra sofrem maior pressão competitiva pelo corte dos custos do trabalho e têm maiores dificuldades de organização; naquelas categorias incluídas em setores intensivos em capital, onde o salário é uma parte menor do custo de produção, há paradoxalmente maiores condições para a sindicalização e menor incentivo (porque os trabalhadores compartilham mais proximamente com seus patrões o interesse em manter a competitividade e mesmo contrapor os custos e direitos dos setores intensivos em mão de obra). Nos países que adotam a abordagem privatista, o sindicalismo sobrevive, portanto, sobretudo no campo relativamente privilegiado do funcionalismo público, isolado das pressões concorrenciais imediatas. No setor privado, são os trabalhadores de setores intensivos em capital os que mais facilmente podem se organizar e os que menos dependem da organização sindical: como o salário é parte menor dos custos de produção, a tendência é atender mais facilmente suas reivindicações e criar um relacionamento mais cooperativo com os empregadores.

Quanto ao direito coletivo do trabalho, uma saída desse dilema seria um regime híbrido, combinando o princípio da autonomia dos sindicatos em relação ao Estado com o princípio corporativista da sindicalização automática da força de trabalho. A Constituição de 1988, combinada à formação posterior de centrais sindicais, daria ampla margem a tal modelo.

Em suma, diante do objetivo de compensar o desequilíbrio da relação entre patrão e empregado, preservando a voluntariedade/liberdade contratual, contra a mera coação econômica, o regime privatista/contratualista de matriz americana vem desaparecendo. A liberdade de se sindicalizar ou não e o pluralismo sindical levam a dificuldades de organização e a um desinteresse pela atividade. Em geral, os resultados seriam: menor grau de proteção social, menores custos, maior flexibilidade econômica e menor desemprego. O que se deveria manter desse regime, no modelo híbrido sugerido, é o princípio de independência/ autonomia dos sindicatos com relação ao Estado, mas, em contraste, a unicidade sindical evitaria disputas “fratricidas” que enfraquecem um mesmo setor/região – as diferentes correntes teriam que disputar posições dentro de um único sindicato para a categoria e localidade. Já o regime publicista/corporativista, livrado da tutela do reconhecimento oficial e intervenção do Estado (Ministério do Trabalho), permite a sindicalização automática, com unicidade sindical, o que diminui custos de organização, principalmente em setores mão de obra intensiva. Em complemento a esse modelo híbrido de organização sindical, para minorar a clivagem entre categorias/sindicatos fortes e fracos, seria importante que os direitos e benefícios trabalhistas e previdenciários fossem universalizados e portáteis ao longo das diversas profissões e setores. Este é um dos temas do tópico seguinte.

Flexicuridade, capacitação e formalização

Se a economia industrial do século XX fornecia a imagem de grandes fábricas e de uma permanência, se não no mesmo emprego, ao menos no mesmo setor produtivo, a economia digitalizada e servitizada do século XXI é marcada pela instabilidade, por vínculos temporários e, mesmo em relações formais de emprego, por mudanças de empresa e setor ao longo da vida economicamente ativa, o que demanda novas estratégias de combinação entre proteção e flexibilidade (ver Sabel, 1982; Piore; Sabel, 1984; Kroncke, 2018; Rogowski, 1985; 2013; Rogowski; Wilthagen, 1994; Sabel, 1982; Piore; Skinner, 2011; Piore; Safford, 2003).

Contra a segmentação da força de trabalho entre um setor formal, organizado e de empregos estáveis e um setor informal, desorganizado e/ou de posições temporárias, intermitentes e/ou autônomas, seria preciso trocar benefícios e proteções trabalhistas vinculados a categorias determinadas por uma “flexicuridade social” ou “seguridade flexível” (Unger, 2018a, p. 70;): benefícios e proteções mais universalizados e portáteis entre os diferentes postos, vínculos e categorias através dos quais cada trabalhador poderá transitar ao longo de sua vida economicamente ativa. Foi nessa direção que caminharam as reformas liberalizantes na socialdemocracia escandinava.

O importante é a portabilidade total dos benefícios e proteções trabalhistas conforme se muda de emprego e ocupação. O desenho específico dos regimes trabalhistas, por outro lado, permanece sujeito a uma série de calibrações. Por exemplo, observa-se que menor flexibilidade para a dispensa incentiva o ajuste interno (como acordos para redução de jornada de trabalho), protegendo o mercado de trabalho (Auer, 2010; Heyes, 2013; 2011). A garantia de estabilidade no emprego, por outro lado, apenas fazia sentido em um regime que beneficiava o protagonismo de grandes empresas, com uma força produtiva permanente. Na medida em que a atividade produtiva se difunde por empreendimentos de diferente perfil, insere-se em ciclos mais curtos de inovação tecnológica e, por conseguinte, inclui a obsolescência periódica de trabalhadores capacitados em certas habilidades e conhecimentos vinculados à tecnologia substituída, são demandados ciclos maiores e interminentes de treinamento e retreinamento. Toda a infraestrutura institucional demandada para manter a força de trabalho sempre em condições de inclusão produtiva exige altos investimentos em educação, saúde e outros serviços públicos e bens comuns (Kristensen; Lilja, 2011; Vandenberg, 2010). É apenas com tais pressupostos que direitos moldados sob a “flexicuridade” podem funcionar como alavancas includentes.

As tecnologias digitais, como a inteligência artificial e a aprendizagem de máquinas, permitem traduzir as operações repetíveis em fórmulas ou algoritmos e, assim, incorporá-las à programação de sistemas autônomos. Em vez de proscrever tais tecnologias (como se destruíam máquinas no início da

industrialização), o caminho sensato é mobilizá-las para qualificar o trabalho e aumentar a produtividade (Unger, 2024, p. 526) – seja para compensar os postos de trabalho limados com a automatização e autonomização dos processos produtivos, seja para capacitar os trabalhadores para as funções assessoradas pelas tecnologias de ponta, uma educação analítica e focada em competências genéricas e flexíveis é indispensável (Unger, 2010 [2007], p. 108). Para os trabalhadores que permanecem em situação de ilegalidade (“informalidade”), muitas vezes sob a capa de “microempreendedores” ou na forma da “pejotização”, políticas de simplificação tributária e regulatória precisam ser combinadas a essa qualificação profissional (Unger, 2018a, p. 73).

Um horizonte mais exigente para o trabalho seria, afinal, rumar das formas de assalariamento para modelos de autoemprego e parceria ou cooperação (Unger, 2018a, p. 74) – distantes da precarização e mais afinados a uma real democratização do empreendedorismo, a partir de novos regimes de contrato e propriedade: por exemplo, com participações temporárias de um conjunto diverso de agentes (como trabalhadores cooperativados, investidores privados, bancos e agências públicas), compartilhando titularidades sobre um mesmo conjunto de ativos produtivos (Amato, 2022). Esse esquema é mais flexível do que uma economia puramente cooperativista, na qual tende a haver uma divisão entre cooperativas (as mais bem-sucedidas poderiam comprar as menos produtivas) e dentro da força de trabalho (entre os pioneiros cooperativados e os subcontratados assalariados); e ajuda alterar a *predistribuição* de posições de propriedade e riqueza, em vez de confiar apenas na *redistribuição* por tributação e gasto público (cuja eficácia para promover uma igualdade plena resultaria em desincentivo à inovação e à diversidade) (Unger, 2024, p. 530-531; ver também Ceia, 2021).

Entretanto, as formas de trabalho que crescem e permanecem à margem do modelo clássico da relação de emprego (o trabalho pessoal, não eventual, oneroso, prestado por pessoa física subordinada à direção dentro de uma hierarquia clara de determinada organização, pessoa jurídica) precisam também do desenvolvimento de um novo corpo de legislação trabalhista, algo como uma

“CLT paralela” para o tipo de trabalho típico da sociedade digital. Unger (2018a, p. 73; 2024, p. 528; 2018b, p. 69) sugere ao menos dois princípios ou diretrizes:

- a *escala móvel*: quanto mais organizados e representados estiverem os trabalhadores (precarizados, mas formalizados), menor a necessidade de interpretação compensatória e estipulação dos termos admissíveis dos contratos de emprego temporário ou de terceirização (quanto menos organizados, mais carecem da proteção jurídico-trabalhista);
- a *neutralidade de preços*: o trabalho feito nessas condições de temporariedade, subcontratação ou autonomia deve ser remunerado pelo mesmo valor proporcional, no mínimo, do trabalho análogo realizado por empregado regular.

Conclusão: como globalizar a proteção trabalhista?

A globalização implicou uma hipermobilidade do capital, com altas restrições à mobilidade do trabalho – a justificativa seria a doutrina de que o capital caminha para onde consegue obter os maiores lucros, de modo que os salários e as condições de trabalho se elevariam e convergiriam em escala global pelo simples desembaraço do livre-comércio. Entretanto, enquanto a utópica convergência não vem, problemas persistem (alimentando a xenofobia): de um lado, a “fuga de cérebros”, de trabalhadores altamente qualificados rumando a países mais pobres; de outro, o declínio dos salários e a pressão sobre o financiamento dos direitos sociais e serviços públicos provocada pela emigração de países pobres rumo a países ricos. Gerenciar tais problemas exigiria medidas como compensações aos países que investiram na formação dos trabalhadores qualificados “em retirada” e gradação do nível de acesso a direitos e proteções por parte dos trabalhadores “em chegada” (Unger, 1999 [1998], p. 140-146).

Esse quadro é alternativo aos traços mais característicos de blocos econômicos como a União Europeia (Unger, 2002). Naquela experiência, há uma tendência a centralizar as decisões sobre política econômica e política externa nas organizações da União Europeia e deixar os conflitos distributivos, as formas de tributação, as políticas e serviços públicos e os benefícios sociais para a decisão

dos Estados nacionais e das localidades. Para incrementar a inovação e a competitividade econômica em tempos de globalização, retiram-se proteções como a estabilidade no emprego; busca-se atenuar a barreira entre os incluídos e os excluídos da proteção trabalhista, decorrente da divisão entre vanguardas e retaguardas, por benefícios menos diferenciados conforme a posição no mercado de trabalho e a representação por sindicatos com forte poder de barganha. Fora de outras reformas no contexto institucional mais amplo, o resultado dessas medidas é generalizar a insegurança econômica e concentrar recursos e oportunidades na elite da economia mundial. De um lado, a política de deixar os gastos sociais para a decisão nacional foge ao enfrentamento da distribuição diferenciada das vanguardas e retaguardas nos países, o que demandaria mecanismos redistributivos entre os membros da União (ampliando os “fundos estruturais”) e a previsão de direitos justiciáveis nas cortes nacionais para a cobrança dos “mínimos sociais”. De outro lado, a centralização da política macroeconômica e regulatória permite estreita margem de manobra dos Estados para desenvolverem suas próprias estratégias econômicas, uma experimentação que poderia levar a mudanças na distribuição dos ativos e das oportunidades econômicas, diminuindo a própria dependência da redistribuição pela União e da compensação pelas transferências sociais. Ao lado desses arranjos atinentes à imunidade individual, a contraparte política é uma restrição da participação: em vez de ampliá-la pela inserção de traços de democracia direta nos mecanismos representativos nacionais e comunitários, busca-se manter o controle do bloco pelo “diálogo” entre as burocracias da União e dos Estados para a negociação e a coordenação flexível de regulações e políticas (“comitologia”).

Já o Brasil está entre os países de renda média e produtividade relativamente baixa. A resposta simples para esses problemas consiste em compensar a produtividade baixa dos fatores de produção em geral cortando o custo dos salários. O cenário se complexifica, ainda, com a emergência de países com larga disponibilidade de mão de obra (como China e Índia), capazes de uma oferta global de trabalho barato, mas que também crescentemente se qualifica. Para estabelecer limites à arbitragem dos investimentos em busca dos países e

regiões com proteção trabalhista (e ambiental) precária ou inexistente, os acordos comerciais globais, regionais e bilaterais haveriam de estabelecer um piso de direitos trabalhistas. Os países mais pobres e menos produtivos, em troca dos custos elevados para manter tais esquemas de proteção social, os condicionariam ao acesso a mercados dos países mais ricos e às tecnologias por eles dominadas e protegidas a título de propriedade intelectual.

Nessa linha (Unger, 2010 [2007], p. 203-213; 2008b), os acordos comerciais haveriam de desdobrar quatro princípios: 1) a proibição de formas trabalhistas que de maneira mais ou menos velada se aproximem da escravidão moderna em termos da situação real de coerção econômica a que está submetido o trabalhador; 2) a proibição de toda forma de discriminação arbitrária na distribuição de empregos e na remuneração; 3) a exigência de um salário mínimo que de fato satisfaça a padrões razoáveis de subsistência (exigindo-se apoio e cooperação internacional para países que não possam garanti-lo autonomamente); 4) direito de associação (sindicalização e greve), permitindo formas de organização coletiva para a negociação entre capital e trabalho.

Referências

- AMATO, Lucas Fucci. **Propriedade Desagregada e Empreendedorismo Democrático**: Instituições da economia de mercado e formas jurídicas do capital. Porto Alegre: Fi, 2022. Disponível em: <https://www.editorafi.org/436propriedade> . Acesso em 26 jan. 2025.
- ANTUNES, Ricardo (org.). **Uberização, trabalho digital e indústria 4.0**. São Paulo: Boitempo, 2020.
- AUER, Peter. What's in a name? The rise (and fall?) of flexicurity. **Journal of Industrial Relations**, v. 52, n. 3, p. 371-386, 2010.
- BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- CARRANÇA, Thais. 'A indústria virou pó': como agro e mineração já superam manufatura no Brasil. **BBC Brasil**, 12 abr. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cxr0v1vqdgqo> . Acesso em 13 abr. 2025.



- CEIA, Marcos Eduardo Teixeira. **A CLT 70 anos depois: o Direito do Trabalho entre dois espíritos do capitalismo**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2015.
- CEIA, Marcos Eduardo Teixeira. **Cooperativas, capital e trabalho: um resgate discursivo-insitucional sob a ótica do experimentalismo democrático**. 2021. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2021.
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta. **The three worlds of welfare capitalism**. Cambridge: Polity Press, 1990.
- FIESP. **Panorama da indústria de transformação brasileira**. 17 ed. 11 jan. 2019. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=252933> . Acesso em 13 abr. 2025.
- G1. Empregados sem carteira assinada chegam ao maior número da série histórica, diz IBGE. 28 fev. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2023/02/28/empregados-sem-carteira-assinada-chegam-ao-maior-numero-da-serie-historica-diz-ibge.ghtml> . Acesso em 13 abr. 2025.
- HEYES, Jason. Flexicurity, employment protection and the jobs crisis. **Work, Employment & Society**, v. 25, n. 4, p. 642-657, 2011.
- HEYES, Jason. Flexicurity in crisis: European labour market policies in a time of austerity. **European Journal of Industrial Relations**, v. 19, n. 1, p. 71-86, 2013.
- KIM, Hwa Jin. Concentrated ownership and corporate control: Wallenberg sphere and Samsung group. **Journal of Korean Law**, v. 14, n. 1, p. 39-59, 2014.
- KRISTENSEN, Peer Hull; LILJA, Kari. **Nordic capitalisms and globalization: new forms of economic organization and welfare institutions**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- KRONCKE, Jedidiah J. The false hope of union democracy. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, v. 39, n. 3, p. 615-706, 2018.
- LEMONS, Luiza Nunes. **Trabalho mediado por plataformas digitais: proteção ao**

- trabalho enquanto dupla fonte de valor. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.
- LOTHIAN, Tamara. The political consequences of labor law regimes: the contractualist and corporatist models compared. **Cardozo Law Review**, New York, vol. 7, n. 4, p. 1001-1073, 1986.
- MANOILESCO, Mihail. **O século do corporativismo**: doutrina do corporativismo integral e puro. Tradução de Azevedo Amaral. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938.
- MORCK, Randall (ed.). **Concentrated corporate ownership**. Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- NOGUEIRA, Mauro Oddo; CARVALHO, Sandro Sacchet. Trabalho precário e informalidade: desprecariando suas relações conceituais e esquemas analíticos. Texto para discussão IPEA, n. 2707, p. 1-74, 2021. Disponível em:
https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10948/1/td_2707.pdf .
Acesso em 13 abr. 2025.
- O'CONNOR, James R. **The fiscal crisis of the state**. 2 ed. New Brunswick: Transaction, 2002 [1973].
- OFFE, Claus. **Contradictions of the Welfare State**. Editado por John Keane. London: Hutchinson, 1984.
- OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de. **Problemas de direito corporativo**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938.
- PAIDIPATY, Poornima; PINTO, Pedro Ramos. Revisiting the “Great Levelling”: The limits of Piketty’s Capital and Ideology for understanding the rise of late 20th century inequality. **The British Journal of Sociology**, v. 72, n. 1, p. 52-68, 2021.
- PIKETTY, Thomas. **Capital in the twenty-first century**. Tradução de Arthur Goldhammer. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2014.
- PIORE, Michael J.; SABEL, Charles F. **The second industrial divide**: possibilities for prosperity. New York: Basic Books, 1984.



- PIORE, Michael J.; SAFFORD, Sean. **Toward flexible industrial relations institutions**. Aix en Provence: Society for the Advancement of Socio-Economics (SASE), 2003.
- PIORE, Michael J.; SKINNER, David W. **Whither industrial relations: does it have a future in post-industrial society**. London: British Journal of Industrial Relations Annual Lecture, 2011.
- POCHMANN, Marcio. **O neocolonialismo à espreita**: mudanças estruturais na sociedade brasileira. São Paulo: Sesc, 2021.
- PRZEWORSKI, Adam. **Capitalism and social democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- RAMOS, Palloma Parola Del Boni. **O mercado de trabalho brasileiro**: uma análise socioeconômica com ênfase na precarização do trabalho e os desafios de uma reforma estrutural. São Paulo: Dialética, 2024.
- ROGOWSKI, Ralf. Meso-corporatism and labour conflict resolution: the theory and its application to the analysis of labour judiciaries in France, the Federal Republic of Germany, Great Britain and the United States. **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, v. 1, n. 2, p. 143-169, 1985.
- ROGOWSKI, Ralf; WILTHAGEN, Ton (eds.). **Reflexive labour law**: studies in industrial relations and employment regulation. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1994.
- ROGOWSKI, Ralf. **Reflexive labour law in the world society**. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.
- SABEL, Charles. **Work and politics**: the division of labor in industry. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- SAE (Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República). **Reconstrução das Relações Capital-Trabalho**. Brasília: SAE, 2009.
- SAE (Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República). **Produtivismo includente**: capital e trabalho. Brasília: SAE, 2015.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça**: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

- SOUZA, Matheus Silveira. Classes médias e uberização: a precarização do trabalho de advogados em plataformas digitais. *In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS (ANPOCS)*, 47, Campinas, 2023. **Anais**. Campinas: ANPOCS, 2023. Disponível em: https://www.encontro2023.anpocs.com/atividade/view?q=YToyOntzOiY6InBhcmFtcyI7czozNjoiYT0xOntzOjE6ImgiO3M6MzI6ImY2NGI3MTAwNzBmNTU4NWQwZTNjNzY3ODE2ZWNIYjk3Ij9&ID_ATIVIDADE=474 . Acesso em 13 abr. 2025.
- STANDING, Guy. **O precariado**: a nova classe perigosa. Tradução de Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- THE ECONOMIST. Sweden's enduring business dynasty. **The Economist**, v. 381, n. 8499, p. 75-76, 2006.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada**: a alternativa progressista. Tradução de Carlos Graieb, Marcio Grandchamp e Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 1999 [1998].
- UNGER, Roberto Mangabeira; WEST, Cornel. **O futuro do progressismo americano**: uma iniciativa de reforma política e econômica. Tradução de Paulo Cesar Castanheira. Rio de Janeiro: Revan, 1999 [1998].
- UNGER, Roberto Mangabeira. **European constitutionalism**: proposals for an agenda of debate. Mimeo, 2002. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/english/docs/europe1.pdf> . Acesso em 3 jul. 2015.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004a [1996].
- UNGER, Roberto Mangabeira. Justiça racial já. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 13 jan. 2004b.



- UNGER, Roberto Mangabeira. **O que a esquerda deve propor?** Tradução de Antonio Risério Leite Filho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008a [2005].
- UNGER, Roberto Mangabeira. The transformative imagination and the world trading system. *In*: BARRY, Christian; REDDY, Sanjay G. **International trade & labor standards: a proposal for linkage**. New York: Columbia University Press, 2008b. p. 135-140.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **A reinvenção do livre-comércio: a divisão de trabalho no mundo e o método da economia**. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010 [2007].
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O Movimento de Estudos Críticos do Direito: outro tempo, tarefa maior**. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017 [1982].
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental: repensar e reorganizar o Brasil**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018a.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **A economia do conhecimento**. Tradução de Leonardo Castro. São Paulo: Autonomia Literária, 2018b.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O homem despertado: imaginação e esperança**. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020 [2007].
- UNGER, Roberto Mangabeira. **The world and us**. London: Verso, 2024.
- VANDENBERG, Paul. Is Asia adopting flexicurity? **International Labour Review**, v. 149, n. 1, p. 31-58, 2010.
- WILKINSON, John; REYDON, Bastiann; DI SABBATO, Alberto. Concentration and foreign ownership of land in Brazil in the context of global land grabbing. **Canadian Journal of Development Studies**, v. 33, n. 4, p. 417-438, 2012.

21. Experimentalismo na administração pública

*Leonardo Marques de Souza*¹⁷⁸

*Lucas Fucci Amato*¹⁷⁹

Introdução

Nossa proposta neste capítulo é mapear dificuldades e possibilidades de incorporação do experimentalismo nas rotinas burocráticas e de incentivo às inovações no modo de atuação do Estado. Podemos compreender o experimentalismo como um resultado de diversas forças institucionais, políticas, econômicas e culturais. Ao tratarmos especificamente da prática administrativa do Estado, o experimentalismo e a inovação institucional serão analisados aqui a partir da perspectiva do Direito (contrapondo-se nesse campo o pragmatismo efficientista ou consequencialista de Posner, uma das expressões da análise econômica do direito, ao pragmatismo experimentalista-democrático de Unger) e da Economia, aqui tomando como referência as contribuições da Nova Economia Institucional (NEI), particularmente a partir da análise dos arranjos institucionais híbridos. Como ambas as áreas se preocupam e se deparam com limitações institucionais objetivas, ambas enfatizam a necessidade de superá-las a partir de ferramentas próprias.

O pragmatismo de Posner (2005; 2014) volta-se a fornecer critérios de justificação para a decisão jurídica (judicial ou administrativa), sob influência do utilitarismo ou consequencialismo, fundamentando uma proposta de análise econômica do direito. Já a abordagem experimentalista-democrática de Unger

¹⁷⁸ Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, FD-USP, com bolsa da CAPES. Bacharel em Filosofia pela FFLCH-USP e licenciado pela Faculdade de Educação da USP. Graduação em Direito pela FD-USP e Université Lumière Lyon 2 (*PITES – Partenariat International Triangulaire d’Enseignement Supérieur*), com intercâmbio pelo programa *Erasmus Mundus* (União Europeia) na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹⁷⁹ Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard. Livre-docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD.

(1999) volta-se à propositura de novas formas institucionais para a administração pública. Finalmente, a Nova Economia Institucional (NEI), no recorte aqui abordado, influenciado sobretudo por Oliver Williamson (1985; 1992; 2000), contribui para a pesquisa e o desenho de arranjos institucionais.

1. O lugar e os limites dos critérios econômicos na decisão administrativa: Posner e o pragmatismo efficientista da análise econômica do direito

Unger (2017, p. 46-48) endereça uma crítica ao que chama de “benthamismo encolhido”: uma visão instrumental e utilitarista do direito, que o aborda como uma caixa de ferramentas para influenciar as escolhas e comportamentos. Em vez do utilitarismo de Bentham, voltado a reformas sociais mais amplas, esse tipo de abordagem (encontrada, por exemplo, nas análises de custo-benefício ou em desenhos regulatórios baseados em modelos da economia comportamental) estaria preocupado apenas com ajustes marginais nas estruturas de mercado e políticas públicas.

Nessa crítica de Unger encontra-se uma preocupação mais profunda, nem sempre tão claramente explicitada, que é a “economicização” do direito, como se as decisões jurídicas e administrativas passassem a ser decididas por pareceres e estudos econômicos, ou seja, pela tecnocracia. Essa teoria da interpretação e da prática jurídica de fato aparece em uma corrente da análise econômica do direito, defendida por Posner em seus primeiros escritos, que supunha ser possível a aplicação, quase que sem exceções, do cálculo de eficiência como direcionamento determinante para as decisões jurídicas.

No entanto, essa corrente teórica, denominada por Posner (2005) de consequencialista, foi logo abandonada pelos administradores, juízes e pelo próprio Posner. Segundo ela, o decisor deveria sempre buscar a maximização de uma classe de consequências, como, por exemplo, o bem-estar do consumidor. Contrariamente a essa visão rígida sobre a tarefa interpretativa, o autor passou a adotar uma abordagem que alcunhou de “pragmática”. O pragmatismo enfatiza a flexibilidade nos métodos de análise para se chegar a determinada decisão: “é por isso que prefiro ‘razoabilidade’ a ‘melhores consequências’ como padrão

para avaliar pragmaticamente decisões judiciais” (POSNER, 2005, p. 65). Na visão pragmática, a análise econômica das consequências não supõe um ótimo de decisão, nem uma rigidez metodológica, mas um incremento e aperfeiçoamento do processo decisório a partir de diversas ferramentas disponíveis ao decisor. Para melhor compreender a forma de interpretação pragmática do direito, podemos dividir sua aplicação em positiva e negativa. O sentido positivo do pragmatismo é de que as decisões sejam tomadas a partir dos conhecimentos disponíveis no momento da decisão, ainda que não tenham sido bem estabelecidos. O sentido negativo é a lembrança de que qualquer análise em tese comporta graves erros e abstrações e, por isso, nem sempre se deve segui-las.

Desse sentido menos determinista da análise econômica do direito, derivado do pragmatismo, podemos notar uma aproximação com o conceito de experimentalismo. Como dissemos, no entanto, apesar de se tratar de um experimentalismo tendo em vista finalidades de bem-estar social, a crítica de Unger (2017) permanece, visto que os problemas e os desafios que essa corrente pragmática do direito se coloca são sobretudo focados em incrementos adaptativos e não em formulações mais robustas de novas instituições. Podemos notar, assim, que não é partindo de um conceito genérico de experimentalismo que podemos compreender as inovações institucionais propostas por Unger, mas é preciso analisar como esse experimentalismo é compreendido em suas proposições específicas. Neste capítulo, o experimentalismo de Unger é analisado a partir de suas propostas para a reforma da administração pública.

2. Reformas administrativas segundo o experimentalismo democrático de Unger

Mangabeira Unger (2018, p. 95-96) observa que três “agendas” se sobrepõem nas reformas administrativas: do profissionalismo, da eficiência e do experimentalismo. A construção de um quadro burocrático profissional, com atribuições de poder bem definidas, circunscritas pelo cumprimento de regras e pela formalidade e publicidade dos atos (WEBER, 1978, p. 217-226) ainda não é

tarefa plenamente realizada em todas as esferas e setores da atividade estatal, como demonstra a abundante presença de cargos comissionados, de nomeação discricionária, para não citar tantas distorções e particularismos conhecidos do serviço público. A sugestão aqui é ampliar as carreiras públicas (concursadas) de formação mais abrangente e permitir a entrada e saída do serviço público em diferentes momentos da vida profissional do cidadão.

O desenvolvimento de estruturas burocráticas profissionalizadas e eficientes, funcionais ao desenvolvimento econômico, não necessariamente coincide com a democratização política. A Alemanha de Bismarck (UNGER, 1979) ou a história de potências asiáticas como Japão e China dão evidências desse desencontro. Muitas vezes, a pressão por satisfazer diferentes interesses, desigualmente organizados, na competição política democrática conduz a uma “canibalização” do Estado, com a formação de diversas zonas de atendimento a interesses clientelistas (personalistas e desorganizados) e corporativistas (organizados), que pervertem o interesse público e criam o oposto daquela pretensão que Hegel (ver RESENDE, 2021) associava à burocracia, como “estamento universal” a corporificar a racionalidade estatal em oposição aos privilégios feudais e estratificações sociais.

Como se notou em dinâmicas de desenvolvimento econômico acelerado ensaiadas em regimes liberais-democráticos, um estado “brando”, “soft” (MYRDAL, 1968), é capturado pelos poderosos e precisa ampliar sua base de legitimação direcionando a renda para a satisfação do consumo. Um Estado “duro”, por contraponto, fecha-se às pressões rentistas dos grupos de poder econômico e político, e canaliza a renda sobretudo para a poupança (inclusive por mecanismos de poupança compulsória), acumulando recursos para o investimento produtivo. O atalho para tal construção institucional é o autoritarismo, como evidenciado pelos Estados absolutistas da Europa dos séculos XVI e XVII ou durante o século XX, não apenas pela planificação soviética, mas também pelas ditaduras asiáticas e latino-americanas.

Entretanto, a rigidez e o dogmatismo das estruturas de comando e controle autocráticas (UNGER, 2024, p. 416, 467, 538-539), embora facilitem o

desenho e a imposição de planos decretados, tanto dificultam a institucionalização das reformas (sua durabilidade ou profundidade podem ser comprometidas, uma vez que cresçam as pressões pela distensão do regime) quanto sacrificam a abertura à autocorreção das decisões tomadas (dinâmica favorecida pela política democrática, pela economia de mercado, pela pesquisa científica, pelo direito positivo). Daí que o ideal seja a construção de uma “autonomia inserida” (EVANS, 2002) da burocracia estatal, ao mesmo tempo imunizada quanto a interesses particularistas, mas responsiva à renovação das demandas sociais; ou de um “Estado duro democratizado” (UNGER, 1999, p. 98, 112, 154-156), que se apoie no jogo mútuo entre a descentralização econômica, a democratização política e a higidez burocrática – desarmando as pressões oligopolistas e oligárquicas na interface entre política e economia.

Não é um desafio singularmente brasileiro a imunização da estrutura da administração pública contra favoritismos eleitorais, partidários e ideológicos – isto é, a construção de uma burocracia estatal fundada em critérios de seleção competitiva e promoção meritocrática de um corpo estável de técnicos, impessoalidade e universalidade na prestação dos serviços, formalidade e publicidade de suas rotinas. Também este aspecto da construção estatal só chegou a progredir nos atuais países ricos ao longo dos séculos XIX e XX; antes disso, o nepotismo e o apadrinhamento grassavam no Estado e a venda de honras e cargos públicos era prática aberta e corriqueira, já que tais cargos eram em regra considerados propriedade privada, livremente disponível e transacionável (CHANG, 2004, p. 136-141). Caso pioneiro, ainda no século XVIII, foi a reforma burocrática prussiana, liderada por Frederico Guilherme I, que transformou a burocracia patrimonial (funcionários tidos como servidores privados da família real) em burocracia profissional (carreiras de Estado)¹⁸⁰. A Inglaterra realizou reforma no começo do século XIX para transformar os ministérios de

¹⁸⁰ Vale lembrar que um esquema ampliado de serviços públicos (como saúde e educação) e benefícios sociais (como aposentadoria, pensão e seguro-desemprego) só se desenvolverá nos países hoje ricos entre as décadas de 1870 e 1940, aproximadamente. A Alemanha (desta vez sob liderança do chanceler Otto von Bismarck) foi país pioneiro neste processo (ver CHANG, 2004 [2002], p. 174-187).

estabelecimentos privados em órgãos públicos responsáveis perante o parlamento. A França só conseguiu institucionalizar medidas disciplinares contra burocratas a partir da década de 1870. Nos Estados Unidos, a estabilização prática do bipartidarismo em 1828 fez avançar a rotina de alocar os cargos administrativos a correligionários de partido, o que era defendido como muito democrático (apenas o *Pendleton Civil Service Reform Act* de 1883 fez crescer a atribuição de cargos públicos por concurso). No Brasil, a Era Vargas foi um período-chave na transição da burocracia patrimonial (consolidada a partir da época imperial) à tentativa de construção de uma burocracia profissional dedicada aos serviços públicos e à atividade econômica estatal. Contra os particularismos e personalismos nas nomeações e atribuições de posições administrativas, procurou-se universalizar critérios competitivos (como o concurso público) para a seleção nas carreiras estatais (ABRUCIO; LOUREIRO, 2018).

Para além do profissionalismo e da eficiência administrativa, mas em integração e mesmo revisão daquelas aspirações, coloca-se a agenda do experimentalismo. Esboçamos aqui quatro ilustrações do experimentalismo administrativo: nos campos do controle, dos serviços públicos, da atividade econômica estatal e da regulação.

2.1. Controle da administração pública

Quanto ao controle, Mangabeira Unger (2015) avaliou que a prática administrativa do Estado brasileiro vive sob um paradoxo: há um “vazio de direito” que se transforma em uma “camisa de força”. De um lado, não apenas por conta de lacunas regulatórias, mas também de um abuso de conceitos indeterminados e princípios que vão sendo criados e invocados sem maior critério, há uma delegação de poderes discricionários a autoridades administrativas, cujas decisões se transformam então em conflito abrangente sobre ideologias e interesses (ilustrativamente, é o que se vê na batalha entre órgãos voltados à política agrária e aqueles dedicados à política ambiental). De outra parte, porém, a legislação e prática dos órgãos de controle, como os

tribunais de contas, é afirmada em uma presunção geral de desconfiança com relação ao gestor público, criando obstáculos que não apenas se transformam em mais oportunidade para a corrupção (em vez de limá-la), mas também impõem custos excessivos, prejudicando a eficiência e inviabilizando qualquer medida inovadora (seria o caso, por exemplo, dos regimes públicos de contratação).

Essa combinação de discricionariedade administrativa e controles rígidos e também discricionários é geralmente reforçada, entre outros fatores, por uma cultura de apelo a princípios indeterminados, contra a qual se voltou a reforma de 2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, LINDB¹⁸¹. Além dessa medida de correção hermenêutica das práticas de controle, há uma agenda de reforma organizacional e procedimental que visa à combinação de profissionalismo, eficiência e experimentalismo. Algumas medidas incluem (SAE/BR, 2009a; 2009b; ver AMATO, 2022, cap. 5; 2018, cap. 8): 1) a construção de carreiras de Estado e de mecanismos de imunidade da burocracia diante de pressões particularistas; 2) a execução efetiva de critérios de monitoramento, avaliação e seleção dos parceiros privados em políticas públicas e medidas regulatórias; 3) o próprio pluralismo na indução à auto-organização e à competição entre diferentes organizações representativas dos vários setores e interessadas em colaborar na provisão de informações, políticas e serviços públicos. Mais amplamente, a transparência, a responsabilização e o monitoramento da administração pública precisam ocorrer (UNGER, 2016): (a) em cada departamento, por si mesmo; (b) depois, por um ministério ou secretaria; (c) por um órgão administrativo fora do Executivo e, finalmente, (d) fora do Estado, pela sociedade civil (*i.e.* por algo como conselhos participativos e/ou auditores independentes).

¹⁸¹ Por exemplo, o artigo 20, *caput*: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

2.2. Serviços públicos

Outra ilustração sobre o experimentalismo administrativo está no campo dos serviços públicos. Mangabeira Unger qualifica o modelo clássico de fornecimento desses serviços como um “fordismo burocrático”: assim como a indústria de produção em massa fabrica uma série limitada de produtos padronizados, economizando custos por ganhos de escala, o Estado social foi estruturado para prover serviços padronizados, de qualidade relativamente baixa, a grandes massas. A alternativa experimentalista, além de permitir margens de escolha e teste de políticas alternativas pelas diferentes regiões do país, unidades e níveis da federação (ver AMATO, 2021a), seria concentrar a atividade estatal na provisão direta de uma base ou “pisso” essencial de serviços públicos, garantindo sua universalização, e também de um “teto” de serviços mais especializados e custosos, que dificilmente atrairiam investimento privado e/ou seriam restritos a um público elitista. Entre os serviços mais elementares e aqueles mais complexos, o Estado poderia firmar parcerias com a sociedade civil (na forma de cooperativas e associações de profissionais da saúde, educação, arte, esportes), permitindo a organizações sem fins lucrativos inovarem e testarem diferentes modelos, métodos e conteúdos de serviço. A ideia seria estimular a auto-organização desses profissionais, engajando-os a partir de seus interesses e qualificações para contribuir com a correção e melhoria das políticas públicas (UNGER, 2018, p. 83-85; 2024, p. 563-579; AMATO, 2018, cap. 8; 2022, cap. 5). No Brasil, o mecanismo das organizações sociais (no plano federal, destacam-se as leis 9.637/98, 9.790/99 e 13.019/2014) é um passo inicial nessa direção, restando ainda pouco explorado o campo de pesquisa sobre as dificuldades (i) de auto-organização dos diferentes setores da sociedade, (ii) de seleção competitiva dos parceiros, (iii) de monitoramento da qualidade dos serviços e (iv) de manutenção da transparência e prestação de contas nas contratações (ver LAVALLE, BEZERRA e SANTOS, 2025).

Assim, em alternativa tanto às estruturas centralizadas, verticalizadas e unidirecionais de comando e controle de serviços públicos quanto à simples privatização, arranjos experimentalistas assentam-se em formas de

descentralização da prestação dos serviços (no plano federativo) e de parceria com comunidades, cooperativas e associações (sociedade civil) que contemplem (a) mecanismos de redistribuição de pessoas e recursos, (b) plataformas de mensuração de desempenho e de propagação das experiências de sucesso e (c) procedimentos para a audiência das partes interessadas na identificação das demandas locais, no desenho de serviços customizados, na implementação, no monitoramento e na correção dos procedimentos administrativos (SABEL; SIMON, 2011; ver também AMATO; RIBEIRO, 2024, p. 157-164).

2.3. Atividade econômica

Em terceiro lugar, temos a aplicação do experimentalismo ao campo da atividade econômica estatal. Se a visão clássica da propriedade produtiva contrapunha a propriedade privada (já relativizada e complexificada a partir de arquiteturas como a das sociedades anônimas, por exemplo) à propriedade pública (a empresa estatal fundada em modelos de comando e controle), contando com mecanismos de planejamento indicativo e com políticas de apoio ao cooperativismo e a pequenas e médias empresas, o experimentalismo no campo econômico admite uma série de outras formas de combinação de agentes e recursos para a acumulação de economias de escala combinada à disseminação de titularidades, renda e riqueza.

Por exemplo, inclui a possibilidade de “fundos de fundos” públicos que orquestram recursos públicos e privados, destinando-os a gestores de capital de risco privados, selecionados competitivamente, que por sua vez ofereçam recursos (como empréstimo/financiamento ou mediante participação acionária) a empresas dotadas de potencial inovador, em fase inicial de desenvolvimento (as *startups*). Assim, o Estado não selecionaria diretamente as empresas investidas (como nas políticas industriais tradicionais), mas ajudaria a fomentar o próprio mercado de capital de risco, adicionando seus recursos (por exemplo, de fundos soberanos) para mobilizar mais poupança e investimento privado. Os gestores privados de capital de risco ficariam responsáveis pela seleção

competitiva das empresas investidas e pela assessoria relacional até a maturação do negócio.

Ao lado dessa arquitetura, o Estado se responsabilizaria por orquestrar uma rede de agências que fornecem bens “mais que privados” e “menos que públicos”, como conceitua Unger (1999, p. 157-158): qualificação profissional, assessoria gerencial e mercadológica, pesquisa e desenvolvimento a partir de universidades, entre outros apoios não financeiros. No Brasil, trata-se de interligar a rede de universidades públicas, instituições de pesquisa e agências de apoio e fomento (como SEBRAE, FINEP, EMBRAPA, EMBRAPI, BNDES e outros bancos de fomento).

Além dessa arquitetura, formas societárias como empresas de participação (*holdings*) poderiam ser utilizadas para concentrar recursos e disseminá-los a partir de titularidades compartilhadas entre investidores privados, bancos de fomento e cooperativas de trabalhadores. Direita e indiretamente, teríamos mais coproprietários nesses esquemas de “propriedade desagregada” (AMATO, 2022), inclusive com a possibilidade de as titularidades estatais estarem ligadas ao fomento de serviços públicos (políticas habitacionais, por exemplo) e de novos direitos sociais (como herança social ou renda básica).

2.4. Regulação

Finalmente, quanto ao tema da regulação, o desenho experimentalista se contrapõe à adoção dogmática de um só método de cálculo econômico, como, por exemplo, o de custo-benefício. A análise econômica possui a tendência de enfatizar a previsibilidade e um controle racional das ações futuras, o que acaba por levar os analistas a se refugiarem em cenários de menor complexidade e mais homogêneos (BALDWIN; CAVE, 1999). Ao fazerem isso, no entanto, incorrem no risco de comprometer inovações regulatórias, por indisponibilidade de evidências concretas de benefícios, bloqueando alternativas com grupos controlados que poderiam criar mais informação – estratégia adotada em iniciativas de “ambientes regulatórios experimentais”, os *sandboxes*. No caso desses ambientes experimentais, as exigências regulatórias são moduladas e

dosadas conforme o próprio grau de complexidade e maturidade dos setores e negócios regulados (MISSAGIA; AMATO, 2023; MISSAGIA, 2024; CARMO, 2024; WADY; CONSONI, 2024).

Outra técnica regulatória experimentalista é a da “metarregulação” (ou autorregulação regulada, ou mesmo correção), pela qual agências públicas funcionam como nós articuladores de uma rede de entes e órgãos públicos, empresariais e associativos (sociedade civil), codesenvolvendo parâmetros normativos como pisos impositivos acima dos quais as atividades reguladas (por exemplo, plataformas digitais) podem tomar caminhos variados na criação de suas formas de autorregulação. Trata-se de regular publicamente (ou de forma “mista”) a autorregulação privada (AMATO, 2021b; 2024), impondo o reconhecimento (pelas ordens autorreguladas) de um conjunto de direitos básicos a seu público e também a efetiva implementação de procedimentos de monitoramento, denúncia e correção de falhas e violações.

Um dos desafios das técnicas experimentais de coordenação entre agentes estatais e não-estatais é evitar que a troca da imposição unilateral de obrigações e sanções pelo Estado por uma estratégia de negociação e cooperação não inspire uma espiral de deslegitimação do direito, levando a uma crescente perda de eficácia e à generalização do não cumprimento dos parâmetros impostos ou negociados (MOITA, 2023).

Embora Unger não aborde diretamente o tema da regulação, outros autores do “experimentalismo democrático” (SABEL; SIMON, 2011) o têm enfatizado quando abordam a transição entre estruturas burocráticas clássicas de comando e controle rumo a métodos mais experimentalistas, que aqui ilustramos por referência às formas de “regulação responsiva”.

Uma mudança que vem ocorrendo nas teorias regulatórias é a saída de uma regulação estritamente hierárquica, na qual o Estado elaboraria normas de comportamento (regulamentando leis) e os agentes privados teriam simplesmente o dever de segui-las, para uma regulação mais horizontal e flexível. O primeiro modelo regulatório é conhecido como modelo de *comando e controle*; o nome se dá porque o Estado teria a tarefa de dar comandos claros e

controlar impositivamente sua implementação. A principal ênfase desse modelo seria a submissão dos agentes privados aos interesses públicos previamente estabelecidos por legisladores democraticamente eleitos. Sua principal defesa é o seu potencial de legitimidade, porque haveria um controle público estrito sobre a atividade de particulares com o intuito de regulá-las em relação aos critérios dos representantes públicos.

A dificuldade desse modelo é que as decisões públicas e institucionais estão sujeitas a muitos erros, seja de informação, seja de objetivos, seja de mudanças de cenários. Primeiro, (1) a vontade pública é limitada pelo grau de informação e conhecimento disponível no momento da decisão (SIMON, 1955). O segundo aspecto (2) de dificuldade desse modelo é sua alta generalidade: busca-se controlar diversas situações que podem ser muito distintas entre si a partir de uma norma geral. E, por fim, (3) o processo legislativo no qual os comandos foram pensados é custoso e lento; com a dinamicidade das relações econômicas, os cenários se alteram mais rápido do que os legisladores podem controlar (BALDWIN; CAVE, 1999, p. 109; FARIA, 2008).

Essas e outras limitações impulsionaram os Estados a criarem modelos regulatórios menos verticalizados. Uma das formas que ganhou maior visibilidade foi a regulação responsiva, marcada pela pirâmide de estratégias regulatórias (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 39), na qual o governo não deixaria de usar os modelos clássicos de comando e controle legislativos, mas passaria a flexibilizar esse modelo e a incorporar novas estratégias de ação para garantir maior eficácia e eficiência, como se visualiza na figura a seguir.

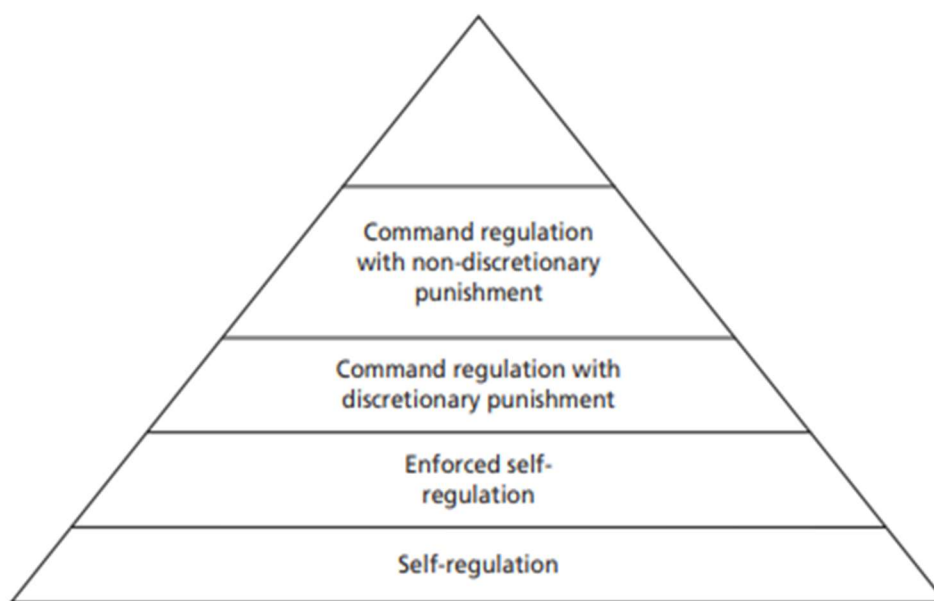


Figura 3 - Example of a pyramid of enforcement (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 39)

A ideia é que o regulador teria à sua disposição diversos instrumentos regulatórios, não passando a lançar mão dos mais rígidos se os particulares se mostrassem cooperativos com o Estado. Assim, o Estado poderia incentivar a autorregulação e a independência dos particulares até o momento em que o setor ou determinadas empresas se mostrassem oportunistas em relação aos bens públicos. O poder sancionatório, por sua vez, também deveria ser escalonado, não devendo o Estado impor grandes sanções a particulares que não se mostrassem violadores reiterados das normas, podendo iniciar com sanções transacionadas e depois com sanções impositivas (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Em comparação ao modelo de comando e controle, o esforço de autorregulação (1) diminui os custos de informação e de *enforcement*, pois o Estado aproveita o potencial cooperativo dos particulares, diminuindo os custos de processar e descobrir os atos de descumprimento das regras (AYRES; BRAITHWAITE, 1992). O segundo aspecto (2) é que, dada a complexidade de instrumentos regulatórios, o Estado, através da regulação responsiva, não atuaria apenas a partir de regras abstratas e gerais legislativas, mas se serviria de uma

estrutura de normas mais ou menos determinadas de acordo com o grau da regulação, podendo setorizar sua atuação. A partir da análise de setores específicos e do comportamento de determinados agentes, a administração pública poderia alterar incentivos que afetassem mais as empresas que agissem com má-fé e preservassem aquelas que se esforçassem por aumentar o cumprimento das regras regulatórias (PIRES, 2011). Por fim, (3) se permitiria às agências e à administração pública decidir e alterar normas infralegais para se adaptar às mudanças do mercado, sem necessidade de mobilizar todo o processo legislativo. A forma de aplicar esse entendimento é o Legislativo conceber normas de regulação menos determinísticas e com textura mais aberta para que o regulador pudesse adaptá-las (AYRES; BRAITHWAITE, 1992). Temos como exemplo o caso dos impostos extrafiscais, como o IPI (imposto sobre produtos industrializados), no qual a Constituição e as leis determinam os fatos geradores e os elementos essenciais do imposto, mas deixam ao Executivo, através de decretos, a mudança de alíquota e a seleção de produtos mais ou menos tributados¹⁸².

3. Arranjos institucionais híbridos: contribuições da Nova Economia Institucional

Da mesma forma que Unger pensou o experimentalismo a partir do direito como uma forma de superar os obstáculos institucionais que embaraçavam o desenvolvimento, surgiu uma corrente econômica que também se propôs a pensar como inovações institucionais poderiam ser o caminho para a solução de entraves econômicos. A primeira razão para comparar o experimentalismo no direito e na economia é compreender como ambas as áreas o pensam a partir de suas ferramentas próprias. Além disso, não podemos dizer que o desenvolvimento em ambas as áreas seja independente, visto que na análise econômica do direito os dois campos se aproximam.

¹⁸² Constituição Federal de 1988, Art. 153. “Compete à União instituir impostos sobre: IV - produtos industrializados; § 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V”.

A associação clássica que Weber (1978) realizou entre a racionalidade jurídica formal (baseada em codificações, no trabalho doutrinário de abstração, sistematização e generalização das regras e em sua aplicação lógico-dedutiva) e a dominação baseada em uma burocracia profissional se deparou com o surgimento de “tendências antiformalistas” no direito (associadas a critérios econômicos, políticos e morais, incorporados à interpretação jurídica). Com o crescimento do Poder Executivo, tanto em termos de lideranças eleitas quanto no que diz respeito à extensão e complexificação da estrutura burocrática de serviços públicos e atividades econômicas, houve uma diferenciação entre as formas de produção do direito pela administração pública e pelo Poder Judiciário – enquanto ambos apareciam, em uma concepção formalista, como especificações de uma mesma racionalidade burocrática legalista. Com o advento do chamado “Estado administrativo” – a partir do *New Deal* americano, da socialdemocracia europeia e do desenvolvimentismo latino-americano e asiático, por exemplo –, a própria tarefa jurisdicional passou a ser dimensionada em associação com as políticas públicas, ora desenvolvendo padrões de ativismo, ora de deferência às decisões tomadas pela burocracia crescentemente especializada. É o que se viu, exemplarmente, no realismo jurídico americano (EMERSON, 2019; DAGAN, 2018). Por um longo caminho, é então que um raciocínio mais pragmático começa a adentrar o juízo jurídico. Contemporaneamente, a análise econômica do direito é a manifestação mais estruturada de um conjunto de metodologias, inspiradas sobretudo pela Nova Economia Institucional, para amparar a incorporação de critérios econômicos na tomada de decisões pela burocracia e pelo Judiciário.

Unger (2004, p. 37-40) chega a afirmar “a inexistência da economia institucional”, acusando as visões correntes de favorecerem uma visão de convergência institucional assentada em um fetichismo formalista sobre as formas jurídicas, como se existisse apenas um método de descentralização do mercado, por exemplo – um conteúdo predeterminado de um rótulo vago como “propriedade privada” ou outros. Essa visão parece estar assentada na obra de Douglass North (1990), mas há outras contribuições da Nova Economia Institucional – como a análise das formas híbridas, a partir de uma tradição mais

ligada a Williamson (1985, 1992) – que parecem contribuir com a agenda sugerida por Unger.

Uma economia verdadeiramente institucional não seria o estudo do comportamento econômico num fundo institucional dado e desconsiderado, nem seria a Coruja de Minerva batendo suas asas sobre a marcha histórica triunfante da única economia de mercado verdadeira rumo à difusão e à dominância mundial. Ela tomaria como seu objeto o estudo das próprias instituições econômicas, de suas causas e consequências, de por que elas são como são mas poderiam ser diferentes, da variedade oculta de suas formas existentes e das oportunidades transformadoras que essas variações existentes oferecem e escondem. Tal economia institucional requer uma relação muito mais íntima e contínua entre análise formal, descrição empírica e conjectura causal do que as práticas analíticas dominantes de teoria econômica permitiram. (UNGER, 2004, p. 39)

Da tentativa de superar a limitação de análise da microeconomia, como um esforço de abstração em busca de um ótimo independente de qualquer contexto concreto ou institucional, surgiu, entre outras correntes, a Nova Economia Institucional. A grande novidade da NEI é a ênfase em que os postulados de racionalidade dos indivíduos deveriam ser enfraquecidos e em seu lugar haveríamos de pressupor uma limitação da racionalidade e da informação. Segundo Coase (1991), se não supomos essas limitações, não podemos nem explicar a existência de organizações empresariais e instituições, pois apenas num contexto de risco e de falta de informação um empresário decide verticalizar sua produção contratando empregados para diminuir sua insegurança.

A tarefa analisada nessa primeira onda da NEI era internalizar os custos de transação e de informação, e calculá-los numa tentativa de direcionar os administradores. “Se, além disso, uma alternativa viável proposta não puder ser implementada sem custos, então os custos de implementação devem ser adequadamente incluídos no cálculo de benefício líquido” (WILLIAMSON, 2000, p. 602, tradução nossa). Seu problema é que ela não levou a racionalidade limitada (SIMON, 1955) até suas últimas consequências, pois, se supomos a impossibilidade de os indivíduos descobrirem os resultados mais eficientes a

todo o momento, como poderíamos criar um cálculo dos custos de transação que evitasse limitações de informação e de racionalidade?

Foram os institucionalistas posteriores que, buscando uma visão institucional baseada em modelos endógenos (AOKI, 2007), aprofundaram o tema da limitação da racionalidade e passaram a enfatizar que não haveria necessariamente um modelo regulatório e institucional superior aos outros, devendo esse julgamento ser dado num contexto mais geral das instituições concretas; particularmente importante para esse problema tem sido o desenvolvimento das “mesoinstituições”. Enquanto as microinstituições são as regras transacionais, negociais, criadas pela autonomia privada, e as macroinstituições são basicamente a moldura legislativa e administrativa, as mesoinstituições coordenam o público e o privado, desenvolvendo agências, protocolos e formas de cooperação para executar normas e implementar políticas.

Ménard (2017), em seu artigo sobre o setor hídrico, reconstruiu o arcabouço regulatório na França, Países Baixos e Reino Unido. A importância dos exemplos é que todos os países teriam de seguir regras (macroinstituições) praticamente idênticas, mas ainda assim suas mesoinstituições eram muito distintas. No modelo francês, teríamos uma interferência mais rígida do Estado; o poder público delegaria a tarefa regulatória a autoridades locais e particulares, mas essa delegação nunca seria completa, conservando o poder concedente um controle considerável¹⁸³. No modelo britânico, prevaleceu a delegação para agências através de uma larga privatização do setor, mas mantendo um poder regulatório com as agências. Por fim, o modelo holandês apostou numa participação maior das comunidades locais e em uma descentralização de poder em diálogo constante com as autoridades estatais.

Dadas as diferenças entre os distintos modelos regulatórios, poderíamos nos perguntar qual seria o mais eficiente. Essa pergunta, no entanto, pode ter muitos sentidos. O primeiro, pragmático, seria como se cada sistema de

¹⁸³ “O setor continua sendo rigidamente estruturado e controlado por um conjunto de diferentes órgãos e administrações, com o governo central permanecendo um ator chave tanto *ex-ante* quanto *ex-post*.” (MÉNARD, 2017, p. 11, tradução nossa).

regulação perguntasse a partir das suas circunstâncias e de seu contexto institucional quais aperfeiçoamentos podem ser feitos para melhorar o setor hídrico, perguntas que culminam em formas híbridas¹⁸⁴. Por outro lado, essa pergunta poderia ser usada por um observador externo que, diante dos três sistemas, se perguntasse qual seria mais eficiente e deveria ser mimetizado. Para esse tipo de pergunta, uma pergunta propriamente consequencialista, Ménard esclarece que “de acordo com os indicadores-padrão, as diferenças institucionais podem não importar tanto quanto se poderia esperar” (MÉNARD, 2017, p. 17, tradução nossa).

Isso não significa que uma conceituação adequada e indicadores apropriados possam fornecer uma classificação simples da eficácia desses arranjos. De fato, múltiplos critérios estão envolvidos e a história importa quando se trata da compreensão real e da avaliação comparativa de arranjos que são construções sociais. (MÉNARD, 2017, p. 17, tradução nossa).

Ménard se refere a que, ao tratarmos de como determinada instituição funciona e como ela poderia funcionar melhor, devemos levar em consideração não apenas indicadores formais (perda de água, nível de consumo, preço por metro cúbico), mas toda a história da comunidade e da sociedade na qual aquele arranjo institucional se insere. A diferença entre ambas as perguntas distingue, a nosso ver, uma preocupação pragmática de uma consequencialista da ação política (POSNER, 2005), pois enquanto a primeira (pragmática) assume a racionalidade limitada e a inexistência de resultados garantidos a partir de critérios econômicos formais, pressupondo, ao invés disso, a busca por um aperfeiçoamento institucional constante a partir dos critérios endogenamente disponíveis àquela sociedade, a segunda (consequencialista) supõe uma racionalidade da análise regulatória quase ilimitada, sem considerações de contexto institucional e concreto.

¹⁸⁴ “Os três casos selecionados têm evoluído para formas mais ‘híbridas’, parcialmente sob a pressão das mudanças nas regras gerais definidas no nível macro da União Europeia.” (MÉNARD, 2017, p. 16, tradução nossa).

A relação entre o sistema econômico e social concreto pode ser entendida através da ideia de “enraizamento” (GRANOVETTER, 1985, p. 481). A ideia é de que as instituições são constrangidas pelas relações sociais que lhes são contemporâneas, sem lhes serem completamente determinadas, evitando a hiper e a subsocialização. A “hipersocialização” ocorreria ao haver um poder de controle no interior das empresas que diminuiria os custos de transação, como se os indivíduos fossem completamente determinados por essas regras sociais. A “subsociação” ocorreria ao tratar o mercado como um ambiente sem regras institucionais que não sejam os mecanismos de preço, isto é, a instituição mercado é concebida como sem qualquer concretude das relações institucionais particulares. Para Gravonetter, mesmo num sistema de mercado, as relações sociais que estão na base das trocas continuam a ser determinantes para a economia – não haveria como conceber um mercado desligado dessas relações; assim, nas firmas também pode haver incerteza (e no mercado, certeza), a depender não da forma organizacional, mas de como as *relações sociais* que estão na base das trocas funcionam. Essa variabilidade nas funções das instituições pode ser explicada a partir de modelos que não consideram as instituições como homogêneas, mas veem dentro delas uma complexidade de indivíduos e uma relação entre fatores micro e macro que não é completamente determinada.

Outra forma de compreender a relação entre a economia e o contexto social concreto é a partir de Felin e Foss (2019), que enfatizaram a variabilidade institucional ao tratarem de “microfundações”, como na ilustração a seguir.

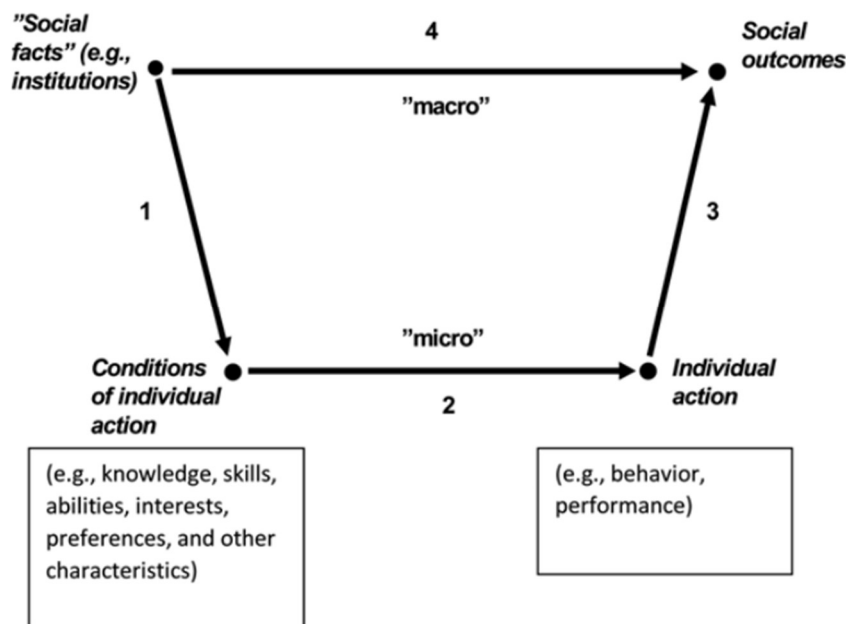


Figure 1 - A General Model of Social Science Explanation (FELIN; FOSS, 2019, p. 398)

Como podemos ver, os fatores sociais influenciam as ações individuais, e vice-versa, porém essa influência nunca é determinante¹⁸⁵. A tarefa das “microfundações” é exatamente analisar como são criadas as instituições considerando espaço para voluntarismos no nível micro e, consequentemente, variabilidade macroinstitucional. É válido ressaltar que nesse nível micro não se supõe um individualismo exacerbado, como se os indivíduos fossem completamente independentes e dotados de racionalidade completa, mas se propõe que nele também haja ações conjuntas entre pessoas, ações prévias ao desenvolvimento institucional – é justamente essas ações conjuntas que podem se agregar em ações coletivas e instituições.

Por fim, destacamos a vertente da NEI que pode ser vista como mais próxima do que Unger defende em seu experimentalismo: formas plurais. Contrariamente ao que supunha a visão clássica econômica, as corporações nem sempre testam modelos de governança em busca de escolher o melhor, mais eficiente. Frequentemente elas mantêm diversos modelos de governança no

¹⁸⁵ “Observe que o diagrama de Coleman é essencialmente silencioso sobre a força com que as características contextuais moldam os fatores de nível inferior. Os vínculos aqui podem ser parciais, ‘juntas frouxas’, ou podem ser influências fortemente determinísticas” (FELIN; FOSS, 2019, p. 399, tradução nossa).

interior da mesma instituição. A explicação para esse fenômeno pode variar, mas essa pluralidade institucional pode diminuir custos de agência e transação (RAYNAUD; SCHNAIDER; SAES, 2019); com a diversidade institucional e de governança no interior de uma mesma instituição poderiam existir ganhos de flexibilidade e informação.

Diante da comparação entre diferentes modelos institucionais e regulatórios, a tarefa dos decisores e dos atores de políticas de públicas é que todas essas alternativas estejam presentes e que sua aplicação não seja apenas uma questão de eficiência, mas de ter à disposição diferentes instrumentos para aprender e experimentar novas estratégias regulatórias. Essa disposição pode ser entendida nos termos da NEI como implicando menores custos de informação e de transação que os agentes públicos encontrariam ao conceber novas regulações (RAYNAUD; SCHNAIDER; SAES, 2019).

Dois obstáculos enfrenta o regulador quando busca alguma inovação. O primeiro é a falta de informação do ambiente, que faz com que sua ação seja sempre arriscada; para isso a diversidade de instrumentos regulatórios responderia com a possibilidade de cada ferramenta adquirir informações e pontos de vista distintos. O segundo é que novos planos regulatórios não se inserem num vazio, mas apresentam dependência de trajetória em relação às práticas que já estão cristalizadas em determinada instituição. Para ambos os óbices, a ideia de formas plurais de regulação parece ser um caminho para garantir adaptabilidade e flexibilidade do sistema ao ambiente, atributos que uma visão estrita de eficiência e de formas regulatórias homogêneas não seriam capazes de considerar.

Conclusão: em direção a regimes alternativos da administração pública

Neste capítulo, analisamos como o conceito de experimentalismo democrático de Unger (1999) pode ser concebido nas diversas atuações da administração pública: controle, serviços públicos, atividade econômica e regulação. Dada sua possível confusão com uma ideia econômica de experimentalismo baseado em eficiência, buscamos, primeiro, contrapor o

experimentalismo democrático de Unger ao pragmatismo econômico de Posner, mostrando que a centralidade de mudanças institucionais não foi pensada por Posner em sua radicalidade; e, em segundo lugar, analisamos como uma vertente dos estudos econômicos (associada à Nova Economia Institucional) toma um caminho parecido e mesmo complementar ao de Unger, ao considerar a necessidade de mudanças institucionais. Nessa vertente, as mudanças institucionais não são simplesmente tomadas como resultados lineares de incrementos de eficiência a partir de critérios formais como produtividade ou redução de custo; analisam-se as transformações institucionais como promotoras do aumento de disponibilidade informacional a partir do desenvolvimento da complexidade organizacional e de formas variadas de governança e regulação.

Transversalmente aos diversos campos da administração aqui pontuados, parece ser uma estratégia crucial do experimentalismo o estabelecimento de *regimes alternativos*: de controle, de contratações, obras e compras, serviços e políticas públicas, de intervenção na economia e de regulação. Formas de propriedade e contrato diversas – oferecidas na forma de alternativas a serem optadas por diferentes entes e instâncias da federação, mas também por diferentes entes e órgãos da administração (autarquias, empresas, administração direta) – teriam que combinar flexibilidade com mecanismos de monitoramento dos resultados e controle dos recursos (ver AMATO, 2022, cap. 5).

De fato, Unger (1999, p. 24-29) refere-se a “pluralismos alternativos” como uma estratégia para a organização e o teste prático de diferentes institucionalidades, as quais revelariam na experiência suas vantagens e falhas, podendo ser corrigidas ou descartadas conforme seu grau de adequação às diversas realidades (pense-se, por exemplo, no caso das diferenças de potenciais e necessidades locais e regionais, por vezes subestimadas em nome da “simetria” federativa). Esse teste da realidade ajudaria a subverter tanto as teorias para as quais as instituições são epifenômenos de grandes blocos históricos indivisíveis (como o “capitalismo”) quanto aquelas (institucionalistas) que pressupõem que, de uma reiteração natural das transações e acordos emerge uma ordem natural,

convergente e fechada das únicas formas corretas para se organizar o mercado, o Estado e suas burocracias.

Referências

- ABRUCIO, L. F.; LOUREIRO, M. R. Burocracia e ordem democrática: desafios contemporâneos e experiência brasileira. In: PIRES, R.; LOTTA, G.; OLIVEIRA, V. E. (orgs.). **Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas**. Brasília: IPEA; ENAP, 2018. p. 23-57. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8487/1/Burocracia%20e%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas%20no%20Brasil_interse%C3%A7%C3%B5es%20anal%C3%ADticas.pdf . Acesso em 5 fev. 2025.
- AMATO, L. F. **Inovações Constitucionais: direitos e poderes**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/40221352/Inova%C3%A7%C3%B5es_constitucionais_Direitos_e_poderes_Apresenta%C3%A7%C3%A3o_de_Roberto_Mangabeira_Unger . Acesso em 5 fev. 2025.
- AMATO, L. F. Direitos sociais e políticas públicas experimentalistas: federalismo cooperativo, auto-organização e parcerias público-privado-comunitárias. In: FONSECA, G. F.; ALVES, J. V. S. (Orgs.). **Direitos sociais e interdisciplinaridade: reflexões sobre saúde, moradia, educação e trabalho no Brasil**. Porto Alegre: Fi, 2021a. p. 31-69. Disponível em: <https://www.editorafi.org/238direitos> . Acesso em 5 abr. 2025.
- AMATO, L. F. Fake news: regulação ou metarregulação? **Revista de Informação Legislativa**, v. 58, n. 230, p. 29-53, 2021b. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p29 . Acesso em 5 fev. 2025.
- AMATO, L. F. **Propriedade desagregada e empreendedorismo democrático: instituições da economia de mercado e formas jurídicas do capital**. Porto Alegre: Fi, 2022. Disponível em: <https://www.editorafi.org/436propriedade> . Acesso em 5 fev. 2025.

- AMATO, L. F. **O direito da sociedade digital:** tecnologia, inovação jurídica e aprendizagem regulatória. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2024. Disponível em: <https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1314> . Acesso em 5 fev. 2025.
- AMATO, L. F.; RIBEIRO, R. M. Os princípios, os fins e os meios: políticas públicas e interpretação do Direito pela Administração. **Revista Direito e Humanidades - RDH**, v. 1, n. 1, p. 131-168, 2024. Disponível em: <https://revista.uepb.edu.br/RDH/article/view/3516/2646> . Acesso em 5 fev. 2025.
- AOKI, M. Endogenizing Institutions and Institutional Changes. **Journal of Institutional Economics**, v. 3, n. 1, p. 1-31, 1 abr. 2007.
- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation:** Transcending the Deregulation Debate. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- BALDWIN, R.; CAVE, M. **Understanding Regulation:** theory, strategy, and practice. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- CARMO, T. **Práticas Experimentais na Administração Pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.
- CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada:** a estratégia de desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo: Editora Unesp, 2004.
- COASE, R. H. The Nature of the Firm (1937). In: COASE, R. H. **The Nature of the Firm.** Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 18-33.
- DAGAN, H. The real legacy of American Legal Realism. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 38, n. 1, p. 123-140, 2018.
- EMERSON, B. **The public's law:** origins and architecture of progressive democracy. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- EVANS, P. The state as problem and solution: predation, embedded autonomy, and structural change. In: HAGGARD, S.; KAUFMAN, R. (eds.). **The politics of economic adjustment:** international constraints, distributive conflicts, and the state. Princeton: Princeton University Press, 1992. p. 139-181.

- FARIA, J. E. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FELIN, T.; FOSS, N. Microfoundations for Institutional Theory? In: HAACK, P.; SIEWEKE, Jost; WESSEL, L. (eds.). **Microfoundations of Institutions**. Leeds: Emerald Publisher, 2019. p. 393–408.
- GRANOVETTER, M. Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness. **American Journal of Sociology**, v. 91, n. 3, p. 481–510, 1985.
- LAVALLE, Adrian Gurza; BEZERRA, Carla de Paiva; SANTOS, Leticia Cavalcante. Transferências federais para organizações da sociedade civil. **Nexo Políticas Públicas**, 6 fev. 2025. Disponível em: <https://pp.nexojornal.com.br/opiniaio/2025/02/06/transferencias-federais-para-organizacoes-da-sociedade-civil>. Acesso em 9 fev. 2025.
- MARTINEZ, A. P. Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, p. 29–59, 2009.
- MÉNARD, C. Meso-institutions: The variety of regulatory arrangements in the water sector. **Utilities Policy**, v. 49, p. 6–19, 2017.
- MISSAGIA, C. R.; AMATO, L. F. Ambientes regulatórios experimentais: o *sandbox* no sistema financeiro brasileiro. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 10, n. 3, p. 143–171, 2023. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/747>. Acesso em 5 fev. 2025.
- MISSAGIA, C. R. Inovações regulatórias para tecnologias disruptivas: o *sandbox* de inteligência artificial. In: AMATO, L. F. (org.). **Sociologia do Direito Digital: inteligência jurídica na era da inteligência artificial**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2024. p. 99–125. Disponível em: <https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1485>. Acesso em 5 fev. 2025.
- MOITA, Edvaldo. **The nature and impacts of noncompliance**. Oxford: Hart, 2023.



- MYRDAL, Gunnar. The “soft state” in underdeveloped countries. **UCLA Law Review**, v. 15, p. 1118-1134, 1968.
- NORTH, D. C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- PARGENDLER, M.; SALAMA, B. M. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, v. 262, p. 95-144, 2013.
- POSNER, R. A. **Law, Pragmatism, and Democracy**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2005.
- POSNER, R. **Economic Analysis of Law**. 9 ed. New York City: Aspen, 2014.
- RAYNAUD, E., SCHNAIDER, P. S. B., & SAES, M. S. M. Surveying the economics of plural modes of organization. **Journal of Economic Surveys**, 33(4), 1151-1172, 2019.
- RESENDE, V. N. **Hegel e a origem da distinção entre Estado e sociedade civil: pressupostos, conceituação e revisão**. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2021.
- SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. **Georgetown Law Journal**, v. 100, n. 1, p. 53-93, 2011.
- SAE/BR. **Agenda nacional de gestão pública**. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2009a. Disponível em: https://indicadores.fecam.org.br/uploads/28/arquivos/4089_Agenda_Nacional_de_Gestao_Publica_Gespublica.pdf . Acesso em 5 fev. 2024.
- SAE/BR. **Agenda nacional de gestão pública: próximos passos**. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2009b.
- SALAMA, B. M. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RIDB)**, p. 435-483, 2012.
- SIMON, H. A. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, p. 99-118, fev. 1955.
- UNGER, R. M. **O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.



- UNGER, R. M. **Democracia realizada:** a alternativa progressista. Tradução de Carlos Graieb, Marcio Soares Grandchamp e Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo, 1999.
- UNGER, R. M. **O direito e o futuro da democracia.** Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.
- UNGER, R. M. Crítica ao pensamento jurídico brasileiro, segundo Mangabeira Unger. Entrevista a Felipe Seligman. **Jota**, 13 jul. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/critica-ao-pensamento-juridico-brasileiro-segundo-mangabeira-unger> . Acesso em 5 fev. 2025.
- UNGER, R. M. Reconstrução do Estado: gestão pública e controle. *In:* SEMINÁRIO REFORMA GERENCIAL 20+20, 2015, São Paulo. **Palestra.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Skbh68lmPaE&list=PL9Q5E3eeOh-ONFVJn5aG-nNQ5x3CYUrvN&index=2> . Acesso em 5 fev. 2025.
- UNGER, R. M. **O Movimento de Estudos Críticos do Direito:** outro tempo, tarefa maior. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.
- UNGER, R. M. **Depois do colonialismo mental:** repensar e reorganizar o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.
- UNGER, R. M. **The world and us.** London: Verso, 2024.
- WADY, A. F.; CONSONI, F. L. Regulação flexível para avançar a eletrificação do transporte público: o papel do sandbox regulatório. **Revista Direito Público**, v. 21, n. 111, p. 116-145, 2024. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/7938> . Acesso em 5 fev. 2025.
- WEBER, M. **Economy and society:** an outline of interpretive sociology. Editado por Guenther Roth e Claus Wittich. Berkeley: University of California Press, 1978.
- WILLIAMSON, O. E. **The economic institutions of capitalism:** firms, markets, relational contracting. New York: Free Press, 1985.



WILLIAMSON, O. E. Markets, hierarchies, and the modern corporation: an unfolding perspective. **Journal of Economic Behavior and Organization**, v. 17, n. 3, p. 335-352, 1992.

WILLIAMSON, O. E. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. **Journal of Economic Literature**, v. 38, n. 3, p. 595-613, 2000.

22. A burocracia como barreira ao acesso a políticas públicas por populações vulneráveis

Victória Andrade Pecorari¹⁸⁶

1. Por um pensamento decolonial como forma de mitigar os efeitos nefastos da burocracia estruturada sobre as populações vulneráveis

Como afirma Gebara (2023, p. 03), observar os eventos e comportamentos históricos que moldaram nossa sociedade é essencial para compreender os desafios do presente. Nesse sentido, a análise da burocracia como uma das barreiras ao acesso às políticas públicas não surge de um interesse acadêmico, mas de uma inquietação gerada pela convivência com a realidade das populações excluídas. Essa exclusão, observada no atendimento jurídico itinerante¹⁸⁶ evidencia a dor diária daqueles que permanecem à margem do sistema jurídico (desde 10 de janeiro de 2023 em conjunto com o Padre Júlio Lancellotti ofereço atendimento jurídico gratuito para pessoas em situação de rua).

Embora a burocracia seja compreendida como necessária para organizar o funcionamento do Estado, ela frequentemente se transforma em um mecanismo de exclusão, dificultando o acesso das populações vulneráveis às políticas destinadas a garantir seus direitos fundamentais. Fanon (1961, p. 42), que destaca que as estruturas coloniais, que subjagam os povos, continuam impregnadas nos sistemas jurídicos e administrativos, perpetuando injustiças e desigualdades.

No Brasil, essa dinâmica manifesta-se em sistemas burocráticos que impõem barreiras ao acesso a benefícios sociais, como a exigência de documentação complexa, processos administrativos morosos e até mesmo o tratamento dado à população vulnerável, de total desprezo e desrespeito.

¹⁸⁶ Graduação em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba e especialização em Ciência Política pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Unger (2018, p. 65) amplia essa análise ao afirmar que a burocracia manifesta-se em diversas áreas e instituições no Brasil, refletindo-se em práticas administrativas, políticas e sociais, que não só causa rigidez nas estruturas governamentais, mas também limita a capacidade de respostas a crises e a implementação de reformas necessárias para o desenvolvimento social e econômico.

Além disso, o impacto da burocracia exacerbada transcende a ineficiência administrativa, sendo um reflexo estrutural de exclusão, fenômeno que Adela Cortina (2020, p. 04/08) denominada como “aporofobia” – a aversão aos pobres institucionalizada em práticas que marginalizam aqueles em situação de vulnerabilidade. Ao analisar a burocracia sob essa perspectiva, este estudo busca compreender não apenas a origem desses entraves, mas também como superá-los por meio de uma abordagem decolonial que valorize a pluralidade de saberes e experiências, promovendo sistemas mais inclusivos e equitativos.

Como destaca Fanon (1961, p. 68), a subjugação dos povos colonizados impregnou profundamente os sistemas jurídicos, perpetuando desigualdades herdadas do colonialismo. Essa perspectiva é ampliada por Quijano (2000, p. 147) e Mignolo (2018, p. 78), que introduzem o conceito de “colonialidade do poder” para descrever como relações de dominação continuam a estruturar instituições contemporâneas. Para esses autores, tais relações de poder são reproduzidas por meio de normas e práticas administrativas que ignoram as particularidades culturais e sociais das populações vulneráveis, consolidando a exclusão. Essa exclusão não é um efeito colateral da burocracia, mas sim um reflexo de sua função estruturante como ferramenta de controle social.

O direito, nessa leitura, é compreendido como uma ferramenta que perpetua a hierarquia sociais ao privilegiar estruturas eurocêntricas e desconsiderar os saberes e experiências das populações marginalizadas. Unger (2018, p. 73) também discute a ligação de burocracia e colonialismo, apontando que a conexão reside na maneira como as estruturas burocráticas perpetuam uma mentalidade de submissão e dependência, e definindo esse processo como “colonialismo mental” - uma forma de dominação que se manifesta na adoção de

ideias, valores e práticas de países ou culturas dominantes, ignorando as especificidades locais.

No âmbito jurídico, Unger (2018, p. 20) argumenta que o “colonialismo mental” reflete-se na redução de práticas e conceitos jurídicos estrangeiros, especialmente de países desenvolvidos, sem uma adaptação crítica às realidades e necessidades locais. Para superar o colonialismo mental no judiciário, segundo o autor, é fundamental promover uma autonomia que permita a construção de um sistema de justiça que seja verdadeiramente representativo das necessidades e aspirações da sociedade local.

Nesse mesmo aspecto, Wynter (2003, p. 10) complementa a análise ao propor a reimaginação do humano e do direito a partir de uma "ontologia descolonial". Essa abordagem rejeita categorias universais impostas pelas estruturas coloniais e privilegia vozes e experiências históricas marginalizadas. Sob esse prisma, a burocracia deve ser reformulada para atuar como um meio de facilitação e não como um obstáculo, assegurando que as demandas sociais sejam atendidas de maneira equitativa e culturalmente sensível.

Adicionalmente, Nancy Fraser (2007) contribui ao discutir a importância da redistribuição, do reconhecimento e da representação. Fraser enfatiza que as desigualdades sociais não podem ser enfrentadas apenas por meio de ações redistributivas. É igualmente necessário reconhecer as diferenças culturais e garantir a representação política dos grupos excluídos. Quando aplicados à análise da burocracia, esses princípios sugerem que sistemas administrativos inclusivos devem integrar mecanismos que não apenas redistribuam recursos, mas também reconheçam e valorizem a diversidade de experiências sociais e culturais.

Dessa forma, a burocracia não deve ser entendida apenas como um instrumento neutro de regulação, mas como um campo de disputa, onde diferentes paradigmas epistemológicos e práticas podem ser questionados e transformados. Essa transformação exige uma perspectiva interseccional que considere as múltiplas dimensões da exclusão — como gênero, etnia, classe e condição migratória — no planejamento e na execução de políticas públicas.

Nesse sentido, o pensamento decolonial oferece ferramentas analíticas para preconceber a burocracia não como um entrave, mas como um catalisador de transformações sociais mais amplas.

A realidade brasileira ilustra claramente esses fenômenos com dados que refletem as dificuldades enfrentadas por populações vulneráveis para acessar políticas públicas essenciais. Segundo o IBGE (2022), aproximadamente 30% da população em situação de vulnerabilidade relatou dificuldades em acessar programas sociais devido à complexidade burocrática, como a exigência de documentação e a necessidade de múltiplos deslocamentos para validar inscrições. Essas barreiras não apenas dificultam o acesso imediato, mas perpetuam ciclos de exclusão ao inviabilizar a participação plena nos benefícios oferecidos.

Adicionalmente, o relatório do IPEA (2021) identificou que 40% dos beneficiários potenciais do Bolsa Família deixaram de receber o benefício devido a falhas no cadastro, como ausência de informações completas, erros nos registros e exigências que ultrapassavam as capacidades de cumprimento por parte dos solicitantes. Esses dados revelam como a burocracia exacerbada opera como um filtro que exclui justamente aqueles para quem as políticas foram concebidas.

Para populações refugiadas, o impacto da burocracia é ainda mais pronunciado. Dados da ACNUR mostram que 65% dos refugiados no Brasil enfrentam entraves significativos para obter documentação regular, como CPF e carteira de trabalho, o que limita o acesso a direitos básicos como saúde, educação e programas de assistência social. Essas dificuldades reforçam a vulnerabilidade dessas populações, criando um cenário de exclusão sistemática.

Ademais, segundo os dados do IBGE de 2023, a população da cidade de São Paulo é de 11.451.245 habitantes. Deste total de habitantes, 31.884 pessoas moram nas ruas, conforme o último Censo da Prefeitura de São Paulo, que apresenta uma série de erros metodológicos. Já para a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), este número é de 52.226 pessoas vivem nas ruas, através da contagem realizada pelo CAdÚnico. Nas ruas, é possível ver uma pluralidade e diversidade de subjetividade desta população, que visivelmente vem

aumentando, composta majoritariamente por pessoas negras, além de grupos *LGBTS* e aqueles que nasceram e cresceram nas ruas. A maioria dessa população enfrenta grandes dificuldades de acessos aos meios jurídicos, sendo que as próprias estruturas jurídicas se mostram hostis a eles.

Todos esses dados não apenas evidenciam a ineficiência administrativa, mas também apontam para uma questão estrutural que transcende o âmbito técnico. Eles refletem um viés que pode ser interpretado à luz da aporofobia estrutural, conforme discutido por Cortina (2020), e da colonialidade do poder, conforme apontado por Quijano (2000). Ao compreender os dados sob essas perspectivas teóricas, é possível identificar que a burocracia funciona como uma ferramenta que reproduz desigualdades históricas e dificulta a inclusão social efetiva. Portanto, os dados estatísticos servem como base para repensar as estruturas e processos administrativos de modo a reduzir as barreiras e ampliar o alcance das políticas públicas de maneira equitativa.

Abaixo, alguns casos dos atendimentos jurídico itinerantes realizados com essa população vulnerável, nos quais testemunho como a burocracia impede o acesso às políticas públicas, configurando um dos traços da aporofobia:

(i) - População em Situação de Rua:

Em São Paulo, o programa de habitação popular "Aluguel Social" enfrentou críticas por exigir documentação complexa, como comprovante de residência, o que se torna inviável para pessoas em situação de rua (PASTORAL DO POVO DE RUA, 2022).

A questão da população em situação de rua é um dos maiores desafios sociais enfrentados pelas grandes cidades, como São Paulo. O programa de habitação popular "Aluguel Social" é uma das iniciativas do governo municipal para fornecer alternativas de moradia a essa população, oferecendo um auxílio financeiro para ajudar aqueles sem residência fixa a pagar aluguel. No entanto, apesar de ser uma tentativa importante de acolhimento, o programa enfrenta críticas e limitações significativas, principalmente em relação aos requisitos burocráticos para adesão.

Uma das críticas mais contundentes, conforme apontado pela Pastoral do Povo de Rua em 2022, é a exigência de documentação complexa, como o comprovante de residência, para acessar o benefício do "Aluguel Social". Essa exigência é completamente inviável para pessoas que estão em situação de rua, pois, por definição, elas não têm uma residência fixa que possa ser utilizada para comprovar um endereço. O comprovante de residência é um dos documentos mais comuns e exigidos para diversos serviços públicos e benefícios sociais no Brasil, mas, para indivíduos que vivem nas ruas, esse é um obstáculo quase intransponível.

A exigência de comprovante de residência, em um contexto em que a própria definição de "residência" é subvertida pela realidade da população em situação de rua, revela uma desconexão entre as políticas públicas e a realidade vivida por esses cidadãos. Muitas vezes, essas pessoas estão em condições de extrema vulnerabilidade social, sem acesso a documentos básicos, como RG ou CPF, e em situações de invisibilidade diante das instituições formais do Estado. Ao exigir documentos como comprovante de residência, o programa "Aluguel Social" impõe uma condição que é praticamente impossível de ser atendida por essa camada da população.

A documentação, portanto, se apresenta como uma barreira significativa, não apenas para o acesso ao "Aluguel Social", mas para diversas outras políticas públicas e serviços essenciais. Esse tipo de burocracia, embora tenha sua lógica em um sistema de administração estatal e controle de benefícios, acaba se tornando um mecanismo de exclusão social. Pessoas que não têm residência fixa ou acesso a documentos acabam sendo desqualificadas e marginalizadas, perpetuando um ciclo de pobreza e exclusão que é difícil de quebrar.

Além disso, a exigência de documentação formal reflete como as políticas públicas tratam a questão da moradia e da cidadania. Muitas vezes, a abordagem burocrática ignora as complexidades da vida das pessoas em situação de rua. Em vez de oferecer soluções adaptadas à realidade dessas pessoas, as políticas públicas impõem exigências incompatíveis com as condições em que elas vivem, resultando em um acesso desigual aos direitos garantidos constitucionalmente,

como o direito à moradia.

É importante destacar que o "Aluguel Social", embora seja um passo importante, não resolve todas as questões relacionadas à moradia para a população em situação de rua. A política habitacional, especialmente em grandes centros urbanos como São Paulo, precisa ser repensada de maneira mais inclusiva e sensível às necessidades das pessoas mais vulneráveis. Isso envolve não apenas a desburocratização dos processos de acesso, mas também a implementação de estratégias que compreendam a complexidade da vida nas ruas e ofereçam alternativas reais para a reintegração dessas pessoas à sociedade, garantindo-lhes acesso à moradia de forma digna e estável.

Além disso, o conceito de "comprovante de residência" deve ser repensado. Em vez de ser uma exigência rígida, deveria ser considerada a possibilidade de alternativas de comprovação, como o testemunho de entidades sociais que acompanham as pessoas em situação de rua, ou mesmo a utilização de novos mecanismos que considerem a realidade da mobilidade dessas populações. A solução não está apenas na mudança de um requisito burocrático, mas sim na construção de um sistema mais flexível e adaptado à realidade das pessoas que, muitas vezes, são invisíveis aos olhos do Estado.

O debate sobre a exigência de documentação para o "Aluguel Social" também levanta uma questão mais ampla sobre a cidadania e a inclusão social. O que significa ser cidadão em uma sociedade que exige documentos formais e residência fixa como condição para acessar serviços essenciais? Como uma pessoa que vive na rua, sem documentação, pode ser considerada parte plena da sociedade? Essas questões devem ser consideradas em qualquer discussão sobre políticas públicas voltadas para a população em situação de rua, e os programas de moradia devem ser projetados de forma a garantir que ninguém seja deixado para trás devido a obstáculos burocráticos ou falta de documentação.

Por fim, é essencial que a sociedade, os gestores públicos e as organizações da sociedade civil trabalhem juntos para revisar e aprimorar políticas públicas, como o "Aluguel Social", para garantir que elas sejam acessíveis e eficazes para todos, especialmente para aqueles que mais necessitam. A verdadeira inclusão

social começa com o reconhecimento das necessidades reais da população em situação de rua e com a construção de soluções que não as marginalizem ainda mais, mas as integrem de forma plena e digna à sociedade.

(ii) - Refugiados Venezuelanos

No Rio de Janeiro, refugiados enfrentaram dificuldades em acessar o programa de integração do governo devido à demora na emissão de documentos, levando à exclusão de centenas de famílias (ACNUR, 2021).

A questão dos refugiados venezuelanos no Brasil, especialmente no Rio de Janeiro, é um exemplo marcante das complexas dinâmicas de acolhimento e integração de pessoas deslocadas por crises humanitárias. Desde o agravamento da crise política, econômica e social na Venezuela, milhares de venezuelanos buscaram refúgio no Brasil, principalmente nas regiões Norte e Sudeste, devido à proximidade geográfica e à possibilidade de uma vida melhor. No entanto, apesar da solidariedade inicial e das políticas públicas direcionadas ao acolhimento, muitos refugiados enfrentam sérias dificuldades para acessar os benefícios e programas de integração, com destaque para a demora na emissão de documentos e a consequente exclusão de centenas de famílias dos serviços essenciais, como educação, saúde e assistência social.

Em 2021, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) relatou que, no Rio de Janeiro, refugiados venezuelanos enfrentaram sérias dificuldades para acessar o programa de integração do governo devido à morosidade na emissão de documentos essenciais, como o CPF (Cadastro de Pessoa Física) e a carteira de identidade. Esses documentos são fundamentais para que os refugiados possam se cadastrar em programas de assistência social, procurar emprego formal e acessar outros serviços públicos essenciais. No entanto, a burocracia envolvida na emissão desses documentos, combinada com a sobrecarga do sistema, resultou em um gargalo que afetou diretamente a capacidade dessas pessoas de se integrar ao novo país e garantir seus direitos.

A questão da documentação é central quando se trata da integração de refugiados em um novo país. No Brasil, a obtenção de documentos como CPF,

identidade e carteira de trabalho é fundamental para acessar uma série de serviços essenciais, como saúde, educação, moradia e assistência social. Para os refugiados venezuelanos, a falta desses documentos significa exclusão de benefícios públicos e uma dificuldade adicional para encontrar trabalho formal e garantir condições mínimas de subsistência.

A burocracia para emissão de documentos, particularmente o CPF e o RNE (Registro Nacional de Estrangeiro), é um dos maiores obstáculos enfrentados pelos refugiados. Em muitos casos, a falta de documentos impede que os refugiados se inscrevam em programas governamentais, como o auxílio emergencial ou o programa de integração social. Além disso, muitas vezes as famílias precisam comprovar residência, situação financeira e outras informações que exigem uma formalização de sua presença no país, algo extremamente difícil para aqueles que não têm acesso imediato à documentação básica.

No Rio de Janeiro, onde muitos refugiados se concentram, a demanda por documentos aumentou consideravelmente, e a estrutura do sistema de atendimento não foi capaz de suprir essa demanda de maneira eficiente. Os processos burocráticos são demorados, e a lentidão na análise de pedidos de documentação resultou na exclusão de centenas de famílias de serviços essenciais. A falta de documentação adequada impediu muitas dessas pessoas de acessar o programa de integração do governo, que é uma das principais formas de apoio à população refugiada.

A demora na emissão de documentos e a falta de acesso a serviços essenciais têm efeitos devastadores sobre a vida dos refugiados venezuelanos. A exclusão social começa com a impossibilidade de obter empregos formais, o que, por sua vez, afeta diretamente a capacidade das famílias de garantir sua sobrevivência de maneira digna. Muitos refugiados acabam trabalhando na informalidade, o que os torna vulneráveis a abusos trabalhistas, baixos salários e condições de trabalho precárias.

Além disso, a falta de acesso a programas de assistência social, como o Bolsa Família ou a integração ao Sistema Único de Saúde (SUS), resulta em sérias dificuldades no atendimento a necessidades básicas, como alimentação, saúde e

educação. A falta de documentos também dificulta o acesso ao sistema de educação, o que impacta diretamente as crianças e jovens refugiados. Sem matrícula escolar, eles ficam fora da educação formal, um direito fundamental que compromete o futuro das novas gerações e perpetua o ciclo de exclusão.

Outro impacto negativo é a intensificação do estigma e da xenofobia. A invisibilidade social gerada pela falta de documentação e pela exclusão dos serviços essenciais contribui para o aumento da marginalização das comunidades de refugiados. Além de serem vistos como "estrangeiros", muitos refugiados se tornam invisíveis para o Estado, o que os coloca ainda mais à margem da sociedade. Esse processo de marginalização pode levar à exacerbação de sentimentos de insegurança e desamparo entre os refugiados, e ao aumento das tensões sociais nas comunidades onde vivem.

A crise humanitária provocada pela imigração forçada de venezuelanos para o Brasil exige uma resposta rápida e coordenada entre os governos, organizações internacionais e sociedade civil. O Brasil, ao assinar a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e outros instrumentos internacionais, tem o compromisso de proteger e integrar essas populações deslocadas. No entanto, a falha em garantir uma emissão ágil de documentos e o acesso rápido a serviços públicos demonstra que, apesar das boas intenções, o sistema de acolhimento ainda precisa de uma reestruturação significativa.

A resposta a essa crise exige a implementação de medidas mais eficazes, como a ampliação dos postos de atendimento e a simplificação dos processos burocráticos para a emissão de documentos. A utilização de novas tecnologias e a descentralização dos serviços também são estratégias importantes para garantir que refugiados em áreas periféricas ou mais afastadas possam acessar os serviços sem ter que enfrentar longos deslocamentos ou enfrentar a escassez de postos de atendimento.

Além disso, é fundamental que haja uma maior integração entre as diferentes esferas de governo – municipal, estadual e federal – para garantir que os refugiados tenham acesso a uma rede de apoio que inclua não apenas a regularização documental, mas também a integração social e econômica. O

governo brasileiro deve ser mais proativo na implementação de políticas públicas de inclusão para os refugiados, buscando minimizar as barreiras burocráticas e promover a integração dos refugiados à sociedade brasileira.

Organizações da sociedade civil, como o ACNUR, e grupos de apoio aos refugiados desempenham um papel crucial na mediação entre os refugiados e os sistemas de atendimento governamentais. Essas organizações têm se empenhado para fornecer suporte jurídico, psicológico e logístico aos refugiados, ajudando-os a navegar no complexo sistema de acolhimento e garantindo que seus direitos sejam respeitados. Além disso, o ACNUR tem sido um importante aliado na pressão sobre os governos para que implementem soluções mais rápidas e eficazes para a integração dos refugiados.

É imprescindível que as organizações de apoio, juntamente com o governo, trabalhem em conjunto para criar um sistema de acolhimento que leve em conta as particularidades da crise venezuelana e as dificuldades enfrentadas pelos refugiados. Isso inclui não apenas a aceleração da emissão de documentos, mas também o fornecimento de assistência direta e o acesso a serviços essenciais, como moradia, educação e saúde.

A situação dos refugiados venezuelanos no Brasil, destaca a necessidade urgente de políticas públicas mais inclusivas e eficientes para garantir que todas as pessoas deslocadas possam ter acesso aos seus direitos fundamentais. A demora na emissão de documentos e a exclusão de milhares de famílias de programas de integração refletem um sistema que, embora tenha se esforçado para acolher os refugiados, ainda precisa de reformas significativas para garantir que o acolhimento seja real e não apenas formal. A resposta a essa crise não deve ser apenas emergencial, mas também estratégica, buscando a verdadeira integração dos refugiados na sociedade brasileira e a garantia de que todos tenham uma vida digna e com os direitos fundamentais assegurados.

(iii) - Populações Indígenas:

Comunidades indígenas enfrentam dificuldades para acessar benefícios como o Auxílio Bolsa Família devido à falta de postos de atendimento e exigência

de deslocamentos longos (CIMI, 2023).

O acesso aos direitos e benefícios sociais para as populações indígenas no Brasil é um tema complexo, que envolve uma série de desafios relacionados à geografia, à estrutura social, às políticas públicas e à preservação cultural. Um dos exemplos mais claros desses obstáculos é a dificuldade que as comunidades indígenas enfrentam para acessar programas de assistência social, como o Bolsa Família, um benefício destinado a famílias em situação de vulnerabilidade social. O Comitê Interinstitucional de Monitoramento Indígena (CIMI) destacou, em 2023, que a falta de postos de atendimento adequados e a exigência de deslocamentos longos para ter acesso a serviços públicos são problemas recorrentes para essas populações, dificultando a plena inclusão das comunidades indígenas nos benefícios sociais.

Esses desafios estão enraizados em um contexto histórico de marginalização e invisibilidade das populações indígenas no Brasil. Durante séculos, essas comunidades foram sistematicamente excluídas das principais políticas públicas, sendo constantemente tratadas como "periferia" dentro da própria periferia. A falta de acesso aos serviços básicos de saúde, educação, segurança e, mais recentemente, assistência social, é um reflexo direto dessa exclusão estrutural.

Um dos maiores problemas enfrentados pelas comunidades indígenas no que diz respeito ao acesso ao Bolsa Família e outros benefícios sociais é a distância entre as aldeias e os postos de atendimento. Muitas comunidades indígenas estão localizadas em regiões remotas, em áreas de difícil acesso, como a Amazônia, o Pantanal, e outros biomas isolados. O Brasil, devido à sua vasta extensão territorial, apresenta um cenário desafiador em termos de infraestrutura de serviços públicos. Mesmo as áreas que possuem algum nível de infraestrutura, como estradas, hospitais ou centros de atendimento, não são suficientes para garantir que todos os cidadãos, especialmente aqueles em comunidades indígenas, tenham acesso igualitário aos serviços.

Para que as populações indígenas acessem serviços como o Cadastro Único (necessário para programas como o Bolsa Família), elas precisam

frequentemente percorrer grandes distâncias. Em muitas regiões, as aldeias indígenas mais distantes não têm postos de atendimento que realizem o cadastro ou ofereçam acompanhamento para esses programas sociais. Isso significa que os indígenas precisam viajar até cidades ou municípios mais distantes, o que envolve custos financeiros, físicos e, muitas vezes, deslocamentos de dias para chegar a um centro urbano.

Além disso, o acesso a meios de transporte adequado também é um obstáculo. Muitas vezes, esses povos originários dependem de transporte precário, seja por estradas não asfaltadas, por transportes informais ou até por viagens que dependem de condições climáticas favoráveis. O deslocamento em si pode ser uma tarefa exaustiva e arriscada, sem contar o fato de que muitas comunidades indígenas não têm a renda ou os recursos necessários para cobrir os custos das viagens, o que torna o acesso a benefícios públicos ainda mais difícil.

Outro desafio significativo é a falta de postos de atendimento, tanto físicos quanto digitais, nas áreas indígenas. O Cadastro Único e o Bolsa Família exigem que as pessoas se cadastrem e mantenham atualizados seus dados em sistemas que, na maioria das vezes, só estão disponíveis em áreas urbanas, com presença de equipamentos eletrônicos, internet e servidores dedicados. Em comunidades indígenas, especialmente nas mais remotas, a falta de acesso à internet e a insuficiência de postos de atendimento criam uma barreira quase intransponível. A burocracia envolvida no processo também é um problema: exigências como a documentação completa e a apresentação de provas de residência podem ser complicadas para quem vive em comunidades móveis ou cujas formas de organização não se alinham com os requisitos formais exigidos pelo Estado.

Muitas vezes, a própria concepção do que constitui um "domicílio" ou "residência" é inadequada para as realidades indígenas. Muitas aldeias indígenas possuem formas de habitação coletivas, nômades ou até tradicionais, nas quais o conceito de residência fixa é diferente do modelo urbano. O sistema de assistência social do governo, portanto, tem dificuldades em integrar esses modos de vida ao seu processo burocrático, criando uma desconexão entre a realidade vivida

pelos indígenas e a exigência de conformidade com normas rígidas de cadastro e comprovação de residência.

Além disso, a língua e os costumes culturais das populações indígenas são fatores frequentemente ignorados pelo sistema de atendimento. A falta de tradutores e a resistência de muitos indígenas em se submeter a processos burocráticos ocidentais também dificultam o acesso a programas como o Bolsa Família. A assistência social, muitas vezes, não leva em consideração as particularidades culturais, linguísticas e de organização social das populações indígenas, forçando-as a adaptar-se a um modelo que não reflete a sua realidade.

A falta de acesso a benefícios sociais como o Bolsa Família tem impactos profundos nas condições de vida das populações indígenas. Historicamente, as comunidades indígenas têm enfrentado níveis elevados de pobreza e desigualdade social. O acesso restrito ao mercado de trabalho formal, a falta de infraestrutura básica e a ausência de políticas públicas inclusivas agravam essas condições. O Bolsa Família, que visa atender famílias em situação de vulnerabilidade, poderia ser uma ferramenta importante para combater a pobreza entre os povos indígenas, garantindo uma renda mínima para suprir necessidades básicas de alimentação, saúde e educação.

Entretanto, a exclusão dessas populações dos benefícios sociais reflete uma dinâmica de marginalização contínua, na qual os povos indígenas são tratados como cidadãos de segunda classe, com acesso restrito aos direitos mais fundamentais. Esse cenário perpetua um ciclo de pobreza e exclusão, dificultando o desenvolvimento das comunidades indígenas e sua capacidade de reivindicar direitos básicos, como a educação e a saúde de qualidade.

Para superar esses desafios e garantir que as populações indígenas possam acessar benefícios como o Bolsa Família, é necessário que o governo adote uma abordagem mais sensível às necessidades específicas dessas comunidades. Isso inclui a criação de postos de atendimento e cadastramento em áreas indígenas, com a presença de profissionais capacitados que possam atuar de forma culturalmente sensível. Além disso, o uso de novas tecnologias, como sistemas de cadastro móvel e a descentralização dos postos de atendimento, pode facilitar

o acesso às populações mais distantes.

É crucial que as políticas públicas adotem uma abordagem inclusiva e respeitosa às tradições e formas de organização social dos povos indígenas. A implementação de atendimento jurídico itinerante é essencial para garantir que esses povos tenham acesso a benefícios e ao sistema judiciário. Além disso, a ampliação do acesso à educação e à internet nas aldeias, a contratação de tradutores para facilitar a comunicação e a adaptação dos requisitos burocráticos para a realidade indígena são passos fundamentais para assegurar que as comunidades possam usufruir plenamente de seus direitos.

Assim, é essencial que a sociedade em geral reconheça a diversidade e a importância das culturas indígenas, promovendo um entendimento mais profundo de suas necessidades e das barreiras que enfrentam para acessar direitos fundamentais. O Estado tem um papel crucial em combater as desigualdades históricas e criar um sistema de proteção social que, de fato, atenda às necessidades de todas as populações, respeitando suas identidades e realidades culturais.

2. Mas e aí, o que fazer?

Mitigar os efeitos da burocracia sobre populações vulneráveis exige uma abordagem estratégica e multidimensional que envolva mudanças nos processos administrativos, na capacitação dos profissionais envolvidos e na estrutura de acesso aos serviços públicos. Como vimos, a burocracia excessiva frequentemente torna-se uma barreira para o acesso a direitos fundamentais, como saúde, educação, assistência social e moradia, especialmente para grupos que já enfrentam desigualdades e marginalização. Todavia, podemos pensar em medidas para reduzir os impactos negativos da burocracia sobre essas populações e garantir que elas possam acessar seus direitos de forma eficiente e digna. A exemplo, podemos citar os seguintes mecanismos como sugestões para redução da burocracia que afeta negativamente os grupos vulneráveis:

(i). Simplificação dos Processos: Reduzir exigências documentais e etapas administrativas.

As exigências documentais e as etapas administrativas complexas, como a necessidade de comprovação da residência, situação financeira ou outros documentos de difícil obtenção, frequentemente excluem populações em situação de vulnerabilidade, como pessoas em situação de rua, migrantes e povos indígenas. Essas barreiras burocráticas tornam os serviços públicos inacessíveis para muitos e perpetuam a exclusão social. A simplificação dos processos administrativos surge, nesse contexto, como uma medida fundamental para ampliar o acesso e garantir maior equidade no atendimento às demandas sociais.

Um exemplo prático de simplificação seria a revisão das exigências de documentos específicos que não condizem com a realidade dessas populações. A exigência de comprovantes de residência tradicionais, por exemplo, poderia ser substituída por declarações pessoais ou outros meios mais adequados para comprovar vínculos territoriais ou identidade. Essa medida não apenas facilitaria o acesso aos serviços, mas também reconheceria a diversidade das experiências de vida das populações vulneráveis. Além disso, a redução do número de etapas nos processos de solicitação de benefícios e serviços públicos poderia acelerar os atendimentos, evitando que pessoas em situações críticas aguardem por períodos prolongados para receber ajuda essencial.

Outro aspecto relevante é a digitalização de processos administrativos. Embora a transição para sistemas digitais ofereça potencial para maior eficiência e rapidez, ela também cria novas barreiras para indivíduos que não têm acesso à internet ou habilidades necessárias para utilizar plataformas digitais. Para que a digitalização seja inclusiva, é fundamental oferecer alternativas, como atendimento presencial ou via telefone, garantindo que ninguém seja excluído do acesso aos serviços públicos por falta de recursos tecnológicos ou capacitação.

Unger (2018, p. 86) enfatiza que a superação da burocracia exige não apenas ajustes pontuais, mas também a criação de estruturas e práticas que priorizem a inovação, experimentação e a adaptação às realidades locais. Para ele, é essencial que os sistemas administrativos deixem de seguir rigidamente

modelos obsoletos e passem a incorporar soluções mais flexíveis e contextualmente adequadas.

Portanto, simplificar os processos administrativos e torná-los mais acessíveis não é apenas uma questão técnica, mas um compromisso ético e político com a inclusão social. Políticas públicas que reconheçam as especificidades das populações vulneráveis e promovam mecanismos de acesso mais equitativo são passos cruciais para enfrentar a exclusão gerada pela burocracia.

(ii) Capacitação de Servidores Públicos: Promover formação em direitos humanos e inclusão social.

A capacitação dos servidores públicos é um pilar essencial na redução da burocracia que afeta as populações vulneráveis. A falta de preparo ou desinformação desses profissionais em relação ao direito de grupos marginalizados contribui para a perpetuação da exclusão social, ao aplicar normas de forma inflexível ou ao desconsiderar as especificidades das condições de vida dessas populações.

A formação em direitos humanos, com ênfase na inclusão social e na diversidade cultural, representa uma estratégia transformadora para melhorar o atendimento. Ao compreender as necessidades e particularidades de grupos como refugiados, indígenas, pessoas em situação de rua e outros, os servidores públicos podem agir de forma mais sensível e eficiente, assegurando que os direitos dessas pessoas sejam efetivamente respeitados. Essa capacitação, quando bem estruturada, promove uma abordagem mais humanizada, eliminando barreiras de preconceito e insensibilidade no atendimento.

Além disso, o treinamento pode incluir o desenvolvimento de habilidades como empatia e escuta ativa, que são fundamentais para um atendimento acolher e respeitoso. Um ambiente que valorize essas práticas ajuda a superar a desconfiança e o estigma frequentemente enfrentados por indivíduos marginalizados. A atualização contínua dos servidores sobre mudanças em políticas públicas e melhores práticas de atendimento é igualmente indispensável

para garantir a eficiência e a relevância de sua atuação.

Unger (2018, p. 53) enfatiza que uma educação transformadora é essencial para a construção de uma sociedade mais equitativa e inovadora. Ele argumenta que romper com o paradigma pedagógico atual, que não incentiva o pensamento crítico, é um passo fundamental. Para Mangabeira, a capacitação deve ir além da formação técnica e buscar o desenvolvimento de habilidades que permitam aos servidores públicos e cidadãos repensar as práticas vigentes e propor soluções criativas para os desafios contemporâneos.

No contexto da administração pública, Unger (2018, p. 54) destaca a capacitação dos servidores como um dos pilares para a inovação e para a superação de modelos burocráticos ultrapassados. Ele propõe que a formação dos profissionais deve estar alinhada às necessidades da sociedade e à complexidade das demandas dos grupos vulneráveis, promovendo uma administração pública mais ágil, inclusiva e eficaz.

Portanto, investir na capacitação dos servidores públicos é uma ação estratégica e para enfrentar as desigualdades sociais. Por meio de treinamentos que integrem conhecimento técnico, habilidades interpessoais e uma visão crítica e inclusiva, os profissionais podem contribuir para a construção de políticas públicas mais justas e acessíveis, transformando positivamente a relação entre o Estado e as populações vulneráveis.

(iii) Criação de Pontos Únicos de Acesso: Centralizar serviços para facilitar a interação com as comunidades.

Uma das formas mais eficazes de reduzir a burocracia e facilitar o acesso das populações vulneráveis aos serviços públicos é a criação de pontos únicos de acesso. Esses pontos funcionariam como centros de atendimento centralizados, onde as pessoas poderiam obter informações e acessar diversos serviços de forma integrada, sem precisar percorrer diferentes órgãos públicos e enfrentar múltiplas etapas burocráticas.

A centralização dos serviços facilita a interação das comunidades com as políticas públicas, oferecendo um único local onde é possível acessar assistência

social, saúde, educação, moradia, entre outros serviços essenciais. Isso reduz a dispersão de informações e a perda de tempo, que podem ser especialmente prejudiciais para pessoas em situação de rua ou em regiões remotas. Esses centros de acesso único podem ser físicos, mas também podem envolver plataformas digitais para facilitar o acesso remoto a serviços, desde que garantam alternativas para aqueles que não possuem acesso a dispositivos ou internet.

A criação desses pontos deve ser acompanhada por uma comunicação clara e eficaz, garantindo que as populações vulneráveis saibam onde e como acessar os serviços. A presença de profissionais capacitados nesses locais também é essencial para fornecer o suporte necessário às pessoas, garantindo que não se sintam perdidas ou desassistidas durante o processo.

Unger (2018, p. 83) também discute a importância de centralizar os serviços públicos para facilitar a interação das comunidades e melhorar a eficiência da administração pública. Ele argumenta que a centralização pode ajudar a criar um sistema mais coeso e integrado, onde os serviços são mais acessíveis e adaptados às necessidades locais, garantindo que todos os cidadãos tenham acesso a um mínimo universal de serviços.

Ao adotar essa abordagem centralizada, as políticas públicas podem atender melhor as demandas das populações vulneráveis, tornando os serviços mais rápidos, eficientes e inclusivos. A integração e simplificação do acesso são passos importantes para garantir a equidade e o exercício da plena cidadania.

(iv) Parcerias com Entidades Locais: Trabalhar com ONGs e associações comunitárias.

As organizações não governamentais (ONGs) e as associações comunitárias desempenham um papel crucial na redução da burocracia e na inclusão de populações vulneráveis. Essas entidades possuem uma compreensão mais profunda das necessidades locais e da realidade das comunidades marginalizadas. Além disso, muitas vezes têm a confiança das pessoas e são capazes de fornecer uma abordagem mais humanizada e flexível para a entrega de serviços.

Estabelecer parcerias estratégicas com essas organizações pode ajudar a superar a burocracia, uma vez que elas já atuam de forma mais próxima às comunidades, têm redes de contato estabelecidas e podem fornecer apoio logístico, emocional e informativo. Essas parcerias podem ser particularmente úteis na mediação entre as populações vulneráveis e os órgãos governamentais, ajudando a tornar o acesso a serviços mais direto e sem as complicações burocráticas habituais.

As ONGs e as associações também podem auxiliar na coleta de dados e na identificação de necessidades específicas das comunidades, permitindo que as políticas públicas sejam mais bem direcionadas e eficazes. Essa colaboração também fortalece a capacidade de advocacia das comunidades, permitindo-lhes reivindicar seus direitos com mais eficácia e respaldo.

Esse papel das organizações civis é ressaltado por Unger (2018, p. 84), que destaca a importância de parcerias com entidades locais para a melhoria da prestação de serviços públicos e a transformação da educação. Ele argumenta que, para superar as limitações estruturais e burocráticas, a colaboração entre governo e sociedade civil organizada é fundamental, pois assegura que os serviços oferecidos sejam mais eficientes, inclusivos e adaptados às realidades de quem mais precisa.

Ao integrar as ONGs e associações como agentes-chave no desenvolvimento e execução de políticas públicas, o governo pode garantir que as necessidades locais sejam atendidas de forma mais eficaz. A colaboração ativa com essas entidades contribui não apenas para a eliminação de barreiras burocráticas, mas também para a construção de um sistema público de serviços que seja realmente acessível e funcional para as populações mais vulneráveis. Assim, as comunidades se sentem mais apoiadas, empoderadas e conectadas ao Estado, o que fortalece a coesão social e promove uma inclusão mais significativa.

(v) Monitoramento e Avaliação: Estabelecer indicadores claros para medir a eficiência das políticas.

Para garantir que as políticas públicas destinadas a mitigar a burocracia e

promover a inclusão social sejam eficazes, é fundamental implementar sistemas de monitoramento e avaliação. Estabelecer indicadores claros não apenas permite medir o impacto das avaliações, mas também possibilita que os gestores públicos ajustem suas estratégias de acordo com as necessidades reais da população, tornando o processo mais dinâmico e responsivo.

O monitoramento, além de ser realizado de forma sistemática, deve envolver as próprias populações vulneráveis no processo de avaliação. A coleta de dados não deve ser uma atividade isolada, mas sim uma ferramenta de melhoria das políticas públicas. Isso implica a criação de indicadores que levem em conta tanto a eficiência dos serviços (tempo de resposta, facilidade de acesso) quanto o impacto real na vida das pessoas (acesso a direitos, melhoria nas condições de vida).

Além disso, a avaliação deve ser transparente e pública, garantindo que a sociedade como um todo esteja informada sobre o andamento das políticas e sobre os resultados alcançados. A implementação de ajustes baseados em resultados também é essencial para que as políticas públicas se mantenham relevantes e eficazes diante das mudanças nas necessidades da população.

Unger (2018, p. 84), destaca a importância de estabelecer critérios e limites para medir a eficiência na prestação de serviços públicos. Ele argumenta que, ao definir padrões claros, é possível avaliar os resultados das políticas públicas de forma objetiva, assegurando que os serviços atendam realmente às necessidades da população. De acordo com ele, a criação desses critérios não só facilita o controle da qualidade dos serviços, mas também permite que os gestores públicos sejam mais responsáveis e transparentes nas suas ações.

Ainda segundo Unger (2018, 85), a definição de limites e critérios de transparência está profundamente ligada à responsabilidade na gestão pública. Essa transparência não apenas proporciona uma avaliação mais clara dos resultados das políticas, mas também permite que a sociedade civil e os cidadãos acompanhem de perto a execução das medidas, exigindo melhorias quando necessárias. Dessa forma, a sociedade se torna um agente ativo na construção de políticas públicas mais eficientes e responsivas às suas reais necessidades.

3. Conclusão

Mitigar os efeitos da burocracia sobre as populações vulneráveis exige um esforço sistemático, interinstitucional e multifacetado, que vá além das alterações nos processos administrativos, e aborde diversas dimensões do atendimento público. A burocracia excessiva é uma barreira significativa para grupos marginalizados, como pessoas em situação de rua, migrantes e refugiados, que frequentemente não têm acesso aos documentos exigidos para obter benefícios e o próprio acesso ao judiciário. A solução passa pela simplificação de processos e adoção de mecanismos alternativos de comprovação, além da implementação de tecnologias digitais inclusivas para garantir o acesso de todos.

Além disso, é fundamental integrar os serviços públicos, criando pontos únicos de atendimento para facilitar o acesso às políticas públicas. A capacitação de servidores públicos e a criação de estruturas acessíveis e eficazes são essenciais para garantir que o atendimento seja humanizado e adequado às necessidades específicas de cada grupo. A participação das organizações da sociedade civil, como ONGs e associações comunitárias, é crucial para mediar a relação entre o Estado e as populações vulneráveis, oferecendo apoio e orientação essenciais, especialmente em contextos de crise.

Finalmente, a implementação de um sistema robusto de monitoramento e avaliação é necessário para medir a eficácia das políticas públicas. Os indicadores de sucesso devem avaliar a qualidade do atendimento, a satisfação da população e a adaptação dos serviços às necessidades específicas dos grupos vulneráveis. A participação das comunidades no processo de avaliação fortalece a legitimidade das políticas públicas, tornando-as mais eficazes e inclusivas, garantindo que todos tenham acesso aos seus direitos fundamentais de maneira justa e ágil.

Em resumo, a redução dos efeitos da burocracia sobre as populações vulneráveis exige uma transformação profunda nos processos administrativos, na capacitação dos servidores públicos e na estruturação dos serviços de atendimento. A verdadeira inclusão social só será alcançada quando as políticas

públicas forem desenhadas de forma a compreender as realidades diversas da população e a eliminar as barreiras estruturais e sistêmicas que limitam o acesso a direitos fundamentais. Ao adotar essas medidas, é possível criar um sistema mais inclusivo e sensível às necessidades das populações marginalizadas, garantindo que todos, independentemente de sua origem ou condição, possam acessar seus direitos fundamentais de maneira rápida, digna e sem obstáculos.

Referências

- ACNUR. **Relatório anual de 2021.** Disponível em: <https://www.acnur.org/relatorios>.
- CIMI. Relatório de violações de direitos indígenas, 2023. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2023-cimi.pdf>
- CONVENÇÃO sobre o Estatuto dos Refugiados (1951). Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf
- CORTINA, Adela. **Aporofobia: uma aversão ao pobre.** São Paulo: Contracorrente, 2020.
- FANON, Frantz. **Os Condenados da Terra.** São Paulo: Zahar, 1961.
- FERRAJOLI, L. (2019). "La injusticia social como forma de dominación." **Revista de Estudios de la Justicia.**
- FRASER, Nancy. "Reconhecimento sem ética?". Trad. Ana C. F. Lima e Mariana P. Fraga Assis. **Lua Nova**, 70. São Paulo, 2007. P. 101-138.
- GEBARA, IVONE. **Teologia Feminista.** São Paulo: Editora Recriar, 2023. IBGE. Indicadores sociais, 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br>.
- GROSFOGUEL, R. **Decolonizing Post-Colonial Studies.** 2007. Disponível em: <https://escholarship.org>.
- IBGE. **Indicadores sociais**, 2023. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br>.
- IPEA. Relatório Bolsa Família, 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br>.



- MIGNOLO, WALTER; WALSH, CATHERINE. **On Decoloniality**. Concepts, Analytics, Praxis. Durham: Duke University Press, 2018.
- PASTORAL DO POVO DE RUA. **Relatório de atividades**, 2022.
- QUIJANO, A. "**Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina**". " in: Biblioteca CLACSO, 2000.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.
- WACQUANT, L. "Urban Outcasts: A Comparative Sociology of Advanced Marginality." **International Journal of Urban and Regional Research**, 1999.
- WYNTER, Sylvia. **Unsettling the Coloniality of Being**. 2003. Disponível em: <https://www.law.unimelb.edu.au>.

23. Mudança Institucional e o Direito Ambiental Brasileiro: Codificação, Coordenação Estratégica e Revolução Produtiva

Cesar Augusto Amaral Dias¹⁸⁷

Introdução

Este capítulo se propõe a analisar os conflitos ideológicos presentes nos discursos “ambientalistas” e “desenvolvimentistas”, frequentemente apontados como antagônicos, descrever seus efeitos, analisar aspectos do direito ambiental brasileiro e propor mudanças institucionais que, levadas à efeito, teriam o condão de promover maior segurança jurídica e aceleração do processo de desenvolvimento econômico no contexto brasileiro.

A metodologia utilizada no presente artigo tem cunho teórico. Para o desenvolvimento da narrativa, serão utilizadas fontes secundárias oriundas de pesquisa bibliográfica e documental. Ao final, tem-se como proposta central de mudança institucional a codificação do direito ambiental brasileiro, bem como a reformulação do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, previsto na Política Nacional de Meio Ambiente PNMA, Lei Federal nº 6.938/1981.

Ao longo dos mais de 500 anos desde o início do processo de colonização do Brasil, a interação entre o homem e a natureza é uma questão central no processo de formação social, cultural e econômica do país (FERNANDES E SADDY, 2019). Sendo a busca por recursos minerais, bem como o empreendimento agrícola o centro da exploração econômica das terras brasileiras no século XVI, iniciou-se desde lá um processo de substituição de florestas por monocultura com o objetivo, naquele tempo, de criar um fluxo duradouro de

¹⁸⁷ Engenheiro Ambiental, Mestrando em Sustentabilidade – EACH-USP, especialista em Administração e Sustentabilidade pela Fundação Instituto de Administração – FIA, Assessor de Controle Externo no Tribunal de Contas do Município de São Paulo - TCMSP, Membro fundador do Instituto Brasileiro de Contas Públicas – IBContas e Membro do Subgrupo de Mudanças Climáticas do Observatório de Políticas Públicas da Escola de Gestão e Contas do TCMSP.

bens destinados ao mercado europeu (FURTADO, 1995, p. 8), sendo, ainda, verdadeiro que ainda nos dias atuais a exportação de commodities agrícolas e minerais respondem por parte substancial do Produto Interno Bruto brasileiro.

Antonio Herman de Benjamin (1999) nota que a ideia subjacente ao processo de desenvolvimento das estruturas econômicas, sociais e jurídicas, em relação ao meio ambiente, em nossos primeiros 500 anos de história, foi a visão distorcida da natureza-inimiga, convencidos estávamos de que para alcançar o progresso se fazia necessário destruir e dominar a natureza. Contudo, essa visão ter tomado lugar central no processo de desenvolvimento cobrou o seu preço. Desse modo se, por um lado, as sociedades, de maneira geral, conseguiram avançar no aspecto do crescimento econômico e adoção de novas tecnologias, por outro, falharam em endereçar questões como as mudanças climáticas, suas causas e também suas consequências (NORDHAUS, 2018).

Atualmente, no Brasil, o desafio de lidar com as questões relacionadas ao manejo sustentável do meio ambiente se soma às questões econômicas ligadas à desigualdade e pobreza de parte significativa de sua população (ARTAXO, 2022).

O Brasil é um país de dimensões continentais e tem como atributo ter em seu território os maiores repositórios de biodiversidade do planeta Terra. Nesse sentido, possui, na questão ambiental, responsabilidades e oportunidades não disponíveis a outros países (ARTAXO, 2022). A Amazônia, por exemplo, maior floresta tropical do planeta com extensão de 6,7 milhões de km² dos quais 5,5 milhões de km² estão no território brasileiro é de relevância estratégica tanto para o Brasil, quanto para a estabilidade do clima global.

Nada obstante, o processo de desenvolvimento brasileiro se deu às custas da qualidade do meio ambiente e da integridade de seus ecossistemas (BENJAMIN, 1999). Desse modo, malgrado seja utópico imaginar que adequadamente protegido os biomas e ecossistemas brasileiros se assemelhariam ao estado encontrados pelos colonizadores em 1500, ante a permanente interação e transformação da relação do homem com a natureza, é imperioso reconhecer a fragilidade de identificar e pôr em prática métodos adequados resolver e

equacionar fenômenos naturais e/ou humanos que alteram o equilíbrio do dinâmico do nosso planeta (BENJAMIN, 1999).

1. Evolução da Tutela Jurídica ao Meio Ambiente no Brasil.

Segundo Fernandes e Saddy (2019), devido à relevância da exploração dos recursos naturais desde o período da colonização, antes mesmo da formação do Estado nacional brasileiro, já existia registro de normas jurídicas que se destinavam à tutela de recursos naturais específicos. Inobstante, o caráter do sistema protetivo se baseava na tutela de recursos naturais de maneira diretamente proporcional à sua utilidade econômica como fonte de matéria prima, tais como o Regimento Sobre o Pau-Brasil, lei de 12 de dezembro de 1605.

Desse modo, durante o período colonial, a proteção ao meio ambiente se deu como corolário de atos normativos que, em verdade, buscavam proteger economicamente os interesses dos colonizadores sobre a colônia (FERNANDES e SADDY, 2019).

Com o fim da monarquia e advento da república foram promovidas foram promovidas diversas alterações no corpo jurídico institucional brasileiro, com a instituição do modelo de estado federativo, em substituição ao estado unitário e o governo do republicano, com o imperador substituído pela figura de um presidente eleito. Inobstante, as alterações político-institucionais determinadas pela primeira constituição republicana de 1891, não alterou de maneira significativa o quadro de direitos reconhecidos pela antecessora constituição imperial.

No que concerne à proteção ao meio ambiente, a Constituição de 1891 não trouxe grandes avanços. Contudo, ao conferir aos municípios autonomia necessária à administração de seus “interesses peculiares” acabou-se, ainda que não fosse objetivo primeiro dos constituintes, atribuindo aos municípios poderes para a proteção do meio ambiente no limite de seus territórios, conferindo-lhes margem discricionária para adotar medidas de proteção ao meio ambiente (FERNANDES e SADDY, 2019).

Já a Constituição de 1934, consagrou avanços em diversos direitos sociais e, sobretudo, em direitos difusos como o direito à previdência social. No que respeita à tutela do meio ambiente cabe ressaltar a reintrodução do instituto da ação popular, por meio do qual a qualquer cidadão caberia pleitear a declaração de nulidade de atos lesivos aos patrimônios da união, estado ou dos municípios. Inobstante não fosse objetivo explícito do instrumento a defesa do meio ambiente a ação popular poderia ser utilizada em sua defesa, constituindo-se ainda nos dias de hoje, como importante instrumento de defesa do meio ambiente (FERNANDES e SADDY, 2019).

No mesmo ano, em 1934, foi editado o Decreto 23.793/34 que instituiu o primeiro código florestal brasileiro, estabelecendo dentre outros pontos as denominadas florestas protetoras, conceito semelhante ao que atualmente é previsto no novo código florestal como Áreas de Preservação Permanente (APP).

Segundo Milaré (2005, p. 183) a Constituição de 1937 marcou evoluções significativas ao se preocupar com a proteção de monumentos históricos, artísticos e naturais, bem como das paisagens e locais especialmente dotados de atributos naturais, incluindo entre as matérias de competência da União legislar sobre florestas, caça, pesca, e exploração desses recursos, cuidando ainda de questões atinentes à utilização do subsolo, águas e florestas, tratando da proteção das plantas e rebanhos.

A Constituição de 1946 não trouxe nenhuma grande inovação no tocante a tutela constitucional do meio ambiente, malgrado, durante a sua vigência foi editada a Lei nº 4,717/1965 que deu contornos mais claros ao instituto da ação popular, positivando conceitos que facilitariam o ingresso de ações visando a anulação de atos lesivos ao meio ambiente (FERNANDES e SADDY, 2019).

Durante a década de 1960 foram editados outros importantes instrumentos normativos relacionados ao meio ambiente, como o Código Florestal de 1965 e também os Códigos de Caça, de Pesca, de Mineração todos de 1967, nesse momento, a preocupação do legislador com largas categorias de recursos naturais, ensejou, no plano formal a fragmentação da tutela jurídica ao meio ambiente, negando-o um aspecto holístico e, no plano ético, o utilitarismo,

tutelando o meio ambiente sobre a importância econômica atribuída a determinado bem.

A Constituição de 1967 marcou a ruptura democrática decorrente da instauração do regime militar em 1964 e, em linhas gerais, se caracterizou por uma centralização de competências e poder na mão do poder executivo. Nesse sentido, em relação à questão ambiental, foram mantidos dispositivos relativos à proteção do patrimônio histórico, cultural e paisagístico, reservando à União a competência para legislar sobre direito agrário, águas, jazidas, minas e outros recursos minerais, metalurgia, caça e pesca, (MILARÉ, 2005, p. 183). Contudo, o período foi marcado por um projeto desenvolvimentista do qual decorreram grandes obras e intervenções cujos efeitos sobre o meio ambiente foram danosos (FERNANDES e SADDY, 2019).

Foi, contudo, na constância do governo militar que surgiram diversos dos instrumentos legais que, ainda hoje, balizam e norteiam a tutela do meio ambiente no Brasil. São exemplos a Política Nacional de Meio Ambiente - PNMA, divulgada por meio da Lei nº 6.938/1981, a Lei 7.347/1985, que trata da Ação Civil Pública e da responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, o Decreto 79.437/1977 que, além de promulgar a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição Por Óleo, ainda conferiu, pela primeira vez, ao Ministério Público a atribuição do ajuizamento de ações de responsabilidade civil para reparar danos ambientais causados por óleo.

2. A Tutela do Meio Ambiente no Brasil a Partir da Constituição Federal de 1988 e o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Estado passou a tutelar de maneira mais intensa o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do artigo 225 da Carta Magna e, desse modo, a compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passou a ser objeto de maior interesse, tanto da Política, quanto dos sistemas jurídico e institucional. Nesse sentido, Edis

Milaré (2005, p. 148) nota que a Constituição de 1988 elevou o meio ambiente a categoria de bem jurídico essencial à qualidade de vida dos brasileiros.

A Constituição de 1988 marca, ainda, um ponto de inflexão no tratamento constitucional dado ao meio ambiente. Uma mudança de uma abordagem do meio ambiente sob uma ótica patrimonial, para uma visão mais abrangente de tratamento do meio ambiente como bem jurídico com valor imanente, alçado à esfera dos direitos fundamentais.

A proteção ao meio ambiente não está circunscrita ao artigo 225 da Constituição, há, ainda, avanços importante no que toca à proteção ambiental presente na Constituição Federal de 1988 tais como a denominada Função Social da Propriedade, instituto incorporado ao texto constitucional que apregoa que o direito à propriedade, mesmo quando privada, deve operar em favor do interesse coletivo (BENJAMIN, 1999).

Nesse sentido, buscou o legislador constituinte conceber um arcabouço protetivo e principiológico no intento de conciliar o necessário desenvolvimento de atividades privadas, geradoras de riquezas à nação, com o dever de que este desenvolvimento privilegiasse o interesse coletivo, bem como se compatibilizar com a necessidade da manutenção e preservação do meio ambiente.

No que diz respeito à natureza pública da obrigação de preservação ambiental, o § 1º do art. 225 da Constituição Federal atribui ao Poder Público, como forma de garantir a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deveres prestacionais que competem aos entes federativos conforme suas respectivas áreas de atuação.

O princípio da predominância do interesse constitui importante parâmetro para a repartição das competências entre as entidades do Estado federal. À União são atribuídas as matérias de interesse nacional, aos estados, aquelas de interesse regional, e aos municípios, as de interesse local (SILVA, 2002, p. 477).

A Constituição estabelece dois tipos de competência: a formal, ou legislativa, que se refere à criação de leis; e a material, ou administrativa, que envolve a implementação de políticas públicas. Segundo José Afonso da Silva

(200, p. 75), a distribuição de competências em matéria ambiental seguiu os mesmos critérios aplicados a outras matérias de estatuta constitucional.

Fiorillo (2004, p. 68) classifica a competência ambiental material em exclusiva e comum. A exclusiva é atribuída exclusivamente a uma entidade federativa, como as competências da União previstas no art. 21 da Constituição, enquanto a comum permite que todos os entes federados a exerçam de forma compartilhada, sem excluir a atuação de outros entes, conforme previsto no art. 23 da Carta Magna. Ressalte-se que o art. 23 da Constituição impõe a todos os entes federados a obrigação de atuação prestacional em relação ao meio ambiente.

Quanto à competência formal, relacionada à edição de normas, Marcelo Lamy (2009) observa que, assim como em outras matérias, as competências ambientais se subdividem em: a) privativas, que são exclusivas de um ente, como as da União descritas no art. 22 da CF; e b) concorrentes, que permitem que os Estados membros e o Distrito Federal legislem sobre o mesmo tema, mesmo após a União editar normas gerais. No art. 24, destacam-se os incisos VI e VIII, que tratam de aspectos relacionados ao meio ambiente.

Vale notar que a competência legislativa concorrente não abrange os municípios, cujas competências estão previstas no art. 30 da Constituição. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao ser chamado a se manifestar sobre a competência municipal para legislar sobre o meio ambiente, estabeleceu a seguinte tese de repercussão geral: “O município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados.”

A Política Nacional de Meio Ambiente, por sua vez, instituiu o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) como arranjo institucional para lidar de maneira interfederativa com as questões ambientais. De acordo com a Lei nº 6.938/1981, o Conselho de Governo atua como Órgão Superior do SISNAMA; o Ministério do Meio Ambiente, como Órgão Central; o CONAMA, como Órgão Consultivo e Deliberativo; o IBAMA e o ICMBio, como órgãos executores; as

entidades estaduais, como órgãos seccionais; e as entidades municipais, como órgãos locais (BRASIL, 1981).

Entre os instrumentos jurídicos-ambientais, que são os instrumentos que dispõe os órgãos executores, seccionais e locais do SISNAMA para a concretizar a ação estatal na tutela do meio ambiente, Herman de Benjamin (1999) nota que a Lei 6.938/1981 prevê os seguintes: padrões ambientais; zoneamento ambiental; licenciamento ambiental; avaliação de impacto ambiental; áreas protegidas; produção e circulação de informações ambientais; responsabilidade civil pelo dano ambiental; sanções administrativas e penais e incentivos econômicos.

Desse modo, tem-se no Brasil um numeroso número de polos criadores de leis, em sentido amplo, tratando sobre meio ambiente, o que culmina em uma miríade de instrumentos legais tratando de meio ambiente. Assim, se por um lado, respeita-se a autonomia federativa dos entes, cria-se um cenário de uma profusão de leis, interpretações, restrições e que podem ter como efeito indesejado a criação de insegurança jurídica e, ainda, a falta de coordenação para a implementação de projetos de desenvolvimento.

Agrava esse cenário a relativa autonomia que cada um dos diferentes órgãos do SISNAMA, os executores, seccionais e locais têm na interpretação e aplicação das normas produzidas, seja a produzida diretamente pelo mesmo ente federativo a que pertence o órgão, seja na aplicação sistemática de normas produzidas por outros entes.

Outro ponto de destaque é que, inobstante a se organize na forma de um sistema nacional, frequentemente imaginado como uma pirâmide, há pouca ou nenhuma ingerência entre o órgão ambiental federal e um outro órgão ambiental de um município, por exemplo. Tampouco há hierarquia ou espécie de poder revisor de um órgão ambiental em relação a outro.

3. Relevância do meio ambiente para o direito e para a economia na atualidade no contexto brasileiro

A tutela jurídica do meio ambiente tem ganhado relevância no mundo e no Brasil. Seja pela necessidade de ação para o enfrentamento das mudanças

climáticas que, segundo Artaxo, (2022) se constituem como um dos maiores desafios já impostos à humanidade, seja pela necessidade de compatibilizar modelos de desenvolvimento econômico que mantenham emissão de gases de efeito estufa, bem como utilização de recursos naturais dentro da capacidade de suporte do Planeta Terra tais como proposto por Steffen et al (2015).

No âmbito do direito internacional, o regime de tutela do meio ambiente é considerado um “regime fraco” considerada a necessidade de grande grau de envolvimento dos Estados para o atingimento de objetivos comuns estabelecidos e o baixo grau de instrumentos legais que imponham obrigações aos Estados para o atingimento desses objetivos (MUNIZ e BERGAMASCH, 2023).

Impõe-se aos Estados, ainda, um desafio adicional crescente de atestação de que os produtos produzidos nacionalmente sejam enviados a outros países por meio do comércio internacional. Burnquist e Martins (2020), notam que, exemplificativamente, nas tratativas de acordo comercial entre o Mercosul e a União Europeia, foi incluída, no capítulo que disciplina o desenvolvimento sustentável e da saúde e segurança no trabalho a possibilidade do importador europeu impor retaliação comercial para a proteção do meio ambiente diante do risco associado ao consumo do bem.

Importa frisar que tanto no recente acordo de livre comércio firmado entre os blocos, bem como em outros mecanismos de proteção ao meio ambiente no âmbito do comércio internacional, tais como o Carbon border adjustment mechanisms (CBAMs), instituído pela união europeia, ainda não estão claros os contornos desses mecanismos e quais os impactos sobre a governança sobre o meio sobre os denominados países em desenvolvimento (ROZEMBER et al, 2024).

Outro importante ponto relacionado ao manejo do meio ambiente no contexto brasileiro é a necessidade de criação de uma estratégia de desenvolvimento que alie a preservação do meio ambiente com a necessidade de geração e distribuição de riquezas para a população existente em cada um dos biomas do Brasil.

Unger (2023) aponta para a necessidade de industrialização progressiva das cadeias produtivas existentes em biomas brasileiros; segundo o autor, para tanto, seria necessária a aproximação entre o complexo florestal da industrialização e da economia do conhecimento o modo possível de desenvolvimento para o bioma, superando o extrativismo primitivo.

Contudo, a despeito do Brasil possuir a mais rica biodiversidade do planeta em seu território, com a possibilidade de diversas aplicações industriais, tais como na indústria farmacêutica, cosmética, alimentícia, produtos utilizados na culinária, as cadeias produtivas relacionadas a estes biomas operam na forma de extrativismo primitivo, sem escala e, portanto, sem futuro (UNGER, 2023).

Unger (2018) nota que uma prática nova de produção surgiu recentemente nas maiores economias do mundo, a denominada economia do conhecimento ou economia experimental. Ela se consubstancia no uso de variadas formas de conhecimento para geração de valor tangível e intangível, o conhecimento sobre a forma de dados, domínios de técnicas e tecnologias apoiadas pela utilização de sistemas que suportam a tomada de decisão, em diferentes campos.

Assim, no contexto do Brasil, dada a superlatividade e a expressividade dos atributos naturais do país, possuindo em seu território a maior floresta tropical do mundo - a floresta amazônica, a savana mais biodiversa do mundo - o cerrado e, ainda, possuindo uma das maiores áreas passíveis de implementação de culturas agrícolas pensar uma estratégia de desenvolvimento que não incorpore de maneira muito próxima e realista a questão ambiental é um fator dificultador tanto da conservação e adequada gestão do meio ambiente quanto da implementação de uma estratégia de desenvolvimento.

4. A dicotomia entre desenvolvimento e a preservação do estoque de capital natural.

Há frequentemente um debate acerca de uma suposta oposição entre a preservação ou conservação da natureza e o desenvolvimento econômico. Esse debate surge, em grande medida, graças à natureza dos prejuízos causados ao

meio ambiente em decorrência dos processos produtivos que ensejam o crescimento econômico.

Segundo Nordhaus (2018) esse debate decorre de um problema fundamental relacionado à degradação ambiental, qual seja, a sua condição de externalidade decorrente do processo de desenvolvimento econômico e, também, da condição de bem público que em ampla medida se atribui aos processos de degradação ambiental decorrentes dos processos de desenvolvimento.

A despeito de o processo de crescimento econômico, invariavelmente estar associado a algum tipo de impacto sobre o meio ambiente, frequentemente apela-se ao dilema da necessidade de crescimento econômico versus a necessidade de preservação dos recursos naturais ao denominado “mito do descasamento” (JACKSON, 2013, p. 81).

Na palavras de Jackson (2013, p. 85):

os processos de produção são periodicamente reconfigurados (...) os bens e serviços redesenhados, a produção econômica se torna progressivamente menos dependente da produção de materiais. Dessa forma, espera-se que a economia possa continuar crescimento sem romper os limites ecológicos ou ter seus recursos (naturais) esgotados.

A despeito de existir lógica nessa argumentação, o mesmo autor nota que, inobstante se verifique um “descasamento relativo” entre a produção de uma unidade de riqueza medida em forma de Produto Interno Bruto (PIB) e a emissão de poluição atmosférica por CO₂, por exemplo, não há relação de “descasamento absoluto” entre esses fatores.

Assim, malgrado uma unidade de produto interno bruto seja menos intensa na emissão de poluentes, como decorrência dos processos de ganho de eficiência, modernização dos processos produtivos ou, ainda, migração de uma economia baseada na utilização de materiais para uma economia baseada em serviços, o mesmo crescimento do PIB faz com que, em termos absolutos os impactos sobre o meio ambiente aumentem.

4.1. A distorção para o “bem”

Ante o cenário de degradação ambiental somado as ameaças provocadas pelas mudanças climáticas existem setores da sociedade brasileira, tais como organizações não governamentais, partidos políticos, *think tanks* e partes expressivas da opinião pública que optam, em face do dilema imposto pela dicotomia entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental a adotar uma posição considerada pró meio ambiente.

Acontece com frequência que esse pensamento de parte importante da sociedade brasileira se aproxima de uma distorção que considera como lesiva e, portanto, indesejável, boa parte das atividades necessárias ao desenvolvimento econômico necessários à geração de riqueza para tornar a nação brasileira uma sociedade mais próspera.

Segundo esta corrente de pensamento com ressonância em diversos setores da sociedade brasileira obras de infraestrutura em biomas sensíveis, exploração de petróleo, mineração, atividades industriais de grande porte devem ser evitados e, frequentemente, os processos de licenciamento ambiental de empreendimentos desse tipo são objeto de interferência desses setores da sociedade (FOLHA DE SÃO PAULO, 2023).

Esse posicionamento se avizinha ao que Allier (2007, p. 108) denomina como “culto à vida silvestre”, uma leitura da problemática relativa à questão ambiental que privilegia a natureza por si, por seus atributos intrínsecos, militando pela preservação da natureza, sem preocupações maiores com a superação de outros problemas como por exemplo a condição de miserabilidade das populações que vivem em regiões com atributos ambientais relevantes.

Essa distorção não parece dar conta de equacionar o dilema no caso brasileiro porquanto não dá uma resposta aos anseios das populações que vivem em áreas que possuem interesse ecológico relevante.

Tomando como exemplo o caso do bioma amazônico, ele abrange áreas de 9 estados brasileiros, são eles: Pará, Maranhão, Amazonas, Mato Grosso, Rondônia, Tocantins, Acre, Amapá e Roraima se estendendo por uma área aproximada de 4,2 milhões de km², o que representa mais de 49% do território

do Brasil e, em 2018, o número de pessoas vivendo no bioma passou de 27 milhões (SUDAM, 2018).

Merece destaque que a região abriga boa parte dos municípios com os menores Índices de Desenvolvimento Humano (IDHs) do Brasil.

Assim, essa visão sobre a questão ambiental, negligencia um aspecto relevante da problemática ambiental, qual seja, à necessidade de uma alternativa produtiva às populações que vivem em áreas onde existem biomas com relevante interesse ecológico.

4.2. A distorção para o “mal”

Surge, ainda, em contraposição à visão acima exposta, uma corrente de pensamento tida como pró desenvolvimento. Segundo essa visão, a proteção ao meio ambiente e os órgãos de controle ambiental do SISNAMA funcionam como obstáculos indevidos ao desenvolvimento devendo, portanto, serem superados.

Essa visão, frequentemente encontra adeptos em confederações empresariais e grupos de pequenos empresários e, também, é objeto de tentativa de influência na produção legislativa brasileira (CRUZ e CABRAL, 2020).

Dessa forma, essa corrente de pensamento vê os dispositivos de proteção do meio ambiente como exagerados, custosos para os produtores, desnecessários, sendo frequentemente associados a formas indevidas de limitação da livre iniciativa, representando aumento de custos nos empreendimentos e perda de competitividade do produtor brasileiro no mercado internacional (CRUZ e CABRAL, 2020).

Essa outra visão, tampouco dá conta de tratar a questão ambiental no contexto brasileiro com a complexidade que esta merece. Inobstante existam exageros, decisões contraditórias, sobreposição de competências e insegurança jurídica no manejo do meio ambiente no Brasil, não parece ser factível que a eliminação de dispositivos de proteção ambiental sejam suficiente para ensejar a melhoria da produtividade da economia brasileira.

5. Diagnóstico Crítico do Direito Ambiental Brasileiro

A Constituição Federal de 1988 tratou de maneira ampla do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a legislação infraconstitucional compôs um arcabouço normativo amplo de proteção ao meio ambiente.

Dada a repartição de competência, tanto material quanto legislativa, houve uma profusão de normas dispositivos e sobreposição de competências que tornaram demasiada complexa a operação do direito ambiental no Brasil.

Nesse sentido, por um lado, privilegia-se a forma federativa de estado, almejando-se criar um federalismo cooperativo com a distribuição de competências na área ambiental, por outro, criou-se um cenário de sobreposição e conflito de competências.

Assim, mesmo após a edição da Lei Complementar nº 140/2011 que fixa normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, boa parte dos conflitos e contradições existentes no arcabouço normativo brasileiro sobre competência em matéria ambiental persistem. Nesse sentido, Pereira (2012) nota:

Assim, se, por um lado, a LC 140 andou bem ao criar a regra geral de competência fiscalizatória atrelada à competência licenciatória, por outro, a definição de competência para o licenciamento ainda parece incerta. Talvez os problemas de conflito de competência administrativa (para licenciamento e fiscalização) em matéria ambiental somente se resolvam após a edição dos regulamentos pelas comissões criadas pela LC 140.

No caso dos procedimentos administrativos de licenciamento ambiental, se de um lado a competência do ente responsável pela emissão da licença é objeto de controvérsia, de outro, os próprios atos administrativos das licenças de emissão das licenças ambientais também são objeto de bastante debate.

Colocando ao lado a interminável divergência doutrinária sobre a natureza jurídica discricionária ou vinculada das licenças ambientais, o que se têm é que, via de regra, são os Estudos de Impacto Ambiental o instrumento por meio do qual se explicita os impactos de um novo empreendimento e é de posse

desses estudos que os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA emitem ou não as licenças ambientais.

Nesse sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2004, p. 211) entende que se trata de um ato administrativo com uma discricionariedade “sui generis”. Para ele, a vinculação ocorreria apenas na hipótese do estudo prévio de impacto ambiental concluir favoravelmente ao empreendimento pretendido.

Assim, é na análise, por parte dos órgãos ambientais, dos estudos de impacto ambiental que reside a resposta sobre a possibilidade ou não de que determinada atividade considerada como efetivamente ou potencialmente poluidora ou utilizadora de recursos naturais se instalar.

Assim, inobstante exista um vastíssimo arcabouço normativo dispondo sobre meio ambiente, sua tutela, tentativas de repartição de competências nas competências licenciatórias, falta clareza de critérios, por exemplo, na análise desse tipo de estudo por parte dos órgãos ambientais.

Segundo Roberto Mangabeira Unger (2015) o que se verifica em relação ao arcabouço normativo do direito ambiental brasileiro é que meramente formal, em suas palavras:

O licenciamento ambiental virou um pesadelo no Brasil para os produtores de todas as escalas, em todos os setores e em todos os locais do País. O problema não é que o direito ambiental seja exigente demais, como muitos imaginam, o problema é que, a rigor, nós não temos um direito ambiental. Nós temos um pseudo direito, quase inteiramente processual. Esse direito é essencialmente uma combinação de dois elementos. Um deles é um princípio, que não é um conjunto de regras. O princípio é chamado no direito ambiental universal de princípio de precaução. O planeta está constantemente mudando e não é possível estabilizar a natureza num ponto fixo. As atividades humanas modificam a natureza. Algumas dessas mudanças podem ser boas ou ruins, é como as mutações genéticas, que podem trazer as doenças, mas também providenciam o material para a evolução natural.

O princípio da prevenção diz que, já que não sabemos se as mudanças serão benéficas ou maléficas, optamos por minimizar as mudanças naturais criadas pela presença humana. Sem discutir a legitimidade desse princípio da precaução, ele só funciona quando transformado num conjunto de regras. No geral, no direito ambiental, ele não está transformado em um conjunto de regras. Ele coexiste no nosso pseudo direito ambiental com uma delegação de poderes discricionários quase ilimitados a um elenco de pequenos potentados administrativos. Então, por exemplo, o nosso pseudo-direito ambiental ordena estudos

de impacto ambiental, mas não estipula os critérios de julgamento. Por exemplo, não há regras claras que distingam o tratamento das áreas antropizadas e das áreas virgens. Quando há uma delegação de poderes discricionários quase ilimitados, a autoridade administrativa vira um jogo de interesses e ideologias contrastantes. E o resultado é reproduzir esse pesadelo para os produtores de todas as classes.

Outra decorrência da forma atual de estruturação da política e do direito ambiental brasileiros é a relativa alienação desta em relação à política de desenvolvimento nacional e desenvolvimento regional.

Nesse sentido, o esforço dos órgãos de defesa do meio ambiente no Brasil se concentram amplamente em esforços de combate ao desmatamento ilegal e combate a incêndios florestais, também ilegais.

Contudo, Becker (2010) propõe uma revolução científico-tecnológica como estratégia para a manutenção das florestas e biomas brasileiros. A proposta estaria em influir nos processos sócio ecológicos que geram o desmatamento e não simplesmente optar por uma estratégia de manutenção das florestas por meio de ações de comando e controle.

Nesse mesmo sentido, Becker (2010) aponta para a necessidade de prioridade estratégica das políticas públicas orientadas ao desenvolvimento regional por meio de desenvolvimento de cadeias produtivas baseadas na biodiversidade, envolvendo as comunidades que vivem nos biomas, os centros de pesquisa, órgãos governamentais e, também, os setores industriais.

Unger (2023) também aponta para a necessidade de industrialização progressiva das cadeias produtivas existentes nos biomas brasileiros, segundo o autor, seria a aproximação entre o complexo florestal da industrialização e da economia do conhecimento o modo possível de desenvolvimento almejando superar o extrativismo primitivo que, por vezes, conflita com o política ambiental implementada no Brasil.

6. Proposta de Reforma Institucional

Nessa seção, apresenta-se a proposta de um conjunto de mudanças institucionais no direito ambiental brasileiro que, levadas a efeito, teriam o

condão de conferir maior segurança jurídica e aproximar a o direito ambiental brasileiro da realidade

Inicialmente, propõe-se um esforço de codificação do direito ambiental brasileiro. Esse passo exigiria um esforço do poder executivo, aliado a um esforço do poder legislativo no sentido de: i) compatibilizar o arcabouço jurídico brasileiro com um código ambiental; ii) revisão dos conflitos e sobreposição de competências previstos decorrentes da Lei Complementar nº 140/2011 e da Resolução Conama 273/1997; iii) elaboração de um código ambiental brasileiro que consolide as normas ambientais brasileiras tais como, a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/19981); Código Florestal (Lei Federal 12.651/2012) o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei Federal 9.985/2001) dentre outras.

A ideia subjacente à sistematização do arcabouço normativo brasileiro relativo ao meio ambiente em um código é, de um lado, eliminar a miríade de leis esparsas, decretos e resoluções atinentes à questão ambiental. Não seriam, contudo, atingidos os objetivos colimados com a codificação do direito ambiental brasileiro se nesse esforço não se fizesse um esforço de que o direito ambiental falasse, por meio desse código, garantindo clareza, acessibilidade e coerência normativa o código precisaria dizer amiúde, por exemplo, os critérios de aceitação dos Estudos de Impacto Ambiental. Minimizando a discricionariedade de analistas e membros da burocracia de órgãos ambientais na emissão de licenças ambientais.

Outra necessidade é o estabelecimento de áreas prioritárias para o desenvolvimento de determinadas atividades. Semelhante ao que se propõe com um dos instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente denominado Zoneamento Econômico Ecológico (ZEE), que, inobstante esteja previsto na legislação tem baixa efetividade, tendo em vista que não foram todos os entes da federação que elaboraram os seus ZEEs e, o próprio Governo Federal só conseguiu executar, excetuando-se o projeto piloto (ZEE do Baixo Parnaíba), um macrozoneamento: o da Amazônia Legal (VAGULA et al, 2021).

O instrumento do Zoneamento Econômico Ecológico é regulado pelo Decreto nº 4.297/2002, definindo-o do seguinte modo:

Art. 2º O ZEE, instrumento de organização do território a ser obrigatoriamente seguido na implantação de planos, obras e atividades públicas e privadas, estabelece medidas e padrões de proteção ambiental destinados a assegurar a qualidade ambiental, dos recursos hídricos e do solo e a conservação da biodiversidade, garantindo o desenvolvimento sustentável e a melhoria das condições de vida da população. (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, propõe-se a criação de um órgão dentro do SISNAMA com a atribuição de i) elaborar diretrizes para a elaboração de Zoneamento Econômico Ecológico nas unidades da federação que ainda não o tiverem elaborado. ii) consolidar os Zoneamentos Econômicos e Ecológicos dos estados brasileiros.

Para Milaré (2005, p.366) o Zoneamento Econômico Ecológico é um instrumento de ordenamento físico-territorial, levando em conta a vocação territorial própria de cada área, respeitando suas características, devendo assim, ser um orientador das políticas econômicas, sociais, culturais e ecológicas a serem implementadas em determinadas regiões.

A relevância dessa proposta se manifesta menos no órgão que vai executá-la do que na forma como esta se dá. O que se pretende é forçar uma aproximação entre os órgãos de planejamento e execução da política ambiental e o centro formulador de diretrizes para a implementação de políticas econômicas e de desenvolvimento regional. Essa aproximação teria o condão de superar a contradição de uma pretendida estratégia de desenvolvimento por um determinado projeto político esbarrar em exigências ambientais por vezes incontornáveis.

Assim, essa consolidação dos Zoneamentos Econômicos e Ecológicos se prestaria a apontar, em cada unidade da federação, as atividades prioritárias a serem desenvolvidas em cada região. Indicando áreas prioritárias para a conservação ambiental, preferencialmente em localidades pouco antropizadas ou com relevante interesse ecológico, orientar a composição ou recomposição das reservas legais das propriedades rurais bem como orientar atividades industriais ou de serviços passíveis de implementação em áreas determinadas.

Esse esforço seria um passo na direção de diferenciar o tratamento dado às áreas antropizadas do tratamento conferido a áreas pouco ou não antropizadas. Essa necessidade é apontada por Unger (2015), como uma necessidade de adequação do direito ambiental brasileiro. Esse esforço teria o sentido de, por um lado, dificultar a implementação de atividades tidas como lesivas em áreas que o planejamento ambiental brasileiro entendesse como necessários à conservação e, de outro, dar tratamento mais permissivo a áreas cuja ocupação humana já transformou a natureza a tal ponto de não serem relevantes os atributos ecológicos oferecidos pela paisagem, devendo portanto, ser flexibilizada a ocupação de atividades empresariais.

Ao se debruçar sobre o Zoneamento Econômico e Ecológico seria atribuída a esse órgão a competência para encontrar, em cada bioma brasileiro, alternativas de cadeias produtivas baseadas em produtos da natureza brasileira com aplicação industrial.

Segundo Unger (2018, p 51) a base da estratégia de desenvolvimento brasileira, mantida desde a década de 1990, foi a produção e exportação de commodities de produtos naturais pouco transformados. Nada obstante, nota o autor que o desafio é se valer da tecnologia para transformar os bens oferecidos pela natureza.

Contudo, a intensificação da utilização da tecnologia para agregar valor aos produtos derivados da natureza por meio da sofisticação das cadeias produtivas não parece, na história do desenvolvimento econômico das nações, ser obra fortuita do acaso.

A despeito das mais diversas retóricas existentes, dos diferentes regimes, das diferentes correntes político ideológicas em que se produziram ou se desenvolveram essas cadeias produtivas, parece ser um elemento comum a estes empreendimentos a presença de um projeto coordenado do Estado que oriente investimentos, subsídios, direcionamento de compra governamental, provisão logística dentre outros (MAZZUCATO, 2021).

Mazzucatto (2014) atribui um papel central aos governos, no alcance de objetivos econômicos e sociais, seja pela capacidade de investimento em

iniciativas em que o setor privado ainda não vislumbra possibilidade de retorno econômico, pela capacidade de direcionar a compra governamental, de criar e formular os desenhos institucionais nos quais os mercados operam.

Nesse sentido, Mazzucato (2021, p. 72) propõe o conceito missão orientada ao desenvolvimento, em que esforços coordenados pelo Estado teriam o potencial de mobilizar consigo uma série de outros atores públicos e privados, na consecução de objetivos definidos e perseguidos pelo Estado.

Acontece, contudo, como afirma Unger, (2018, p 61) um conjunto de ideias como os propostos acima enfrentam entraves ideológicos frequentemente encontrados nas estruturas políticas do país. Nesse contexto, o desafio imposto a esta estratégia seria a de identificar vantagens comparativas a partir das quais poderia-se criar novas vantagens comparativas, como propõe Unger (2018, p. 52).

Seria, por fim, proposto que esse novo órgão integrante do SISNAMA, possuísse competência para, funcionar como instância revisora de procedimentos de licenciamento ambiental que não se coadunam com os direitos previstos no código ambiental vigente e, ainda, elaborasse procedimentos simplificados para atividades que atendessem às atividades prioritárias previstas no Zoneamento Econômico e Ecológico brasileiro.

Considerações Finais

Este artigo teve como objetivo analisar as tensões ideológicas e jurídico-institucionais presentes no direito ambiental brasileiro, especialmente no que se refere à tensão entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental.

Buscou-se demonstrar que, apesar de um extenso arcabouço normativo o sistema jurídico vigente apresenta uma série de fragilidades. Entre as principais inconsistências destacam-se a complexidade, a sobreposição de competências federativas e falta de clareza que geram conflitos e insegurança jurídica.

Apontou-se que o instituto do licenciamento ambiental, um dos pilares da regulação ambiental brasileira, carece de critérios claros de avaliação e se mostra incapaz de promover segurança jurídica a empreendedores e à sociedade.

Diante disso, propôs-se uma reforma institucional com foco na codificação do direito ambiental brasileiro, a reformulação do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) com a criação de um órgão com competência para promover a consolidação do Zoneamento Econômico Ecológico dos entes federados e, ainda, a instauração de uma instância revisional de processos de licenciamento ambiental.

Adicionalmente, propõe-se que este órgão nacional seja o responsável por desenvolver e centralizar os esforços na construção de uma estratégia de desenvolvimento de cadeias produtivas a partir dos produtos oferecidos pela natureza, bem como uma maior integração entre a política ambiental e as estratégias de desenvolvimento regional, como sugerido por autores como Becker (2010) e Unger (2023) que leva em consideração as especificidades de cada bioma e as vocações territoriais, sem perder de vista a necessidade de inovação tecnológica e a valorização das cadeias produtivas.

Referências

- ALIER, Joan Martinez. **O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração**. São Paulo: Contexto, 2007.
- ARTAXO, Paulo. Mudanças climáticas: caminhos para o Brasil: a construção de uma sociedade minimamente sustentável requer esforços da sociedade com colaboração entre a ciência e os formuladores de políticas públicas. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 74, n. 4, p. 13-15, out./dez. 2022. DOI: 10.5935/2317-6660.20220067. Disponível em: https://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252022000400013&script=sci_arttext. Acesso em: 14 jan. 2025.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, v. 14, p. 48-82, abr./jun. 1999. Reproduzido em: **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, v. 1, p. 41-91, mar. 2011. DTR\1999\176. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5337701/mod_resource/con

[tent/1/Texto%2001%20Introdu%C3%A7%C3%A3o%20ao%20Direito%20Ambiental%20-%20Herman%20Benjamin.pdf](#). Acesso em: 15/01/2025.

BECKER, Bertha K. Ciência, tecnologia e inovação – condição do desenvolvimento sustentável da Amazônia. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, 4., 2010, Brasília. **Plenária 1:** Desenvolvimento sustentável – novos padrões de desenvolvimento via inovação. Brasília, 26 abr. 2010.

BRASIL. **Decreto Federal nº 4.297, de 10 de julho de 2002.** Regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil - ZEE, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jul. 2002.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 15 jan. 2025.

CONTE GRAND, M.; SCHULZ-ANTIPA, P.; ROZENBERG, J. Potential exposure and vulnerability to broader climate-related trade regulations: an illustration for LAC countries. **Environ Dev Sustain** 26, 6195–6220 (2024). <https://doi.org/10.1007/s10668-023-02958-y>

CRUZ, M. T.; CABRAL, E. R. O LOBBY DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA NA CÂMARA DOS DEPUTADOS: NOVAS REGRAS PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL. **E-Legis – Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, Brasil, v. 13, n. 33, p. 31–53, 2020. DOI: 10.51206/e-legis.v13i33.578. Disponível em: <https://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/578>. Acesso em: 13 jan. 2025.

DULCI, Laura. Os conflitos de competência ambiental. **Valor Econômico**, 2 mar. 2012. Disponível em:



<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2012/03/02/os-conflitos-de-competencia-ambiental.ghtml>. Acesso em: 15 jan. 2025.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FOLHA DE S.PAULO. 80 organizações pedem que governo não emita licença para petróleo na foz do Amazonas. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 19 abr. 2023. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2023/04/80-organizacoes-pedem-que-governo-nao-emita-licenca-para-petroleo-na-foz-do-amazonas.shtml>. Acesso em: 15 jan. 2025.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 25 ed. São Paulo: Editora Nacional, 1995. Biblioteca Universitária. Série 2, Ciências Sociais, v. 23.

LAMY, Marcelo. Repartição Federal de Competências Ambientais. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 13 – jan./jun. 2009.

MAZZUCATO, M. **Mission Economy: A Moonshot Guide to Changing Capitalism**, Allen Lane, Londres, 2021.

MAZZUCATO, M. **The Entrepreneurial State: debunking public vs. private sector myths**. London: Anthem Press, 2014.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente – A gestão ambiental em foco**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MUNIZ, Tânia Lobo; BERGAMASCH, Joice Duarte Gonçalves. O impasse entre a tutela do meio ambiente e a repressão a políticas protecionistas no órgão de solução de controvérsias da OMC. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 7, n. 3, p. [incluir as páginas], set./dez. 2023. Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. ISSN 2357-8009 (versão online), ISSN 2318-9908 (versão impressa). Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/47903/39207>. Acesso em: 14/01/2025.

NORDHAUS, William D. Climate change: the ultimate challenge for economics. **Prize Lecture**, Yale University, Dec. 8, 2018. Disponível em:

<https://www.nobelprize.org/uploads/2018/10/nordhaus-lecture.pdf>.

Acesso em: 15 jan. 2025.

PEREIRA, Luciano Vianna. Os conflitos de competência ambiental. **Valor Econômico**, 2 mar. 2012. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2012/03/02/os-conflitos-de-competencia-ambiental.ghtml>. Acesso em: 15 jan. 2025.

STEFFEN, W.; RICHARDSON, K.; ROCKSTRÖM, J.; CORNELL, S. E.; FETZER, I.; BENNETT, E. M.; BIGGS, R.; CARPENTER, S. R.; DE VRIES, W.; DE WIT, C. A.; FOLKE, C.; GERTEN, D.; HEINKE, J.; MAVROMATIS, T.; PERSSON, L. M.; RAMANATHAN, V.; REYERS, B.; SÖRLIN, S. Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet. **Science**, v. 347, n. 6223, p. 1259855, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1126/science.1259855>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VAGULA, Paulo Roberto; ULIANA, Maira Rodrigues; ARANA, Alba Regina Azevedo. Panorama do Zoneamento Ecológico-Econômico no Brasil. **Geopauta**, v. 5, n. 2, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.22481/rg.v5i2.2021.e8431>. Acesso em: 14 jan. 2025.

UNGER, Roberto Mangabeira. A economia do conhecimento. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

UNGER, Roberto Mangabeira. Crítica ao pensamento jurídico brasileiro segundo Mangabeira Unger. Entrevista concedida a Felipe Seligman. **JOTA**, 13 jul. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/critica-ao-pensamento-juridico-brasileiro-segundo-mangabeira-unger>. Acesso em: 14 jan. 2025.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Diálogos a Respeito do Futuro do Brasil com Denis Minev**: [entrevista]. Publicado em: 8 jan. 2023. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=012NUeQLvIQ&list=PLNdEBvVYMvsBoSuq7ssC_kC01nb33ijTv&index=2&t=37s. Acesso em 26 jan. 2025.

24. A fragilidade institucional na reparação de crimes socioambientais: uma análise do caso Mariana sob a perspectiva do colonialismo mental

*Thiago Zambelan Ribeiro da Silva*¹⁸⁸

Introdução

Prestes a completar 10 anos do seu acontecimento, o rompimento da Barragem do Fundão, ocorrido em Mariana - MG, ainda é responsável por gerar diversos debates e controvérsias jurídicas, sociais e políticas. A vasta maioria delas diz respeito à efetividade das instituições brasileiras na prevenção, fiscalização e eventual responsabilização de empresas multinacionais ou transnacionais por crimes socioambientais e violações a direitos humanos ocorridas em território nacional, além de uma reparação justa às famílias e instituições atingidas.

Sob uma perspectiva territorial, ao longo de quase uma década, seja por vias administrativas ou judiciais, tornou-se notória a completa ineficácia institucional do poder local, regional e nacional na prevenção e contenção dos danos; desde a falha técnica nas sirenes que não tocaram no subdistrito de Bento Rodrigues, gerando a morte de 19 pessoas (PARANAIBA, 2015), até a recente absolvição dos agentes e empresas envolvidas em âmbito criminal (BRASIL, 2016).

Roberto Mangabeira Unger (2018, p. 129), ao propor uma repensar e reorganizar o Brasil, define o direito ambiental brasileiro como um “pseudodireito”, caracterizado, quase que exclusivamente, por seu teor

¹⁸⁸ Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Graduando em Licence e Master 1 de Direito Francês pela *Université Jean Monnet – Saint-Étienne*. ID Lattes: 6374487404616701.

processual e delegacional de poderes discricionários da administração pública; criando figurativamente a persona de “pequenos déspotas administrativos”.

Este estado possibilita, no jogo de interesses privados, que empresas nacionais e multinacionais possam explorar livremente populações vulneráveis e áreas sem a devida proteção e fiscalização. O que permitiu não apenas o crime de Mariana, mas também, pela falta de fiscalização, as redes de exploração sexual e tráfico humano de adolescentes nas construções de usinas hidrelétricas na Amazônia (SCABIN; CRUZ; HOJAIJ, 2015, p. 163), ou até mesmo, pela inexistência de regimes de proteção de áreas de exploração ou licitações adequadas, os afundamentos, tremores e evacuações forçadas que duram até hoje no município de Maceió devido a exploração de sal-gema pela mineradora Braskem S/A (AGRASSAR *et al.*, 2024).

Não obstante, em âmbito internacional, a adoção de normas mais rígidas em protocolos e convenções de direitos humanos, somadas ao surgimento de novas jurisprudências no âmbito doméstico de países do norte global, permitiram que a responsabilização de grandes complexos empresariais atuantes no Brasil venham a ter novas perspectivas. Por consequência, houve o surgimento de uma série de novos litígios climáticos onde comunidades afetadas têm buscado reparação nas cortes de países onde as empresas a serem responsabilizadas possuem sede ou significativa presença econômica.

Nesse contexto, o crime de Mariana não apenas se relaciona com estes litígios; é, na verdade, o centro da maior parte dos debates. Na jurisdição inglesa, por exemplo, somam-se mais de 620 mil partes, dentre pessoas físicas e jurídicas, que pleiteiam indenizações e reparações, em um dos maiores processos judiciais da história recente e que se encontra, até o momento, em fase de julgamento (MILAGRES, 2025).

Logo, a fim de empreender na prevenção e efetiva reparação de crimes socioambientais, torna-se imperativo um diagnóstico crítico institucional e jurídico dos instrumentos e bases teórico-jurídicas nacionais e internacionais referentes à regulação e responsabilização de empresas por violações a direitos

humanos e ter como foco o caso de Mariana revela-se indispensável. Este é o objetivo central deste trabalho.

Desta forma, este artigo, valendo-se da pesquisa qualitativa e do método dedutivo, utilizará como técnica a pesquisa bibliográfica e documental. O estudo de caso do rompimento da Barragem do Fundão servirá como principal referencial empírico, sendo analisado a partir de documentos oficiais, decisões judiciais e literatura especializada. A fundamentação teórica apoiar-se-á especialmente no pensamento de Roberto Mangabeira Unger sobre colonialismo mental e direito na sociedade moderna, estabelecendo um diálogo crítico com a realidade institucional brasileira no campo ambiental.

Em um primeiro momento, será fornecido um breve panorama do sistema de justiça e os desafios institucionais enfrentados na sanção e reparação de crimes socioambientais do direito ambiental brasileiro, apresentando como o crescimento do domínio de grupos econômicos na contemporaneidade globalizada foi conduzido e quais são os desafios enfrentados.

Logo em seguida, será iniciada uma análise do caso de Mariana, apresentando uma perspectiva comparativa da judicialização de litígios ambientais entre cortes nacionais e estrangeiras, apresentando os fundamentos jurídicos para as respectivas atuações jurisdicionais, além de demonstrar as relações entre o colonialismo mental e as dificuldades institucionais enfrentadas.

Por fim, serão levantadas e discutidas as reflexões trazidas, em síntese, apresentando perspectivas futuras que dizem respeito a novos arranjos institucionais para prevenção e reparação de crimes socioambientais e preservação da soberania nacional.

1. Panorama do sistema de justiça e desafios institucionais na sanção e reparação de crimes socioambientais

Nas últimas décadas, dentre as inúmeras consequências geradas pela globalização econômica, é possível destacar a substituição da *política* pelo *mercado*, como instância de regulação social; privilegiando, desta forma, o capital

financeiro transnacional no jogo de interesses nacionais e regionais, inclusive no que diz respeito à fiscalização e regulamentação governamental territorializada.

Conforme as lições de José Eduardo Faria (1997, p. 43-44), o mercado empresarial globalizado e seu processo de transnacionalização, sob uma perspectiva jus-sociológica, “pôs em xeque tanto a centralidade quanto a exclusividade das estruturas jurídico-políticas do Estado-Nação”, debilitando, da mesma forma, elementos essenciais ao conceito de soberania.

Este processo, conduzido sob a hegemonia de interesses financeiros, impõe um modelo de desenvolvimento que Roberto Mangabeira Unger tratou como “integração passiva à economia mundial” (2018, p. 234), ou seja, que obriga países em desenvolvimento a abdicar da sua soberania, restringindo suas autonomias política, econômicas e sociais em prol da “confiança dos mercados” (*Ibidem*, p. 180).

Como consequência, os instrumentos e instituições formadas sob a égide da Ordem Jurídica moderna, de acordo com Mangabeira Unger (1979, p. 76), veem seus alcances e operacionalidades ruírem. Suas bases no *pluralismo grupal* e na crença em um *direito natural* ou *superior*, ora responsáveis por permitir o desenvolvimento do Estado de Direito, são superadas por entes ou grupos econômicos supra ou multinacionais.

Na tentativa de refrear a ineficácia de regulações diretas e centralizadoras de ordem social e política, o Estado-Nação substitui suas bases normativas abstratas, genéricas e impessoais, por normas particularizantes, específicas e finalísticas, as quais apresentam-se igualmente incapazes de lidar com a pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais contemporaneamente vivenciadas (FARIA, 1997, p. 46-47).

Nesse cenário, a litigância climática altera-se drasticamente, tanto no cenário nacional, como no internacional. Apesar do crescimento exponencial de casos e mudanças sensíveis no alcance e na diversidade das demandas, o “santo graal” dos litígios climáticos ainda é composto, em suma, por tentativas de responsabilização e indenização de crimes ambientais, majoritariamente causados em território estrangeiro (BOUWER, 2021, p. 189).

Por conseguinte, percebe-se que certas demandas ou preocupações sociais no atual cenário, não mais restringem-se aos limites da atuação do Estado. Esta nova realidade evidencia formas particulares de exploração vivenciadas por países do sul global, onde destaca-se a atuação de grupos econômicos transnacionais que, protegidos por lacunas ou pela simples ineficácia das instituições jurídicas locais, com base em falsas promessas de desenvolvimento econômico, promovem um rastro de violações de direitos, especialmente de populações vulneráveis; contaminando rios, solos e, muitas vezes, fazendo uso de trabalho escravo (OLSEN; PAMPLONA, 2019, p. 130).

A escolha do rompimento da Barragem do Fundão como objeto central de análise é ilustrativa, nesse sentido. Devido à magnitude de seus danos, o estágio avançado de determinados julgamentos e seu caráter de vanguarda em relação aos processos por danos cometidos em território brasileiro e conduzidos em tribunais domésticos internacionais – algo já mencionado –, compreender e identificar as deficiências das instituições brasileiras e suas bases teórico-jurídicas é parte fundamental para aprimorar os mecanismos institucionais de prevenção e reparação de danos ambientais no Brasil, especialmente considerando a recorrência de desastres semelhantes e suas graves consequências socioambientais.

2. O caso Mariana, colonialismo mental e suas manifestações

No dia 5 de novembro de 2015, às 16 horas, no distrito de Bento Rodrigues, Município de Mariana - MG, ocorreu o rompimento da barragem de rejeitos de Fundão, gerenciada pela Samarco Mineração S.A., *joint venture* entre a empresa brasileira Vale S.A. e a companhia anglo-australiana BHP Billiton, considerado o maior desastre ambiental da história do Brasil (AMBIOS, 2019, p. 47).

Em Laudo Técnico Preliminar, o desastre foi classificado pelo IBAMA¹⁸⁹ (BRASIL, 2015b, p. 2-3) como de Nível IV, “*desastre de muito grande porte*”, haja vista que a barragem, que tinha capacidade de 50 milhões de m³ de rejeitos de

¹⁸⁹ Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima.

mineração de ferro, lançou ao meio ambiente, de forma imediata, 34 milhões de m³ e outros 16 milhões de m³ para jusante, em direção ao mar, cruzando os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo. Em 2017, novas análises identificaram a chegada da pluma de rejeitos composta por sedimentos liberados na Foz do Rio Doce no Parque Nacional de Abrolhos, no Estado da Bahia (*Idem*, 2017, p. 4).

Diante de um desastre ambiental de proporções, até então, inimagináveis no cenário nacional, uma série de conflitos surgem como frutos de suas consequências. Dentre eles, aparecem ações individuais cíveis, criminais ou administrativas nas comarcas dos Tribunais Estaduais de Minas Gerais, Espírito Santo e Bahia ou nos Tribunais Regionais Federais da 1^a, 2^a e 6^a regiões¹⁹⁰, Ações Cíveis Públicas promovidas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e pelo Ministério Público Federal, e até mesmo um conjunto amplo e disperso de meios indenizatórios, que compreende o Programa de Indenização Mediada (PIM), a Fase de Negociação Extrajudicial (FNE)¹⁹¹ e o Sistema Simplificado para Indenização “Novel”¹⁹².

A administração pública e o próprio Poder Judiciário, diante de um cenário, até então, nunca presenciado, contou com inúmeras falhas, inconsistências e omissões na tentativa de solucionar as demandas de milhares de atingidos, localizados em, pelo menos, dois Estados da Federação. Como exemplo, houveram algumas tentativas de contenção de danos, após anos e milhares de processos já sentenciados. Dentre tais medidas, destacam-se: 1) o Conflito de Competência nº 144.922/MG, perante o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), que teve como objetivo solucionar conflitos entre as 2^a e 7^a Vara Federal de Governador Valadares e a 12^a Vara Federal de Belo Horizonte a qual, por decisão, mantém-se responsável por solucionar medidas urgentes, ainda que não seja a geograficamente adequada; 2) a Petição nº 13.157/DF, perante o Supremo

¹⁹⁰ Nota-se que o Tribunal Regional Federal da 6^a Região (TRF 6), com jurisdição sobre o Estado de Minas Gerais, à época do rompimento da barragem do Fundão, não existia. Parte considerável dos processos constam no acervo original do Tribunal Regional Federal da 1^a Região (TRF 1).

¹⁹¹ Surge através da Ação Civil Pública nº 0400.15.004335-6, tramitada na 2^a Vara Cível de Mariana, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

¹⁹² Homologado através do Juízo da 4^a Vara Federal Cível e Agrária da Subseção Judiciária de Belo Horizonte.

Tribunal Federal (STF), que assumiu, unilateralmente, a competência para o julgamento e homologação do processo de repactuação.

Apesar deste conjunto amplo de medidas, da assinatura do Termo de Transação de Ajustamento de Conduta (TTAC), das pressões das elites econômicas pela aprovação do projeto de repactuação, de mudanças legislativas consideráveis – em especial no que se refere à segurança de barragens de mineração, após o Rompimento da Barragem do Córrego do Feijão, em Brumadinho –, parte considerável das demandas diretas de grupos atingidos não foram solucionadas ou sequer ouvidas (ESTRELA; TOLEDO; CAVALCANTE, 2023). Como exemplo, às vésperas de completar 9 anos sem suas casas, 58 moradores do subdistrito de Bento Rodrigues, primeiro local atingido pelo crime, já haviam falecido poder retornar aos seus lares (RODRIGUES, 2023).

Diante das omissões e da tremenda violência institucional, psicológica e física sofrida pelos atingidos, somadas às insatisfações das soluções apresentadas em território nacional, em 2018, 201,897 indivíduos atingidos, 517 micro ou pequenas empresas, 13 grandes empresas, 25 municípios – cujas seções administrativas cobrem 96% da área geográfica de onde vivem os atingidos –, 15 igrejas e 5 autarquias de serviço público, ingressaram com um processo litigioso contra algumas empresas do grupo multinacional BHP, vide a BHP Group Plc, empresa registrada no Reino Unido, e a BHP Group Limited, empresa australiana (REINO UNIDO, 2020, p. 6-7).

Superando o marco da decisão da Suprema Corte em *Vedanta v. Lungowe*, é considerada a maior ação coletiva ambiental do mundo, sendo ajuizada na High Court of Justice contando atualmente com a participação de, aproximadamente, 620 mil atingidos no polo ativo, o que inclui pessoas físicas e jurídicas – de pequeno e grande porte –, instituições religiosas, comunidades indígenas e quilombolas, autarquias e municípios, os quais foram afetados de forma direta ou indireta pelo desastre socioambiental (ALTINO, 2024).

Inicialmente, o processo teve análise negada pela Corte Inglesa, sob égide de três princípios gerais: a “ingerenciabilidade” do caso; fatores de *forum non conveniens* e o estabelecimento de *abuso de processo* (REINO UNIDO, 2020, p. 75-

76). Porém, contrariando a decisão de primeiro grau, a *Court of Appeal* (EWCA) acata a jurisdição extraterritorial do caso, fundamentando-se especialmente no, já citado, caso *Vedanta v. Lungowe* (*Idem.*, 2022, p. 97-101).

Não obstante, recentemente, alguns elementos cruciais ingressaram na construção fático-jurídica do caso. Primeiramente, em 2 de dezembro de 2022, a Vale S.A., a pedido do grupo BHP Billington, foi incluída no polo passivo da ação, na tentativa, por parte da empresa anglo-australiana, de dividir eventuais indenizações (DURAO, 2023). Porém, em 19 de março de 2024, as empresas subsidiárias *Vale Holdings B.V.* e *Samarco Iron Ore Europe B.V.* foram incluídas no polo passivo de um processo na Corte Holandesa em nome de mais de 78 mil requerentes, também atingidos pelo Rompimento da Barragem de Fundão (COUTINHO, 2024).

Na tentativa de encontrarem uma solução, em 12 de julho de 2024, a Vale S.A. e as empresas BHP Billiton Brasil Ltda., BHP Group (UK) LTD e BHP Group LTD, anunciaram que celebraram um acordo sobre os processos nas Cortes Inglesa e Holandesa, segundo o qual a Vale, a respeito das reivindicações em cortes britânicas, será retirada da ação e, caso seja configurada qualquer responsabilidade à BHP, essa responsabilidade seria dividida igualmente entre ambos os conjuntos empresariais multinacionais (VALE, 2024, p. 1).

Estas novas abordagens na judicialização dos desastres socioambientais em território brasileiro, especialmente aquelas que envolvem a busca por responsabilização em cortes estrangeiras, têm sido recebidas com um misto de expectativas e críticas. Tais estratégias representam uma tentativa inovadora de superar as limitações do sistema jurídico brasileiro e de garantir justiça para as vítimas de grandes desastres ambientais. No entanto, essas abordagens não são isentas de controvérsias.

Entre os pontos de crítica destacados que serão melhor desenvolvidos em sequência, está a invocação do princípio do *forum non conveniens*, através do qual os tribunais estrangeiros recusam jurisdição em casos onde consideram que outra jurisdição seria mais adequada para o julgamento da causa; as questões de

soberania e competência jurisdicional, inclusive no que diz respeito à convocação de municípios ao pólo passivo nos processos em cortes internacionais.

2.2. A importação e aplicação acrítica de modelos jurídicos estrangeiros

2.2.1. O conceito de *Rough Justice*

Um dos conceitos mais aplicados durante o processo do caso de Mariana, foi o chamado *Rough Justice*, ou “realidade possível”, em tradução livre. O conceito de *Rough Justice* implica em uma abordagem que prioriza a eficiência e a resolução rápida de litígios, muitas vezes por meio de acordos ou decisões sumárias que buscam fornecer uma solução satisfatória em um curto prazo, mas que podem não considerar plenamente todas as nuances do caso. A abordagem é percebida por muitos como imprecisa ou inadequada, especialmente em contextos complexos como do caso da indenização das vítimas do rompimento da barragem de Mariana. No caso em questão, o mecanismo foi utilizado através de um sistema de indenização simplificado, chamado “Novel”, implementado em 2021 como dispositivo extrajudicial, conforme pode ser lido na própria sentença da Justiça Federal (BRASIL, 2020, p. 36):

A ideia do “*rough justice*” é se valer de um processo simplificado para lidar, de forma pragmática, com questões indenizatórias de massa, em que se revela praticamente impossível exigir que cada uma das vítimas apresente em juízo a comprovação material (e individual) dos seus danos.

A partir do “*rough justice*”, implementam-se simplificações necessárias, de acordo com cada categoria atingida, para possibilitar uma indenização comum e definitiva a partir dos critérios estabelecidos, ao invés de uma indenização individual, personalíssima, com base em robusta prova documental exigida pela lei processual.

A criação da modalidade se deu em decorrência da dificuldade da comprovação dos danos por parte das vítimas, de maneira que, a simplificação do procedimento a partir da categorização e padronização das vítimas por categorias possibilitaria a atuação da justiça (ZUCARELLI, 2024, p.15). Dessa

forma, não sendo possível a mensuração dos danos de maneira individual, foi acatada a proposta de tabelamento dos danos sofridos a partir de categorias com valores indenizatórios pré-determinados em prol da celeridade processual.

Uma vez que essas indenizações, na vasta maioria dos casos, não compreenderam a integralidade, diversidade e extensão dos danos sofridos pelos atingidos, tal método demonstrou-se incapaz de fornecer uma reparação adequada para danos ambientais dessa magnitude (REZENDE *et. al.*, 2024, p.13). Ao focar na resolução imediata, a abordagem falha em garantir a reparação integral do dano, basilar ao direito ambiental brasileiro, o que reforça a viabilidade das ações transnacionais. O equilíbrio entre a necessidade de uma resposta rápida e a garantia de uma justiça completa e equitativa é essencial para assegurar que os direitos das vítimas sejam plenamente respeitados.

2.2.2. Princípio do *forum non conveniens*

Utilizando a definição de Brand e Jablonski (2007, p. 1) “*Forum non conveniens* é uma doutrina aplicada em sistemas judiciais de *common law* que permite que o tribunal encarregado de um caso tenha o poder discricionário de recusar o exercício da jurisdição porque os interesses da justiça são mais bem atendidos se o julgamento ocorrer em outro tribunal”.

A razão de existir desse aspecto doutrinário se dá pela garantia do *acesso à justiça*, conceito já definido e trabalhado anteriormente. No caso, a sua garantia é feita através de uma limitação à eleição de foro, mitigando ou impossibilitando que a defesa tenha de lidar excessivos ônus materiais ou processuais. Assim, como indicam Godinho e Silva (2009, p. 210), “a doutrina do *forum non conveniens* encontra vasta aplicabilidade contra as cláusulas de eleição de foro (*forum shopping*), das quais decorrem diversas estratégias de impedimento à realização da Justiça”.

Esta doutrina se entrelaça com o objeto da presente pesquisa ao também servir, em diversas decisões, como fundamento jurisprudencial central para negar a jurisdição extraterritorial de litígios climáticos envolvendo empresas multinacionais. Recentemente, porém, um caso foi emblemático. No conflito

Município de Mariana & Others v. BHP Group, também já tratado anteriormente, em sede de apelação na divisão cível da *Court of Appeal*, a decisão de primeira instância, apresentada pela *High Court of Justice*, havia negado o pedido inicial e utilizado como um de seus princípios norteadores o *forum non conveniens*, foi completamente reformulada.

2.3. Questões de Soberania e Competência Jurisdicional

As críticas relacionadas a questões de soberania e competência jurisdicional emergem de forma proeminente nos casos de judicialização de desastres socioambientais, especialmente quando se busca responsabilizar empresas multinacionais em cortes estrangeiras. Sobre a tutela de direitos relacionados a litígios transfronteiriços, escreve Moschen *et al.* (2016, p.8):

A mudança de paradigma no processo civil internacional da soberania à tutela dos direitos como fim perquirido faz-se ainda mais necessária diante dos litígios transfronteiriços, em razão da sua peculiaridade de ocorrerem simultaneamente em diferentes jurisdições, não sendo mais suficiente a análise, em tais casos, do problema com a visão estrita da soberania, sob pena de prejuízo à tutela dos direitos efetiva, tempestiva e adequada, eis que escolher uma jurisdição para o caso não solucionará a parte do litígio que diga respeito ao ordenamento jurídico preterido na definição da jurisdição.

Embora as ações sejam inovadoras no sentido de garantir a responsabilização de empresas que atuam fora de seus territórios, a impugnação dessas ações fora do Brasil suscitam preocupações sobre a interferência na soberania do Brasil e na competência de suas instituições judiciais. Um exemplo marcante dessas críticas pode ser visto no caso do rompimento da Barragem do Fundão em Mariana, onde um escritório internacional levou municípios brasileiros, representados por seus prefeitos e procuradores (FARIA, 2023) a aderirem a ações judiciais no Reino Unido, visando responsabilizar as empresas controladoras da Samarco, como a BHP Billiton.

O Município, à luz da Constituição Brasileira, apesar de ter autonomia político-administrativa, é unidade territorial componente do pacto federativo¹⁹³ e ao recorrerem às cortes estrangeiras, isso pode ser interpretado como falta de confiança na eficácia do sistema judiciário nacional.

No caso específico de Mariana, o fato da ação ter sido levada para a corte inglesa poderia influenciar um precedente onde desastres ambientais ocorridos naqueles países chamados do Sul Global, com limitações na aplicação de sanções em seus sistemas jurídicos, passem a ser julgados exclusivamente em países desenvolvidos, o que poderia ser lido como uma nova forma de colonialismo (ROCHA, 2023, p.6) através do viés jurídico. Dessa maneira, embora a responsabilização de conglomerados internacionais em cortes estrangeiras funcione como uma alternativa de judicialização, é essencial que essas novas abordagens considerem a competência das jurisdições locais e consequentemente a soberania do território.

3. Considerações finais

Em conclusão, a análise da responsabilização de empresas multinacionais em cortes nacionais estrangeiras por danos causados no Brasil reflete uma novidade nos métodos de busca por reparação dos danos socioambientais. As novas possibilidades a partir da judicialização extraterritorial se mostraram uma medida válida para responsabilizar corporações multinacionais que operam além das fronteiras de seus países sede. Os casos como os desastres ocorridos em três diferentes regiões do Brasil demonstram a necessidade e o potencial dessas abordagens, especialmente diante da complexidade jurídica e das limitações enfrentadas pelo sistema judicial brasileiro na aplicação de sanções eficazes.

No entanto, essa evolução jurídica também levanta questões cruciais sobre a viabilidade e as implicações dessas novas abordagens. O princípio do *forum non conveniens* exemplifica uma barreira significativa, pois permite que tribunais

¹⁹³ Constituição Federal. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e **Municípios** e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...).

estrangeiros se recusem a julgar casos que considerem mais adequados para outra jurisdição, potencialmente frustrando os esforços de vítimas e advogados que buscam justiça em países com normas mais rigorosas. Além disso, a questão da soberania surge como um ponto de tensão, uma vez que a intervenção de tribunais estrangeiros em casos de danos ambientais ocorridos em território brasileiro pode ser vista como uma intrusão na autonomia nacional e na competência das instituições judiciais brasileiras.

Ao mesmo tempo, são observadas diversas limitações institucionais no sistema brasileiro, mas que, até o momento, não foram reduzidas por abordagens que utilizam do conceito de *Rough Justice*. Ademais, seu uso no caso *Município de Mariana & Others v. BHP Group*, com a justificativa de celeridade processual, condicionando a capacidade do Estado de implementar medidas reparatórias e preventivas à disponibilidade de recursos. Por fim, a assimetria de poder no acesso à justiça persiste como um desafio, já que as comunidades afetadas, muitas vezes vulneráveis e com recursos limitados, enfrentam enormes dificuldades ao litigar contra gigantes multinacionais, e mesmo as instituições públicas enfrentam limites em seus orçamentos, o que é contornado pelos escritórios internacionais que se utilizam de fundos de financiamento que possibilitam os recursos necessários para o levantamento individualizado dos danos e um orçamento robusto para financiar a litigância contra as grandes corporações.

Portanto, ao considerar essas novas abordagens na judicialização dos desastres socioambientais, é essencial que haja um equilíbrio entre a busca por justiça em cortes estrangeiras e a valorização das instituições brasileiras de defesa de direitos difusos e coletivos e do ordenamento nacional. O reconhecimento dos desafios trazidos por essas novas abordagens deve guiar futuras reformas legais e institucionais, para garantir que as vítimas de desastres tenham acesso a uma justiça efetiva e que as empresas responsáveis pelas infrações sejam devidamente responsabilizadas e sancionadas.

Referências

- AGRASSAR, H.; DOS SANTOS DIAS, D. M.; VERBICARO SOARES, D. Dano Ambiental na Cidade Líquida: Um Estudo de Caso da Braskem em Maceió. **Revista de Direito da Cidade**, [S. l.], v. 15, n. 4, p. 2211-2233, 2024. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/rdc/article/view/79682>>. Acesso em: 27 ago. 2024.
- ALTINO, L. Como a Justiça inglesa vai julgar as empresas acusadas pela tragédia de Mariana: Vale consegue estender duração do julgamento; pedido de R\$ 230 bilhões de indenização é o maior da história. **O Globo**, Rio de Janeiro, 31 jan. 2024. Brasil. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2024/01/31/como-a-justica-inglesa-vai-julgar-as-empresas-acusadas-pela-tragedia-de-mariana.ghhtml>>. Acesso em: 27 ago. 2024.
- AMBIOS ENGENHARIAS E PROCESSOS (Brasil, São Paulo-SP). Relatório Final, 17 abr. 2019. **Estudo de Avaliação do Risco à Saúde Humana em Localidades Atingidas pelo Rompimento da Barragem do Fundão – MG**, São Paulo, p. 1-369, 17 abr. 2024. Disponível em: <<https://apublica.org/wp-content/uploads/2019/11/ambios-arsh-mariana-e-barra-linga-final-20190417.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2024.
- BOUWER, K. Substantial Justice?: Transnational Torts as Climate Litigation. **Carbon & Climate Law Review**, [S. l.], v. 15, n. 2, p. 188-203, 2021. DOI: 10.21552/cclr/2021/2/9. Disponível em: <<https://cclr.lexxion.eu/article/cclr/2021/2/9>>. Acesso em 19 ago. 2024.
- BRAND, R. A.; JABLONSKI, S. R. **Forum non conveniens: history, global practice, and future under the Hague convention on choice of court agreements**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.
- BRASIL. Lei nº 5.869, 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 19 ago. 2024.

- BRASIL. Lei nº 13.105, 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 ago. 2024.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). **Laudo Técnico Preliminar, nov. 2015**. Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. [S. l.], nov. 2015b. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2024.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. **Nota Técnica nº 23/2017/TAMAR-Vitoria-ES/DIBIO/ICMBio**, 25 set. 2017. Monitoramento da Pluma de Sedimentos Proveniente da Barragem de Fundão. Vitória-ES, 25 set. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/icmbio/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/documentos/documentos-rio-doce-espirito-santo/nota_tecnica_23_2017_Tamar_ICMBio_monitoramento_pluma.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2024.
- BRASIL. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**, 07 de julho de 1989. Brasília, 1989. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em: 19 ago. 2024.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (12ª Vara Federal Cível e Agrária da Seção Judiciária de Minas Gerais). **PJE nº 1017298-68.2020.4.01.3800**. Sentença referente à matriz de danos dos atingidos de Naque/MG. Autor: Comissão de Atingidos de Naque/MG. Réus: Fundação Renova; Vale; BHP. Juiz: Mário de Paula Franco Júnior, 9 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/decisao-indenizacao-mariana1.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região (Subseção Judiciária de Ponte Nova - MG). **PJE nº 0002725-15.2016.4.01.3822**. Autor: Ministério Público Federal (Procuradoria). Réus: Samarco Mineração S/A; Vale S/A; BHP Billiton Brasil Ltda.; (outros). Juíza: Patrícia Alencar Teixeira de Carvalho, 22 out. 2016.

COUTINHO, M. Vale faces a lawsuit in the Netherlands over the Mariana tragedy; the company's subsidiaries are seized; 77,000 people who have not yet received compensation have appealed the lawsuit filed in the European country. **Brasil de Fato**, Minas Gerais, 20 mar. 2024. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2024/03/20/vale-faces-a-lawsuit-in-the-netherlands-over-the-mariana-tragedy-the-company-s-subsidiaries-are-seized>>. Acesso em 21 ago. 2024.

DURAO, M. Impasse financeiro adia negociação com Vale-BHP sobre Mariana; Há oito anos, a barragem de rejeitos de Fundão, na mina da Samarco, se rompeu, matando até 19 pessoas e contaminando as águas do Rio Doce em Minas Gerais e Espírito Santo. **Bloomberg**, 7 dez. 2023. Business. Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-12-07/impasse-financeiro-adia-negociacao-com-vale-bhp-sobre-mariana>>. Acesso em 21 ago. 2024.

ESTRELA, G.; TOLEDO, M.; CAVALCANTE, I. Vítimas de Mariana lutam por justiça há 8 anos: “Não são 8 dias”; Testemunhos de vítimas do rompimento da barragem em Mariana revelam a atual situação nas áreas atingidas e o pouco que mudou desde 2015. **Metrópoles**, 5 nov. 2023. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/vitimas-de-mariana-lutam-por-justica-ha-8-anos-nao-sao-8-dias>>. Acesso em: 27 ago. 2024.

FARIA, J. E. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. **Estudos Avançados**, São Paulo, Brasil, v. 11, n. 30, p. 43-53, 1997. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8994>>. Acesso em: 19 ago. 2024.

- FARIA, P. Ação sobre rompimento de barragem em Mariana tem novo capítulo em Londres. **Estado de Minas**. 12 jul. 2023. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2023/07/12/interna_gerais,1519098/acao-sobre-rompimento-de-barragem-em-mariana-tem-novo-capitulo-em-londres.shtml> Acesso em: 18 ago. 2024.
- GODINHO, T. J. Z. A possibilidade da inserção da doutrina do forum non conveniens no escopo da Convenção de Nova York sobre reconhecimento e sentenças arbitrais estrangeiras: estudo do caso norte-americano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 55, p. 209-236, jul./dez. 2009.
- INGIZZA, C. Escritório que defende vítimas de Mariana capta US\$ 552,5 milhões para litigar. 02 de outubro de 2023. **JOTA**. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/escritorio-que-defende-vitimas-de-mariana-capta-us-5525-milhoes-para-litigar-02102023>>. Acesso em: 15 de agosto de 2024.
- JÄGERS, N.; JESSE, K.; VERSCHUUREN, J. The Future of Corporate Liability for Extraterritorial Human Rights Abuses: The Dutch Case against Shell. **American Journal of International Law**, [S. l.], v. 4, n. 197, p. 36-41, 2013.
- MANSUR, R. Mariana: defesa de atingidos afirma na Justiça inglesa que BHP sabia de riscos da barragem; Advogados das vítimas apresentaram um e-mail que teria sido enviado por um ex-executivo da empresa sobre os problemas da estrutura. Julgamento em Londres está marcado para outubro. **G1**, Minas Gerais, 18 abr. 2024. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2024/04/18/mariana-defesa-de-atingidos-afirma-na-justica-inglesa-que-bhp-sabia-de-riscos-da-barragem.ghtml>>. Acesso em 27 ago. 2024.
- MILAGRES, L. Tragédia de Mariana: Justiça da Inglaterra retoma julgamento da BHP Billiton; veja cronograma: Comunidades, municípios, igrejas e empresas reivindicam mais de R\$ 260 bilhões em indenizações da mineradora anglo-australiana, uma das controladoras da Samarco,

responsável pelo rompimento. **G1**, Belo Horizonte, 14 jan. 2025. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2025/01/14/tragedia-de-mariana-justica-da-inglaterra-retoma-julgamento-da-bhp-billiton-veja-cronograma.ghtml>>. Acesso em: 15 jan. 2025.

MOSCHEN, V. R. B.; ZANETI, G. A. Processo Internacional Transfronteiriço: os Litígios que não Respeitam Fronteiras–da Soberania à Tutela dos Direitos. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, v. 2, n. 1, p. 1-15, 2016.

NAVARRO, G. C. B. Homologação de sentença estrangeira condenatória por danos ambientais no Brasil: análise do caso Chevron – SEC nº 8542, Superior Tribunal de Justiça. **Homa Publica - Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas**, Juiz de Fora, Brasil, v. 3, n. 1, p. e:045, 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30578>>. Acesso em: 20 ago. 2024.

OLSEN, A. C. L.; PAMPLONA, D. A. Violações a direitos humanos por empresas transnacionais na América Latina: perspectivas de responsabilização. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, [S. l.], v. 7, n. 13, p. 129-151, 2019. DOI: 10.21527/2317-5389.2019.13.129-151. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/8496>>. Acesso em: 20 ago. 2024.

PARANAIBA, G. Sirenes são raridade em cidades próximas a barragens de mineradoras em Minas Gerais: Uso de sirenes em empreendimentos como o da Samarco em Mariana, que poderia evitar mortes em caso de desastre, é exceção, embora considerada indispensável. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 19 nov. 2015. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/11/19/interna_gerais,709526/sirenes-sao-raridade-em-cidades-proximas-a-barragens-de-mineradoras-em.shtml>. Acesso em: 15 dez. 2024.

PEREIRA, V. M.; CARNEIRO, C. S. As Limitações do Direito Internacional Privado na Responsabilização de Empresas Transnacionais: o caso da

Chevron-Texaco no Equador. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 18, n. 48, 2023. DOI: 10.30899/dfj.v18i48.1149. Disponível em: <<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/1149>>. Acesso em: 21 ago. 2024.

REINO UNIDO. Court of Appeal, EWCA (Civil Division). **Apelação n. 1528**. Apelantes: Vedanta Resources PLC e Outro. Recorridos: Lungowe e Outros. Juiz: Lord Justice Simon, 13 out. 2017.

REINO UNIDO. Court of Appeal, EWCA (Civil Division). **Apelação n. 951**. Apelantes: Município de Mariana e Outros. Recorridos: BHP Group (UK) LTD e Outros. Juízes: Lord Justice Underhill; Lord Justice Popplewell; Lady Justice Carr., 8 jul. 2022.

REINO UNIDO. High Court of Justice, EWHC (Business and Property Courts in Liverpool) (Technology and Construction Court). **Caso n. 2930 (TCC)**. Autores: Município de Mariana e Outros. Réus: BHP Group (UK) LTD e Outros. Juiz: Mr Justice Turner, 2020.

REINO UNIDO. High Court of Justice, EWHC (Queen's Bench Division) (Technology and Construction Court). **Caso n. 975 (TCC)**. Autores: Dominic Liswaniso Lungowe e outros. Réus: Vedanta Resources PLC e Konkola Copper Mines PLC. Juiz: The Hon Mr Justice Coulson, 27 mai. 2016. Disponível em: <<https://elaw.org/wp-content/uploads/archive/vendanta.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2024.

REINO UNIDO. Supreme Court of the United Kingdom, UKSC. **Apelação n. 20**. Apelantes: Vedanta Resources PLC e Outro. Recorridos: Lungowe e Outros. Juiz: Lord Briggs, 10 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2024.

REZENDE, E. N.; ALMEIDA SANTOS, H. Rough Justice como método de responsabilização civil em grandes desastres: uma análise do caso Samarco. **Juris Poiesis**, v. 26, n. 40, 2023.



ROCHA, A. S. Direito ambiental do colonizador: crise e racionalidade anti-crise.

Teorias do Direito e Realismo Jurídico, v. 9, n. 1, 2023.

SADEK, M. T. A. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, n. 101, p. 55-66, 2014.

SCABIN, F. S. CRUZ, J. C. C. HOJAIJ, T. B. Processos de auditoria em direitos humanos e mecanismos de participação: lições e desafios advindos do licenciamento ambiental. **Aracê - Direitos Humanos em Revista**. São Paulo, Brasil, v. 2, n. 3, p. 162-179, set. 2015. Disponível em: <<https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/58/42>>. Acesso em: 20 ago. 2024.

UNGER, R. M. **Depois do colonialismo mental**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

UNGER, R. M. **O Direito na Sociedade Moderna**: contribuição à crítica da teoria social. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

VALE. **Comunicado ao Mercado: Vale e BHP firmam acordo sobre reclamações no Reino Unido e Holanda**, 12 jul. 2024.

ZUCARELLI, M. C. “Sete anos de atraso na vida!”: sobre as tecnologias sociais de gestão da crise e da crítica no desastre da Samarco. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, [S. l.], v. 26, n. 1, 2024. DOI: 10.22296/2317-1529.rbeur.202423. Disponível em: <<https://rbeur.emnuvens.com.br/rbeur/article/view/7417>>. Acesso em: 21 ago. 2024.

25. Imaginando um direito global multiescalar: crise ambiental e teoria social do direito

*Lucas Fucci Amato*¹⁹⁴

Este capítulo sustenta a tese de que o perfil característico dos problemas ambientais na sociedade mundial atual demanda uma superação dos conceitos de direito sustentados historicamente no Ocidente, com a consequente formulação, inicial e experimental, de um novo conceito de direito, construído a partir de um diálogo entre a teoria do direito e a teoria social contemporânea.

A argumentação se desenvolverá em três momentos. Primeiramente, será apresentado um perfil básico da crise ambiental contemporânea e das estruturas normativas do direito ambiental – na medida necessária para ilustrar, com o exemplo desse ramo doutrinário, problemas mais amplos da teoria geral do direito, que é o foco do texto.

Em segundo lugar, serão apresentados dois conceitos de direito que tipificam boa parte da reflexão jurídica ocidental. Ambos os conceitos partem da caracterização sugerida por Unger (2017 [2010]) no texto “A história universal do pensamento jurídico”. O conceito de direito como ordem moral imanente, sugere-se, é insuficiente para lidar com a crise ambiental contemporânea, pois (1) se prende a uma sociedade estratificada e relativamente descentralizada, (2) exige um pressuposto de reiteração e reafirmação tradicional de hierarquias perenes de valor e (3) sustenta uma visão antropocêntrica do mundo. Já o conceito de direito como vontade do soberano ou da autoridade obstaculiza o encaminhamento dos problemas ambientais contemporâneos por apresentar uma conceitualidade calcada (1) na estatalidade do direito, (2) na certeza formal

¹⁹⁴ Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard. Livre-docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD.

das regras jurídicas e (3) no individualismo das posições subjetivas – direitos, deveres e responsabilidades.

O terceiro e último passo da argumentação, portanto, é sugerir uma alternativa conceitual: o conceito de direito como subsistema da sociedade mundial (1), subsistema este que apresenta uma estrutura interna multinível e multiescalar (várias ordens normativo-jurídicas de diferentes escalas) (2), cujas normas apresentam crescente conteúdo técnico-científico, finalístico e indutor de comportamentos.

1. A crise ambiental contemporânea e a estrutura normativa do direito ambiental

A crise ambiental contemporânea apresenta-se no contexto histórico de uma sociedade cujas comunicações têm crescentemente escopo mundial, com a autorreferência global de operações econômicas, científicas, políticas, jurídicas etc. Ao mesmo tempo, esta sociedade “irrita-se” cada vez mais em vista de seus limites físicos naturais, apresentando o meio ambiente em termos de uma “comunicação ecológica” (Luhmann, 1989 [1986]) que alerta a sociedade e seus subsistemas sobre riscos e inseguranças advindos de um paradigma de produção industrial e de consumo de massa que exaure a capacidade de regeneração dos ecossistemas naturais. Vários problemas ambientais acumulam-se na conjunção insustentável que caracteriza a atual crise: poluição do ar, aquecimento global, destruição de biomas, contaminação de rios, aquíferos e outros corpos aquáticos, desmatamento massivo...

1.1. Caracterização da crise ambiental contemporânea

Poderíamos caracterizar o perfil típico desses problemas ambientais a partir de um tripé. O primeiro elemento comum é o caráter tipicamente transfronteiriço dos problemas ambientais. Vivenciamos o reflexo de um problema ambiental envolvendo tráfico e consumo de animais silvestres, por exemplo, na pandemia da Covid-19, que revelou a interligação planetária de uma crise sanitária que provavelmente se originou de problemas ambientais

envolvendo o consumo de animais no oriente. A Amazônia é outro exemplo da transterritorialidade dos fenômenos ambientais: além de se estender por vários países da América do Sul, essa floresta tropical regula o regime de chuvas em todo o continente e no planeta. Não por acaso, a transterritorialidade dos problemas e soluções ambientais exige crescente cooperação internacional, pressionando os limites do direito estatal-nacional, fundado no tripé soberania-território-povo.

Um segundo elemento comum aos problemas ambientais contemporâneos é a incerteza radical que os envolve. Em vez de riscos – que Luhmann (1993 [1991]) caracteriza como incertezas decodificáveis, mensuráveis e gerenciáveis pelos sistemas sociais –, há cada vez mais insegurança, isto é, incerteza radical, de difícil mensuração e controle por organizações e sistemas funcionais. É o caso de grandes catástrofes naturais. Daí que o direito ambiental faça uso da responsabilidade objetiva, fundada no risco, e adote dois princípios basilares: o princípio da prevenção exige responsabilizar quem deixou de evitar dano certo ou altamente provável, o que poderíamos associar ao conceito de risco; o princípio da precaução exige que se adotem as tecnologias mais avançadas para evitar eventos sobre os quais há alta incerteza científica – portanto, insegurança. Daí a máxima *in dubio pro* meio ambiente.

Finalmente, um terceiro elemento comum aos problemas ambientais contemporâneos é o fato de envolverem externalidades negativas, ou seja, danos e custos ambientais gerados, mas não suportados por seus causadores – em geral, os produtores de bens e serviços. O direito ambiental, em resposta, volta-se a internalizar externalidades, impondo custos aos poluidores, seguindo o princípio do poluidor-pagador.

1.2. A estrutura normativa do direito ambiental

Um olhar breve sobre a dogmática jurídico-ambiental ajuda a iluminar alguns desafios para a teoria do direito. Vejamos tal estrutura normativa e sua dogmática em relação a três escalas de ordens jurídicas: o direito nacional, o direito internacional e o direito transnacional.

No que diz respeito ao direito nacional, foi a Lei 6.938/1981 que, ao instituir o Programa Nacional do Meio Ambiente, deu definição jurídica precisa ao conceito de “meio ambiente” em seu artigo 3º, inciso I: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. A Constituição de 1988 definiu, em seu artigo 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial à qualidade de vida, impondo à coletividade e ao poder público o dever de defendê-lo e preservá-lo. Ainda, a Constituição incluiu a defesa do meio ambiente entre os princípios da ordem econômica (artigo 170, inciso VI), e tipificou as competências relativas ao meio ambiente. Este é objeto de competência comum entre União, Estados e Municípios, quanto à execução de políticas ambientais (artigo 23, inciso VI), e de competência legislativa concorrente (artigo 24, inciso VIII).

Já no plano da ordem jurídica internacional, cabe destaque à criação, em 1988, pelo PNUMA, Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas. A ECO-92, Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, lançou a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, internalizada no Brasil por decreto de 1998. Esta Convenção-Quadro instituiu as Conferências das Partes, e foi na terceira COP (Conferência das Partes) que se lançou o Protocolo de Quioto sobre gases-estufa, marco normativo na disciplina de compensações ambientais e mecanismos de créditos de carbono.

Além de tratados e convenções vinculantes, o direito internacional contempla ainda importantes instrumentos jurídicos não vinculantes, como a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que instituiu, entre outros, o já referido princípio do poluidor-apagador.

Finalmente, há que se mencionar o direito transnacional, composto por fontes não estatais de direito: manifestos de ONGs transnacionais, como Greenpeace ou WWF, diretrizes elaboradas por *think tanks*, como o Clube de Roma (que se notabilizou na década de 1970 por seu relatório sobre os limites do crescimento), padrões de investimento sustentável, como as regras do índice

Dow Jones de sustentabilidade da Bolsa de Valores em Nova Iorque, e mesmo códigos de conduta para fornecedores elaborados por companhias transnacionais, além da normatização técnica ilustrada pela certificação ISO 14000 sobre sistemas de gestão ambiental.

2. Conceitos clássicos de Direito

No plano da filosofia e teoria do direito, os conceitos clássicos parecem insuficientes para descrever e explicar a nova arquitetura jurídica ilustrada pelo direito ambiental. Analisemos duas matrizes teóricas importantes sobre o conceito de direito (Unger, 2017 [2010]).

2.1. O direito como ordem moral imanente: direito natural antigo e moderno

Este conceito tem duas manifestações características. Na Antiguidade Ocidental, entendia-se que o direito natural, os padrões de justiça consolidados nos costumes ou na vontade divina, esse direito natural definiria os limites da vinculatoriedade das decisões das autoridades terrenas, isto é, do direito positivo. Tal concepção implicava uma prática de interpretação do direito problemática, prudencial, analógica e equitativa, de baixa abstração e voltada a casos concretos. Ora, tratava-se de sociedades estratificadas, de complexidade reduzida, que se organizavam de maneira relativamente descentralizada. Um cenário bastante diferente daquele em que se apresentam os problemas ambientais contemporâneos, de grande escala em uma sociedade mundial segmentada em Estados nacionais.

Na Modernidade, a semântica jusnaturalista pretendeu-se mais sistemática, racionalista, individualista e universalista. Tratava-se de definir os princípios mais gerais que haviam de definir um “sistema filosófico externo” como modelo para o direito positivo (ver Losano, 2008 [1968]; 2010 [2002]). Assim é que o conceito de soberania, em um primeiro momento da modernidade definido como poder absoluto e perpétuo, titularizado pelos reis por delegação divina, como formulava Jean Baudin, será destranscendentalizado por Hobbes.

Pelo paradoxo do contrato social, um poder terreno incontestável nasceria do próprio contrato que ele deve garantir. A fundamentação do poder absoluto será buscada na vedação da autotutela e na proteção da vida, promoção da paz civil e prevenção da guerra, como serviço que o soberano presta aos seus súditos (Magalhães, 2016 [2010]). Ainda Hobbes, no *Diálogo entre um filósofo e um estudante das leis comuns da Inglaterra*, cravará que “é a autoridade, não a verdade, que faz o direito”.

Já em uma configuração pós-absolutista, liberal, o contratualismo justificará o direito como vontade de soberano, recaindo em outro paradoxo. Para Locke (*Ensaio sobre a tolerância*), se a lei estatal for contrária ao juízo moral racional do sujeito, ele deve desobedecê-la para seguir a sua consciência. Entretanto, deve também submeter-se à coerção estatal, à pena, pois as crenças privadas não derogam as normas públicas.

2.2. O direito como vontade do soberano: formalismo e positivismo

O direito natural racional e particularmente as teorias contratualistas de justificação do poder centralizado em troca da garantia efetiva de direitos e deveres “naturais” completarão a sua redução ao direito positivo no momento em que, por meio das revoluções liberais, unificações e independências nacionais ao redor do século XIX, as filosofias jusracionalistas passam a ser praticamente positivadas como direito em constituições, declarações de direitos, leis e códigos.

Se o Estado territorial moderno, em sua configuração absolutista inicial, afirmara-se como uma ordem exclusiva ou prevalente de direito, sobrepondo-se ao pluralismo jurídico medieval, à concatenação de ordens jurídicas canônicas, imperiais, régias, feudais, comunais e corporativas, o Estado liberal, em um duplo movimento, tanto reafirma a supremacia do direito estatal quanto, paradoxalmente, usa o direito como meio do poder e de autolimitação do poder. Do ponto de vista teórico, afirmam-se então as concepções formalistas e positivistas de direito.

O formalismo jurídico (ver Amato, 2022) fixa a imagem do direito como um sistema unitário, completo e consistente. A ideia de unidade se afirma com o

conceito de fontes formais do direito: as autoridades cujos atos e decisões são considerados como produtores de normas jurídicas válidas. Após uma disputa, ocorrida, por exemplo, na Alemanha oitocentista, sobre a prevalência da lei ou do costume como fonte do direito por excelência, a legislação se afirmará como fonte formal suprema na hierarquia do direito positivo. Até então, as constituições eram consideradas mais declarações políticas do que instrumentos jurídicos vinculantes, status de que passam a gozar sobretudo ao longo do século XX.

Ainda, o formalismo jurídico trabalha com os postulados de que o direito, sobretudo a lei, contempla soluções regradadas de antemão para todos os casos e apenas uma solução para cada caso. Daí a ficção do “legislador universal”, que teria previsto todas as condutas e as programado como hipóteses de incidência de regras, isto é, de normas *gerais* (voltadas a classes de pessoas) e *abstratas* (dirigidas a tipos de conduta). No processo de concretização do direito, o juiz simplesmente inferiria, por dedução a partir de um silogismo hipotético, partindo da norma legal e dos fatos comprovados, a norma individual e concreta que soluciona o caso e justifica a decisão.

Note-se que as lacunas da lei seriam “aparentes”, podendo ser colmatadas por raciocínio analógico, meio de autointegração do ordenamento, ou por referência a costumes *praeter legem* ou a princípios gerais do direito. A certeza e a previsibilidade formal do direito estariam garantidas, demandando apenas juízos valorativos e finalísticos pontuais. Já a consistência do direito estaria garantida pela ficção do “legislador racional”, tendo como postulados lógicos a prevalência da norma superior, mais específica ou posterior, postulados estes que resolveriam as antinomias “aparentes”.

Ora, se o direito natural apresenta um pressuposto de objetividade moral e se operacionaliza por um raciocínio problemático e de baixa abstração e sistematização, que é incompatível com o grau de complexidade dos problemas ambientais contemporâneos e com sua escala, o formalismo jurídico apresenta um modelo de certeza e previsibilidade formal do direito também incapaz de dar conta da incerteza radical e do caráter disruptivo dos problemas ambientais. A

impossibilidade de se apelar para costumes consolidados nesse setor como meio de integração do ordenamento, a relevância de princípios indeterminados no direito ambiental, em detrimento de uma normatização exaustiva por regras com hipótese de incidência e consequentes normativos bem definidos, e a pluralidade de fontes normativas não redutíveis a um único ordenamento ou exclusivamente a ordens jurídicas nacionais, tornam o formalismo jurídico subcomplexo para a operacionalização do direito ambiental.

Mas o conceito de direito como vontade do soberano contempla, além do formalismo jurídico, o projeto teórico do positivismo jurídico. Aqui, a teoria geral do direito nasce como elaboração da concepção imperativista de John Austin no seu livro *O Campo da Teoria do Direito Determinado*, de 1832. Austin (1995 [1832]) reduz o direito ao Estado ao definir as normas jurídicas como (i) comandos do soberano habitualmente obedecidos pelos súditos, (i) instituidores de deveres (iii) amparados pela ameaça de sanções negativas. É certo que o modelo positivista de Austin foi objeto de reformulação pelo positivismo analítico no século XX.

Em *O Conceito de Direito*, Hart (2007 [1961]) considera que o modelo de direito como ordens baseadas em ameaças não explica, primeiro, a permanência da validade das normas jurídicas para, além da descontinuidade do soberano, a morte do rei ou a mudança de legislatura. Segundo, esse modelo não explica o fato de o direito se impor inclusive às próprias autoridades que o instituem, autorrestrição que caracteriza o *rule of law* ou Estado de Direito. E, terceiro, o modelo nem explica a juridicidade de normas que não instituem deveres amparados por sanção, mas simplesmente conferem poderes públicos ou privados para a criação de normas válidas, as quais seriam nulas (mas a nulidade não é, para Hart, uma sanção) se não constituídas segundo os requisitos legais.

Como alternativa, Hart conceituará o direito positivo como união de regras primárias de conduta e regras secundárias de organização ou melhor, regras positivas sobre a alteração do direito, por exemplo, pelo processo legislativo e regras positivas também de julgamento, isto é, de aplicação do direito para a solução de controvérsias. Ademais, haveria a regra *social* de

reconhecimento, uma convenção das autoridades ou um costume judicial que indica os critérios para identificação das normas jurídicas válidas. O modelo de Hart, embora claramente focalize o direito estatal, serviria, talvez, para a análise de outras ordens jurídicas (Waldron, 2010; Teubner, 2012).

Na medida em que certo conjunto de normas, mesmo à margem do Estado, contemple também regras secundárias de alteração, de julgamento e de reconhecimento, haveria uma autorreferência reflexiva que constituiria esse conjunto normativo como uma ordem jurídica autônoma. Temos aqui, portanto, um ponto de partida para teorizar o pluralismo jurídico que caracteriza a governança ambiental contemporânea. É uma posição vedada por outras vertentes do positivismo, ou melhor, essa posição pluralista é vedada por outra vertente do positivismo, a kelseniana.

Kelsen (2006 [1960]; 2005 [1945]), na *Teoria Pura do Direito* e na *Teoria Geral do Direito e do Estado*, especialmente, distancia-se da tríade do imperativismo, que apresentava a estatalidade, a coatividade e a imperatividade como atributos essenciais do direito (Boiteux, 2017). Kelsen não define as normas jurídicas como comandos ou imperativos, mas sim como juízos hipotéticos. Entretanto, Kelsen considera, no plano da estática jurídica, que toda norma institui uma sanção, diretamente, no caso das normas autônomas, ou por vínculo com outras normas, se forem normas incompletas (caso de normas que instituem nulidade, na medida que se dirigem à anulação de uma norma que institua sanção). Assim, Kelsen de certo modo assimila o exercício de poderes ao cumprimento de deveres. Conduta devida é aquela que evita a sanção imputada por uma norma. Direito subjetivo é o possível reflexo de um dever. Há, entretanto, deveres aos quais não correspondem a outra parte da relação jurídica, direitos subjetivos. É o caso dos deveres militares e ambientais, diz Kelsen (2006 [1960]).

Ora, vemos aqui, no plano da teoria da norma, que o positivismo kelseniano enfrentaria dificuldades para o reconhecimento, por exemplo, de sujeitos de direitos naturais, sujeitos de direitos naturais não humanos. Por outro lado, quanto à sua teoria do ordenamento, ou dinâmica jurídica, Kelsen afirma uma posição monista, que não representaria adequadamente o pluralismo

jurídico do direito ambiental. Kelsen define o direito como ordem social coativa, analisável como uma estrutura escalonada, termo que remete a Adolf Merkl (2018 [1931]), ou como uma cadeia de validação formal (Raz, 1980 [1970]).

Ou seja, Kelsen define o direito como ordem social coativa, analisável como uma estrutura escalonada ou cadeia de validação: uma norma retira seu fundamento de validade da norma superior que defina a autoridade competente e o método (procedimento) devido para a positividade daquela norma. Ao progredirmos na hierarquia do direito positivo, chegamos no topo às normas constitucionais originárias. Acima delas, está apenas um pressuposto lógico, um fato instituidor de normas, uma norma não positiva, que é a “norma fundamental”. Note-se que ao descrever o direito positivo a partir dessas relações formais de validade, Kelsen rompe com a imagem de sistema estático, abraçada inclusive pelo formalismo jurídico, que apresentava cada norma inferior como dedução do conteúdo de uma norma superior mais geral e abstrata.

Entretanto, Kelsen reafirma uma posição monista ao entender que o direito estatal é uma ordem jurídica relativamente centralizada com um domínio material global e, por isso, impõe-se sobre qualquer outra ordem que regule os mesmos temas, no mesmo território do Estado, ao mesmo tempo, para as mesmas pessoas, ou seja, os cidadãos do Estado. Note-se que Kelsen admite apenas uma discussão sobre um monismo nacionalista (que subordina a validade do direito internacional à sua internalização legislativa pelos Estados) ou um monismo internacionalista (que afirmaria a validade dos direitos estatais nacionais apenas nos limites admitidos pelo direito internacional).

3. Em busca de um novo conceito de direito

Considerando os elementos típicos que apontamos para caracterizar os problemas ambientais que se acumulam na crise contemporânea (a transterritorialidade desses problemas, a incerteza radical que os envolve e as externalidades negativas cuja internalização a legislação ambiental visa a promover), foram apresentadas insuficiências nos conceitos estabelecidos de direito. Em resposta, sugere-se a formulação de um conceito emergente de direito

a partir de contribuições da teoria dos sistemas de Luhmann (2004 [1993]; 2014 [1972]).

No primeiro sentido, o direito pode ser conceituado como subsistema da sociedade mundial, que se constitui pela autorreferência global das comunicações. O direito se especializa e se distingue por processar as comunicações da sociedade mundial segundo um código-diferença, atribuindo-lhes o valor de “lícito” ou “ilícito”. Com essa definição sobre o lícito e o ilícito, o direito imuniza a sociedade contra incertezas muito radicais, selecionando por procedimentos aquelas expectativas resistentes à desilusão, duráveis (normas), reforçando-as por sanções, e generalizando-as congruentemente por meio de programas decisórios (ou seja, orientações para as decisões tomadas por organizações).

Caracterizada essa identidade/unidade do direito por seu código e sua função específicos, a estrutura do próprio direito abre-se a uma diversidade de formas de programação decisória (normatização) e a uma variedade de formas de ordens jurídicas, em relações heterárquicas. Podemos, portanto, indicar as possibilidades dessa conceituação do direito, para a teoria da norma e para a teoria do ordenamento jurídico, ilustrando-as por referência ao direito ambiental.

3.1. Uma teoria renovada da norma jurídica

No plano da norma jurídica, três desafios analíticos podem ser apontados. O primeiro é superar a concepção jusracionalista e formalista, sobretudo, da titularidade dos direitos subjetivos como sendo uma titularidade estritamente humana, individual e predefinida. Além da possibilidade de o direito, pela autorreferência de suas normas (fechamento operativo), realizar a heterorreferência aos problemas ambientais (abertura cognitiva), pela atribuição de direitos a entes não humanos (como biomas inteiros), destaca-se a novidade trazida pelo reconhecimento de direitos difusos: aqueles interesses transindividuais e indivisíveis, titularizados por pessoas indeterminadas (Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, parágrafo único). Direitos ambientais não apenas são transindividuais, como também não podem ser

definidos totalmente de antemão, como o formalismo pretendia entender os direitos reais decorrentes da propriedade absoluta ou os direitos obrigacionais decorrentes de promessas plenamente estipuladas. A incerteza exige uma margem para a configuração dos direitos ambientais à luz de eventos adversos e circunstâncias cambiantes.

O segundo elemento que o direito ambiental ilustra no plano da teoria da norma jurídica é a presença dominante de programas decisórios que não são regras condicionais bem delimitadas em sua hipótese e consequente; são, pelo contrário, programas finalísticos (princípios, políticas, standards), com alto conteúdo técnico-científico. A jurisdição, caracterizada pela proibição da denegação de justiça, precisa condicionarizar esses programas finalísticos, ou seja, interpretá-los e argumentar sobre interpretações a fim de construir regras que justifiquem a solução em um caso concreto.

Em terceiro lugar, ainda no plano da norma, o direito ambiental revela a variabilidade de sanções possíveis. Além de obrigar ou proibir condutas, ameaçando consequências desagradáveis, o direito ambiental pode permitir condutas, mas prometer vantagens pelo cumprimento de suas diretrizes (sanções positivas ou premiais, como diz Bobbio, 2007 [1976]). Um conceito sistêmico de direito não apresenta dificuldades em incluir tais sanções positivas entre as possibilidades de programação decisória do sistema jurídico.

3.2. Renovação da teoria do ordenamento jurídico

Nesse aspecto, o conceito de direito como subsistema da sociedade mundial, diferenciado por seu código e função operativos, e não por sua estrutura, permite considerar que o direito se especifica e concretiza em ordens jurídicas de diferentes tipos e “escalas” (Santos, 1987, cuja concepção pluralista é recepcionada na teoria dos sistemas por Teubner, 2003 [1996]). Essas ordens jurídicas podem ter diferentes graus de autonomia e institucionalização, no limite contando com suas próprias normas (regras primárias e secundárias), doutrinas e procedimentos de solução de controvérsias (Teubner, 1993 [1989]).

No plano das ordens jurídicas nacionais, especialmente do direito brasileiro, vimos que o meio ambiente é objeto de competência material comum e de competência legislativa concorrente entre os três níveis da federação. O desafio, portanto, é concretizar o federalismo cooperativo, usando o mapeamento do direito e sua crítica à luz dos ideais proclamados pela própria ordem jurídica como instrumento para a imaginação de arranjos institucionais (Unger, 2004 [1996]) que permitam descentralizar as normas e políticas ambientais (dando margem a políticas e normas mais adequadas à realidade ecológica de cada região) ao mesmo tempo em que se centralizam padrões técnicos comuns, procedimentos de monitoramento e difusão das melhores práticas ambientais (Sabel; Simon, 2011; Amato, 2018)¹⁹⁵.

Na escala do direito internacional, já se pretendeu transportar a narrativa do contrato social para a “sociedade de nações” (Bull, 2002 [1977]; ver Teixeira, 2011) e já se projetou também o ideal kantiano de uma “república cosmopolita”. Ainda no século XVII, a Paz de Vestfália afirmou o conceito de direito internacional como consenso entre Estados soberanos. No pós segunda guerra mundial, com a emergência da ONU, projetou-se a ideia de um governo mundial. Entretanto, ao lado dos tratados e convenções multilaterais, continua havendo um papel importante para vários instrumentos jurídicos.

Unger (2022; 2014, p. 598-600) destaca, além das coalizões regionais (como a União Europeia) e de Estados semelhantes (como a dos BRICS, grandes países emergentes), a possibilidade de coalizões estatais de propósito específico, voltadas à criação de bens públicos globais e ao compartilhamento de experimentos institucionais, e também de “bens de clube”, excluíveis a Estados que não participem do acordo de cooperação. Assim se constrói uma governança global sem um decisor de última instância.

No limite, as organizações internacionais “poderiam ser fragmentadas em múltiplas organizações ou transformadas em conchas ou redes, acomodando times rivais. Cada uma dessas organizações múltiplas ou desses times se

¹⁹⁵ Ver, e.g. Pinsky, Marcovitch e Val (2024), que mapeiam estratégias de governança experimentalista na bioeconomia amazônica.

colocaria a serviço de diferentes agendas e estratégias” (Unger, 2008 [2005], p. 146).

Note-se ainda que as fontes do direito internacional apresentam diferentes graus de impositividade. Acima dos tratados e convenções vinculantes, pode-se cogitar que determinadas regras e princípios ambientais tenham assumido o status de *ius cogens*, normas imperativas de direito internacional geral (como define a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados). Entretanto, importam também mesmo as normas internacionais não vinculantes, como no exemplo já referido do princípio do poluidor-pagador. Essas normas constituem *soft law* (Abbott; Snidal, 2000), normas cuja impositividade é reduzida por algum grau de flexibilização da sua obrigatoriedade ou da sua precisão ou da delegação a um órgão encarregado de lhe dar executoriedade (*enforcement*).

Por exemplo, para lidar com o problema da atração de investimentos por países e regiões com padrões precários de proteção ambiental (ver Unger, 2010 [2007], p. 214-216), a saída seria criar uma escala (nos tratados ambientais, mas também nos acordos multilaterais de comércio e investimento) na qual a exigência de padrões mais elevados de sustentabilidade partisse de um piso, mas se qualificasse e elevasse conforme o grau de desenvolvimento e produtividade daquela economia. No caso extremo, quando o interesse global é proibir a exploração de recursos naturais da qual depende certa região ou país, apenas a compensação internacional àquela economia pode incitar, em nome do interesse global difuso, o sacrifício econômico de uma comunidade delimitada.

O tema do *soft law* nos remete, enfim, para as ordens jurídicas transnacionais, que Neves (2009) define como ordens não estatais, fundadas em um domínio setorial, e não territorial, de validade. Temos aqui, por exemplo, as autorregulações criadas por ONGs transnacionais, em suas diretrizes, programas, manifestos e recomendações, e por companhias transnacionais, em seu códigos de ética e diretrizes para fornecedores.

Como já analisado (Amato, 2014; Amato Neto e Amato, 2019), seria inócuo o direito estatal simplesmente proibir essas formas de autorregulação ou negar-lhes juridicidade. Por outro lado, deixadas sem maiores pressões e

monitoramentos por parte do direito estatal, nacional e internacional, as autorregulações privadas podem se constituir como um escudo simbólico pelo qual as organizações privadas apenas bloqueiam a eficácia do direito estatal, fugindo à sua “interferência”, sem criarem elas mesmas procedimentos efetivos de monitoramento e responsabilização.

Sob os rótulos de “direito reflexivo” (Teubner, 1983; 1986 [1984]), “programas relacionais” (Wiethölter, 1986; 2011 [1986]), “constitucionalismo societal” (Sciulli, 1992; 2001) ou “metarregulação” (Amato, 2021), o que se propõe é que o direito estatal (nacional e internacional) regule a autorregulação, impondo a essas ordens jurídicas privadas e/ou transnacionais direitos e garantias básicos para proteger seus afetados e, sobretudo, padrões procedimentais mínimos, como a decisão por órgãos colegiados e a obediência àqueles postulados que Fuller (1969 [1964]) teorizou como “a moralidade que torna o direito possível”, caso das exigências de clareza, anterioridade e generalidade das normas.

Conclusão

Concluimos nossa análise apresentando como resposta à crise ambiental contemporânea uma concepção de direito capaz de dar conta das incertezas radicais, da transterritorialidade dos problemas ambientais, assim como de promover a internalização dos custos ambientais pelos causadores desses danos.

Diagnosticando a insuficiência do conceito de direito como ordem moral imanente (que pressupõe uma objetividade moral, um raciocínio particularista e uma relativa descentralização de poder, incompatíveis com o mundo atual), notamos também os reducionismos do conceito de direito como vontade do soberano (com seus postulados de unidade/estatalidade e/ou de certeza formal do direito – consistência e completude). Justificamos assim uma conceituação do direito como sistema que se diferencia por seu código e função em relação à sociedade mundial, mas cuja estrutura interna (desse sistema jurídico global) é heterogênea, heterárquica e multiescalar, contemplando diversas modalidades de normatização (direitos individuais e transindividuais, sanções positivas e

negativas etc.), desdobrando-se por uma pluralidade de ordens jurídicas (estatais e não estatais, com fontes vinculantes e não vinculantes).

A nota comum entre esse conceito de direito e a crise ambiental contemporânea é a complexidade: o excedente de possibilidades comunicativas de problematizações ecológicas e de possíveis soluções jurídicas.

Referências

- ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 421-456, 2000.
- AMATO, Lucas Fucci. **Constitucionalização corporativa: direitos humanos fundamentais, economia e empresa**. Curitiba: Juruá, 2014.
- AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais: direitos e poderes**. Apresentação de Roberto Mangabeira Unger. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.
- AMATO, Lucas Fucci. Fake News: regulação ou metarregulação? **Revista de Informação Legislativa**, v. 58, n. 230. p. 29-53, 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p29 . Acesso em 14 abr. 2025.
- AMATO, Lucas Fucci. Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento. **Suprema, Revista de Estudos Constitucionais**, v. 2, n. 1, p. 255-285, 2022. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154?articlesBySimilarityPage=1> . Acesso em 14 abr. 2025.
- AMATO NETO, João; AMATO, Lucas Fucci. Sustainable supply chains, corporate constitutionalisation and human rights: a multiple case study on the 10 biggest companies in Brazil. **International Journal of Innovation and Sustainable Development**, v. 13, p. 136-153, 2019.
- AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edição de Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995 [1832].
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007 [1976].



- BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. Imperativo. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP: Teoria Geral e Filosofia do Direito 1**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 1-21.
- BULL, Hedley. **The anarchical society**: a study of order in world politics. 3 ed. New York: Palgrave, 2002 [1977].
- FULLER, Lon Luvois. **The morality of law**. 2 ed. New Haven; London: Yale University Press, 1969 [1964].
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007 [1961].
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [1960].
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1945].
- LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito I**: das origens à escola histórica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008 [1968].
- LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito II**: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 [2002].
- LUHMANN, Niklas. **Ecological communication**. Tradução de John Bednarz Jr. Chicago: University of Chicago Press, 1989 [1986].
- LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. Berlin: Gruyter, 1993 [1991].
- LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993].
- LUHMANN, Niklas. **A sociological theory of law**. Tradução de Elizabeth King-Utz e Martin Albrow. 2 ed. New York: Routledge, 2014 [1972].
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **Formação do conceito de soberania**: história de um paradoxo. São Paulo: Saraiva, 2016 [2000].
- MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos para uma teoria da construção escalonada do direito. *In*: MERKL, Adolf Julius. **Escritos de teoria do direito**.



- Tradução de Matheus Pelegrino da Silva. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018 [1931]. p. 257-308.
- PINSKY, Vanessa Cuzziol; MARCOVITCH, Jacques; VAL, Adalberto Luis. Experimentalist governance in bioeconomy: insights from the Brazilian Amazon. **Revista de Administração Contemporânea**, v. 28, n. 6, p. 1-17, 2024. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rac/a/83ybm5nF3RjYnmFL36sGbbR/?format=pdf&lang=en> . Acesso em 14 abr. 2025.
- RAZ, Joseph. **The concept of a legal system**: an introduction to the theory of legal system. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1980 [1970].
- SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. **Georgetown Law Journal**, v. 100, n. 1, p. 53-93, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Law: a map of misreading. **Journal of Law and Society**, v. 14, n. 3, p. 279-302, 1987.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983.
- TEUBNER, Gunther. After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law. In: TEUBNER, Gunther (ed.). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: de Gruyter, 1986 [1984]. p. 299-325.
- TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993 [1989].
- TEUBNER, Gunther. A Bucowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. Tradução de Peter Naumann. **Impulso**, vol. 14, n. 33, pp. 9-31, 2003 [1996].
- TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments**: societal constitutionalism and globalization. Tradução de Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- SCIULLI, David. **Theory of societal constitutionalism**: foundations of a non-Marxist critical theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.



- SCIULLI, David. **Corporate power in civil society**: an application of societal constitutionalism. New York: New York University Press, 2001.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004 [1996].
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O que a esquerda deve propor?** Tradução de Antonio Risério Leite Filho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008 [2005].
- UNGER, Roberto Mangabeira. **A reinvenção do livre-comércio**: a divisão de trabalho no mundo e o método da economia. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010 [2007].
- UNGER, Roberto Mangabeira. A história universal do pensamento jurídico. *In*: UNGER, Roberto Mangabeira. **O Movimento de Estudos Críticos do Direito**: outro tempo, tarefa maior. Tradução de Thalia Simões Cerqueira. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017 [2010]. p. 221-282.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Governar o mundo sem governo mundial**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: LeYa, 2022.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **The world and us**. London: Verso, 2024.
- WALDRON, Jeremy. Legal pluralism and the contrast between Hart's jurisprudence and Fuller's. *In*: CANE, Peter (ed.). **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Oxford: Hart, 2010. p. 135-155.
- WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. Tradução de Iain Fraser. *In*: TEUBNER, Gunther (ed). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: de Gruyter, 1986. p. 221-249.
- WIETHÖLTER, Rudolf. Proceduralization of the category of law. Tradução de Iain Fraser. **German Law Journal**, v. 12, n. 1, p. 465-473, 2011 [1986].

*Este livro reúne uma série de estudos inspirados pela proposta de **Roberto Mangabeira Unger** de tomar a análise jurídica como ferramenta de **imaginação institucional**; isto é: de mapeamento de soluções jurídicas dominantes e desviantes (na história, no direito comparado, entre os diversos ramos jurídicos) e de crítica imanente dessas formas de organização postas, a partir dos ideais e interesses que são atribuíveis como justificações do direito atual, mas que ele realiza imperfeitamente. Esse exercício permite propor reformas jurídicas, traçando linhas possíveis como alternativas normativas para o direito futuro. Em vez de uma moldura institucional pronta e acabada, Mangabeira sugere que as reformas estruturais são encaminháveis por testes fragmentários e cumulativos, pela via que chama de **experimentalismo democrático**. Os capítulos ilustram a aplicação dessa proposta em diversos temas: Poder Judiciário, finanças públicas, tributação, trabalho, relações entre Executivo e Legislativo, participação popular, desinformação, direitos autorais, direito da concorrência, administração pública, regulação e meio ambiente.*



Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo
Portal de Livros Abertos da USP
[https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/
portaldelivrosUSP](https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP)