**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

BRUNO OLIVEIRA FALCÃO

**LEGALISMO AUTOCRÁTICO E FORMULAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS DESCONSTITUINTES**

SÃO CRISTÓVÃO – SERGIPE

2023

BRUNO OLIVEIRA FALCÃO

**LEGALISMO AUTOCRÁTICO E FORMULAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS DESCONSTITUENTES**

Dissertação submetida à banca de defesa no Mestrado em Direito, na linha de pesquisa Processos de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania: Aspectos Teóricos e Metodológicos, e na Área de Concentração da Constitucionalização do Direito, da Universidade Federal de Sergipe.

Orientadora: Profa. Dra. Jussara Maria Moreno Jacintho

Coorientadora: Profa. Dra. Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias

SÃO CRISTÓVÃO-SERGIPE

2023

À professora Marieta, minha mãe.

RESUMO

O trabalho tem o objetivo de analisar se políticas públicas formuladas no Brasil, por meio de normas inconstitucionais, representam uma ofensa ao princípio democrático, previsto no art. 1º da Constituição Federal de 1988, de modo a caracterizar o fenômeno do legalismo autocrático. Para tanto, o método adotado será a revisão de literatura e a análise de documentos, em perfil exploratório e qualitativo. Alguns enunciados são o ponto de partida para que os conceitos pertinentes à investigação sejam articulados entre si e contrastados com a realidade. Primeiro, entende-se que o constitucionalismo brasileiro está filiado, ideologicamente, à tradição da democracia liberal. Essa assertiva leva à seguinte: são contrárias à democracia as normas que não estão em conformidade material com a Constituição Federal de 1988, nas regras e princípios que definem o Brasil como um Estado Democrático de Direito, orientado para a promoção da dignidade humana. Finalmente, enuncia-se que, para mover-se em direção ao objetivo de promover a dignidade, o Estado brasileiro adota políticas públicas como meios preferenciais de concretização dos direitos fundamentais. O legalismo autocrático consiste na observância das formalidades de criação e reforma das leis, para legitimar conteúdos que ofendem materialmente a constituição, com o objetivo de favorecer um projeto de poder. Os expedientes utilizados para esvaziar a constituição de seu conteúdo democrático são as manobras desconstituintes. Na primeira seção, busca-se conceituar o legalismo autocrático. Em seguida, há uma seção dedicada à análise da relação entre os conceitos de políticas públicas e constituição, além da descrição do modelo dos múltiplos fluxos, utilizado para explicar a formulação de políticas públicas com ênfase no papel que as ideias desempenham nos diferentes processos envolvidos. Na última seção do desenvolvimento, o conceito de legalismo autocrático é contrastado com a realidade brasileira, a partir de políticas públicas formuladas na área da educação pelo governo Jair Bolsonaro em contrariedade material à Constituição Federal de 1988. O resultado é a identificação de pontos comuns entre o fenômeno estudado e a experiência político-jurídica brasileira, observadas as especificidades locais.

Palavras-chave: Legalismo autocrático. Constitucionalismo. Democracia. Liberalismo. Políticas públicas. Educação.

ABSTRACT

The study analyzes whether public policies formulated in Brazil, with support on unconstitutional law, represent an offense to the democratic principle, stated in art. 1 of the Federal Constitution of 1988, in order to characterize the phenomenon of autocratic legalism. Therefore, the method will be the literature review and document analysis, in an exploratory and qualitative profile. Some statements are the starting point from which concepts relevant to the investigation will be articulated and contrasted with reality. First, it is understood that Brazilian constitutionalism is ideologically affiliated with the tradition of liberal democracy. This assertion leads to the following: rules that are not in material conformity with the Federal Constitution of 1988, specially with principles that define Brazil as a Democratic State of Law, oriented towards the promotion of human dignity, are contrary to democracy. Finally, it is stated that, in order to move towards the objective of promoting dignity, the Brazilian State adopts public policies as preferred means of realizing fundamental rights. Autocratic legalism consists of observing the formalities of creating and reforming laws, to legitimize content that materially offends the constitution, with the objective of favoring a power project. The expedients used to extract from the constitution its democratic content are the deconstituting maneuvers. In the first section, we seek to conceptualize autocratic legalism. Then, there is a section dedicated to the analysis of the relationship between the concepts of public policy and the constitution, in addition to the description of the multiple streams model, used to explain public policies formulation, with an emphasis on the role that ideas play in the different processes involved. In the last section of the development, the concept of autocratic legalism is contrasted with the Brazilian reality, based on educational public policies formulated in the Jair Bolsonaro government in material opposition to the Federal Constitution of 1988. The result is the identification of common characteristics between both the studied phenomenon and the Brazilian legal and political experience, regarded the local peculiarities.

Keywords: Autocratic legalism. Constitutionalism. Democracy. Liberalism. Public policies. Education.

SUMÁRIO

1 Introdução

2 Legalismo autocrático

2.1 Populismo no século XXI

2.2 Caracterização do legalismo autocrático

2.3 Instrumentos jurídicos de preservação da democracia

2.4 A ideologia no legalismo autocrático

3 Políticas públicas e constituição

3.1 Objetivos e dirigismo no Estado Constitucional

3.2 Políticas públicas

3.2.1 O que são e como são as políticas públicas

3.2.2 Diferentes abordagens e a opção por uma

3.3 O modelo dos múltiplos fluxos

3.3.1 Agenda

3.3.2 Os três fluxos: problemas, alternativas e política

3.3.3 Atualizações do modelo dos múltiplos fluxos, críticas e réplicas

3.4 Conformidade jurídica das políticas públicas

4 Formulação de políticas públicas como expressão do legalismo autocrático

4.1 Bolsonarismo e legalismo autocrático

4.2 Políticas públicas que objetivam reduzir a competitividade eleitoral

4.3 Políticas públicas desconstituintes: o caso da educação

4.3.1. O direito à educação na Constituição Federal de 1988

4.3.2 Pandemia de covid-19 e omissão em matéria de políticas públicas

4.3.3 Política pública de ensino domiciliar

4.3.4 Política pública de atendimento escolar exclusivo para pessoas com deficiência

5 Conclusão

Referências

1 Introdução

Este trabalho tem o objetivo de analisar se políticas públicas formuladas no Brasil, por meio de normas inconstitucionais, representam uma ofensa ao princípio democrático, previsto no art. 1º da Constituição Federal de 1988, de modo a caracterizar o fenômeno do legalismo autocrático. Para tanto, o método adotado será a revisão de literatura e a análise de documentos, em perfil exploratório e qualitativo.

Alguns enunciados são o ponto de partida para que os conceitos pertinentes à investigação sejam articulados entre si e contrastados com a realidade. Primeiro, entende-se que o constitucionalismo brasileiro está filiado, ideologicamente, à tradição da democracia liberal. Essa assertiva leva à seguinte: são contrárias à democracia as normas que não estão em conformidade material com a Constituição Federal de 1988, nas regras e princípios que definem o Brasil como um Estado Democrático de Direito, orientado para a promoção da dignidade humana. Finalmente, enuncia-se que, para mover-se em direção ao objetivo de promover a dignidade, o Estado brasileiro adota políticas públicas como meios preferenciais de concretização dos direitos fundamentais. Cabe, então, fixar os conceitos.

O legalismo autocrático consiste na observância das formalidades de criação e reforma das leis, para legitimar conteúdos que ofendem materialmente a constituição, com o objetivo de favorecer um projeto de poder, de acordo com o conceito elaborado por Javier Corrales (2015) e Kim Scheppele (2018). O resultado do processo é um constitucionalismo esvaziado, que perde a conformação ideológica democrática e liberal.

Para os fins desta investigação, a democracia deve ser entendida como forma de organização da vida em sociedade estruturada sobre a prevalência da vontade da maioria e o respeito a todos. Desse conceito inicial já se vê que a democracia é mais que apenas contagem de votos. Há exigências que se desdobram em duas dimensões: a formal e a material. A democracia, na dimensão formal, corresponde ao sistema de representação da vontade da sociedade e às normas que organizam esse sistema. Na dimensão material, a democracia é o reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas, com as consequências normativas dessa premissa.

Essas exigências que qualificam a democracia em suas duas dimensões derivam do liberalismo político-jurídico, ideologia que tem origem na necessidade de conter o poder estatal face à autonomia do indivíduo. O liberalismo limita o Estado quanto à sua organização e ao exercício do poder, ao mesmo tempo em que exige o compromisso de preservação de direitos extraídos da dignidade inerente à existência humana. Se a ideologia pode ser

conceituada como um conjunto de valores que orientam escolhas, pode-se afirmar que é ideológica a opção constitucional pela democracia liberal.

Quando o legalismo autocrático impõe o esvaziamento do conteúdo democrático e liberal de uma constituição, sem alterá-la textualmente, reverte a centralidade e a superioridade do texto constitucional características do constitucionalismo. Por isso é que as iniciativas empreendidas com esse propósito são denominadas de manobras desconstituintes por Cristiano Paixão (2020), adaptando expressão formulada por Luigi Ferrajoli (2014). Como as políticas públicas são meios para concretizar direitos previstos constitucionalmente, podem ser consideradas políticas públicas desconstituintes aquelas que compõem a estratégia legalista autocrática.

Neste estudo, esses conceitos serão utilizados em referência à realidade brasileira, marcada em anos recentes por uma redução do grau de proteção a direitos fundamentais, que afetou, transversalmente, o projeto de Estado e de sociedade traçado na Constituição Federal de 1988. Retrocessos em matéria de direitos sociais observados no governo Michel Temer foram aprofundados e diversificados no governo Jair Bolsonaro. A discordância quanto a quais são os melhores encaminhamentos para políticas públicas é, essencialmente, democrática. Se, contudo, nessa divergência estão incluídas propostas de conteúdo ideologicamente contrário ao liberalismo jurídico-político, é possível que tais políticas públicas sejam uma manifestação do legalismo autocrático.

Para investigar se políticas públicas formuladas pelo governo Jair Bolsonaro configuram o legalismo autocrático, o parâmetro será a contribuição dessas políticas para as duas frentes em que o fenômeno estudado atua: a redução ou eliminação da proteção de direitos de indivíduos e minorias, e a promoção do desequilíbrio na disputa eleitoral (LANDAU, 2013, p. 196). A primeira modalidade de ataque atinge a dimensão material da democracia, já a segunda é dirigida ao aspecto formal.

Portanto, o principal problema a ser respondido por este estudo é se esse conjunto de políticas públicas, com suporte em normas inconstitucionais, ofende a conformação democrática e liberal da Constituição Federal de 1988, a ponto de ser considerado um exemplo concreto de legalismo autocrático.

Dessa pergunta, são extraídas outras que, ao longo do texto, serão exploradas, como: por que o ordenamento jurídico não consegue barrar normas que violam a constituição justamente nos dispositivos que determinam o constitucionalismo como democrático? As manobras desconstituintes precisam ser efetivamente implementadas para que se configure

uma ameaça à democracia liberal? Como determinar se as políticas públicas são formuladas com conteúdo ideológico contrário ao da constituição?

Para chegar à constatação de que, de fato, no Brasil, a formulação de políticas públicas por meio de normas inconstitucionais apresentou as características do legalismo autocrático, o estudo se desenvolveu em três seções. A primeira contextualiza politicamente o legalismo autocrático, associando-o ao populismo, para depois apresentar as características observadas nos estudos de caso que embasaram a propositura do conceito. Na subseção seguinte, são explicadas as dificuldades de combater o legalismo autocrático com fundamento na ideia de democracia militante (LOEWENSTEIN, 1937) e no paradoxo da intolerância (POPPER, 1974). Por fim, abre-se um tópico específico para discutir a função que a ideologia exerce nesse processo.

Na segunda seção, serão apresentadas as políticas públicas por diferentes ângulos que se complementam. Por mais que as políticas públicas sejam intrinsecamente ligadas às formas jurídicas que lhes dão suporte e aos parâmetros legais que as determinam materialmente, as categorias próprias articuladas pelo estudo das políticas públicas são pouco familiares para os estudiosos do direito, o que justifica uma exposição de conceitos essenciais e das possibilidades epistemológicas pertinentes. Este, afinal, é um estudo interdisciplinar que tem como principal referência teórica o direito constitucional, mas busca respeitar as linguagens próprias dos demais campos do conhecimento chamados à pesquisa.

Inicialmente, o capítulo trata dos objetivos fixados pelo Estado Constitucional e das diferentes visões a respeito do dirigismo constitucional, com seus impactos nas políticas públicas. Em seguida, é fornecido um conceito de política pública e um modelo para analisar a sua formulação, com ênfase no papel que as ideias desempenham. Fecha-se a seção com a problematização da conformidade jurídica material das políticas públicas.

A terceira seção abordará a realidade brasileira diretamente. Nesse esforço, serão analisados os dois principais eixos de atuação do legalismo autocrático, a criação de fatores de desequilíbrio na disputa eleitoral e a redução da proteção a direitos fundamentais, a partir de políticas públicas formuladas com essas finalidades. Em relação ao primeiro eixo, foram escolhidas, como exemplos, medidas tendentes a influenciar as eleições de 2022, que, por configurarem vantagens para o incumbente perante o eleitorado, violam o equilíbrio da disputa, comprometendo de modo direto a democracia na sua dimensão formal. Já quanto ao segundo eixo, a seleção recaiu sobre as políticas públicas adotadas na área da educação. A opção decorre do caráter estratégico que as políticas públicas educacionais têm na promoção de outros direitos além do direito à educação em si, bem como por se tratar de uma matéria

que tem conformação axiológica bem definida na Constituição de 1988, o que permite contrastar a atuação do governo brasileiro na área com os valores que o texto constitucional busca promover.

2 Legalismo autocrático

Após a formação de um virtual consenso ocidental em torno da preferibilidade do regime democrático submetido às leis, o século XXI tem apresentado um quadro de retrocessos em democracias, com contextos muito diferentes entre si, mas unidas, politicamente, pelo populismo e, juridicamente, pela adoção de estratégias comuns de instrumentalização da lei, agrupadas sob o conceito de legalismo autocrático.

Legalismo autocrático é o uso, não uso e abuso da lei em favor de quem exerce o poder estatal, principalmente, no ramo do Poder Executivo (CORRALES, 2015, p. 38). O conceito engloba, portanto, diferentes formas de instrumentalizar as normas jurídicas em favor de interesses políticos. Até aí, isso seria parte da disputa democrática legítima, desde que as normas instrumentalizadas estivessem de acordo com o restante do ordenamento jurídico. No entanto, existe um problema a partir do momento em que as normas são criadas ou reformadas em contrariedade às regras e aos princípios mais relevantes para qualificar uma constituição como democrática.

Para fazer uso do conceito de legalismo autocrático, portanto, é preciso também esclarecer o que se entende por democracia. Em primeiro lugar, a democracia não se confunde com majoritarismo; não é apenas a aferição da opinião da maioria. Na verdade, a democracia engloba uma dimensão formal e outra, material.

A dimensão formal consiste em um sistema político de representação da sociedade e nas regras jurídicas que definem o funcionamento desse sistema (STRECK; MORAIS, 2012, p. 87). No constitucionalismo brasileiro, isso inclui a opção pela República e pela forma federativa no *caput* do art. 1^o, a separação entre os Poderes no art. 2^o, bem como dispositivos mais específicos no texto constitucional. Nessa última categoria estão os dispositivos que tratam dos direitos políticos e dos partidos políticos, além do Título IV, que trata da organização dos Poderes, definindo um Legislativo bicameral, um Executivo presidencialista e um Judiciário estruturado sob uma Corte Constitucional.

1 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 e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

2 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Na dimensão material, a democracia é a orientação do Estado e da sociedade para a promoção da dignidade humana (STRECK; MORAIS, 2012, p. 76). O caráter democrático está no fato de que a dignidade humana, derivada da autonomia individual que confere valor a cada pessoa, é devida a todos os membros da sociedade igualmente (JACINTHO, 2009). Desse princípio, são extraídos outros mais específicos, que, na Constituição brasileira, estão expostos no art. 3^o, no art. 5^o, no art. 6^o e em vários mais ao longo do texto. A dignidade humana é, também, o parâmetro pelo qual deve ser interpretada toda a Constituição.

A origem do princípio da dignidade humana na autonomia individual remete ao conceito de liberalismo, também crucial para esta investigação. A democracia que é confrontada pelo legalismo autocrático – e analisada neste trabalho – é a democracia liberal. O liberalismo é um conjunto de ideias e valores derivados da contenção do poder do Estado em face do indivíduo (STRECK; MORAIS, 2012, p. 45). Divide-se em um núcleo jurídico-político e em um núcleo econômico.

Na acepção jurídica e política, o liberalismo concebe o Estado em função da garantia dos direitos dos indivíduos, que não devem sofrer restrição indevida e desproporcional, e das mútuas contenções entre os poderes. Já o liberalismo econômico é essencialmente utilitarista, erigindo-se sobre a premissa de que, somente por meio da concessão de liberdade aos indivíduos para buscar a sua própria felicidade, é que a coletividade pode chegar ao máximo bem comum (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1992, p. 689).

O liberalismo, no sentido jurídico e político, tem uma relação tão estreita com a democracia que se torna difícil separar o que é democrático e o que é liberal na democracia liberal (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1992, p. 686). Diferentemente, o liberalismo econômico é compatível com regimes autoritários ou totalitários, como no Chile de Pinochet, em que economistas liberais enxergaram, no déficit democrático, a oportunidade de impor uma agenda impopular mais facilmente. A liberdade de buscar o sucesso material pode ser

3 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

5 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária.

garantida por um regime arbitrário, que impõe limites à atuação do Estado na economia, mas não limita o uso da violência estatal ou a intervenção nos direitos políticos dos cidadãos.

Por outro lado, a transição do Estado Liberal para o Estado Social e, desse último, para a Social Democracia, preserva o liberalismo jurídico-político, ao mesmo tempo em que admite a intervenção estatal para fazer valer os direitos sociais (STRECK; MORAIS, 2012, p. 53). A democracia liberal sintetiza a limitação do poder estatal e a proteção dos direitos humanos, a partir da perspectiva da dignidade.

Tanto os limites ao poder do Estado como os direitos derivados da dignidade humana ganham forma jurídica na constituição. A combinação entre representação democrática e direitos fundamentais é o núcleo essencial do constitucionalismo ocidental (STRECK; MORAIS, 2014, p. 83). Constitucionalismo é o movimento de defesa da prevalência da organização jurídico-política e da garantia de direitos, por meio de uma constituição, e as teorias que justificam a normatividade do texto constitucional (CANOTILHO, 1999, p. 48).

É por isso que o legalismo autocrático representa uma afronta à democracia liberal: o fenômeno ocorre quando normas, formalmente válidas, violam os dispositivos constitucionais que estabelecem um Estado limitado pela lei e voltado para a promoção dos direitos fundamentais.

O que acontece no legalismo autocrático é, portanto, a instrumentalização do direito para favorecer interesses políticos que não estão contemplados na democracia liberal. Ao fazê-lo, o legalismo autocrático impõe a substituição do liberalismo, como ideologia prevalecente no ordenamento jurídico – inclusive no constitucionalismo brasileiro –, por outra ideologia, que pode ser de direita ou de esquerda, e que não assume os mesmos compromissos, de limitação ao poder e de proteção a direitos, que a democracia liberal.

Entende-se por ideologia, para os fins da análise aqui proposta, o conjunto de valores que são utilizados como critérios para fazer escolhas (LUHMANN, 1982, p. 97). De modo geral, essas escolhas implicam selecionar quais encaminhamentos são mais desejáveis diante de uma dada situação, o que vale tanto para as ações do Estado como para a produção das leis.

No século XXI, a rejeição da democracia liberal ganhou novos contornos, diferenciando-se das autocracias do século XX, seja por conta do aprendizado histórico, ou como decorrência da contemporânea revolução informacional, que desafia as instâncias representativas do Estado moderno. As diferenças, em relação a Estados autoritários do passado, estão na preservação das aparências democráticas – incluindo a existência de oposição política e de veículos de comunicação privados, mas desde que não sejam ameaças

reais ao projeto de poder em curso – e na corrosão progressiva da democracia, sem golpes de Estado ou eventos disruptivos política e juridicamente (SCHEPPELE, 2018, p. 573).

Nessas experiências históricas ambíguas, as formas jurídicas características do constitucionalismo são usadas, de modo a que prevaleça uma outra ideologia, de direita ou de esquerda, sem compromisso com a contenção do poder estatal e com a proteção aos direitos fundamentais. Essa outra ideologia pode compreender, por exemplo, a intolerância em relação a minorias, como se tornou comum na Rússia de Putin, ou a substituição do sistema representativo da democracia formal por plebiscitos, havidos sob a tutela de um Executivo hipertrofiado, como na Turquia de Erdogan (SCHEPPELE, 2018, p. 548).

Certamente, nesses casos, trata-se de uma concepção ideológica que seleciona e hierarquiza os valores de modo muito diferente da perspectiva ideológica fundante do constitucionalismo democrático liberal. Ainda assim, são aprovadas leis e reformas constitucionais em concordância com essa orientação ideológica, sem que a incompatibilidade axiológica em relação à ordem constitucional vigente funcione suficientemente como contenção.

Sendo um fenômeno em curso, não há ainda um consenso em torno de um nome ou um conceito, mas já há tentativas de descrição da realidade que se embasam em casos concretos e que se distinguem pela concentração em aspectos específicos peculiares a cada análise.

David Landau (2013) atribuiu ênfase aos processos de alteração do texto constitucional por meio dos mecanismos de mudança fornecidos pela própria constituição para desvirtuar a característica democrática do Estado. Ao analisar os casos da Venezuela, da Hungria e da Colômbia, formulou o conceito de constitucionalismo abusivo, que é mais restrito que o de legalismo autocrático, pois foca somente na reforma da constituição. Pode-se, afirmar, assim, que todos os casos de constitucionalismo abusivo configuram também o legalismo autocrático, mas o contrário não é verdadeiro. O legalismo autocrático é mais amplo ao abarcar todas as formas jurídicas.

Jan-Werner Müller (2014a) denominou de captura constitucional o processo sistemático de enfraquecimento das contenções democráticas, mencionando os casos da Hungria e da Romênia. Mark Tushnet (2015) elaborou um estudo de caso de Singapura para, ao identificar uma ordem constitucional que comporta o autoritarismo, chegar ao termo constitucionalismo autoritário.

Javier Corrales (2015) e Kim Scheppele (2018) utilizam o termo legalismo autocrático para designar a utilização de mandatos eletivos e alterações na constituição e nas leis para

esvaziar o constitucionalismo dos seus valores democráticos e liberais. A opção por esse conceito decorre de sua maior abrangência, já que compreende a instrumentalização de qualquer forma jurídica para confrontar os valores da democracia liberal. Essa característica abrangente permite a problematização em relação ao objeto do presente estudo, que são as políticas públicas formuladas com suporte em normas inconstitucionais de espécies variadas.

Partindo dessa perspectiva axiologicamente vinculada, convém analisar o contexto político que permite o florescimento do legalismo autocrático, as suas características observadas empiricamente e relatadas na literatura, a ineficiência dos mecanismos constitucionais tradicionais de preservação da democracia e as imbricações entre a ideologia e o fenômeno estudado.

2.1 Populismo no século XXI

Justifica-se iniciar a descrição específica do fenômeno do legalismo autocrático pela conceituação de populismo, pois é este que cria as condições políticas para que o primeiro exista.

O legalismo autocrático é, ao mesmo tempo, jurídico e político, sendo impossível dissociar por completo uma dimensão da outra, embora seja viável apontar que a dimensão jurídica do fenômeno é essencialmente instrumental em relação à produção de efeitos na dimensão política. De modo mais detalhado, pode-se dizer que, por meio da instrumentalização do ordenamento jurídico, especialmente direcionando-se a produção legislativa em sentido contrário à ordem axiológica preponderante no direito de um determinado país, são produzidas – ou, ao menos, há a intenção de produzir – consequências no ambiente político, que podem variar em grau e natureza, incluindo-se, principalmente: a) a imposição de dificuldades eleitorais a adversários políticos, seja no aspecto do financiamento ou no acesso a canais de comunicação de massa, bem como a simétrica criação de facilidades para os detentores do poder (LANDAU, 2013, p. 212); b) a submissão de todos os espaços de poder ao Poder Executivo central, com o aparelhamento da burocracia e mudanças nas regras que orientam a formação do Parlamento e a escolha dos membros do Poder Judiciário (SCHEPPELE, 2018, p. 550); c) a criação de um contexto favorável à reforma do Estado jurídica e politicamente de acordo com a agenda da força política que exerce o poder, o que implica, em regra, retrocessos nos direitos humanos (LANDAU, 2013, p. 215).

Em síntese, os efeitos do legalismo autocrático resultam em uma redução da qualidade da democracia liberal, sentida nas dimensões material e formal: a proteção à dignidade

humana e a submissão do poder público ao controle pela sociedade. Mas além de produzir consequências de ordem política, o legalismo autocrático também depende de um contexto político favorável para prosperar. Em outros termos, o legalismo autocrático surge quando determinadas condições políticas estão dadas e, em seguida, modifica, ou tem a intenção de modificar, a conjuntura política, para que um líder ou um grupo se mantenha no poder.

Para que um autocrata ascenda ao poder e consiga implementar sua agenda, é preciso que existam tensões subjacentes e antigas, que transcendam a conjuntura imediata. Os principais sinais de que há uma conjuntura política favorável ao legalismo autocrático são a polarização política radical, o aumento das escolhas eleitorais depois julgadas como ruins pela sociedade, a inabilidade dos partidos políticos tradicionais para lidar com mudanças nas preferências do eleitorado, a continuidade da mesma política econômica independentemente da alternância de governantes no poder, a ocorrência de crises econômicas que resultam em prejuízo na popularidade do governo, a intensificação da politização do Poder Judiciário e, finalmente, a corrupção entre as elites políticas (SCHEPPELE, 2018, p. 557).

Reunidas algumas dessas condições, autocratas encontram maior facilidade para ganhar eleições, o que pode acontecer de duas formas: pela captura de algum partido político tradicional ou pela constituição de uma nova força na disputa eleitoral capaz de sobrepujar os partidos políticos tradicionais. Essa segunda hipótese exige uma condição adicional, a existência de algum evento-foco que comprometa repentinamente a credibilidade dos partidos políticos que já exerceram o poder, como uma crise econômica aguda, um escândalo envolvendo agentes políticos ou algum grande trauma nacional (SCHEPPELE, 2018, p. 580).

As condições relatadas na literatura sobre o tema correspondem ao substrato em que se desenvolve um fenômeno político de força renovada no século XXI: o populismo. Trata-se de termo que, por sua polissemia, exige particular esforço conceitual. De modo sintético, pode-se dizer que são “populistas as fórmulas políticas cuja fonte principal de inspiração e termo constante de referência é o povo, considerado como agregado social homogêneo e como exclusivo depositário de valores positivos, específicos e permanentes” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1992, p. 980).

No entanto, o povo do populismo não é qualquer um, nem é toda a população de um país. É o grupo formado pelos apoiadores de um determinado político ou grupo político populista de direita ou de esquerda, que se apresenta como o único povo verdadeiro, por ser o detentor da moral autêntica. Estão excluídas do conceito as minorias e as elites, que costumeiramente são associadas a características morais negativas, seja a depravação ou a corrupção. Mais que antielitista, o populismo é necessariamente contrário ao pluralismo, pois

para que a sua moral seja a única autêntica, outras perspectivas devem ser desautorizadas de antemão (MÜLLER, 2016, p. 179).

Note-se que o conceito de povo tampouco se confunde com a vontade da maioria expressada eleitoralmente, que pode ou não coincidir com a agenda populista. Sob essa ótica, apenas o político populista é capaz de legitimamente representar o povo, pois somente ele compartilha da mesma moral superior, que seria inacessível para as lideranças políticas tradicionais já corrompidas. Assim é que Jan-Werner Müller (2016, p. 177) argumenta que o populismo é, sobretudo, um fenômeno moralista. O moralismo tornaria justificável, então, tratar as contenções ao poder do Estado fornecidas pelo liberalismo jurídico-político como uma criação da elite corrompida, para evitar a plena realização das aspirações do povo verdadeiro. Assim, por mais que os populistas cheguem ao poder por meio de eleições, há incompatibilidades insuperáveis entre a interpretação do mundo feita pelo populismo e os valores que orientam a democracia.

Em sentido diverso, Barros e Lago (2022, p. 21) argumentam que o populismo não é necessariamente negativo ou incompatível com a democracia, podendo mesmo formar um contexto favorável ao aprimoramento das instituições democráticas e à conquista de direitos. Reconhecendo, por outro lado, que a conotação pejorativa geralmente atribuída ao populismo tem bases empíricas, propõem que o fenômeno seja analisado em graus, tomando como referência a aproximação ou distanciamento em relação à democracia liberal.

Isso seria possível por meio do exame de três eixos do populismo: a oposição entre povo e elite, a estética transgressiva e o potencial transformador do ponto de vista institucional. No primeiro, como manifestação positiva, seria possível vislumbrar a concessão de voz a quem antes era silenciado; no segundo, a transgressão pode se dar como consequência da inclusão de camadas populares cuja cultura costumava ser ignorada; no terceiro, estaria a capacidade do populismo de impor a ampliação e a observância de direitos por meio da maior participação popular nas decisões institucionais.

Na prática, nem sempre a linha que demarca o campo populista do democrático é assim tão clara como na análise teórica do fenômeno por Werner (2016). Tampouco a adoção de um critério fixo – a democracia liberal, no caso da proposta de Barros e Lago (2022) – para medir e julgar o populismo é uma tarefa simples. À revelia dos esforços intelectuais para tornar o populismo uma categoria analítica, políticos, jornalistas e outros cidadãos continuam utilizando o termo de forma ampla e não muito criteriosa.

No passado, foram autodenominados populistas desde o movimento *narodnitchestvo*, formado por opositores do czar na Rússia da segunda metade do século XIX que acreditavam

na libertação do povo pelo campesinato, até o Partido do Povo, fundado em 1892 nos Estados Unidos e composto por pequenos e médios agricultores. Depois, o termo passou a ser recorrentemente utilizado para designar os vários governantes latino-americanos do século XX, cujo maior representante é Juan Domingo Perón, fundador do movimento nacional justicialista, que ainda sobrevive, com a alcunha de peronismo, enquanto força expressiva da política argentina (BARROS; LAGO, 2022, p. 26).

No Brasil, Getúlio Vargas, apelidado “pai dos pobres”, promoveu a conquista de direitos trabalhistas e também operou a máquina repressiva do Estado Novo, sendo conhecido pelas gerações seguintes como populista, embora o termo sequer fosse utilizado na época. Após a Segunda Guerra Mundial, os integralistas, para não mais serem associados ao totalitarismo derrotado, passaram a adotar voluntariamente a qualificação de populistas. Não tardou, no entanto, para que o termo passasse a ser empregado em associação pejorativa à demagogia, conotação com a qual foi incorporado ao léxico político nacional (BARROS; LAGO, 2022, p. 36).

Na última década, só na Europa, já receberam a qualificação de populistas os partidos Syriza da Grécia, Cinco Estrelas da Itália, Podemos da Espanha e a Frente Nacional da França, transitando da esquerda à extrema direita. A saída da Grã-Bretanha da União Europeia é o episódio que simboliza o efeito concreto de uma ideia populista submetida à democracia direta nos tempos atuais, em que a comunicação por meio das redes sociais modificou definitivamente o debate público. A caracterização do *Brexit* enquanto um fenômeno populista vem de sua motivação identificada com uma das principais características associadas ao populismo: o nacionalismo, cujo oposto é justamente a integração supranacional promovida pela União Europeia.

Assim, apesar de o processo de globalização aparentar ser irreversível, ainda há formas muito diferentes de lidar com essa realidade. Desde o final da Segunda Guerra Mundial até o início do século XXI, predominava, na produção intelectual dos Estados Unidos e da Europa, uma tendência a considerar o liberalismo político uma forma superior de organização social, de que é expoente a ideia de “fim da História” de Francis Fukuyama (1992).

Ocorre que a opinião de intelectuais não necessariamente corresponde à opinião de parcelas expressivas da população. À medida que essa dissociação se tornou mais evidente, o que seria o “fim da História” passou, e os conflitos não satisfatoriamente resolvidos pelo liberalismo político, estruturado constitucionalmente, alimentaram outras formas de organização da vida em sociedade. Esses conflitos, que estão presentes mesmo em países

considerados desenvolvidos, são principalmente de natureza econômica e social, sendo percebidos pela população como um produto da institucionalidade (SOLANO, 2019, p. 308).

Os descontentes que dão suporte ao populismo tendem a desconfiar profundamente do establishment, que estaria engajado em preocupações diferentes daquelas que tem o povo tido por verdadeiro. Essas mesmas pessoas costumam ser céticas quanto aos fatos, além de repudiar os intelectuais, que seriam apenas uma espécie de elite apartada do povo. Os apoiadores de políticos populistas, enfim, querem pertencer a algum lugar, de modo a preservar uma identidade construída a partir do espaço em que nasceram e foram criados. Por essa característica, diferenciam-se dos cidadãos cosmopolitas dos grandes centros que se sentem parte de um mundo globalizado e não mantêm laços fortes com uma identidade nacional idealizada (COX, 2018, p. 13).

O antagonismo político essencial do século XXI se dá entre a democracia liberal, que é também cosmopolita, e o populismo (ŽIŽEK, 1996, p. 8). Nesse conflito, as armas são as formas jurídicas.

Não se cometa o engano de associar o desencanto com o constitucionalismo liberal e democrático, ou o apoio a propostas populistas, com um nível de educação formal inferior ou com simples irracionalidade, o que seria uma forma preconceituosa de subestimar boa parte da sociedade. Na verdade, políticos populistas podem ter apoio expressivo em camadas da população com acesso a mais anos de estudo. Os estrategistas que promoveram o *Brexit* ou a eleição de Donald Trump conseguiram realizar feitos eleitorais notáveis, apesar de não contarem inicialmente com o apoio dos partidos políticos tradicionais, o que não parece ser uma obra impensada.

Convém, então, tentar compreender o que une países e povos diferentes em torno de posturas políticas comuns, que são majoritariamente rechaçadas pelo mesmo establishment que repudiam, pelo menos até que os grupos políticos correspondentes se tornem eleitoralmente vencedores (COX, 2018, p. 12).

No emblemático caso dos Estados Unidos, Donald Trump é um bilionário que se elegeu presidente dizendo ser um homem do povo, atacando as elites, vociferando contra o “globalismo”, a imprensa liberal, parcelas do Judiciário, as mudanças climáticas, os direitos humanos, a imigração e também a própria concepção da União Europeia. A política migratória promovida pela gestão Trump, o discurso de retomada de empregos para os americanos e a síntese de sua visão de mundo contida no slogan “*Make America great again*” carregam o elemento nacionalista, mas não eliminam a internacionalização como uma característica que marca o populismo do século XXI, impactando o direito produzido.

Explica-se a aparente contradição. O ex-presidente republicano ataca o “globalismo” – que corresponderia a um concerto comunista de entidades e agentes poderosos voltados para a eliminação da soberania das nações e para a imposição de uma agenda nos costumes contrária à moral –, mas tem sua retórica alimentada por Steve Bannon, estrategista responsável por estabelecer uma rede internacional de agentes políticos de direita, que dialogam entre si e dedicam-se a promover o que consideram a resistência ao comunismo.

Por sua vez, à esquerda, foram qualificados como populistas os governantes que marcaram o início do século XXI na América do Sul, especialmente Hugo Chávez, Luís Inácio Lula da Silva, Rafael Correa, Evo Morales, Cristina Kirchner e Pepe Mujica (BARROS; LAGO, 2022, p. 9). Apesar das muitas diferenças entre os nomes mencionados, todos mesclaram, em práticas e discursos, o nacionalismo com a interlocução e a mútua cooperação entre si, além de um programa político comum de concretização de direitos sociais, repartição do orçamento e estruturação de políticas públicas constitucionalizadas.

Desse modo, o populismo do século XXI tem a peculiaridade de que líderes com proximidade ideológica mantêm interlocução, oferecem-se apoio mútuo e adotam métodos semelhantes na imposição de agendas com vários pontos comuns. Há, assim, a internacionalização de um fenômeno político, que, antes, era marcadamente nacional (COX, 2017, p. 10).

Os laços ideológicos sempre foram motivos para que países e seus respectivos líderes se aproximassem; a novidade está em ter o populismo como denominador comum entre países de diferentes continentes, inclusive aqueles que não tinham uma tradição de lideranças populistas chegando ao poder.

Não apenas o populismo ganhou terreno, simultaneamente, em vários países ocidentais no século XXI por existirem causas comuns que se repetem nos exemplos mencionados, como também a semelhança decorre do emprego de estratégias idênticas, o que não acontece por acaso. A atuação estratégica começa com a habilidade no uso das contemporâneas ferramentas de comunicação, o que favorece a chegada ao poder, e vai até a instrumentalização do direito com o objetivo de manutenção do poder.

O modo como líderes populistas utilizam as leis impacta o constitucionalismo. O texto constitucional é seguidamente ignorado, direitos fundamentais são identificados com a ordem política que os novos líderes se propõem a superar, a constituição é modificada sem a observância dos seus preceitos fundamentais e tem sua legitimidade como instância intermediadora da relação entre a sociedade e a política questionada (CÂMARA, 2021). Essa

é a face jurídica do populismo contemporâneo, de caráter eminentemente estratégico, que se realiza por meio do fenômeno que a literatura mencionada denomina de legalismo autocrático.

2.2 Caracterização do legalismo autocrático

Desde o arranjo geopolítico posterior à Segunda Guerra Mundial não há doutrina política ou regime governamental que se confesse contrário à democracia (BUCCI, 2013, p. 54). No entanto, as práticas nem sempre acompanham as teorias e os discursos. Os casos extremos de instrumentalização meramente retórica do discurso democrático são fáceis de apontar, de que são exemplos o nome oficial da República Popular Democrática da Coreia do Norte, que é governada por uma dinastia, ou a primeira consideração prévia ao texto do Ato Institucional nº 05 de 1968⁶, em que a suspensão de direitos políticos e a cassação de mandatos eletivos foram justificadas como meios para assegurar a “autêntica ordem democrática”. A adjetivação não esconde que o termo é objeto de disputa transcorrida, no mais das vezes, em contextos muito mais dúbios do que os exemplificados.

Neste estudo, utiliza-se, como parâmetro de democracia, a democracia liberal delimitada constitucionalmente, com as características já expostas. Os conceitos de democracia da dinastia norte-coreana ou da ditadura militar brasileira, certamente, são muito diferentes.

A disputa em torno do conceito de democracia é uma manifestação da contraposição de ideologias que pretendem impor ao termo o conteúdo de sua preferência. Isso ocorre por meio da especificação e hierarquização dos valores que, na perspectiva de uma ideologia em particular, são, de fato, democráticos. Como dito anteriormente, alguém age ideologicamente ao preferir que uma ação tenha uma consequência específica, entre outras possíveis (LUHMANN, 1982, p. 97).

Exemplificando-se, pode-se dizer que, no campo da economia, as ideologias associadas à esquerda política preferem que a atuação estatal reduza a desigualdade material, enquanto as ideologias agrupadas no campo da direita tendem a preferir que o Estado aja

⁶ CONSIDERANDO que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, "os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria" (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964)

apenas para regular minimamente a atividade econômica, de modo a assegurar maior liberdade para indivíduos e corporações.

Quando o Estado age, sempre projeta a preferência por uma consequência daquela ação; assim é que as escolhas governamentais são essencialmente ideológicas. Ao projetar consequências da atuação estatal alinhadas com os valores da democracia liberal, as práticas dos governos podem ser avaliadas como mais próximas ou mais distantes da democracia, de acordo com aquela concepção ideológica específica, que é expressada constitucionalmente.

Esses são os critérios que este estudo emprega para determinar que uma prática ou norma é democrática ou violadora da democracia. Mais precisamente, os parâmetros fornecidos pela ideologia democrático-liberal permitem julgar como negativo o fenômeno do legalismo autocrático. Esses mesmos valores levam a um julgamento negativo do populismo no sentido exposto no tópico anterior.

Há, entretanto, quem defenda que as características de um regime populista possam ser trabalhadas de modo a produzir resultados positivos. Para chegar a esse veredito, é necessário eleger valores de referência, de ordinário, presentes na constituição, sob a forma de princípios, pelos quais pode ser julgado um caso concreto, o que corresponde a fazer a escolha por uma perspectiva ideológica. Barros e Lago (2022) optaram por definir a democracia liberal como parâmetro de análise do populismo. Já Werner (2016) chega a conclusão diversa, mas também parte da mesma orientação ideológica vinculada à democracia liberal, para afirmar que o populismo acaba por ser sempre antidemocrático.

Para fazer um juízo de valor sobre qualquer fenômeno social, portanto, é preciso, de antemão, ter clareza quanto à ideologia que orienta o julgamento.

O liberalismo jurídico e político, como conjunto de valores, é o parâmetro para avaliar o legalismo autocrático, permitindo a articulação entre os conceitos de constitucionalismo e democracia. O constitucionalismo adota a ideologia da democracia liberal, que se torna o paradigma de conteúdo material do ordenamento jurídico. Interferindo nesse equilíbrio delicado, o legalismo autocrático substitui a democracia por majoritarismo, opõe-se às contenções do constitucionalismo e, progressivamente, elimina o liberalismo jurídico-político, produzindo um ordenamento jurídico iliberal (SCHEPPELE, 2018, p. 557). Na literatura anglófona, o avesso do liberalismo é denominado iliberalismo, enquanto, em nossa tradição lusófona, é mais comum falar em autoritarismo.

A compreensão equivocada da democracia como majoritarismo está na raiz do processo de enfraquecimento da constituição. A característica do constitucionalismo, de impor restrições às pretensões imediatas de setores da sociedade, pode ser interpretada como

uma ilegítima intervenção para impedir que se concretize a vontade da maioria. Essa interpretação, que é também populista – em mais um entrelaçamento entre os conceitos de populismo e legalismo autocrático –, requer que o governante eleito atenda à vontade do povo, a quem se dirige diretamente, sem a intermediação dos Poderes constituídos, que é característica do liberalismo jurídico-político.

Ao imediatismo populista, a democracia liberal apresenta, como resposta, a inclusão de outras dimensões, que vão além da vontade majoritária momentânea: a estabilidade do ordenamento jurídico permite que os direitos fundamentais sejam protegidos e que o sistema representativo continue funcionando. Assim, a frustração com uma eventual pretensão não concretizada em razão dos limites constitucionais é compensada pela garantia de participação, no longo prazo, e pela proteção contra arbitrariedades fornecida às pessoas, sobretudo, às pertencentes a minorias.

As principais circunstâncias que garantem uma democracia duradoura são a imprensa e o Judiciário independentes, o pluralismo partidário, o reconhecimento da legitimidade da oposição, uma autoridade eleitoral neutra, um sistema de representação capaz de dar voz às minorias, um sistema de segurança pública cujos agentes prestam contas de suas atividades e uma sociedade civil livre e ativa (SCHEPPELE, 2018, p. 588).

Em relação à sociedade, a perspectiva ideológica liberal requer que o Estado ofereça proteção à dignidade e à liberdade dos cidadãos, justamente para que eles possam continuar a exercer sua cidadania com autonomia. Por outro lado, voltando a atenção para o Estado em si, é necessário que o poder público seja submetido a limites previamente estabelecidos, o que inclui a garantia de que a alternância será sempre possível.

Até agora, fez-se a descrição teórica de como os conceitos de democracia, constitucionalismo e liberalismo interagem no fenômeno do legalismo autocrático. Passa-se, então, à análise dos padrões identificados pela literatura para formular o conceito de legalismo autocrático a partir da prática. As pesquisas sobre o tema tiveram, como objeto, regimes que, seguindo as regras formais de produção de normas, lograram reformar juridicamente um Estado até o ponto em que o constitucionalismo é dissociado da democracia liberal. Como se verá adiante, os estudos de caso comentados também compreendem as tentativas, sem sucesso, de promover tal reforma.

O legalismo autocrático é a combinação de um mandato eleitoral com mudanças legais e constitucionais a serviço de uma agenda iliberal ou autoritária, ou seja, o acesso ao poder se dá democraticamente, em um ambiente de disputa partidária com pluralidade de atores políticos competitivos. Após a chegada ao poder, torna-se alvo de ataques institucionais

justamente o sistema que permitiu, em primeiro lugar, que o governante se elegeisse. As primeiras vítimas são as instituições de controle, de modo que a exigência liberal da prestação de contas e da possibilidade de responsabilização fique enfraquecida (SCHEPPELE, 2018, p. 549).

A Hungria se tornou um caso especialmente representativo, reunindo os mais nítidos exemplos de submissão de toda a estrutura de poder estatal a uma autoridade central, sempre em perfeita conformidade formal com o ordenamento jurídico. O país do leste europeu se constituiu como um paradigma de legalismo autocrático na segunda passagem de Viktor Orbán pela chefia do Poder Executivo, ocasião em que implementou, desde o início do mandato, uma agenda de ataques à autonomia do Poder Judiciário, à mídia, à instituição húngara que exerce funções análogas ao Ministério Público, bem como ao órgão eleitoral e aos órgãos de arrecadação fiscal. Mandatos foram prolongados ou encurtados a depender do que fosse mais conveniente para a manutenção do poder pelo partido de Orbán, o Fidesz, critério esse que balizou também mudanças no processo legislativo e nas regras eleitorais. Foram retiradas quase todas as garantias fornecidas pelo liberalismo, uma a uma, sem violação do processo legislativo (SCHEPPELE, 2018, p. 550).

Especificamente em relação ao Judiciário, foi promovido o aumento do número de juízes na corte mais alta do sistema de justiça húngaro, procedimento também adotado por Erdogan, na Turquia, e Chávez, na Venezuela. Já na Polônia, a captura do Judiciário ocorreu por meio do rebaixamento da idade de aposentadoria compulsória dos magistrados, o que provocou uma renovação transversal do sistema Judiciário. É especialmente estratégico o ataque à independência dos juízes, que são, no desenho institucional do constitucionalismo democrático e liberal, os responsáveis por apontar inconformidades materiais entre novas leis aprovadas pelo Parlamento e os valores que compõem o acervo ideológico de uma constituição.

Se o Judiciário está capturado por um grupo político, proferindo decisões exclusivamente em conformidade com os interesses do governo, ou, simplesmente, abstém-se de exercer sua função de controle de constitucionalidade material, qualquer mudança passa a ser possível, desde que reunida maioria parlamentar para tanto e que seja observado o processo legislativo. Na Venezuela, de 2005 a 2015, a Suprema Corte não proferiu uma decisão sequer contrária aos interesses do governo (CORRALES, 2015, p. 43).

É por isso que a Justiça é, geralmente, o primeiro alvo, seguido das regras eleitorais e das autoridades responsáveis pelas eleições. Não há limites para líderes que tenham dominado a formação do Legislativo e submetido à sua tutela o Judiciário.

Na Rússia, Vladimir Putin atuou de modo a que as autoridades locais ficassem submissas ao poder central, o que se deu concomitantemente à expansão do território russo, por meio da anexação de áreas antes pertencentes a antigas repúblicas integrantes da União Soviética (SCHEPPELE, 2018, p. 551). Foi o que se observou na anexação da Crimeia em 2014 e na atual guerra contra a Ucrânia. Tais fatos compõem uma característica de expansão territorial não observada em outros exemplos de legalismo autocrático. Sendo o mais longo dos governantes identificados como legalistas autocráticos, Putin também é o que mais concentrou seu poder, o que permite inferir que a perpetuação no poder é um movimento combinado com a concentração.

É certo que nem todos os exemplos de legalismo autocrático são idênticos uns aos outros. É possível até mesmo que um governante que se portou ao longo do mandato de acordo com as regras do jogo da democracia liberal, de modo isolado, resolva promover uma medida que pode ser identificada como legalista autocrática. De um modo geral e ignorando, por ora, possíveis gradações, a caracterização de um regime como legalista autocrático não depende do sucesso na captura do poder, mas, sim, da utilização de subterfúgios, com a aparência de legalidade, para esse fim (SCHEPPELE, 2018, p. 556).

Até por ser um fenômeno razoavelmente recente e estudado há poucos anos, não há a definição exata de uma linha que separe verdadeiros exemplos de legalismo autocrático de casos que seguramente não se enquadram no conceito. O que é factível, diante dos estudos já empreendidos, é identificar métodos e circunstâncias que se repetem e, quando têm sucesso, levam às mesmas consequências de comprometimento da democracia liberal.

Assim, mesmo as tentativas são relevantes, pois podem ser sinais de aproximação com o legalismo autocrático, que se desenvolve progressivamente, com os prováveis resultados já conhecidos a partir da observação da realidade histórica. Esse é já um motivo para afastar eventuais objeções que considerem alarmista a descrição das práticas legalistas autocráticas enquanto antidemocráticas. Mas há outro: a tendência a que o poder concentrado assim permaneça. Uma vez eliminadas as contenções típicas da democracia liberal, dificilmente essas medidas são revertidas no curto prazo, de forma que os sucessores dos líderes que impuseram a estratégia legalista autocrática também tendem a se beneficiar do poder que foi conferido ao chefe do Executivo (LANDAU, 2013, p. 214).

Há exemplos concretos que podem ajudar a esclarecer a relevância de medidas legais isoladas para indicar ou não que um determinado país está, pelo menos, no caminho em direção ao legalismo autocrático. A comparação se dá entre os Estados Unidos e a Colômbia,

com base em episódios ocorridos em contextos bastante diversos, que ajudam a identificar as aproximações ou divergências aqui buscadas.

Nos Estados Unidos, em 1937, o então presidente Franklin D. Roosevelt, no início de seu segundo mandato, submeteu ao Congresso norte-americano um projeto de lei que determinava o acréscimo de uma nova cadeira na Suprema Corte a cada vez que um de seus juízes atingisse setenta anos e não se aposentasse. Havia a indisfarçada intenção de aumentar as chances de o próprio Roosevelt indicar juízes para o órgão de cúpula de um Judiciário que, nos anos anteriores, havia julgado diversos processos contrariamente aos interesses do governo. A medida acabou sendo rejeitada pelo Legislativo, em que até mesmo o partido do presidente ofereceu resistência ao projeto (SCHEPPELE, 2018, p. 552).

As contenções do constitucionalismo norte-americano, que são muitas, funcionaram a contento, barrando uma norma que tinha conteúdo iliberal ao promover a concentração de poder. Esse episódio, de fato, foi isolado no contexto que havia. Em momento algum houve ameaça à competitividade eleitoral, à independência da imprensa, aos órgãos de controle ou às demais exigências que o liberalismo jurídico-político faz.

A possível ameaça à independência do Judiciário foi tão inócua que, situada em seu contexto, não representou um passo inequívoco em direção ao comprometimento da democracia. A constituição estadunidense é extremamente rígida⁷, enquanto as constituições da Hungria e da Turquia são facilmente modificáveis, o que permitiu que, nesses dois países, os planos de controlar a cúpula do Poder Judiciário tivessem êxito (SCHEPPELE, 2018, p. 552).

Os mesmos Estados Unidos foram governados por um dos casos mais emblemáticos de populismo no século XXI, o ex-presidente Donald Trump, que, por um lado, não teve a oportunidade de aprovar medidas efetivas que afetassem a democracia na dimensão formal, mas, por outro, adotou políticas violadoras de direitos humanos, sobretudo, na questão migratória. Ainda que republicanos tenham continuado a investir em métodos para dificultar os votos de minorias que tendem a ser-lhes desfavoráveis – o que já existia anteriormente ao trumpismo –, o complexo sistema eleitoral estadunidense dificulta a formação de maiorias amplas e praticamente inviabiliza alterações relevantes na arquitetura institucional.

⁷ O Artigo V da Constituição dos Estados Unidos estabelece que uma emenda constitucional deve ser proposta por dois terços das duas casas que compõem o Congresso ou por dois terços dos Legislativos dos Estados-membros. A aprovação da proposta exige três quartos favoráveis entre os Legislativos dos Estados-membros ou convenções formadas especificamente para esse fim nos Estados-membros.

Por sua vez, Alvaro Uribe, ex-presidente da Colômbia, apresentou projetos de reforma constitucional que David Landau (2013, p. 201) considerou típicos casos de constitucionalismo abusivo por meio de emenda.

Após chegar ao poder como um candidato que não estava inserido nos partidos políticos que tradicionalmente exerciam o poder, Uribe propôs emendar a constituição para que pudesse disputar um segundo mandato, conseguindo a aprovação da medida e um julgamento favorável à sua constitucionalidade na Corte Constitucional colombiana. Já no exercício do segundo mandato, propôs nova emenda constitucional para que pudesse candidatar-se a um terceiro mandato, o que foi rejeitado pelo Judiciário, por resultar em uma concentração de poderes incompatível com o modelo institucional desenhado pela constituição colombiana.

Constitucionalismo abusivo é conceito que se refere a um conjunto de práticas semelhante às do legalismo autocrático em natureza e finalidade, divergindo apenas no alcance, por restringir-se a investidas diretas sobre a constituição. Ficam de fora as leis materialmente inconstitucionais que estão abrangidas no legalismo autocrático, o que reduz, no caso do constitucionalismo abusivo, o problema da contenção, pela via judicial, à questão da inconstitucionalidade das emendas constitucionais.

É seguro afirmar que, se uma situação pode ser caracterizada como exemplo de constitucionalismo abusivo, poderá também, sem dificuldade, configurar um caso de legalismo autocrático, com a particularidade da restrição a modificações do ordenamento jurídico no nível constitucional. Os responsáveis por cunhar ambos os termos chegaram a observações semelhantes ao contextualizar os casos que estudaram.

Tanto no constitucionalismo abusivo como no legalismo autocrático, as práticas adotadas investem sobre a democracia liberal derrubando as limitações ao poder do governante, o que inclui a redução da competitividade eleitoral de seus adversários políticos, e diminuindo a proteção a direitos fundamentais, o que atinge especialmente minorias (LANDAU, 2013, p. 200; SCHEPPELE, 2018, p. 558).

Uma das estratégias do legalismo autocrático é o estabelecimento de uma hegemonia comunicacional, com a criação de barreiras para a imprensa capaz de fazer críticas ao regime, ao mesmo tempo em que são distribuídos incentivos para veículos favoráveis. As dificuldades vão da negativa de acesso a insumos essenciais para jornais, como o papel, à imposição de sanções administrativas. As facilidades, por outro lado, são concedidas em forma de incentivos fiscais e veiculação de propaganda institucional paga (CORRALES, 2015, p. 42). O controle da mídia também consta da descrição do constitucionalismo abusivo, junto a

outras práticas associadas ao legalismo autocrático como o assédio de opositores, o uso do patrocínio estatal para assegurar votos e o domínio das instituições de controle, que, no Brasil, correspondem ao Ministério Público, à Controladoria Geral da União e ao Tribunal de Contas da União (LANDAU, 2013, p. 199).

As observações não coincidem por acaso. A Venezuela foi estudada por Landau (2013), Corrales (2015) e Scheppele (2018). A Hungria é considerada um caso paradigmático de seu respectivo objeto de estudo tanto pelo primeiro como pela última, além de ter inspirado o conceito de captura constitucional de Müller (2014a). A Rússia e a Turquia são reiteradamente utilizadas como exemplos pelos autores referidos. Há menções mais esparsas também aos casos do Equador, da Colômbia e da Polônia. Os conceitos de constitucionalismo abusivo e legalismo autocrático foram formulados, enfim, a partir da análise, em grande medida, da mesma realidade⁸.

Nesses exemplos, as mudanças antidemocráticas podem ser observadas logo no início dos mandatos ou mais tarde, quando os incumbentes já conseguiram formar uma base de apoio sólida no Poder Legislativo e na própria sociedade. Tanto Erdogan, na Turquia, como Putin, na Rússia, somente começaram a propor alterações na ordem legal tendentes a beneficiá-los depois de alguns anos no exercício do poder (SCHEPPELE, 2018, p. 554).

Diversamente, Chávez e Rafael Correa, logo no início de seus mandatos, providenciaram a elaboração de uma nova constituição, o que representa a estratégia mais agressiva e profunda de utilização do sistema legal para minar a democracia. Não que a mudança de constituição seja, necessariamente, antidemocrática, mas é sintomático que seja acompanhada de extensa modificação da estrutura institucional e administrativa, de modo a inviabilizar a livre disputa eleitoral, a responsabilização e a prestação de contas por parte dos governantes.

Na tipologia do constitucionalismo abusivo, a estratégia da substituição constitucional constitui um nível mais avançado que a reforma da constituição por meio de emendas, por criar facilidades como a imediata substituição de autoridades arreadas ao projeto de poder levado a efeito (LANDAU, 2013, p. 2013).

⁸ Diversamente, o conceito de constitucionalismo autoritário formulado por Mark Tushnet partiu da observação do caso da Singapura, com menções também a outros países que não integram a tradição democrática liberal ocidental, como o Egito, para tentar explicar como o constitucionalismo pode coexistir com o autoritarismo contemporaneamente. Como observa o próprio Tushnet (2015, p. 438), o constitucionalismo autoritário identificado em seu estudo diverge do constitucionalismo abusivo descrito por David Landau (2013), ao apresentar um nível maior de compromisso com as restrições formais impostas pelo constitucionalismo ao exercício do poder público.

É relevante também que a substituição das constituições tenha ocorrido sem que houvesse o contexto de uma crise aguda ou a completa ruptura com a ordem política anterior. Nos casos comentados, a promulgação de novas constituições foi justificada por problemas crônicos ou estruturais das sociedades venezuelana e equatoriana, como a desigualdade e a corrupção, que eram e são, não há dúvida, da maior relevância, mas cuja natureza é inteiramente diversa das situações tipicamente associadas à virada de uma ordem constitucional para outra, como o processo de redemocratização posterior à ditadura militar que ensejou a elaboração da Constituição Federal de 1988.

A substituição constitucional traz também a oportunidade de contemplar setores da sociedade anteriormente excluídos, de modo a angariar apoio para os trechos da nova constituição que permitem a concentração de poder no Executivo e a redução da competitividade do sistema eleitoral. As mudanças no ordenamento que pretendem fortalecer o Poder Executivo, geralmente, são mescladas com o reconhecimento de alguns direitos ou outras benesses, de modo a neutralizar as críticas e confundir a sociedade. Exemplo disso foi a inclusão, na nova constituição equatoriana, de direitos que não eram previstos na ordem constitucional anterior, ao mesmo tempo em que se desenhava um presidencialismo hipertrofiado (SCHEPPELE, 2018, p. 554).

Não se afirma, todavia, que mudanças constitucionais com a finalidade de beneficiar o governante do momento sejam exatamente uma novidade, especialmente na América Latina, cujas ruas já foram cruzadas por muitos tanques de guerra em tempos de paz. Acontece que existe uma peculiaridade que diferencia os regimes do século XXI daqueles que formaram o arquétipo do ditador latino-americano: a ambiguidade.

Ambígua é a contradição entre as práticas iliberais ou autoritárias e a aparência liberal, conferida, sobretudo, pela preservação formal do constitucionalismo e pela democracia plebiscitária ou majoritarismo. Diversamente, o discurso dos líderes legalistas autocráticos não contém ambiguidade; é claro e simplificador, em mais uma aproximação entre o fenômeno estudado e o populismo (SCHEPPELE, 2018, p. 568).

A esses regimes, dá-se a denominação de híbridos, por combinarem democracia e autocracia, ou autoritários competitivos, em alusão ao fato de que eleições com algum grau de competitividade ainda são mantidas (LANDAU, 2013, p. 199). São observados principalmente em países em desenvolvimento (CORRALES, 2015, p. 37).

Atualmente, o fenômeno da utilização abusiva de mecanismos de reforma constitucional ou legal conta com o apoio de amplas camadas da sociedade, que não o enxergam como uma ameaça real à democracia. É evidente que aí está em disputa o próprio

conceito de democracia, mas é possível identificar práticas que tornam ainda mais difícil a qualificação dos novos regimes como autoritários.

Na Turquia de Erdogan, a mais ampla reforma da constituição tendente a concentrar o poder do incumbente foi aprovada por um referendo, em que a vitória apertada nas urnas garantiu a extinção do cargo de primeiro-ministro, deu ao presidente a prerrogativa de editar decretos com efeitos legais em matérias políticas, sociais e econômicas – sem os requisitos de relevância e urgência exigidos no caso da medida provisória brasileira, como previsto no art. 62 da Constituição Federal de 1988⁹ –, possibilitou a dissolução do Parlamento pelo presidente, além de reduzir os poderes do Legislativo para exercer a fiscalização das atividades do Executivo (SCHEPPELE, 2018, p. 569).

Elencadas as medidas aprovadas pelos eleitores turcos, é fácil concluir que abrem as portas para o autoritarismo. Muito mais difícil seria convencer os não iniciados na complexidade do conceito de democracia liberal de que é antidemocrática a aprovação de um pacote legislativo pela própria população, justamente em uma votação direta, que, em tese, expressa a vontade da maioria.

Em regra, no legalismo autocrático, há eleições que seguem regras preestabelecidas – mesmo que tendenciosas –, não se decreta estado de sítio, ainda há resquícios de imprensa crítica e de oposição partidária, apenas no limite em que não configurem uma ameaça ao poder do incumbente e de modo a dar a aparência de legitimidade ao regime. Em suma, não há tanques nas ruas; as armas são as leis (SCHEPPELE, 2018, p. 575).

Já nas ditaduras latino-americanas do século XX, havia certa ambiguidade no discurso, mas o caráter autocrático das práticas estava acima de qualquer dúvida. Apesar de o já mencionado Ato Institucional n° 5 enunciar uma intenção democrática, seu conteúdo é flagrantemente autoritário, revelando mesmo a olhos pouco atentos sua real natureza. Desde o art. 2º, há a autorização para o fechamento do Poder Legislativo nos três níveis da federação, com a atribuição da prerrogativa de legislar ao correspondente Poder Executivo. O art. 3º permite a intervenção do Presidente da República em Estados e Municípios, “sem as limitações previstas na Constituição” (BRASIL, 1968). É, portanto, norma estranha ao texto constitucional que determina que seja negada vigência à Constituição, o que não encontra explicação dentro do constitucionalismo.

O ato prossegue com a previsão de suspensão de direitos políticos e cassação de mandatos eleitorais, com a suspensão das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e

⁹ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

estabilidade, com a definição da prerrogativa presidencial de decretar estado de sítio e, finalmente, com a impossibilidade de utilização do *habeas corpus* para combater qualquer medida adotada com fundamento no próprio ato.

Enfim, não há nuances nos regimes autoritários tradicionais. A comparação com as medidas aprovadas em favor de Erdogan na Turquia demonstra que, lá, houve uma concentração de poder incompatível com a democracia liberal, enquanto aqui, havia a autorização para a utilização do poder estatal de modo tirânico, desprovido de limitação ou verniz democrático, além da negativa expressa de vigência do texto constitucional, prevista na heterodoxa categoria jurídica dos atos institucionais.

Prosseguindo na análise das diferenças entre regimes autocráticos e híbridos, as violações de direitos sob o legalismo autocrático não são tão explícitas como nas autocracias tradicionais do século XX (SCHEPPELE, 2018, p. 576). Nos casos paradigmáticos do legalismo autocrático, no mais das vezes, não se pratica a tortura ou o assassinato de jornalistas, mas, sim, o sufocamento econômico da imprensa independente; não são cassados direitos políticos de opositores, tal qual se fez à larga durante a ditadura militar brasileira, mas são adotadas diversas estratégias para evitar que opositores se elejam, a exemplo do *gerrymandering*¹⁰, característico dos países que adotam o sistema de representação distrital, como a Hungria. Nos exemplos citados, a ofensa aos direitos humanos de primeira geração se dá de forma indireta, dissimulada. Acrescente-se que o legalismo autocrático retira a força normativa do texto constitucional, atingindo, especialmente, as regras e princípios que sinalizam a orientação ideológica da constituição. Assim, além das liberdades políticas, outros direitos vinculados a essas regras e princípios são afetados.

A eliminação física de grupos sociais inteiros, empreendimento característico do totalitarismo, quando ainda ocorre nos dias atuais, recebe a reprovação da comunidade internacional, mas não há qualquer pudor na promoção da perseguição jurídica à comunidade LGBTQIA+, de que é exemplo incontornável a Rússia de Vladimir Putin. O legalismo autocrático se vale da ambiguidade para fazer aquilo que não pode ser feito abertamente.

Desde 2013 a Rússia tem legislação que considera crime a veiculação de livros, filmes, propagandas ou qualquer outra forma de manifestação pública voltada para crianças ou adolescentes, que promovam orientações sexuais ditas não tradicionais. Em novembro de 2022, a câmara baixa do Parlamento russo aprovou, por unanimidade, norma que bane

¹⁰ Alteração dos limites dos distritos eleitorais com a finalidade de influenciar o resultado do pleito. Por exemplo, um distrito habitado majoritariamente por um grupo social minoritário que tenderia a eleger um opositor do regime pode ser dividido em várias partes, que serão incorporadas aos distritos circunvizinhos, de modo que o grupo social, que teria força numérica para eleger um representante caso estivesse unido, é diluído a ponto de não influenciar o resultado da escolha nos distritos entre os quais foi dividido.

qualquer forma de promoção de estilos de vida que não correspondam aos valores familiares tradicionais, embora sequer os legisladores da Duma tenham se dado ao trabalho de definir quais são esses valores. Não se pode sequer sugerir que relações homossexuais são normais, o que atrairia a incidência de multas de até quatrocentos mil rublos para pessoas físicas e cinco milhões de rublos para pessoas jurídicas (ANDERSSON, 2022).

A legislação russa é também exemplo concreto de uma característica importante do legalismo autocrático: medidas antidemocráticas costumam vir acompanhadas de outras medidas que beneficiam setores da sociedade ou criam regras em torno das quais há relativo consenso (CORRALES, 2015, p. 38).

No caso russo, a proibição do que chamam de “propaganda LGBTQIA+” se faz acompanhar pela vedação a que seja promovida a pedofilia, vedação essa contra a qual ninguém há de se insurgir. Esse modo de proceder contribui para aumentar a ambiguidade do regime, reduzindo, assim, as possibilidades de resistência por parte de opositores, por não conseguirem mobilizar a sociedade civil contra as reformas legislativas.

A aparência de que o regime compartilha de alguns dos valores de seus críticos dá a impressão de que os pacotes legislativos propostos são, em sua maior parte, razoáveis, de forma que a divergência sobre parcelas minoritárias dos projetos de lei estaria situada na normalidade democrática esperada em uma sociedade com pluralidade de pontos de vista. Acontece que, em exemplos como a legislação discriminatória russa, a discordância não está apenas em perspectivas diferentes, porém igualmente válidas; o conflito, na verdade, opõe partes das leis aos valores democráticos e liberais mais elementares, o que também implica a afronta a qualquer constituição que comungue desses valores.

A enunciação de valores democráticos por uma constituição não é garantia de que as leis infraconstitucionais e as práticas governamentais estarão de acordo com os princípios constitucionais, como é possível constatar a partir das constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, que, mesmo ricas na previsão de direitos, na maioria das vezes não entregaram os resultados prometidos. O desencontro entre os valores expressados em uma constituição e as práticas do respectivo Estado faz do constitucionalismo uma forma vazia. O texto da norma constitucional passa a ser como a “novilíngua” concebida por George Orwell, em seu romance clássico: fala-se uma coisa, com a intenção de dizer seu oposto. A disputa em torno da atribuição de significado à norma denota a relevância estratégica da captura do Poder Judiciário, responsável último por resolver esse conflito, ou abster-se de fazê-lo para deixar o governo passar a sua agenda.

O compromisso, seja do governo ou do Judiciário, com o constitucionalismo liberal e democrático é difícil de ser mantido, exige ocasionalmente uma atuação contramajoritária e, por isso mesmo, impopular. Já o compromisso com a legalidade é apenas formal, pode ser mantido facilmente e exerce a função simbólica de dar a aparência de legitimidade democrática à atuação do governo. A mera observância dos procedimentos constitucionais para a produção legislativa é capitalizada de modo a atribuir força normativa a leis materialmente inconstitucionais (CORRALES; 2013, p. 40; SCHEPPELE, 2018, p. 562).

O caso da guerra na Ucrânia também merece especial atenção. Apesar de toda a controvérsia em torno das motivações russas para deflagrar a guerra, não há dúvida de que eventual vitória das tropas enviadas por Vladimir Putin representaria o subjugo político de um povo por outro, o que se aproxima mais da autocracia tradicional que do legalismo autocrático. De fato, os casos mais longevos de legalismo autocrático, Rússia e Venezuela, aparentam já ter eliminado completamente a ideologia liberal de suas democracias, que sequer são mais reconhecidas enquanto tal no mundo ocidental (SCHEPPELE, 2018, p. 555).

Permitido o crescimento da concentração de poder por tempo o suficiente, as ambiguidades são paulatinamente dissipadas, até que a negação da autocracia enquanto tal vai se tornando cada vez mais difícil sem a utilização de recursos característicos de regimes abertamente autoritários. É possível cogitar que a autocracia venha a ser um estágio final dos regimes híbridos, de modo que o legalismo autocrático seria, então, um refinamento das estratégias de tomada e manutenção do poder, sem qualquer diferença de natureza em relação a formas anteriores de governo autocrático.

Nesse processo, ao menos de acordo com os casos já estudados, nos estágios a que chegaram, os exemplos de legalismo autocrático subvertem a ordem pretendida pelo constitucionalismo, fazendo com que leis cujo conteúdo é contrário à constituição prevaleçam sobre o próprio texto constitucional.

Mas não é só a produção de leis que caracteriza o legalismo autocrático, também o abuso e o não uso das normas legais existentes podem contribuir para a derrocada democrática. O abuso ocorre quando a aplicação das leis e regulamentos é inconsistente e enviesada (CORRALES, 2015, p. 40). O não uso corresponde à confiança na ilegalidade, desde que a lei seja contrária aos interesses do governo, o que se verifica principalmente em matéria eleitoral (CORRALES, 2015, p. 43).

O principal meio para preservar a hierarquia normativa constitucional é por meio do controle judicial material de constitucionalidade, o que fica inviabilizado com a captura dos

tribunais constitucionais, revelando-se a ineficiência das salvaguardas tradicionais do constitucionalismo (LANDAU, 2013, p. 216; SCHEPPELE, 2018, p. 563).

Do paradoxo da tolerância descrito por Karl Popper (1974) à ideia de democracia militante formulada por Karl Loewenstein (1937), o totalitarismo do século XX constitui o paradigma negativo em resposta ao qual foram construídas as defesas da democracia liberal. Se, com o legalismo autocrático, mudaram os métodos jurídicos que levam um Estado da democracia para a autocracia, dificilmente continuarão eficientes os escudos erguidos contra outra modalidade de ataques.

2.3 Instrumentos jurídicos de preservação da democracia

A centralidade das constituições, não apenas para descrever a estrutura jurídico-administrativa do Estado, mas também como instância de mediação dos conflitos sociais, por meio de direitos fundamentais dotados de força normativa, e fonte da qual deve ser extraído o conteúdo do restante do ordenamento jurídico, é característica do constitucionalismo forjado em oposição ao fascismo, cuja expansão resultou na Segunda Guerra Mundial. O evento histórico foi determinante para o papel designado para as constituições do Pós-Guerra, mas já nos anos anteriores à deflagração do conflito, durante a ascensão do fascismo na Europa, o direito já era debatido enquanto instrumento de preservação da democracia.

A Constituição Federal de 1988 está inserida nessa tradição de constitucionalismo democrático e liberal. No caso brasileiro, além da influência do constitucionalismo do Pós-Guerra, houve uma constituição elaborada como saída de um regime autoritário. Essa circunstância impulsionou a adoção da ideologia da democracia liberal no constitucionalismo brasileiro, com o acréscimo da proposta de assegurar direitos sociais, como forma de resolver as tensões de uma sociedade muito desigual.

Inspirando-se na paradigmática experiência nazista, que, até então sequer havia revelado toda a extensão de seu projeto genocida, o jurista alemão Karl Loewenstein (1937, p. 431) formulou o conceito de democracia militante para proteger o Estado da captura autoritária promovida por líderes que, assim como Adolph Hitler, chegassem ao poder por meio de eleições, em conformidade formal com o ordenamento jurídico. É militante a democracia que adota uma postura ativa de autodefesa, principalmente por meio da produção de leis dedicadas a combater o fascismo.

A preocupação, em essência, não diverge muito de uma ideia importante para compreender a República pensada por Platão, a de que os tiranos, antes de assumir essa

condição, passam por um estágio como líderes democráticos e depois são conduzidos à tirania, em parte, pela idolatria que o povo devota às pessoas públicas de destaque. A partir dessa premissa, Popper (1974, p. 288) descreve o paradoxo da tolerância como a destruição da própria tolerância em decorrência da permissividade com a intolerância. É necessário, portanto, ser intolerante com pessoas, ideias e práticas intolerantes, como recurso de preservação de uma sociedade tolerante.

Loewenstein (1937, p. 645) afirmou que a mais efetiva medida contra o fascismo é a proibição de movimentos subversivos como um todo. Após os desdobramentos da expansão fascista que se seguiram à publicação do ensaio do jurista alemão, a estratégia proposta se provou necessária e foi incorporada ao constitucionalismo ocidental contemporâneo. A aparente simplicidade da medida esconde um dilema semântico: o que é, afinal, um movimento subversivo? A utilização de um termo vago pode ser instrumentalizada para que uma oposição democrática seja perseguida, como, de fato, já foi. O combate à subversão esteve na raiz do golpe militar de 1964, além de ter sido a justificativa utilizada para a repressão transversal que atingiu qualquer ideologia divergente da que orientava o poder durante o regime militar brasileiro.

Assim, mesmo a principal medida jurídica de preservação da democracia pode ser utilizada contra a própria democracia. Para evitar esse efeito indesejado de uma legislação inspirada na doutrina da democracia militante, a solução está na clareza quanto ao objetivo de preservação da democracia liberal. Atualmente, a mais importante manifestação da democracia militante ainda é a cláusula de proibição de partidos políticos que anunciam finalidades contrárias aos valores democráticos, cujo exemplo mais objetivo é a vedação a que sejam constituídos partidos nazistas (LANDAU, 2013, p. 216).

Por meio da nomeação das doutrinas autoritárias que não são toleradas e da delimitação do alvo a movimentos que tentem abolir a democracia liberal, é superado o problema da excessiva subjetividade, que poderia ensejar uma utilização abusiva da legislação. Por outro lado, ao restringir o alcance da lei aos casos claros em que há a pretensão de instituir um Estado autocrático, formas menos estridentes de corroer a democracia ficam imunes à proteção jurídica.

Além da ambiguidade, a dimensão do apoio popular a um partido iliberal ou autoritário pode ser um entrave à eficiência da cláusula de banimento de movimentos antidemocráticos. Na Turquia, o fundamentalismo islâmico foi seguidamente barrado pelo Poder Judiciário como força legítima na política partidária, até voltar em versão um pouco mais moderada, e alcançar maiorias eleitorais que permitiram a Erdogan promover as

reformas constitucionais que consolidaram o poder de seu partido e inviabilizaram a competitividade da oposição (LANDAU, 2013, p. 224).

O banimento puro e simples pode ser aplicado a partidos organizados ou a um grupo restrito de pessoas que tentem abolir a democracia, mas é muito difícil que seja eficaz contra grupos políticos com amplo apoio popular, como no caso da Turquia, ou a movimentos difusos. Em 2022, foram presas vinte e cinco pessoas responsáveis por planejar um golpe de Estado com o objetivo de substituir a atual ordem constitucional alemã por uma nova monarquia. Em sua maioria, os presos integram o movimento *Reichsbürger*, composto por cerca de vinte e um mil cidadãos alemães que não reconhecem a autoridade do Estado alemão, mas também havia adeptos do movimento norte-americano *QANON* (ADLER, 2022).

O exemplo mostra que a proibição de que sejam constituídos partidos políticos com ideias extremistas é irrelevante para movimentos que operam informalmente. Nesses casos, é possível responsabilizar indivíduos que venham a demonstrar algum risco concreto à ordem constitucional, mas permanecem ativos os movimentos a que esses indivíduos pertencem.

A restrição a direitos fundamentais de indivíduos e grupos que agem contra a democracia também deriva da doutrina da democracia militante (LANDAU, 2013, p. 218). Essa hipótese igualmente está amparada no paradoxo da tolerância. Afinal, o exercício indiscriminado da liberdade de expressão conduz o debate público a um estado de deterioração em que a voz mais forte, incontida, sobrepõe-se ao dissenso, silenciando-o.

Restringir direitos fundamentais em determinadas circunstâncias previamente estabelecidas é medida menos radical que a proibição da existência de partidos políticos com um determinado perfil, mas é igualmente complexa ao admitir a mitigação parcial de direitos fundamentais, que, para o bem ou para o mal, estão no centro axiológico da democracia liberal. Podem estar incluídas restrições à liberdade de expressão, ao direito à associação e à promoção de reuniões públicas. Nada disso, no entanto, é muito eficaz frente aos recursos tecnológicos que tornam desnecessários os canais tradicionais de comunicação e as reuniões físicas. A regulação das redes sociais é tema complexo e existem ambientes virtuais como a *deep web*, em que o Estado e as leis não chegam.

A Constituição brasileira incorporou instrumentos da democracia militante. Em especial, a limitação ao exercício da política partidária decorre do texto do art. 17, *caput*¹¹, em

11 Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

que a liberdade para a criação de partidos políticos é condicionada ao respeito à soberania nacional, ao regime democrático, ao pluripartidarismo e aos direitos fundamentais. O texto constitucional revela sua filiação aos valores da democracia liberal, o que permite a ramificação das barreiras a movimentos antidemocráticos também nas normas infraconstitucionais.

A Lei nº 9.096/1995¹² estabelece que os partidos políticos destinam-se a “assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”, repete as condições definidas no dispositivo constitucional acima referido e veda a associação entre a política partidária e organizações paramilitares.

Ainda na mesma linha de proteção jurídica contra empreendimentos autoritários claros, porém, no campo penal, houve a substituição da Lei de Segurança Nacional, promulgada nos últimos anos da ditadura militar, pela inclusão do título XII no Código Penal, que passou a descrever, do art. 359-I ao art. 359-R, crimes contra a soberania nacional, contra as instituições democráticas, contra o funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral e contra o funcionamento dos serviços essenciais.

A aprovação da mudança legislativa, que já tramitava no Congresso Nacional desde 1991, ocorreu durante o governo Jair Bolsonaro, em que houve um aumento de 285% em relação a governos anteriores no quesito instauração de inquéritos com fundamento na Lei de Segurança Nacional (FERRARI, 2021). Parte desse aumento decorreu da utilização da norma oriunda da ditadura contra apoiadores de Jair Bolsonaro, como o então deputado federal Daniel Silveira; outra parte veio da utilização da mesma lei contra críticos do presidente da República. O primeiro grupo foi enquadrado em crimes como a incitação à animosidade entre as Forças Armadas e outras instituições e tentativa de impedir o funcionamento do Judiciário, que tiveram continuidade normativa no art. 286, parágrafo único, e no art. 359-L do Código Penal. O segundo grupo foi investigado por praticar crimes contra a honra em face do presidente da República, matéria que voltou a ser regulada pelo Código Penal no capítulo que trata dos crimes contra a honra em geral.

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

12 Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

Parágrafo único. O partido político não se equipara às entidades paraestatais.

Art. 2º É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos cujos programas respeitem a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

Art. 6º É vedado ao partido político ministrar instrução militar ou paramilitar, utilizar-se de organização da mesma natureza e adotar uniforme para seus membros.

A reforma legal foi aprovada por um Congresso Nacional em que a maioria governista não era formada por apoiadores orgânicos de Jair Bolsonaro. Essa circunstância permitiu que fosse inserido um tipo penal que tornava crime a propagação intencional de notícias falsas com a intenção de influenciar as eleições, dispositivo que veio a ser vetado pelo presidente da República.

A presença constante de manifestantes nas ruas clamando por um golpe militar no Brasil culminou na apoteose destrutiva de 08 de janeiro de 2023, denotando que não são exageradas as hipóteses extremas previstas na legislação penal, como a tentativa de abolir violentamente o Estado Democrático de Direito e a tentativa de deflagrar um golpe de Estado. Até o crime de sabotagem de serviços essenciais com motivação política deixa de ser uma mera abstração, diante da prisão de um agente que confessou a intenção de explodir um caminhão de combustível estacionado nas proximidades do aeroporto de Brasília para criar um fato politicamente relevante (PRAZERES, 2022).

Mesmo com normas inspiradas na doutrina da democracia militante, o país não conseguiu evitar uma profusão de manifestações em que houve o explícito e reiterado pedido de intervenção militar para evitar a posse do presidente eleito em outubro de 2022. O tema esteve no topo da pauta das paralisações de estradas e dos acampamentos em frente a sedes militares que se espalharam por todas as unidades federativas. Sob a plena vigência do Título XII do Código Penal, nenhuma prisão em flagrante foi realizada durante uma tentativa de invasão à sede da Polícia Federal, em 12 de dezembro de 2022. Somente a invasão e depredação das sedes dos três Poderes da República configurou ofensa suficiente para que flagrantes fossem lavrados.

Se até contra atos objetivamente tendentes a abolir o Estado Democrático de Direito os instrumentos legais fornecidos pela democracia militante são de eficácia limitada, as estratégias ambíguas do legalismo autocrático são imunes à objetividade das proibições legais.

As salvaguardas jurídicas contra o autoritarismo escancarado são, portanto, necessárias. Mas são, também, insuficientes contra formas mais ambíguas de atentar contra a democracia. Especialmente na seara penal, em que há a necessidade de descrever o crime com objetividade, não há como evitar, de modo eficaz, ameaças insidiosas, que não comportem descrição clara e incontroversa. Até as salvaguardas afeitas a outras áreas do ordenamento jurídico, sujeitas a menos rigidez que o direito penal, estão sendo sobrepujadas pelas estratégias legais adotadas pelos líderes populistas contemporâneos.

No legalismo autocrático, os movimentos ou partidos que impulsionam a agenda reformista são, geralmente, muito esparsos e não têm clareza suficiente quanto aos propósitos para que sejam barrados pela cláusula de vedação à política partidária abertamente antidemocrática. Por exemplo, ao invés de conceder ao presidente a prerrogativa de dissolver o Parlamento e suspender a realização de eleições diretas, tenta-se o caminho de desacreditar o sistema eleitoral vigente, para que seja reformado de acordo com a conveniência do líder populista.

A insuficiência dos instrumentos da democracia militante provocou a formulação de novos mecanismos jurídicos de preservação da democracia. Especificamente quanto ao problema da proteção da constituição contra investidas autoritárias, observa-se, no direito comparado, a adoção da rigidez seletiva – de que é exemplo a África do Sul –, do critério temporal para a aprovação da emenda à constituição – como na Grécia – e da possibilidade de as emendas constitucionais serem declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário – o que ocorre na Colômbia¹³.

Registre-se, previamente ao exame de cada um dos mecanismos, que a substituição constitucional tende a prevalecer sobre todos. As constituições não costumam prever as situações em que podem ser substituídas, o que, de todo modo, facilmente se tornaria uma norma inócua. A substituição constitucional costuma ocorrer após eventos políticos da mais elevada relevância ou, simplesmente, quando um líder consegue angariar apoio suficiente para instituir uma nova ordem, em que, obviamente, ele próprio e seu grupo político sairiam fortalecidos. Tanto em um caso como em outro, não existe margem para barrar o processo de substituição judicialmente; quando se chega a esse ponto, não interessa mais a antiga ordem constitucional que seria o parâmetro para o eventual julgamento.

Voltando aos instrumentos constitucionais referidos, a rigidez seletiva exige quóruns de aprovação diferentes a depender da natureza da matéria que está sendo objeto de emenda. Para temas menos sensíveis, há a exigência de um quórum relativamente baixo, como a maioria simples; para dispositivos ligados à preservação da democracia, como o perfil institucional do Estado, o sistema eleitoral, os direitos fundamentais, há a exigência de um quórum elevado. O critério temporal requer que emendas constitucionais passem por mais de uma votação, distanciadas no tempo e, preferencialmente, submetidas a diferentes legislaturas (LANDAU, 2013, p. 228).

¹³ Jan-Werner Müller (2014b) propõe a atuação da União Europeia como democracia militante supranacional, por meio de um órgão com o poder de aplicar sanções, de modo a rejeitar retrocessos democráticos por parte dos Estados membros. Por ser proposta de alcance restrito à realidade europeia e também por suscitar problemas próprios do constitucionalismo transnacional, não será considerada como uma opção viável para lidar com o legalismo autocrático em geral.

A Constituição Federal de 1988¹⁴, particularmente rígida, adota um sistema que divide os dispositivos constitucionais, quanto à possibilidade de alteração, em duas categorias: aqueles passíveis de modificação por emenda submetida à exigência do elevado quórum de três quintos, que deve ser atingido em dois turnos em ambas as casas do Congresso Nacional, e as imutáveis cláusulas pétreas, que compõem o núcleo essencial da democracia brasileira, de acordo com o perfil traçado na decisão política que fundou a atual ordem constitucional.

Contudo, a rigidez seletiva e o distanciamento temporal entre os turnos de aprovação não dão conta plenamente da erosão constitucional operada de modo formalmente regular. É comum, por exemplo, que a maior rigidez seja atribuída à proteção da dignidade humana, deixando o número de juízes da corte constitucional submetido ao processo menos rígido de emenda (LANDAU, 2013, p. 217). Os regimes híbridos do século XXI não se insurgem contra a dignidade humana universal, professando expressamente valores excludentes, mas aumentam o número de juízes do órgão de cúpula do Poder Judiciário para que ações violadoras da dignidade humana possam ser perpetradas sem interferência judicial.

A possibilidade de captura do Judiciário demonstra que a declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais tendentes a tornar uma constituição menos democrática não é uma barreira infalível contra investidas autoritárias. Mas, dos três mecanismos de preservação da constituição mencionados, esse ainda é o mais eficaz.

A doutrina da inconstitucionalidade de emendas constitucionais pressupõe que o poder constituinte derivado esteja submetido a limitações formais e materiais, apreciáveis pelo Poder Judiciário (CANOTILHO, 1999, p. 1004). Esse modo de controle de constitucionalidade pode ser questionado, em circunstâncias normais, por ser vago quanto aos parâmetros adotados e, ao mesmo tempo, constituir um recurso contramajoritário extremo,

14 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 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.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

sobrepondo uma decisão judicial à vontade parlamentar expressa por maioria qualificada. No caso do constitucionalismo abusivo, por outro lado, a flexibilidade possibilitada pelo controle material de constitucionalidade torna o mecanismo mais adaptável às estratégias fluídas empregadas para erodir a democracia (LANDAU, 2013, p. 233).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal admite o controle concentrado de constitucionalidade de emendas constitucionais de acordo com os critérios formais, circunstanciais e materiais estabelecidos no art. 60 da Constituição Federal de 1988, utilizando, até mesmo, princípios implícitos para fundamentar a declaração de inconstitucionalidade. Sob o aspecto formal, as emendas devem ser aprovadas mediante o rito previsto na própria constituição. As limitações circunstanciais inviabilizam emendas à constituição durante a intervenção federal, o estado de defesa ou o estado de sítio. São critérios, portanto, objetivos. Já do ponto de vista material, o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pode ter como parâmetros princípios constitucionais explícitos ou implícitos, o que abre maior espaço para a subjetividade (STRECK, 2018, p. 463).

A amplitude do controle realizado pela Suprema Corte brasileira, de fato, exemplifica a falta de parâmetros rigidamente definidos para o controle material de constitucionalidade de emendas constitucionais. Todavia, questiona-se a possibilidade e a conveniência de limitar a análise da conformidade material das emendas à ordem constitucional que modificam.

Em primeiro lugar, a maior complexidade da tarefa hermenêutica é inerente ao controle material de constitucionalidade, que exige um aprofundamento analítico incomparável com a simplicidade da mera verificação da observância de um rito, como se dá no controle formal. Se é mais complexo o modo de controle, também será mais complexa a sua eventual regulamentação.

Indo além, a possibilidade de limitar o controle material de constitucionalidade depende da anuência do próprio Poder Judiciário, que poderia, simplesmente, julgar inconstitucional a emenda limitativa de seu próprio poder. Superar a objeção do Judiciário pressupõe a deflagração de um conflito institucional, com a negação da autoridade das decisões judiciais, o que já implicaria a rejeição direta do constitucionalismo. Por outro ângulo, a conveniência dos esforços no sentido de limitar o controle material de constitucionalidade pelo Judiciário deve ser avaliada tendo em conta a função que essa limitação poderia desempenhar na estratégia do constitucionalismo abusivo, facilitando a preservação de emendas prejudiciais à democracia.

O legalismo autocrático, ao operar com leis ordinárias formalmente constitucionais, torna ainda mais difícil que barreiras sejam erguidas contra os ataques à democracia. Não é o

caso de adotar a rigidez seletiva, visto que as leis ordinárias não podem ser submetidas ao mesmo quórum de aprovação elevado das emendas constitucionais, sob pena de engessamento do ordenamento jurídico e esvaziamento do Poder Legislativo. Resta, então, a declaração judicial de inconstitucionalidade, que, tanto quanto a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais, depende da preservação da independência do Judiciário.

A independência institucional, no entanto, também tem suas nuances. Um Judiciário independente somente é um agente efetivo de preservação da democracia se houver a disposição dos julgadores de enfrentar questões materiais e afirmar a prevalência dos valores constitucionais, ainda que seja necessário contrariar os interesses imediatos da maioria da classe política ou da sociedade. Juízes independentes, porém afiliados a uma tradição jurisprudencial excessivamente positivista – no sentido amplo de preferência pela interpretação gramatical e pela estrita observância das formas – não são suficientes para barrar investidas autoritárias (TUSHNET, 2015, p. 420).

A preservação da força normativa do compromisso social firmado na constituição depende, necessariamente, da forma como a jurisprudência se estabelece (WOLKMER, 2003, p. 190).

Na Hungria, a Suprema Corte formou jurisprudência no sentido de que somente poderia exercer o controle formal de constitucionalidade das emendas constitucionais, ficando de mãos atadas em relação às investidas autoritárias ulteriores promovidas por Viktor Orbán (LANDAU, 2013, p. 208). Exigida somente a conformidade formal, o conteúdo do direito admite infinitas possibilidades, que serão aproveitadas por regimes autoritários, a menos que suas propostas sejam submetidas a um controle material efetivo, com parâmetro nos valores da democracia liberal abraçados pelo constitucionalismo (SOUZA, 1993, p. 246).

A estratégia legalista autocrática é justamente de observância das formas, combinada com a violação material da democracia liberal. Assim, ainda que não exista solução única contra o legalismo autocrático, o controle de conformidade do conteúdo de qualquer norma aos valores que qualificam uma constituição como democrática e liberal é um instrumento mais eficaz que as salvaguardas tradicionais da democracia militante. Sem essa proteção, todas as outras podem ser facilmente derrubadas.

2.4 A ideologia no legalismo autocrático

A proteção jurídica que o constitucionalismo oferece à democracia liberal é a lei a serviço de determinados valores e contra outros que lhes são antagônicos. O alinhamento de

uma sociedade aos valores democráticos gravados em uma constituição é uma opção ideológica, tanto quanto a rejeição desses mesmos valores. Com o objetivo de superar a ambiguidade de que se vale o legalismo autocrático para deteriorar a democracia, convém focar na característica material das normas produzidas pelos regimes híbridos: a não adesão à ideologia da democracia liberal. É nesse nível que se dá a disjunção entre a regularidade formal e a irregularidade material das normas que compõem a estratégia do legalismo autocrático.

Entretanto, identificar a natureza ideológica das normas substancialmente antidemocráticas não implica a filiação de todos os líderes legalistas autocráticos a uma mesma ideologia. Muito ao contrário, a caracterização do legalismo autocrático independe da posição de um governante no espectro ideológico, podendo ser verificada em países governados por políticos mais à direita ou à esquerda, com notável repetição dos expedientes empregados para assegurar a manutenção do poder e a imposição de uma agenda (SCHEPPELE, 2018, p. 554).

Por outro lado, o reconhecimento de que políticos das mais variadas linhas podem igualmente promover o legalismo autocrático não significa que o fenômeno, quando verificado concretamente, seja ideologicamente neutro ou indiferente. A preservação do poder nas mãos de um governante, ou um grupo, não é um fim em si mesmo, mas, antes, um meio para alcançar outras finalidades, seja o benefício econômico de pessoas ou grupos sociais específicos ou a concretização de uma determinada visão de mundo com o impulso do poder estatal.

Na primeira hipótese, a ideologia pode apresentar-se como a falsa consciência que, ao ser imposta a uma parcela da sociedade, permite a dominação política e a preservação de privilégios sociais. A pretensão de neutralidade da linguagem tecnocrática é um sinal de que se está diante da ideologia nessa acepção, que igualmente comporta o discurso justificador do exercício do poder nas autocracias tradicionais. Já na segunda hipótese, a ideologia aparece no sentido de conjunto de valores que indicam preferências, conforme o conceito que vem sendo utilizado no texto. Essas são as duas acepções mais comuns da ideologia, mas estão longe de esgotar o tema (SOUZA, 1993, p. 128).

Há, na verdade, uma pluralidade de acepções aceitas para a ideologia enquanto categoria analítica, sendo a maioria delas ligadas à manutenção ou à contestação do poder por meio da atribuição de significados às relações sociais. A compreensão de poder que se pressupõe para analisar algum problema pela chave da ideologia é aquela mais próxima do senso comum, do uso corriqueiro do termo como dominação política. Não é sem motivo que

Foucault não trabalhava com o conceito de ideologia; o poder como uma força que permeia todas as relações, de qualquer natureza, é por demais disperso para permitir alguma clareza quanto ao que seria uma ideologia tendente a dominá-lo (EAGLETON; 1997, p. 20; ŽIŽEK, 1996, p. 18).

Se tudo é poder, as ideias sobre o poder podem ser qualquer coisa, perdendo, assim, a força que as distingue como especialmente relevantes. O poder foucaultiano está nas relações domésticas, no convívio entre crianças e em uma série de situações que somente seriam percebidas como ideológicas se ganhassem alguma relevância coletiva ou repercutissem uma disputa que excede a relação particular. Daí se extrai que a ideologia pode até influenciar atitudes individuais na esfera privada, mas é na e para a esfera pública que se desenvolve.

Já se pode pressupor, então, que há uma dimensão necessariamente coletiva na ideologia. Em resposta à postura de considerar todas as relações igualmente permeadas pelo poder, o termo ideologia é útil justamente por ser capaz de sugerir a distinção entre as disputas mais importantes para a organização da vida em sociedade e aquelas de menor relevância. Mesmo que não remeta a um sentido único e nítido, a palavra ideologia é bastante eficaz na comunicação, por ter uma orientação essencialmente prática e já internalizada na maioria dos falantes (EAGLETON, 1997, p. 21). Isso não quer dizer, todavia, que o sentido popular deva ser tomado por definitivo, até porque não avança nas inúmeras dúvidas que acompanham a teorização da ideologia.

Se a função das ideias é atribuir significados às coisas, poder-se-ia supor que o problema da ideologia está no nível da linguagem, mas o que ela efetivamente faz é mobilizar a linguagem para alcançar um fim, transformando-a em discurso. A ideologia “regula a relação entre o visível e o invisível, o imaginável e o inimaginável, bem como as mudanças nessa relação” (ŽIŽEK, 1996, p. 7).

Assim, tendo em vista que a atribuição de significado pela ideologia se dá de forma orientada ao atingimento de algum propósito, a questão não é o significado em si, mas a disputa em torno dele e tudo que está em jogo por consequência. O propósito pretendido pela ideologia, geralmente, é ocultado por justificativas que têm algum nível de correspondência com a realidade, mas servem, no final das contas, para desviar a atenção das intenções verdadeiras. Essa função de prestidigitação da ideologia é a premissa elementar da crítica da ideologia, a proposta marxista desenvolvida pela Escola de Frankfurt de desvelar os verdadeiros interesses por trás dos discursos (ŽIŽEK, 1996, p. 15).

Há vários outros sentidos possíveis, igualmente válidos e utilizados como categorias de análise por diferentes ramos das ciências e da filosofia. A ideologia pode ser vista como

cultura, que consiste na produção de ideias e valores referentes à vida em sociedade; como visão de mundo, que aglutina as percepções de um determinado grupo social relevante; como promoção ou legitimação de interesses socialmente importantes; como promoção ou legitimação especificamente do poder dominante; como crenças falsas que decorrem da estrutura material da sociedade, sendo essa uma variante marxista do sentido mais amplo de ideologia como dissimulação, que está presente, por exemplo, no conceito de fetichismo das mercadorias (EAGLETON, 1997, p. 39).

Há, também, algumas características comumente atribuídas às ideologias que podem ser utilizadas como parâmetros para qualificar um fenômeno como ideológico, para além dos sentidos mais específicos e estanques listados acima.

A primeira dessas características é o impulso à unificação. Note-se que se trata de uma tendência, e não de uma qualidade inerte. A coesão interna é uma ficção que serve apenas para facilitar a compreensão de diferentes ideologias comparadas entre si, enquanto, na verdade, os grupos tidos como unidos por uma ideologia singular tendem a ser heterogêneos, formados por interesses aproximados ou coincidentes, mas com uma profusão de percepções mais ou menos afinadas entre si, de modo a apresentar-se externamente como uma só força. Essa mesma consideração é válida para ideologias dominantes e para as que desafiam o poder.

Na prática, mesmo as ideologias mais tendentes ao totalitarismo, com mais pretensão de apreender o todo da sociedade e constituir-se como interpretação última do mundo, em algum nível, precisam corresponder à realidade. Sem que as ideologias totalitárias dialoguem com os anseios reais das pessoas, não conseguem provocar as emoções que mobilizam as massas. Por essa via, até o totalitarismo se abre para a existência de desejos e necessidades que lhe são alheios, tornando impossível a total apreensão da existência sob uma ideologia única (EAGLETON, 1997, p. 51).

Sob o aspecto teórico, a Escola de Frankfurt e Foucault conceberam ideologias dominantes unificadoras, ainda que este último não empregasse o termo ideologia. Enquanto Marcuse e Adorno tratavam da reificação de todas as coisas, Foucault entendia que o poder preenchia todos os espaços da vida social. Em comum, ambas as formas de conceber a dominação deixam de explicar como é possível a própria crítica que fazem se a ideologia dominante não deixa brechas (EAGLETON, 1997, p. 52). A crítica da ideologia é também criticada por não perceber-se, suficientemente, a si própria enquanto ideológica, já que a própria concepção do acesso à realidade não intermediado por alguma distorção discursiva é ideológica em si (ŽIŽEK, 1996, p. 16).

A tendência à unificação relaciona-se, ainda, com a universalização, característica das ideologias que se apresentam como válidas para qualquer época e local, quando são, de fato, específicas de um tempo e lugar (EAGLETON, 1997, p. 60).

As ideologias são comumente vistas, também, como orientadas para a ação. Em boa medida, essa impressão advém diretamente de Marx e Engels, que, em *A Ideologia Alemã*, rechaçam conjuntos de ideias presos à metafísica, sem correspondência com a prática (EAGLETON, 1997, p. 53). Sob essa ótica, a ideologia é composta de teorias e, ao menos, a intenção da prática. As várias ideias que integram uma ideologia específica oscilam, portanto, do nível mais teórico, abstrato, emocional e pré-consciente ao nível mais concreto, prático e voltado para situações específicas (EAGLETON, 1997, p. 55).

A já demonstrada íntima relação com o poder e com interesses é uma prova de que a ideologia propõe que algo seja feito, que algum objetivo seja alcançado. As ideologias implicam preferências por determinados resultados da ação em relação a outros e utilizam os valores para estabelecer a hierarquia entre as consequências desejáveis (LUHMANN, 1982, p. 98).

Outra característica que costuma ser associada à ideologia é a racionalização, compreendida como a postura de impor uma ordem racional mesmo ao que é contraditório, na maioria das vezes sem que se tenha consciência desse processo, de modo a permitir a aceitação pelos seus adeptos. A razão, aqui, está mais ligada ao falseamento para encobrir verdades inconvenientes que a busca por uma compreensão lógica das coisas. É o caso da afirmação de que a vedação à migração permitiria que mais recursos ficassem disponíveis para os nacionais. Há alguma lógica presente no raciocínio, mas, no final das contas, o que se tem é a tentativa de justificar uma postura preconceituosa (EAGLETON, 1997, p. 56).

Passa-se, então, à legitimação, que está intensamente ligada à racionalização. É legítimo o exercício do poder aceito por aqueles que estão subordinados, o que pode ser obtido justamente por meio da racionalização. Nem toda procura por legitimação é perniciosa e falseadora em si, o convencimento é uma das funções da ideologia e se aplica também às ideias que podem ser reputadas desejáveis e valorosas (EAGLETON, 1997, p. 58). Nesse sentido, a democracia liberal – sendo uma ideologia – busca justificar discursivamente as limitações inerentes ao constitucionalismo, seja para quem exerce o poder estatal ou para a sociedade civil, oferecendo em troca a estabilidade dos mecanismos de representação política e a proteção contra a ofensa a direitos humanos.

Atendo-se à função de racionalização, Loewenstein (1937, p. 423) entende que o fascismo não é uma ideologia, mas uma técnica política que se vale das emoções que suscita

para assegurar a perpetuação do poder. A exclusão do fascismo como ideologia, que é compartilhada por Adorno, supõe que, se o fascismo não se preocupa em justificar-se racionalmente, não cumpriria o papel de falseamento da realidade considerado essencial para que fosse considerado ideológico (ŽIŽEK, 1996, p. 19).

Ocorre que, nesse caso, o sentido atribuído à ideologia é determinado apenas por uma de suas funções. Observando o mesmo fenômeno por outro ângulo, a submissão e a doação irracionais dos grupos sociais que sustentam o fascismo podem ser interpretadas como a ideologia em seu estado mais avançado, capaz de condicionar a relação das pessoas com a realidade independentemente do verniz racional. É a naturalização plena de um projeto artificial de sociedade.

Chega-se, assim, à última das funções mais importantes: a naturalização, processo por meio do qual a ideologia leva a crer que as ideias e práticas que sustenta são nada mais que naturais, de forma que não poderiam em qualquer hipótese ser diferentes (EAGLETON, 1997, p. 62). Contudo, a ideologia é necessariamente um produto humano e, como tal, não pode ser natural; é artificial e, como tudo que assim é, pode sempre ser diferente.

Ademais, voltando ao argumento inicial, não é ideologicamente neutra uma técnica que tem como objetivo eliminar uma ideologia. Esse é o caso do fascismo, que se opõe de modo frontal à ideologia liberal-democrata, mas também do legalismo autocrático, que faz uso de técnicas distintas para chegar ao mesmo objetivo de eliminação do liberalismo. Em verdade, a admissão de que a ideologia assume sentidos diferentes, que não se excluem, torna difícil negar a qualificação a qualquer movimento de conquista ou manutenção do poder em uma dimensão coletiva relevante.

Os diferentes regimes legalistas autocráticos promovem a confrontação indireta da essência democrática de um Estado constitucional, valendo-se de expedientes que, embora sejam formalmente concordantes com a ordem constitucional, são materialmente contrários aos valores das constituições que alteram, substituem ou tornam sem eficácia por meio da aprovação de leis inconstitucionais, que nunca são assim declaradas. Essa contrariedade material se dá, muito especificamente, enquanto confronto de duas ordens ideológicas distintas, uma que assume os valores da democracia liberal, e outra que os rejeita.

A rejeição ocorre, sobretudo, em relação aos valores que desdobram o conceito de democracia em salvaguardas das minorias contra tiranias, na necessária pluralidade que permite o reconhecimento do outro e a construção da vida em sociedade sobre o contraste entre visões de mundo distintas. Como se viu, a negação dos valores democráticos e liberais não é necessariamente produto de uma mesma ideologia. Diversas concepções de mundo – é

preciso dizer mais uma vez, à esquerda ou à direita – podem ter como uma de suas características a rejeição a esse conjunto axiológico que informa as democracias liberais.

Em síntese, as ideologias são tendentes à unificação, orientadas para a ação e exercem as funções de racionalização, legitimação e naturalização, características que estão presentes no legalismo autocrático enquanto mobilização da estrutura jurídica de um Estado para atacar a democracia liberal.

A tendência à unificação está na invalidação apriorística dos discursos contrários, uma característica que o legalismo autocrático herdou do populismo e que o faz incompatível com a pluralidade. A orientação para a ação está na pretensão reformista que é inerente ao legalismo autocrático. As funções de racionalização e legitimação são exercidas, sobretudo, pela regularidade formal das normas que são utilizadas pelo legalismo autocrático. Finalmente, as normas formalmente regulares, produzidas sob a perspectiva única do grupo social detentor do poder, são empregadas na reforma do Estado, tornando-o progressivamente menos democrático, de modo que o regime iliberal é naturalizado como o caminho virtuoso a ser seguido pela sociedade.

Nesse processo, a constituição é destituída de sentido e autoridade. Nos casos que configuram o constitucionalismo abusivo, o próprio texto constitucional é desfigurado por meio de emendas ou inteiramente substituído. No legalismo autocrático, além das mudanças no nível constitucional, faz-se uso de uma profusão de normas infraconstitucionais de conteúdo contrário à constituição. Como resultado, o poder pode ser exercido sem as contenções do constitucionalismo, o que viabiliza o direcionamento da atuação estatal em sentido ideologicamente contrário ao do pacto fundante da constituição.

3 Políticas públicas e constituição

Juridicamente, o processo de consolidação do Estado moderno culminou no constitucionalismo, caracterizado por Canotilho (1999, p. 47) simultaneamente como movimento, teoria ou ideologia que concebe as constituições como fontes de limitação aos governos, garantia de direitos, delineamento da organização político-social de um povo e fundamentação do poder político. São funções imodestas que se justificam pela persecução de fins e tarefas definidos pelo texto constitucional em benefício da sociedade (BERCOVICI, 2005, p. 33).

Os fins correspondem aos objetivos expressamente declarados pela constituição, assim como pelos direitos fundamentais, que pedem concretização, tornando-se, assim, metas cuja

realização plena pode ser inatingível, mas que exercem a relevante função de expressar o direcionamento das ações pretendido constitucionalmente. Esses fins, mais precisamente pelo aspecto das consequências concretas que pretendem produzir no ambiente, compõem a estrutura ideológica do Estado Constitucional.

As tarefas são, em regra, as políticas públicas. A constituição projeta a transformação da sociedade e atribui ao Estado a incumbência de fazê-lo. Esse modelo de constituição dirigente tem sido questionado em razão da impossibilidade de um único sistema, seja o jurídico ou o político, abarcar o todo social (BERCOVICI, 1999, p. 41).

Mesmo com as dúvidas quanto ao que se pode esperar de resultados concretos do dirigismo constitucional, as políticas públicas preservam sua condição de meios para a concretização dos fins constitucionais. A depender da visão que se adote da questão, as políticas públicas deverão ser constitucionalizadas ou não e a sociedade civil terá maior ou menor responsabilidade na realização dos objetivos constitucionais, mas não se cogita que um Estado assentado ideologicamente na representação democrática e na promoção da dignidade humana possa abster-se inteiramente de atuar mediante políticas públicas.

3.1 Objetivos e dirigismo no Estado Constitucional

Toda constituição que modela politicamente o Estado faz opções ideológicas, que se presume sejam ao menos consentâneas com a preservação da própria ordem constitucional. O conjunto dessas orientações combina-se na fórmula política do Estado, que sintetiza jurídica e politicamente a ideologia adotada pela constituição. Algumas constituições vão além e incluem uma cláusula transformadora que visa reduzir a diferença entre a realidade e o cenário idealizado constitucionalmente, ao fazê-lo, são qualificadas como dirigentes (BERCOVICI, 2005, p. 37).

No constitucionalismo brasileiro, a fórmula política é facilmente observável nos artigos 1º, que fixa os fundamentos da República em seus incisos e opta pelo Estado Democrático de Direito em seu *caput*, e 3º, que lista como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A expressa formulação do art. 3º da Constituição Federal como rol de objetivos o caracteriza como cláusula transformadora. Mas a orientação dirigente não precisa

corresponder a um único dispositivo que vincule expressamente a atuação estatal à persecução das metas estabelecidas na constituição, podendo perfeitamente ser deduzida de um conjunto de comandos constitucionais que impulsionam o Estado na direção pretendida.

No caso do Brasil, além do comentado art. 3º, há dispositivos esparsamente distribuídos pela Constituição de 1988 que pressupõem metas e programas para alcançá-las (ROSILHO, 2016, p. 18), a exemplo do art. 196¹⁵, que ao estabelecer o alcance geral do direito à saúde, impõe ao Estado o dever de adotar políticas voltadas para os específicos fins de reduzir o “risco de doença e de outros agravos” e assegurar o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Sem surpresa, portanto, a Constituição Federal de 1988 é tida por dirigente (BERCOVICI, 2005, p. 36).

E o que implica o dirigismo constitucional? Em sua acepção originalmente formulada por Peter Lerche e adaptada ao constitucionalismo português por Canotilho – no que foi largamente seguido pela doutrina constitucionalista brasileira –, pressupõe que o aparato jurídico seja mobilizado em direção à consecução dos objetivos constitucionais, com particular ênfase na vinculação do legislador à direção apontada (STRECK; MORAIS, 2014, p. 82). A diferença essencial entre um e outro teórico está no esforço de Lerche para identificar quais partes da constituição seriam efetivamente dirigistas, enquanto Canotilho projetou o dirigismo sobre o texto constitucional considerado de modo integral (BERCOVICI, 2005, p. 35).

Essa perspectiva inicial visava proteger o constitucionalismo da utilização do caráter programático de algumas normas como escudo contra a sua normatividade, mobilizando boa parte dos debates constitucionais do século XX em torno da eficácia vinculante das normas programáticas (BERCOVICI, 2005, p. 40). Programática é a norma constitucional que “vincula comportamentos públicos futuros” (BONAVIDES, 2011, p. 246), o que constitui boa desculpa para que, no presente, a constituição seja simplesmente inobservada.

A pretensão de que todos os problemas da sociedade coubessem na constituição e pudessem ser resolvidos de acordo com seu programa de ação criou a ilusão de que o Estado é um instrumento submetido a um hipertrofiado sistema jurídico, ignorando-se outros sistemas sociais, em especial o da política (BERCOVICI, 2005, p. 41). A partir dessa crítica, o próprio Canotilho (2003) passou a entender que a constituição dirigente gera um problema de reflexividade, pois não consegue apreender o todo da sociedade, embora se coloque como resposta para tudo. Essa perspectiva já admitia que a crescente complexidade da sociedade,

15 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

com sistemas cada vez mais diferenciados entre si, tornava inócuo o esforço de simplificação da realidade que estava contido na concepção totalizante do dirigismo.

Em sua visão atualizada, Canotilho (2003) exonerou o Estado da incumbência exclusiva pela concretização do projeto de sociedade traçado na constituição e convidou a sociedade civil a assumir também esse encargo, por meio da cooperação e do princípio da responsabilidade. Não seria adequado, portanto, incluir no texto constitucional, além dos fins, as tarefas específicas que constituem os meios, ou seja, as políticas públicas.

Os direitos fundamentais, ainda que com sua característica de concretização sempre inacabada, não perdem importância no posicionamento adotado por Canotilho (2003). As políticas públicas dedicadas à realização dos direitos fundamentais não deixam de ser o principal instrumento à disposição da sociedade para a transformação da realidade, mas não precisam ser constitucionalizadas. Na constituição, estão “as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais” (CANOTILHO, 2003, p. 30).

A conformidade material com os princípios constitucionais e com os direitos fundamentais segue sendo a principal fonte de legitimação das políticas públicas (BERCOVICI, 1999, p. 37). A força normativa da constituição não é eliminada pelo reconhecimento de que o empreendimento dirigista era excessivamente pretensioso nos resultados que esperava obter. A constituição segue tendo objetivos que devem ser buscados e as políticas públicas são instrumentos essenciais nessa tarefa, mas houve um deslocamento na teoria de Canotilho quanto ao espaço adequado para tratar dos problemas sociais com o nível de detalhamento que as políticas públicas proporcionam.

Na Constituição Federal de 1988, houve intensa constitucionalização das políticas públicas, como resultante da participação das forças sociais que tomaram parte no processo constituinte e do contexto que demandava – e nunca deixou de demandar – intervenções do Estado para a redução das diferentes formas da miséria brasileira.

Passada a inicial empolgação com a redemocratização e o projeto de sociedade desenhado pela nova constituição, o Brasil adentrou uma fase em que o recurso ao caráter programático, não vinculante, das normas constitucionais se tornou a solução corrente para o que se convencionou chamar de ingovernabilidade produzida pelo excesso de minúcias constitucionais. A constitucionalização das políticas públicas fez com que fossem elas o alvo de cerca de dois terços das emendas constitucionais promovidas durante os governos de Fernando Henrique Cardoso, período em que foram promovidas reformas constitucionais com a justificativa de tornar o país governável (ROSILHO, 2014, p. 33).

O que foi identificado como crise de governabilidade decorrente do dirigismo constitucional provocou um movimento de refluxo liberal, que buscava devolver a constituição ao lugar de defesa do indivíduo contra o Estado e de organização político-administrativa do governo (BERCOVICI, 1999, p. 42).

Nem toda alteração do texto constitucional ofendeu ou ofende a orientação ideológica da Constituição de 1988 (ROSILHO, 2014, p. 33), é possível modificá-la em harmonia com o sentido extraído de sua fórmula política, que segue vinculando intérpretes e legisladores, apesar dos embates teóricos que a programaticidade das normas constitucionais segue suscitando, sem que se possa dar a questão por superada ainda (STRECK; MORAIS, 2014, p. 83).

Diretamente afixadas no texto constitucional ou constitucionalizadas pelo dever de conformidade material com os direitos fundamentais, as políticas públicas não podem ser cogitadas como categorias independentes da estrutura ideológica do Estado Constitucional.

3.2 Políticas públicas

Políticas públicas são as ações praticadas ou omissões deliberadamente adotadas pelo Estado para atingir os seus objetivos.

Mesmo após o século XX, quando diferentes dimensões de direitos humanos foram progressivamente sendo reconhecidas pela comunidade internacional e incorporadas a ordens jurídicas nacionais, a afirmação de direitos não se tornou supérflua. O movimento de refluxo de direitos provocado pela ascensão de governantes autoritários em democracias consolidadas ou recentes é suficiente para eliminar qualquer dúvida a respeito. No entanto, sem ignorar a relevância de assegurar proteção jurídica no plano deontológico, desde os últimos anos do século passado, a agenda de preocupações com os direitos fundamentais passou a deslocar a ênfase do reconhecimento para a eficácia (BOBBIO, 2004, p. 25). Posta a questão por esse ângulo, as abordagens tradicionais, de natureza exclusivamente teórica, assentadas sobre critérios epistemológicos próprios da dogmática jurídica, não conseguem alcançar toda a abrangência, profundidade e diversidade de temas que um estudo da eficácia constitucional permite.

É a partir da incompletude da pesquisa jurídica tradicional que se estabelecem espaços para a interação entre as temáticas comumente circunscritas ao direito e as abordagens científicas oriundas de outros campos do conhecimento. Em especial, há que se destacar a baixa adesão dos estudiosos do direito à pesquisa empírica (LIMA, 2012, p. 37) e a sua

tendência a constituir um campo de conhecimento ensimesmado (NOBRE, 2009, p. 5). Sem dedicar-se à métrica da realidade e ao enriquecimento das perspectivas teóricas, não há muita margem para a pesquisa jurídica avançar no problema da eficácia dos direitos fundamentais.

Dentre os campos do conhecimento que têm contribuição a dar ao tema, há uma preponderância, por atração gravitacional, das ciências sociais, que se colocam como protagonistas na análise das condições concretas da vida em sociedade. Dentro do universo das ciências sociais, há uma subárea especialmente vinculada ao ramo da ciência política, mas, ao mesmo tempo, inerentemente interdisciplinar, que pode jogar luzes sobre diferentes facetas do problema da eficácia: o estudo das políticas públicas.

À parte a noção de eficácia horizontal dos direitos fundamentais – que, independentemente de sua relevância, não constitui o principal meio para a concretização dos objetivos constitucionais, sobretudo, aqueles consubstanciados em direitos que exigem prestações positivas e, muito especialmente, em Estados pobres ou muito desiguais, como o Brasil –, é por meio da atuação estatal que os projetos delineados em tratados internacionais e constituições ganham corpo, transcendendo as intenções e transformando a realidade.

Nessa linha de pensamento, é nítida a pertinência da aplicação de ferramentas teóricas empregadas para examinar políticas públicas a problemas que, tradicionalmente, são vinculados ao direito. O estudo das políticas públicas pode servir para tirar o Estado da inércia em relação a alguma questão ou pode contribuir para a compreensão de uma determinada ação estatal, para, se for o caso sugerir mudanças que contribuam para uma melhor satisfação de seus objetivos (SOUZA, 2006, p. 27).

As políticas públicas são analisadas em diferentes fases, para responder a questões diversas, com o uso de modelos fiados ou não na racionalidade e na previsibilidade. Cada uma dessas abordagens específicas pode ser mais adequada à pesquisa acerca do tratamento conferido a um determinado direito, delimitado no tempo e no espaço, desde que haja atenção para não incorrer no vício do ecletismo, que ignora a complexidade do fenômeno e mistura conceitos pertencentes a paradigmas diversos sem buscar adequá-los (VASCONCELOS, 2016, p. 108).

Igualmente, as políticas públicas têm a ganhar com o acréscimo das temáticas jurídicas, que inauguram questionamentos próprios, ampliando o campo de estudos. A análise da estrutura do Estado pela perspectiva jurídica foi a primeira das tradições teóricas nesse campo do conhecimento e segue tendo importância, sobretudo quando combinada a outras abordagens (SARAVIA, 2006, p. 22). Afinal, o direito continua sendo a linguagem que institucionalmente traduz as políticas públicas e dá suporte à sua exigibilidade pelo

beneficiário e oponibilidade ao Estado (BUCCI, 2006, p. 37). As políticas públicas podem ser abordadas como categorias jurídicas justamente porque, em geral, têm como objetivo a realização de direitos humanos, com ênfase nos direitos sociais (BUCCI, 2006, p. 3).

É inerente aos direitos fundamentais que seu grau de concretização seja intensamente variável e a moldura constitucional que os sustenta comporta níveis de realização diferentes, ainda que a constituição aponte as metas que pretende alcançar e sinalize que há parâmetros acerca de como esses objetivos devem ser atingidos (BREUS, 2006, p. 214). Sendo certo que o Estado é o principal indutor da concretização do projeto constitucional e que isso pode ocorrer em níveis muito diversos, é importante jogar luzes sobre a atuação estatal como forma de compreender o que leva a uma maior ou menor aderência à ideologia constitucionalmente prevalecente.

2.2.1 O que são e como são as políticas públicas

Algumas características comuns podem ser observadas nos diferentes conceitos de políticas públicas: elas são institucionais, na medida em que são adotadas por autoridades legalmente constituídas no âmbito de suas competências; decisórias, pois pressupõem que sejam feitas escolhas; comportamentais, já que prescrevem ações ou omissões; e são causais, por resultarem de ações que as antecedem (SARAVIA, 2006, p. 31).

A circunscrição às categorias de ação e omissão ressalta o fato de que as políticas públicas são artificiais, limitadas no tempo e no espaço, e compreendem sujeito e objeto. O sujeito é uma variável independente, pois será sempre o Estado, ainda que eventualmente em parceria com entes privados, enquanto as demais variáveis são manipuláveis.

Se as políticas públicas envolvem escolhas, a opção estatal consciente por não agir diante de uma situação também é relevante e pode ser um meio para a consecução de um objetivo. Quando a estrutura ideológica indica a ordem de preferência entre as consequências possíveis, o caminho para produzir o resultado pretendido pode perfeitamente ser a inação.

Por exemplo, se o aparato ideológico de um governo pretende abrir mais espaço para o cultivo de grãos, ainda que, para isso, tenha que avançar sobre áreas de preservação ambiental, a melhor forma de alcançar esse resultado pode ser simplesmente negar recursos financeiros para custear a atividade fiscalizatória. Trazendo a hipótese para a ordem constitucional brasileira, a omissão deliberada diante de práticas de agricultura assim

predatórias constituiria uma ofensa aos artigos 23, VI e VII¹⁶, 170, VI¹⁷, 186, II¹⁸, e 225, §§ 1º, 3º, 4º e 5º¹⁹, da Constituição Federal de 1988.

As ações e omissões são frutos de escolhas que ocorrem em um processo dinâmico, que compreende diferentes fases, caracterizadas de modos diversos pela literatura, mas sempre preservando a perspectiva de um fenômeno em movimento. De modo sintético, são apontadas as fases da formulação, implementação e avaliação, que podem desdobrar-se em outras.

16 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

17 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

18 Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

(...)

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

19 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

VIII - manter regime fiscal favorecido para os biocombustíveis destinados ao consumo final, na forma de lei complementar, a fim de assegurar-lhes tributação inferior à incidente sobre os combustíveis fósseis, capaz de garantir diferencial competitivo em relação a estes, especialmente em relação às contribuições de que tratam a alínea "b" do inciso I e o inciso IV do caput do art. 195 e o art. 239 e ao imposto a que se refere o inciso II do caput do art. 155 desta Constituição.

(...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

Nos países que seguem a tradição ibérica legalista, é mais comumente adotada a classificação de cinco fases: a formulação é dividida em elaboração, quando é preparada a decisão a ser tomada, e formalização da escolha política; em seguida, a implementação corresponde à elaboração de planos, programas e projetos e precede a execução, quando, de fato, a decisão política é colocada em prática, para depois ser avaliada (SARAVIA, 2006, p. 32).

A sucessão de fases compõe um ciclo, que, de modo mais detalhado, ainda pode compreender outras etapas além das cinco mais comuns: a identificação do problema, a formação da agenda, a formulação de alternativas, a tomada de decisão, a implementação, a avaliação e a extinção (SECCHI, 2013, p. 43).

O ciclo das políticas públicas é manejado com o objetivo de manter o equilíbrio social ou alterá-lo para mudar a realidade de algum modo específico (SARAVIA, 2006, p. 28). Na prática, os objetivos que levam à promoção de uma política pública podem ser os mais diversos, coincidindo ou não com os objetivos constitucionais ou com as aspirações de segmentos da sociedade; podem ser metas estatais ou interesses particulares que conseguem encontrar espaço no orçamento público e mobilizar atores estatais que os sustentem.

Essa característica revela que, embora toda política seja levada a efeito por vias institucionais, há atores privados que se envolvem no processo e buscam influenciar as decisões. Se o direito não concebe deontologicamente para as políticas públicas uma função diversa da promoção de fins situados no ordenamento jurídico, as ciências sociais se encarregam de descrever a realidade para além da pretensão de preponderância do sistema jurídico. Não é estranho ao constitucionalismo, todavia, que o projeto desenhado pela constituição dependa intensamente dos atores que disputam a preponderância em sua aplicação e interpretação (ROSILHO, 2016, p. 32).

Países latino-americanos como o Brasil, sobretudo, quando vigem regimes autoritários, caracterizam-se pela mobilização de políticas públicas para atender a interesses independentemente de sua conformidade jurídica. Nesses casos, a relação Estado-sociedade costuma ser mediada pelo clientelismo e pelo corporativismo, que tende a apresentar uma característica estatista, de controle pelo Estado das instâncias de representação de interesse, ao lado de uma face privatista, consubstanciada na abertura de setores específicos do Estado para interesses privados (LOBATO, 2006, p. 299).

Ressalvadas as exceções concretas de políticas nitidamente contrárias ao interesse público, adotadas apenas para satisfazer interesses particulares, as políticas públicas são majoritária e idealmente orientadas à consecução dos objetivos de uma sociedade plasmados

em sua constituição. A intensa variação entre os propósitos de diferentes sociedades remete à necessidade de que as políticas públicas sejam analisadas à luz do contexto, que é formado, especialmente, pelas organizações social e política vigentes na sociedade estudada, bem como pelas condições econômicas, tecnológicas e culturais. Os interesses são, nessa visão, a manifestação política das condições de uma determinada formação social (LOBATO, 2006, p. 302).

Comumente as políticas públicas são associadas ao incremento da democracia, à promoção de justiça social e à produção de bem-estar, no entanto, todos os exemplos mencionados são apenas construções sociais que podem ser substituídas por quaisquer outras, de modo que, no fundo, a chave está nos valores e na ideologia prevalecentes no local e na época. É notório que o cabedal axiológico de uma sociedade não é unidirecional, ele é percebido, na verdade, a partir da interação entre diferentes segmentos sociais, atores públicos e privados, divisões e subdivisões nas instituições e nos meios de veiculação de demandas e de representação de interesses.

A complexidade e a pluralidade dos processos compreendidos nas políticas públicas levam ao questionamento acerca do que faz uma política ser adotada e não outra, um problema ser enfrentado e não outro. Traduzindo para uma perspectiva jurídica, quais são os fatores que determinam a escolha de uma questão relacionada à concretização de um fim constitucional como prioridade, enquanto outras situações envolvendo objetivos diversos não serão alvo de atenção estatal? Esse, por certo, não é o único questionamento de interesse do constitucionalismo no campo das políticas públicas, mas é especialmente pertinente por voltar-se, com um enfoque radicalmente diverso do recorrente método da ponderação, para a questão da virtual impossibilidade de realização plena e simultânea dos princípios constitucionais (CANOTILHO, 1999, p. 1161).

Como particular contribuição, esse aporte das ciências sociais permite também que a análise da definição das prioridades estatais admita como hipótese a produção de políticas públicas dotadas de suporte normativo formalmente válido, mas que sejam, ao mesmo tempo, contrárias materialmente à constituição. Uma abordagem puramente jurídico-normativa almejaria apenas a correção da solução, sem se debruçar sobre as razões pelas quais os eventos concretos da ação estatal são, por vezes, contrários à lei ou à constituição.

Antes de avançar sobre essas dúvidas, propõe-se uma revisão das principais vertentes de estudos das políticas públicas, para que seja identificado o caminho mais propício às respostas.

3.2.2 Diferentes abordagens e a opção por uma

Há três perspectivas de análise do Estado – compreendido de forma ampla, que engloba sua atuação por meio de políticas públicas –, que surgiram sucessivamente e coexistem, permitindo estudos com diferentes enfoques: a jurídica, a organizacional-administrativa e a comportamental, da mais antiga à mais recente. Nos países latinos, a tradição legalista ibérica faz com que a perspectiva jurídica siga sendo preponderante, enquanto nas culturas anglo-saxãs prevalece a perspectiva organizacional-administrativa, que estuda a Administração Pública de forma integrada à análise das organizações privadas, fazendo as distinções necessárias.

Continua sendo relevante examinar as estruturas normativas e a arquitetura institucional do Estado, embora seja uma visão apenas da dimensão estática da Administração Pública, que demanda complementação por uma análise capaz de captar a dinâmica da ação estatal. São visões que se somam, nunca se excluem (SARAVIA, 2006, p. 27).

Na origem da tradição administrativa norte-americana, na virada do século XIX para o XX, organizações públicas e privadas eram estudadas conjuntamente e submetidas aos mesmos modelos, tendo se separado apenas após a crise de 1929, quando a desconfiança em relação às empresas levou ao desenvolvimento de um campo próprio para as organizações privadas (SARAVIA, 2006, p. 22).

Por influência das técnicas amplamente empregadas nas empresas a partir dos anos 1950, desenvolvidas no interior do campo de conhecimento específico que se firmou dos anos 1930 em diante, os Estados passaram a adotar também o planejamento, que pressupõe metas a atingir e caminhos pré-estabelecidos para tanto. Somente a partir desse período é que os objetivos de transformação da realidade social começam a ser inseridos nas constituições que viriam a ser caracterizadas como dirigentes.

Com a evolução da tecnologia, o dinamismo das relações sociais e as sucessivas crises econômicas e políticas da segunda metade do século XX, a atuação estatal passou a ser concebida principalmente em termos de políticas públicas – que são essencialmente dinâmicas, modificáveis e adaptáveis ao contexto –, sem eliminar o planejamento por completo, mas acrescentando-lhe ferramentas mais adequadas à realidade contemporânea (SARAVIA, 2006, p. 24).

Enrique Saravia (2006, p. 23) identifica uma tendência recente a que as técnicas e conhecimentos relacionados às organizações privadas sejam considerados superiores aos modelos aplicados à Administração Pública, fazendo com que seja feita uma mera

transferência de tecnologia que ignora as peculiaridades da decisão política, influenciada por variáveis complexas não observadas nas decisões empresariais. Como consequência da popularidade dessa visão, existe um movimento de crescente tecnicização da formulação e gestão de políticas públicas, com maior participação de atores internacionais e pretensão de despolitização (FARIA, 2003, p. 23).

Ocorre que a imagem de neutralidade técnica é uma manifestação da ideologia na aceção específica de falseamento, deliberado ou não, da realidade – nesse caso, não a realidade exterior, mas as posições efetivamente ocupadas pelos atores e os interesses que estão em jogo.

Finalmente, há uma perspectiva mais recente de análise do Estado que corresponde a uma radicalização da visão tecnicista, porém com enfoque da neurociência e da psicologia. A aplicação das ciências comportamentais às políticas públicas decorre da constatação de que as escolhas são feitas por seres humanos, que não agem sempre racionalmente, o que demanda a compreensão dos processos complexos que levam à tomada de uma decisão contrária ao que seria tido por racional. Daí decorre que, se as políticas públicas não seguem processos estritamente racionais, é impossível submetê-las a modelos meramente matemáticos. Qualquer tentativa de explicar a dinâmica da ação governamental que desconsidere a subjetividade dos envolvidos está fadada à incompletude e à inadequação. Por essa razão é que são empregadas as teorias do caos às dinâmicas sociais; é preciso iluminar a subjetividade e a contingência (SARAVIA, 2006, p. 29).

Ressalvada a compreensão mais recente na literatura quanto à inadequação dos modelos puramente racionais, já refutados empiricamente e de capacidade de prever pouco confiável, a teoria da escolha racional ainda é muito influente – é largamente utilizada para fundamentar as propostas econômicas neoliberais, por exemplo (SARAVIA, 2006 p. 30).

Há, ainda, três matrizes teóricas para explicar a formulação de políticas públicas pela ótica do interesse. A primeira é a pluralista, que se baseia na existência de grupos de interesse atuando livremente para exercer sua influência junto ao governo e não reconhece a existência de um interesse geral como no liberalismo clássico (LOBATO, 2006, p. 290). Para funcionar de modo minimamente democrático, a definição de políticas públicas pela confluência das intervenções de diferentes grupos de pressão depende da existência de canais efetivos de veiculação das demandas sociais e de um acesso razoavelmente igualitário às instâncias decisórias, como pressupõe também o Estado que dá ênfase à estrutura jurídica, descrito por Luhmann (1982, p. 115). Mesmo nessas condições ótimas, é difícil ignorar que vários fatores podem e serão utilizados para desequilibrar a concorrência entre as ideias.

O neocorporativismo, por sua vez, é construído sobre a intermediação institucionalizada entre Estado e sociedade. O Brasil do governo de Getúlio Vargas foi um exemplo de Estado marcado pelo corporativismo, mas, hoje, não é mais possível circunscrever o país a uma perspectiva assim fechada (LOBATO, 2006, p. 295). O Brasil apresenta peculiaridades que devem ser consideradas em uma análise da intermediação de interesses entre Estado e sociedade: tem uma história formada principalmente por regimes desprovidos de representação legítima; vários e expressivos segmentos da sociedade que são excluídos do processo político; e costuma submeter as classes menos favorecidas à cooptação dominante e à coerção estrita. Essas características poderiam sugerir a existência de uma classe dominante nitidamente identificável. No entanto, verifica-se uma dinâmica social complexa, em que os diferentes setores da sociedade apresentam níveis de desenvolvimento divergentes que oscilam das formas pré-capitalistas ao capitalismo avançado. Em uma sociedade diversificada e complexa, com sistemas muito diferenciados, o Estado se relaciona com cada segmento de uma forma diferente (LOBATO, 2006, p. 298).

Após a redemocratização, o fracasso do Estado brasileiro em concretizar prontamente os nada banais objetivos da Constituição Federal de 1988 e o fato de que setores sociais inteiros continuaram tendo acesso negado às instâncias decisórias estatais levaram a que novas formas de associação surgissem, diferenciando-se dos grupos de pressão do pluralismo e do corporativismo. São exemplos os movimentos sociais, que existem fora do Estado, mas a ele apresentam suas demandas; constituem-se para suprir a falta de representatividade de segmentos sociais no Estado e buscam abrir o acesso para a defesa de seus interesses que, de outro modo, seriam ignorados. Essas formas de representação de interesses superam as categorias tradicionais que dividem atores em “excluídos, ou representados, ou cooptados, ou legitimadores” (LOBATO, 2006, p. 301).

Esses modos de atuação têm sido assimilados pela matriz marxista, que, atualmente, procura ir além da concepção tradicional segundo a qual o Estado capitalista representa apenas os interesses da classe dominante. O incremento na complexidade da atuação estatal e o surgimento de outras formas de organizar as demandas da sociedade levaram a que fossem considerados interesses não vinculados diretamente a classes sociais (LOBATO, 2006, p. 296).

Mas a divisão do estudo das políticas públicas pelo prisma dos interesses é apenas uma das possibilidades nesse campo do conhecimento. Há cinco grandes vertentes no estudo das políticas públicas: a institucional; a que se concentra nas formas de atuação e impacto que têm os grupos e redes; a que atribui maior ênfase aos condicionantes sociais e econômicos; a

teoria da escolha racional; as abordagens que se concentram nas ideias e no conhecimento (FARIA, 2003, p. 22).

A vertente institucional clássica é herdeira direta da perspectiva jurídica de análise do Estado, pois se concentra no arcabouço normativo que constitui o *locus* do processo das políticas públicas. Há, no entanto, uma atualização denominada neoinstitucionalismo que inclui em seu objeto também as regras informais e preocupa-se em analisar a solidez do aparato institucional como um fator que influencia o comportamento dos atores (SECCHI, 2013, p. 82). Já as vertentes que tratam dos grupos e redes e dos condicionantes sociais e econômicos são, em essência, vinculadas à perspectiva dos interesses, seja com foco nos atores ou no contexto em que se desenvolvem as políticas públicas.

A teoria da escolha racional também trabalha com interesses como elemento determinante nas decisões públicas, mas o faz pela ótica da economia (FEREJOHN; PASQUALINI, 2001), com as limitações já comentadas.

Por fim, pode-se denominar a vertente que se concentra nos elementos cognitivos como pós-positivista, em razão do primado das ideias e da centralidade do discurso, da argumentação e da interpretação. Essa matriz teórica busca superar as limitações das vertentes anteriores pela aceitação da ambiguidade e da indeterminação como parte do fenômeno analisado.

Na virada do século XX para o XXI, os estudos sobre políticas públicas no Brasil se concentravam nos processo decisórios, enquanto eram negligenciadas as fases da implementação e da avaliação. Ainda assim, a vertente que examina as ideias e o conhecimento, especialmente adequada às fases iniciais do ciclo de políticas públicas, era praticamente ignorada. À época, no campo das ciências sociais no Brasil, abordagens que trabalham com o impacto das variáveis cognitivas eram comuns na análise da política externa brasileira, mas ainda não tinham chegado à área das políticas públicas (FARIA, 2003, p. 23).

Ao longo das duas últimas décadas, a vertente pós-positivista começou a ser utilizada na pesquisa em políticas públicas, ainda que de maneira incipiente, com uma maior concentração de trabalhos em programas de administração ou administração pública, seguidos dos programas de sociologia e ciência política. A maior parte da produção acadêmica brasileira na subárea tem focado em políticas públicas setoriais, principalmente saúde, educação, desenvolvimento urbano/regional e gestão, valendo-se de conceitos específicos de Kingdon ou de Baumbartner e Jones para iluminar um aspecto da política setorial escolhida ou, em menor número, fazendo um estudo de caso e utilizando os modelos como ferramentas

de análise para tentar compreender mudanças significativas na agenda de um determinado setor (CAPELLA, 2020, p. 1507).

As propostas analíticas de maior êxito são as que procuram conciliar ideias e interesses. Entre elas, destacam-se as *advocacy coalitions* concebidas por Sabatier e Jenkins-Smith; o modelo de *multiple streams* de John Kingdon; a análise a partir das comunidades epistêmicas, de Haas; e os estudos de Goldstein e Keohane (FARIA, 2003, p. 24).

As coalizões de defesa (*advocacy coalitions*) são formadas por atores públicos ou privados que se aglutinam em torno da defesa de uma visão de mundo e de sua conversão em políticas públicas. Nessa teoria, o aprendizado proporcionado pelas políticas públicas pode alterar os aspectos secundários do sistema de crenças de uma coalizão, mas o núcleo depende de fatores não cognitivos externos (SECHI, 2013, p. 121; FARIA, 2003, p. 24). As comunidades epistêmicas internacionais, na formulação de Haas, são redes de atores que atuam na pesquisa científica e têm em comum as interpretações, linguagens e modelos empregados (SECHI, 2013, p. 120). Goldstein e Keohane buscaram promover análises que fossem além dos interesses como chave para explicar as mudanças de políticas públicas, voltando a atenção para as ideias (FARIA, 2003, p. 24).

Essas vertentes analíticas, em regra, privilegiam a cooperação, o que pode prejudicar sua aplicação à realidade brasileira, em que o papel da argumentação e do convencimento é reduzido (FARIA, 2003, p. 24). Não chegam a ser completamente inadequadas, no entanto, e podem ser utilizadas, como, de fato, vêm sendo, desde que as peculiaridades locais sejam levadas em consideração para que sejam feitos os ajustes necessários nos modelos.

A grande contribuição das teorias pós-positivistas incide sobre a formação da agenda, etapa em que os fatos sociais se tornam problemas públicos (SARAVIA, 2006, p. 33). Inobstante sejam formulações mais recentes – John Kingdon descreveu o modelo dos múltiplos fluxos em 1984 –, a tentativa de compreender o que define as prioridades em matéria de políticas públicas descende de outros estudos que buscaram responder à mesma questão com outros enfoques.

Harold Lasswell, em 1951, iniciou pesquisas pioneiras acerca das questões que atraem a atenção dos governos. Sua inquietação surgiu a partir da constatação de que os maiores problemas, aqueles que são considerados mais importantes, não são necessariamente os mais urgentes. Por isso as ciências sociais são prolíficas em oferecer soluções para problemas não urgentes. Lasswell procurou explicar a conexão entre soluções e problemas em uma relação causal determinada por uma ordem de valores pré-estabelecidos, como a preferência pela

prosperidade em detrimento da pobreza e a paz sobre a guerra (ZAHARIADIS, 2016, p. 1). Essas operações são escolhas ideológicas à medida que hierarquizam valores.

As incontáveis decisões políticas adotadas sem observar os valores simples propostos por Lasswell levaram à busca por uma explicação da definição da agenda de políticas públicas que levasse em consideração a disjunção entre os problemas públicos e as prioridades políticas (ZAHARIADIS, 2016, p. 2). Assim é que, na década seguinte, Bachrach e Baratz confrontaram a visão pluralista então prevalecente e conceberam a formulação de políticas públicas sob a perspectiva da divisão dos atores em vencedores e perdedores. Os vencedores, nessa formulação, teriam forte poder não apenas para atrair a atenção para suas prioridades, mas também poderiam limitar a agenda de políticas públicas de modo a perpetuar o *status quo* (ZAHARIADIS, 2016, p. 2).

Ainda na perspectiva de Bachrach e Baratz, algumas instituições estão imbuídas de valores tais que inviabilizam a consideração de certos pontos de vista (ZAHARIADIS, 2016, p. 2). Pode-se arguir que essa restrição representa um déficit democrático. E assim, de fato, será, se os pontos de vista inviabilizados forem legítimos sob a ótica do constitucionalismo. As barreiras institucionais, não raro, fecham os canais para a veiculação de demandas sociais legítimas, negando o acesso aos segmentos sociais de menor poder político ou econômico. Isso pode ocorrer não apenas como resultado direto dos interesses mensuráveis dos atores mais influentes, mas também como decorrência intencional ou não da adoção de valores excludentes.

Por outro lado, partindo do pressuposto de que o constitucionalismo não deve destruir a si próprio, não há qualquer problema na restrição imposta a perspectivas ideológicas contrárias à constituição. É fácil apontar que a defesa da criação de um partido político nazista é um ponto de vista inviável diante da ideologia prevalecente na Constituição Federal de 1988, extraída de sua fórmula política. As facilidades, contudo, não vão muito além de exemplos assim extremados. Nos casos mais complexos, há uma zona de ambiguidade em que o legalismo autocrático atua.

É preciso começar o estudo pelas etapas iniciais. A análise da formação da agenda colabora para a compreensão da ideologia vigente em uma dada sociedade, tendo em vista que a ascensão de um tema à lista de prioridades estatais, em regra, é acompanhada, dentre outros fatores, de um incremento na atenção por parte da opinião pública (ZAHARIADIS, 2016, p. 3). As decisões políticas não são tomadas no vácuo. Geralmente, partem de uma agenda pré-definida, com alternativas de ação limitadas. Assim é que a análise da formação da agenda se presta também a mensurar o impacto que esse processo tem nas decisões políticas.

A formação da agenda de políticas públicas é analisada por dois modelos principais: o de múltiplos fluxos (*multiple streams*), mais antigo e difundido, concebido por John Kingdon e o de equilíbrio pontuado (*punctuated equilibrium*) de autoria de Frank Baumgartner e Bryan Jones²⁰ (CAPELLA, 2006, p. 25).

A escolha do modelo dos múltiplos fluxos para explicar os processos de formação da agenda e de seleção das alternativas de políticas públicas se justifica, no presente estudo, por evidenciar o componente ideológico que influencia essas etapas das políticas públicas. Apenas após a explanação acerca do modo como a ideologia e as políticas públicas se entrelaçam, será possível precisar o papel da atuação estatal concreta em regimes que, integral ou parcialmente, apresentam as características do legalismo autocrático.

3.3 O modelo dos múltiplos fluxos

John Kingdon (2014) desenvolveu seu modelo a partir de entrevistas com os atores, sobretudo, governamentais, que exercem alguma influência sobre a definição das questões prioritárias para o Estado e das possíveis soluções a serem aplicadas. A investigação, concretamente, concentrou-se em políticas públicas nos setores de transporte e saúde nos Estados Unidos, mas as conclusões do autor vêm sendo utilizadas largamente para a análise da formação da agenda de políticas públicas em outros países e em relação às mais variadas áreas de atuação estatal (JONES, 2016, p. 13). Em síntese, o trabalho de John Kingdon (2006, p. 219) busca compreender a razão pela qual alguns problemas se tornam importantes para um governo enquanto outros não.

Para responder à questão, é preciso voltar a atenção para etapas específicas do ciclo de políticas públicas, que, na concepção de Kingdon (2014), desdobra-se no estabelecimento de uma agenda, seguido pela consideração das alternativas, para que, então, seja feita a escolha dominante entre o conjunto de alternativas e, por fim, venha a ser implementada a decisão. Como se vê, são quatro processos principais pelos quais passam as políticas públicas, sendo que a formulação compreende os dois primeiros.

²⁰ O modelo do equilíbrio pontuado procura estabelecer a relação entre a formação da agenda de políticas públicas e a dinâmica institucional. Sem descartar por completo a clássica visão incrementalista, segundo a qual as políticas são constantemente aperfeiçoadas, modificando-se sem produzir rupturas, Baumgartner e Jones investigaram as razões da alternância entre períodos de estabilidade e mudanças rápidas na agenda, que são justamente as situações pontuais que interferem no equilíbrio (CAPELLA, 2006, p. 39). A proposta combina elementos do modelo de Kingdon, como o foco nos empreendedores, na percepção e na ambiguidade, com as preocupações de Cobb e Elder com a mídia, o poder e a expansão dos conflitos em torno das questões (ZAHARIADIS, 2016, p. 13).

Kingdon elaborou sua abordagem da formação da agenda a partir do modelo da lata de lixo (*garbage can*), de autoria de Cohen, March e Olsen, que concebe as escolhas dos administradores como a seleção de uma dentre várias ideias lançadas, em oposição à construção racional de uma resposta a partir de um problema específico (ZAHARIADIS, 2016, p. 11).

Para explicar o funcionamento das etapas destacadas, Kingdon encontrou três fluxos ou correntes de elementos – problemas, alternativas e política – que se desenvolvem independentemente, combinando-se em alguns momentos específicos para tornar um problema prioritário e selecionar algumas dentre as soluções possíveis, preparando o terreno para que a decisão política seja tomada (ZAHARIADIS, 2016, p. 11-12).

O modelo concebido por Kingdon se destaca por se concentrar nas ideias e nos embates em torno delas, somando-se aos outros que são denominados pós-positivistas justamente por rejeitarem a existência de uma fórmula objetiva capaz de resolver a questão da formação da agenda (FARIA, 2003; CAPELLA, 2006, p. 47).

Os subitens seguintes tratarão da agenda em si, dos três fluxos que compõem o modelo, dos atores envolvidos no processo e, finalmente, de algumas atualizações inseridas no modelo, críticas de que foi alvo e parte das respostas oferecidas pelo próprio John Kingdon.

3.3.1. Agenda

A ciência política trata de diferentes concepções de agenda, o que exige especial atenção para que o mesmo termo não seja empregado em sentidos divergentes, inviabilizando um avanço efetivo no estudo da matéria (ZAHARIADIS, 2016, p. 5). Kingdon (2006, p. 222) conceitua agenda como a relação de temas que recebem atenção séria em algum momento.

A mais antiga concepção na literatura especializada foi formulada em 1971 por Cobb e Elder, que dividem a agenda em diferentes níveis. No nível sistêmico, compreende todas as questões merecedoras de atenção na arena política; no nível institucional, somente aquelas questões que estão prontas para a deliberação por uma instituição em particular. Kingdon, então, acrescenta a agenda decisória, que abarca uma parte reduzida e prioritária da agenda institucional (ZAHARIADIS, 2016, p. 4). Por sua vez, McCombs e Shaw, no ano seguinte, dividiram a agenda em três: a pública, correspondente à sistêmica; a midiática, composta pelos temas destacados pela mídia; e a política, definida pelas prioridades das elites políticas (ZAHARIADIS, 2016, p. 5).

O modelo de John Kingdon (2006, p. 223) inova em relação aos anteriores por distinguir a agenda institucional, ou de governo, da agenda decisória, restrita à lista dos assuntos que compõem a agenda institucional e estão aptos a serem deliberados. Os processos de formação de cada uma das agendas são diferentes. Enquanto a agenda governamental é formada a partir das questões alçadas à condição de problemas que chamam a atenção dos atores estatais, a agenda de decisões também compreende o elenco de alternativas postas à mesa.

Na agenda institucional, pode ser que apenas um dos fluxos favoreça a questão, como na hipótese de não ser encontrada uma solução para um problema que já é considerado relevante pelo governo, ou quando os tomadores de decisão resolvem dar atenção a uma questão mais ampla, sem que haja um problema definido e uma solução correspondente (KINGDON, 2006, p. 234). Quanto à segunda situação, é possível imaginar um político eleito com uma plataforma anticorrupção, sem, no entanto, conseguir apontar o que precisa ser mudado no sistema de responsabilização atual e qual é a mudança que deve ser promovida. Nesse caso, a questão faria parte da agenda governamental, mas não estaria dada a junção dos fluxos e não haveria condições para que fosse tomada uma decisão política.

A agenda de decisões é formada por conexões totais ou parciais entre os fluxos. Uma questão será muito favorecida se houver simultaneamente um problema bem definido, alternativas de políticas públicas viáveis e um clima favorável no ambiente político, mas bastam duas dessas circunstâncias para que um tema seja deliberado (KINGDON, 2006, p. 234).

Em seu próprio conceito, Zahariadis (2016, p. 5) afirma que a agenda é uma lista contextualizada de prioridades governamentais passíveis de se converter em ação. O aspecto mais importante do conceito é a correspondência entre a definição de uma agenda e a eleição de prioridades. Os objetivos constitucionais podem até influenciar, mas não determinam, na prática, as preferências de governos concretos.

Considerada a agenda que o sistema político efetivamente adota, inexistente uma lista escrita e ordenada de questões prioritárias. A identificação da agenda depende, em larga medida, do que os atores que a influenciam declaram publicamente e da interpretação das ações que são concretamente adotadas, o que leva os não participantes a terem uma visão da agenda, na maioria das vezes, apenas após a tomada de decisões.

Embora diferentes autores empreguem seus próprios conceitos e atribuam qualificações diversas para os níveis de agenda, é possível encontrar correspondência aproximada entre a agenda pública ou sistêmica e a corrente dos problemas, e verdadeira

identidade entre a agenda institucional e a agenda de governo. Apenas a agenda decisória, situada por Kingdon (2014) como estágio mais elevado e próximo da conversão em ação, é que surge apenas no modelo dos múltiplos fluxos.

Seja qual for o nível da agenda, é certo que a definição de prioridades estatais não é um dado da natureza, mas, sim, um produto da vida em sociedade, que, como tal, existe sempre em um contexto sem o qual não pode ser compreendido (ZAHARIADIS, 2016, p. 6).

Essa característica de fluidez é favorecida pelo modelo das múltiplas correntes, que observa as políticas públicas sob uma perspectiva dinâmica, possibilitando que qualquer análise leve em consideração o quando e o onde de cada problema, solução ou política.

3.3.2. Os três fluxos: problemas, alternativas e política

O dinamismo inerente às políticas públicas pode ser observado em diferentes etapas do ciclo e em variados aspectos eleitos como parâmetros de pesquisa. As abordagens anteriores tendiam a focar em apenas uma unidade de análise, enquanto John Kingdon (2006, p. 226) identificou três vias por onde transcorrem processos que determinam as mudanças da agenda: os problemas, as alternativas e a política. A primeira trata da atribuição da qualificação de problema às questões gerais que são discutidas pela sociedade; a segunda diz respeito às propostas de ação que surgem de forma independente de um problema concreto, prévio e correspondente; a última é a arena das disputas políticas e do exercício do poder.

Nesse modelo, as mudanças na agenda ocorrem principalmente quando os três fluxos convergem, produzindo o fenômeno que Kingdon (2006, p. 233) denominou acoplamento (*coupling*) e que somente é possível quando se formam as janelas de políticas (*policy windows*). A deflagração da abertura da janela é impulsionada por alterações nas correntes dos problemas ou da política (KINGDON, 2006, p. 237).

A influência dos atores é sentida em fluxos diferentes a depender da posição que ocupam: enquanto alguns atores, como os políticos, favorecem mais a seleção de um problema para compor a agenda, outros, a exemplo dos pesquisadores, costumam impulsionar uma solução na corrente das alternativas. De modo correspondente, os atores podem ser visíveis, assumindo um papel no debate público e atuando diretamente na definição da agenda, ou invisíveis, quando se situam nas comunidades geradoras de alternativas. Dentre os atores visíveis, o de maior projeção é o presidente da República, que tem poder preponderante na escolha dos problemas que serão alçados à agenda. No fluxo das alternativas, por outro

lado, o Presidente não exerce controle sobre o conjunto a ser considerado, que fica a cargo dos especialistas (CAPELLA, 2006, p. 32).

Trabalhando com chances e aproximações, o modelo dos múltiplos fluxos é uma ferramenta de análise que, embora não possa prever o comportamento futuro dos atores e o destino das políticas, possibilita a descrição dos processos que conduzem a formação da agenda, sem abrir mão da ambiguidade inerente aos empreendimentos humanos.

O fluxo dos problemas é o ambiente em que qualquer questão existente na sociedade pode receber especial atenção, passando a ser percebida como um problema. A situação se torna um problema quando acreditamos que precisamos mudá-la. Nessas circunstâncias, em regra, valores importantes para a sociedade ou para o governo estarão em cheque (KINGDON, 2006, p. 227).

A imagem do fluxo é um recurso lançado para tornar inteligível a existência de uma infinidade de temas, de origem certa ou incerta, que atingem muitas pessoas ou poucas, com maior ou menor intensidade, dentre os quais alguns, por mecanismos característicos desse fluxo, serão selecionados e poderão, a depender dos demais fluxos, dar origem a uma política pública ou modificar alguma existente.

A ausência de critérios para que uma questão simplesmente exista na sociedade, integrando assim o fluxo dos problemas, não se reproduz nos outros momentos do processo. A passagem do status de questão para problema obedece a padrões aproximados. Geralmente, a mudança é desencadeada por indicadores, eventos-foco ou *feedback*, que são sinais que podem chamar a atenção para determinadas questões e, dessa forma, contribuir para que se tornem problemas (KINGDON, 2006, p. 227).

Os indicadores mensuram a realidade e, dessa forma, podem demonstrar situações que passariam despercebidas de outro modo; os eventos-foco são acontecimentos específicos como tragédias naturais, pandemias, acidentes de resultado grave, atentados terroristas, crises variadas, dentre tantas outras conjunturas que podem levar a que uma questão fique no centro das atenções; e o *feedback* fornecido por atores e beneficiários das políticas em relação às ações existentes ou ao déficit de atuação em determinada área.

Todavia, esses fatores não bastam, por si, para transformar questões em problemas. Os problemas que mobilizam uma sociedade são artificiais, não existem como dado da natureza, de forma que a elevação do status dependerá da interpretação que os membros da sociedade dão a uma situação (CAPELLA, 2006, p. 27). Esse processo é marcadamente influenciado pela ideologia. Não existe objetividade na definição de um problema, que sempre pode ser

encarado de formas variadas, inclusive em contraste com outros problemas, já que não existem isoladamente, são sempre interdependentes (SUBIRATS, 2006, p. 200).

A forma como um problema é reconhecido e definido condiciona a percepção que se tem dele. A interpretação mais favorável à priorização de um problema pode ser especialmente estimulada por alguns fatores como uma afronta grave aos valores da sociedade, a comparação com outros países ou unidades administrativas e a própria classificação atribuída à questão (KINGDON, 2006, p. 228).

Esse último fator exige explicações adicionais. Uma mesma situação pode receber tratamentos muito distintos a depender da categoria em que é inserida. A suspensão das aulas presenciais no ensino básico durante os períodos mais críticos da pandemia de covid-19 pode ser encarada como uma questão estritamente educacional, com reflexos na evasão escolar e no rendimento dos estudantes, como também pode ser tratada como uma questão de saúde pública, por ter provocado uma onda de patologias relacionadas à saúde mental – não só nos estudantes, mas também em pais e professores.

As agendas de governo tanto alçam uma questão à condição de problema como podem fazê-lo desaparecer. Os problemas não sustentam esse status eternamente, o que seria incoerente com a natureza dinâmica do fluxo. Com a passagem do tempo, os problemas tendem a ser resolvidos ou gradualmente esquecidos, dando espaço para a emergência de novas questões. É possível, ainda, que os dados empíricos que fundamentavam o problema mudem, desfazendo, assim, o contexto que permitiu sua ascensão (KINGDON, 2006, p. 228).

Nikolaos Zahariadis (2016, p. 6) identifica, no processo de definição da agenda, quatro elementos fundamentais: poder, percepção, potência e proximidade. Outros modelos podem trabalhar com outras variáveis, mas não podem ignorar essas quatro, que incidem, especialmente, sobre a corrente dos problemas.

O poder é o mais importante e não deve ser compreendido no sentido estritamente político-institucional, mas como força para exercer pressão na defesa de interesses. Esse elemento foca, portanto, nos atores, buscando dimensionar o peso que podem empregar para influenciar o curso de um dos três fluxos.

Já a percepção está diretamente relacionada ao fluxo dos problemas e, como observado, pode mudar rapidamente em decorrência de eventos pontuais que chamam a atenção para problemas novos ou já existentes. As mudanças de percepção também podem ocorrer de forma mais lenta e menos evidente. Cientes da relevância da percepção para a ascensão de uma questão à agenda, os atores podem promover uma determinada interpretação do contexto por meios diversos, como a participação em diferentes instâncias do debate

público, da imprensa tradicional às redes sociais, ou pela divulgação de uma visão de mundo específica por meio das artes e da adoção de determinados estilos de vida. É a batalha pela hegemonia cultural transposta para a arena em que se formam as políticas públicas, tornando-a facilmente dominada pela ambiguidade do discurso legalista autocrático.

A potência diz respeito à intensidade das consequências que podem vir de um problema, de modo que uma situação com efeitos adversos mais graves tende a atrair mais atenção e mobilizar mais apoio para que a questão seja alçada à agenda. É o que se verifica em tragédias naturais ou causadas pelo homem com grande número de vítimas fatais. Situações assim tendem a atrair imediata atenção da sociedade e dos governos (ZAHARIADIS, 2016, p. 8).

A intensidade das consequências é percebida de forma maximizada proporcionalmente à proximidade do sujeito. Quanto mais direto e mais próximo, no tempo e no espaço, o impacto de uma questão, maiores são as chances de que receba atenção. Não é sem razão que ainda não é dada absoluta prioridade à questão climática e ao problema concreto do aquecimento global, amplamente reconhecido pela comunidade de especialistas, com potencial para inviabilizar a sobrevivência de milhões de pessoas das próximas gerações: para aqueles minimamente informados sobre o tema, há boas razões para acreditar que, em um horizonte próximo, salvo alguns eventos climáticos mais danosos em zonas de risco, não seremos vítimas diretas e fatais. Assim, mesmo os que reconhecem a gravidade do problema podem retardar a sua priorização na agenda, por interpretá-lo como grave, porém, distante.

Os elementos poder e percepção tanto podem interferir diretamente na ascensão de uma questão como podem interagir entre si, influenciando-se mutuamente. As configurações de poder e vieses de percepção dos arranjos institucionais condicionam a posição das questões e seu deslocamento entre as diferentes agendas (ZAHARIADIS, 2016, p. 9). Já a potência e a proximidade têm efeitos indiretos na agenda, tendo em vista que exercem influência sobre o poder e a percepção, que, por sua vez, atuarão de forma isolada ou combinada (ZAHARIADIS, 2016, p. 9).

Essa visão que admite constante interação entre os fluxos é um acréscimo de Zahariadis ao modelo de Kingdon. Em sua concepção original, a corrente dos problemas pode, sim, sofrer a influência dos empreendedores de políticas, que se esforçam para que prevaleça a percepção que vai direcionar as atenções para a questão que os interessa. Ainda assim, o fluxo preserva autonomia em relação aos demais, por meio dos mecanismos internos peculiares que o impulsionam.

Em relação ao segundo fluxo, é essencial para o modelo de Kingdon a compreensão de que as soluções nem sempre são construídas a partir de problemas prévios – na verdade, o modelo aponta justamente para uma prevalência da independência entre a identificação de um problema e a criação de alternativas de ação (CAPELLA, 2006, p. 27).

O caso das Dez Medidas Contra a Corrupção é um nítido exemplo de propostas que já tinham aceitabilidade no segmento mais punitivista da comunidade de especialistas, de modo que já eram respostas à procura de perguntas. Embora as medidas se reportassem à questão da agenda sistêmica segundo a qual a corrupção é um dos grandes problemas do Brasil, os seus empreendedores encontraram nos fatos investigados pela Operação Lava Jato uma situação concreta que foi interpretada como um grande esquema de cooptação da estrutura do Estado para o enriquecimento dos envolvidos e para a perpetuação de um grupo político no poder. A questão, então, havia se tornado um problema e foi possível relacioná-lo às soluções que precediam a mudança de qualificação.

Mais recentemente, a crise econômica desencadeada pela guerra entre a Rússia e a Ucrânia gerou especulações de que os russos não mais exportariam fertilizantes essenciais à agricultura brasileira, tornando a questão da dependência de importações um problema delimitado, ainda que em perspectiva. Em reação, de imediato, leis desreguladoras que pretendiam autorizar a mineração em terras indígenas foram desengavetadas e brandidas como solução para o problema, mesmo que a Rússia tenha deixado o Brasil de fora da lista de países hostis e que fábricas de fertilizantes, como a que havia em Sergipe, tenham sido fechadas recentemente por determinação de uma sociedade de economia mista cujo maior acionista é a União. A exploração de terras indígenas era, portanto, uma alternativa à procura de um problema.

A existência independente das alternativas se dá em uma “sopa primeva” de políticas (KINGDON, p. 232). A metáfora é empregada para marcar a ausência de uma ordenação estritamente racional das alternativas, bem como remete à irrelevância da origem exata de uma ideia, pois o que interessa é que, a partir do momento em que uma solução passa a integrar o debate público – ou, mais especificamente, as discussões entre a comunidade de especialistas na área –, ela inicia uma competição em que pode sobreviver, combinar-se com outras soluções ou ser descartada.

A reelaboração é mais importante do que a transformação radical de uma política pública (KINGDON, 2006, p. 232). Aqui, o autor parece fazer uma concessão, ainda que limitada, à visão incrementalista das políticas públicas, inobstante ressalte expressamente que o incrementalismo não descreve bem as mudanças na agenda (KINGDON, 2006, p. 241).

Procurar o nascedouro de uma ideia pode levar a uma “regressão infinita” (KINGDON, 2006, p. 241). Por isso, é mais importante e satisfatório procurar identificar como as ideias interagem e os fatores que determinam a sua receptividade, independentemente de como surgiram de fato.

Na definição dos critérios de seleção entre as alternativas disponíveis, o modelo dos múltiplos fluxos apresenta sua nota mais característica: a centralidade das ideias, que têm força própria para mover-se pelo fluxo com relativa independência. Em outros modelos, diversamente, a explicação da formação da agenda está basicamente nas pressões e interesses envolvidos, e as ideias são apenas justificativas para atender aos interesses.

Na perspectiva dos múltiplos fluxos, a depender de determinadas características de uma alternativa, maiores ou menores serão as chances de que, uma vez aberta a janela, ela seja combinada a um problema e selecionada pela política para integrar a agenda decisória. Dentre os parâmetros observados por Kingdon (2006, p. 232), os mais importantes são a viabilidade técnica, a congruência com os valores dos membros da comunidade de especialistas e a antecipação de possíveis restrições orçamentárias, de aceitabilidade do público e de receptividade dos políticos.

A relevância da coerência entre uma proposta e os valores vigentes é uma evidência do papel destacado das ideias – e, conseqüentemente, da ideologia – na ascensão de uma questão à agenda. Isso não quer dizer que as alternativas sejam confrontadas com um conjunto de valores uniformes, que não existe no macrossistema e tampouco nos subsistemas. Na verdade, algumas comunidades de especialistas são formadas por pontos de vista muito diferentes entre si, ainda que apresentem uma tendência a ter maior coesão ideológica que o total da sociedade (CAPELLA, 2006, p. 28).

Independentemente da pluralidade interna de cada comunidade, há uma relação que se sobressai entre o nível de organização e a suscetibilidade a inovações: quanto mais estruturada uma comunidade, maior será a resistência a ideias novas. Esse é um dos fatores que levam a que, no processo de escolha entre as alternativas disponíveis, a disputa em torno das ideias possa ser mais importante que a disputa por poder (CAPELLA, 2006, p. 28).

A relevância que os defensores de uma dada alternativa atribuem ao sucesso de sua proposta pode ser uma motivação poderosa e impossível de mensurar quantitativamente. Ainda que o apego à ideia seja convertido à linguagem do interesse, não é possível medi-lo ou compará-lo com exatidão a outros interesses contrapostos, considerada a essência afetiva da relação entre o sujeito e a proposta, o que leva à maior adequação de uma abordagem qualitativa como a dos múltiplos fluxos.

Outro fator que pode ser crucial no destino de uma proposta é o sucesso em uma área próxima. Se uma determinada solução foi adotada e produziu bons resultados em relação a algum problema, há uma tendência a que seja reproduzida em outras situações. A esse efeito, Kingdon (2006, p. 236) deu o nome de *spillover*, atribuindo-lhe elevada força, capaz de vencer as resistências formadas nas áreas adjacentes àquela em que houve sucesso. Exemplos do fenômeno seriam a privatização e a desregulação nos Estados Unidos, que, após algumas experiências bem avaliadas, passaram a ser aplicadas a várias áreas nas quais, originalmente, não eram consideradas.

Para a realidade do Brasil, o exemplo não parece ser dos melhores, tendo em vista que a desregulação tende a produzir efeitos negativos – como se constata pela “boiada” de atos aprovados pelo governo federal com o objetivo de desregular as questões ambientais.

Os exemplos de Kingdon não querem dizer que o modelo dos múltiplos fluxos seja essencialmente liberal ou neoliberal, o que é afastado pela rejeição ao discurso tecnicista e pela abertura cognitiva do modelo a políticas gestadas por diferentes ideologias. Na verdade, o modelo é uma forma que pode ser preenchida por conteúdos diversos. Kingdon não se preocupou em elaborar um modelo capaz de favorecer determinados pontos de vista, nem tampouco de estabelecer limites axiológicos ou epistêmicos para a corrente das alternativas. Ele não problematizou essas questões, pois seu modelo é descritivo da realidade, e não normativo, o que, por si só, é uma contribuição à pesquisa jurídica, de inclinação prescritiva.

No modelo dos múltiplos fluxos, os limites são fornecidos pela política, terceiro fluxo em que problemas e alternativas são escrutinados, entre outros critérios, por sua adequação aos valores prevalentes na sociedade e na classe política. Sendo termo de variados sentidos, convém observar que a política, aqui, deve ser compreendida como o espaço institucional em que se resolvem as disputas entre segmentos da sociedade. A corrente da política é uma arena em que o apoio a uma política pública é formado por meio de negociações, em que a aderência às ideias ainda preserva alguma relevância, mas não é central como na corrente das alternativas. A barganha prevalece sobre a argumentação no último fluxo (CAPELLA, 2006, p. 29; KINGDON, 2006, p. 229).

Dentre os três fluxos, o da política é aquele cujos acontecimentos, sobretudo as mudanças de governo, têm mais força para influenciar na formação da agenda (KINGDON, 2006, p. 229). Quando uma determinada questão é percebida como prioritária pela sociedade em momento coincidente com a disputa eleitoral, nem mesmo grupos de pressão poderosos conseguem excluí-la da agenda, visto que os custos políticos de ignorar uma demanda social em período eleitoral são muito mais altos que os desgastes junto aos defensores de interesses.

Essa não é, no entanto, uma constatação banal, tendo em vista que, no fluxo da política os grupos de interesse podem barrar propostas ou acrescentar algo a uma proposta já existente mais do que contribuir na formação da agenda.

As negociações políticas que podem permitir a ascensão de uma questão à agenda não ocorrem em ambiente estéril. Há elementos conjunturais que exercem forte influência sobre a corrente da política, sobretudo, o clima ou o humor geral em relação a uma determinada situação, a organização das forças políticas que exercem pressão para a aprovação ou rejeição de uma política e as mudanças nos governos. Quanto a esse último fator, é especialmente importante por abarcar desde alterações internas, como reformas ministeriais ou deslocamentos de competências, até a alternância no poder. Se as reformas internas já são relevantes, o início de um novo governo é o momento de maior suscetibilidade à mudança de agenda (CAPELLA, 2006, p. 29).

As diferentes faces desse mesmo elemento podem aparecer simultaneamente, como no início do governo Bolsonaro, em que várias competências antes pulverizadas foram concentradas no então recém-criado Ministério da Economia e no Ministério da Justiça. Os intermináveis debates então havidos sobre a maior adequação da inserção do Conselho de Controle de Atividades Financeiras, COAF, na estrutura administrativa de um ou de outro dos mencionados Ministérios sinaliza a relevância prática do deslocamento de competência, que pode influenciar decisivamente as políticas públicas eleitas como prioritárias em um setor.

As demandas, em um Estado capitalista, correspondem aos desejos de manter ou mudar as condições da sociedade. A conversão dessas demandas em políticas públicas decorre da sua não satisfação por meios privados ou por outros meios públicos já existentes. A ascensão de uma questão à agenda institucional ou decisória pode ser descrita de outro modo, portanto, como o momento em que uma demanda é colocada na arena estatal e inicia-se a negociação dos interesses correspondentes. Na perspectiva dos interesses, portanto, a abertura de uma janela tornaria o Estado suscetível ao embate dos diferentes segmentos sociais pelo atendimento de uma demanda da forma como melhor lhes convém (LOBATO, 2006, p. 304).

No modelo dos múltiplos fluxos, todas essas constatações podem ser preservadas, mas devem ser acrescidas a uma visão mais dinâmica do processo, que compreende que as disputas entre diferentes grupos já ocorre no interior de cada uma das correntes, em movimentos que obedecem a padrões aproximados específicos de cada uma das três. Há mais em jogo do que interesses materiais facilmente identificáveis com classes sociais. Do contrário, as escolhas seriam mesmo racionais e objetivas, baseadas sempre na acumulação de riquezas e de poder, o que permitiria a submissão da definição da agenda e dos processos

decisórios em políticas públicas a modelos matemáticos capazes de fazer previsões confiáveis. Existe, entretanto, o elemento ideológico que, não raro, faz com que atores aceitem sofrer prejuízo para que uma determinada ideia prevaleça, sem qualquer ganho imediato além da preponderância de sua visão de mundo.

Não se ignora, claro, que a manutenção do *status quo*, mesmo que em uma perspectiva cultural ou comportamental, contribui para a preservação das condições materiais de uma sociedade. Reconhecer isso não elimina o fato de que são interesses constituídos e manifestados de formas diferentes, o que se reflete na forma como os atores interagem.

A importância da negociação na corrente da política aproxima de um embate entre interesses, mas o modelo é capaz de comportar essa ótica e acrescê-la de outros elementos que permitem capturar a complexidade do ambiente em que a agenda decisória é formada.

As políticas públicas (ainda) não são concebidas e decididas por inteligência artificial, o que compromete a previsibilidade exata dos processos envolvidos. No final das contas, são pessoas, com sua ínsita ambiguidade, que percebem um problema como mais importante, que elaboram planos de ação e que exercem o poder político, participando diretamente das negociações em torno das políticas públicas. São também pessoas que se agrupam em torno de interesses comuns e formam grupos de pressão, além de comporem os quadros das instituições e entidades privadas que interferem no processo.

Fazendo-se um paralelo com a representação de um papel em cena, todos esses indivíduos, coletividades e organizações são denominados atores no palco das políticas públicas. Para alcançar essa condição, basta exercer ou tentar exercer alguma influência sobre os rumos das políticas. Ainda assim, há determinadas categorias que recorrente ou invariavelmente figuram como atores, como os políticos, os agentes designados politicamente – a exemplo de secretários de Estado e ministros –, os burocratas, os juízes, os grupos de interesse, os partidos políticos, a mídia, *think tanks*, os destinatários das políticas públicas e as organizações do terceiro setor (SECCHI, 2013, p. 99).

O mérito do modelo de Kingdon está em reconhecer que esses atores não agem de modo estritamente racional e que, mesmo diante de um contexto favorável aos três fluxos, por vezes é o ator quem fornece o impulso final necessário à ascensão de uma questão à agenda decisória. Por outro ângulo, os atores, tanto como podem incentivar, também podem constituir um óbice a um problema ou a uma alternativa (KINGDON, 2006, p. 226), o que se relaciona com a omissão estatal deliberada já mencionada. A observação de Kingdon quanto à ambivalência dos atores é aplicável também às dinâmicas internas aos próprios fluxos, que tanto podem favorecer como impedir a mobilidade de uma questão ou alternativa.

Há hipóteses em que a opinião pública favorável e a identificação com o programa de uma gestão não são suficientes para fazer uma questão chegar à agenda de políticas públicas. Os atores têm importante papel nesse processo, especialmente no sentido de impedir que um tema chegue à pauta ou que determinada alternativa seja adotada. De todo modo, sendo virtualmente impossível o consenso absoluto em uma sociedade complexa e com sistemas muito diferenciados, qualquer problema ou alternativa deve apresentar apoiadores e opositores. Identificar vencedores e perdedores dentre os atores envolvidos é mais uma função do estudo da formação da agenda de políticas públicas, que pode contribuir para elucidar as relações de poder em uma sociedade (ZAHARIADIS, 2016, p. 3).

Kingdon (2006, p. 230) classifica os participantes dos processos de formação da agenda como visíveis ou invisíveis. Na primeira categoria, estão os atores que têm acesso ao debate público, ganhando espaço nas mídias tradicionais e logrando comunicar-se com o público em geral. Na obra de Kingdon, que analisou o governo federal norte-americano, estão nesse grupo o presidente e os agentes designados politicamente que lhe são próximos, membros de destaque do Poder Legislativo, a própria mídia, partidos políticos e comitês de campanha. Nesse particular, não se pode perder de vista que o modelo dos múltiplos fluxos foi concebido com fundamento em pesquisa empírica desenvolvida por Kingdon nos Estados Unidos, onde o chefe do Poder Executivo é o vértice central do poder estatal. Também o Brasil é uma república em que o presidente concentra muito mais poderes que qualquer outro ator institucional singular, de modo que a conclusão pode ser facilmente transposta para a realidade local.

É perfeitamente possível adotar a classificação também em outras instâncias, variando conforme a competência para instituir uma determinada política. Assim é que a formação da agenda de políticas públicas no nível estadual ou municipal da Administração Pública brasileira vai ter como atores visíveis o governador ou prefeito, os secretários estaduais ou municipais, os deputados estaduais ou vereadores mais atuantes em determinada área ou que ocupem cargos de liderança, os jornais e comunicadores locais, os diretórios regionais de partidos políticos.

No plano da formulação de políticas públicas, o Estado é tanto arena como ator; é a ele que convergem as disputas de interesse, para que resultem na concretização institucional de uma política, e a atuação estatal se faz sentir quando se apresenta como hegemonia constituída, representante do segmento social dominante em um determinado tempo e lugar (LOBATO, 2006, p. 302).

Já os atores invisíveis seriam os pesquisadores e os burocratas, que formulam as alternativas e influenciam a seleção dentre as existentes. Por outro lado, têm pouco poder de ditar os rumos da agenda, que é determinada preponderantemente pelos atores visíveis, com destaque para os políticos que ocupam as posições que acumulam mais poder. A superioridade dos políticos eleitos sobre os burocratas na definição das prioridades do Estado é, na visão de Kingdon (2006, p. 300), uma evidência do bom funcionamento da democracia. Sob essa perspectiva, ao menos a tarifação da ordem de importância entre as questões parece obedecer às escolhas dos eleitores, o que deve ser reputado positivo.

Por outro lado, nem sempre os políticos eleitos conseguem escolher as alternativas que serão apresentadas para a tomada de decisão ou mesmo agir decisivamente na implementação das decisões já tomadas, o que favorece o equilíbrio entre representatividade das demandas da sociedade de um lado e a continuidade administrativa e a independência técnica de determinadas instâncias institucionais de outro.

A propósito de segmentos do Estado que demandam independência, é interessante observar que, no modelo dos múltiplos fluxos em particular, os juízes não têm papel destacado como atores. Isso ocorre porque, como já referido anteriormente, o modelo procura analisar as etapas iniciais do ciclo das políticas públicas, excluindo os processos de implementação e análise, em que o Poder Judiciário poderia influir. Não é desprezível a força que os juízes têm ao ditar os rumos das políticas públicas – e tanto mais será assim quanto mais for ativista o perfil do julgador –, mas esse poder é exercido principalmente como veto, posterior à tomada de decisão, a alternativas ilegais ou inconstitucionais. O Poder Judiciário também pode ser influente na forma de aplicação de uma política pública, ao interpretar as normas que lhe dão suporte institucional (SECCHI, 2013, p. 108).

O Poder Judiciário brasileiro foi um ator visível da mais alta importância na definição dos rumos das políticas públicas adotadas para enfrentar a pandemia de covid-19 e, dessa experiência, é possível extrair um exemplo singular de ingerência judiciária capaz de afetar inclusive a etapa da formulação das políticas públicas. A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341²¹, que, em abril de 2020, afirmou

21 EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o

que os governos estaduais e municipais têm competência comum com o governo federal nas questões relacionadas à saúde pública, podendo adotar medidas mais restritivas a partir das realidades locais, foi relevante não apenas para que as políticas então em curso tivessem continuidade, mas também para que os entes federativos dispusessem de um ambiente institucional favorável – afetando especialmente o fluxo da política, portanto – à elaboração de novas alternativas e à delimitação de novos problemas a partir da questão pandêmica geral.

Curiosamente, na própria ementa do julgado, consta menção expressa à importância de conferir liberdade para a formulação de políticas públicas, desde que amparadas em evidências científicas, como forma de evitar a omissão estatal. Quando, mais tarde no mesmo ano, começaram a progredir os estudos para a criação de uma vacina contra a covid-19, os entes federativos tiveram autonomia e segurança para investir na produção de uma vacina própria ou para firmar acordos antecipados de aquisição das doses que ainda seriam produzidas, garantindo, assim, o abastecimento de um insumo essencial ao enfrentamento do problema, que, se ficasse a cargo exclusivamente do governo federal, poderia ter sofrido atraso ainda maior do que o já documentado pela Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou o caso.

Esse exemplo corrobora a ideia de que, quanto mais atores, mais amplo e democrático será o processo político (LOBATO, 2006, p. 302). Entretanto, a participação dos atores depende da existência de abertura para a veiculação das demandas por meio de canais

direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

institucionais ou não. É nesse quesito que o papel da mídia pode ser interpretado de formas diversas, devendo-se, de todo modo, guardar atenção às inovações tecnológicas que modificaram completamente as formas de se comunicar nos últimos trinta anos.

Diferenciando-se da visão de McCombs e Shaw, o modelo dos múltiplos fluxos não atribui centralidade ao papel da mídia na definição da agenda. Ao contrário, Kingdon afirma que os meios de comunicação exercem menos influência do que supõem outras abordagens, pois entende que eles apenas mostram ao público os temas que já foram inseridos na agenda. Não é do interesse da mídia a profusão desordenada de temas que lutam para sobressair-se no fluxo dos problemas. É muito mais interessante, para os comunicadores, tratar de temas que já atraíram um nível considerável de atenção na sociedade, de modo a despertar o interesse dos espectadores.

Não se deve entender, contudo, que os meios de comunicação sejam desimportantes. Ao menos em seu papel de contribuir para formar a opinião pública – relevante em vários aspectos dos processos de formação da agenda –, a mídia é um ator visível que deve ser considerado. Também nos canais especializados, como revistas científicas, o papel da imprensa se faz sentir e serve para divulgar propostas e aglutinar defensores de uma alternativa (CAPELLA, 2006, p. 34).

A definição da agenda atribui significado e importância a indivíduos e instituições para além do que estabelecem as leis e o desenho institucional fornecido pela Constituição. Boa parte das informações que circulam nas sociedades, influenciando a forma como as pessoas enxergam problemas e soluções, advêm de fontes que, a despeito de não exercerem qualquer poder político formal, tornam-se atores relevantes no processo. Ainda que nem sempre essa forma de atuar determine a orientação da opinião pública, certamente é capaz de impor os assuntos sobre os quais o debate público há de se debruçar (ZAHARIADIS, 2016, p. 3).

Se, por um lado, isso favorece a pluralidade de perspectivas; por outro, a manipulação de informações com a finalidade de influenciar a disputa política é uma realidade incontornável que acompanha a inovação tecnológica. Não é mais possível ignorar o modo de atuação das redes sociais, que tanto se colocam como arenas em que transcorre o debate público com alcance inimaginável à época em que Kingdon desenhou seu modelo, como, igualmente, são atores na medida em que seus administradores concentram enorme poder de influenciar a agenda sistêmica e, eventualmente, a institucional e a decisória.

As redes sociais tendem a modificar o peso que a mídia tem como ator na formação da agenda, por superar o esquema enxergado por Kingdon de apenas destacar aquilo que já está

na ordem do dia. Sendo um ambiente de mínima filtragem e acesso fácil, questões que anteriormente passariam despercebidas aos atores tradicionais podem ganhar repercussão em uma velocidade que não seria possível de outro modo.

Um efeito secundário dessa mudança de perfil dos meios de comunicação é a atribuição de maior relevância aos destinatários das políticas públicas enquanto atores, dando-lhes voz que não conseguiriam projetar pelos canais institucionais. Convém manter alguma desconfiança, no entanto, acerca da efetiva contribuição desse fenômeno para o incremento da democracia por dois motivos. Em primeiro lugar, é obrigatório apontar que, em uma profusão de vozes, poucas são efetivamente ouvidas, e as que o são chegam a essa condição por estratégias de marketing ou carisma pessoal, de modo que não crescem muito à representação de segmentos da sociedade excluídos. Indo além, a intensa manipulação de algoritmos a partir do viés de confirmação dos usuários e os objetivos comerciais nada discretos das Big Techs sugerem que o ganho de importância no processo de definição da agenda foi maior para essas organizações que para os seus usuários.

As inovações não eliminam a tipologia de Kingdon quanto aos atores, apenas a complementam. A importância dos empreendedores (*entrepreneurs*) está preservada. São as pessoas que investem tempo e dinheiro na defesa de políticas públicas. Os sujeitos podem estar situados no interior da estrutura administrativa do Estado, especialmente nos Poderes Executivo e Legislativo, e também podem ser encontrados nos partidos políticos, em grupos privados mobilizados em torno de interesses comuns, na comunidade acadêmica e nas mídias (CAPELLA, 2006, p. 31).

A promoção de seus valores é um dos motivos mais fortes que levam um empreendedor a esforçar-se e gastar recursos para catapultar um problema ou uma solução (KINGDON, 2006, p. 238). O patrocínio de pessoas e ideias é o modo de atuação clássico dos *entrepreneurs*, que lhes confere particular relevância quando comparados com atores que interferem no processo elaborando alternativas (KINGDON, 2006, p. 232).

Nesse ponto, é preciso apontar que, diferentemente da situação no Brasil, nos Estados Unidos, o lobby é uma atividade lícita e regulamentada. A falta de previsão legal não impede a existência de figuras popularmente conhecidas como lobistas, que podem ou não defender posições relacionadas a alguma política pública. Esses agentes não são equivalentes ao empreendedor de políticas, embora possam também assumir essa função.

A função do *entrepreneur* vai ser encontrada, na realidade brasileira, em indivíduos que, atuando a partir de instituições públicas ou entidades privadas, engajam-se na defesa de uma alternativa ou na eleição de um problema como prioritário. Foi o papel que os

Procuradores da República integrantes da força-tarefa da operação Lava Jato desempenharam, ao promover a coleta de assinaturas em todo o país para apoiar as alternativas combinadas no pacote das Dez Medidas Contra a Corrupção.

Nas abordagens tradicionais de análise de políticas públicas, reserva-se às ideias papel meramente justificatório de escolhas que seriam determinadas por interesses. Nesse sentido é que se justifica a afirmação de que o *entrepreneur* se parece mais com um advogado que com um cientista (PARADA, 2006, p. 87). No modelo dos múltiplos fluxos, diversamente, a analogia com a advocacia também pode ser empregada, desde que seja acrescida a defesa da ideologia como um interesse representado pelo causídico. Não se pode perder de vista que mesmo os interesses são condicionados pela adesão afetiva a determinados valores que transcendem as relações materiais mais superficiais.

Não é sem razão que Kingdon (2014) identifica nos *entrepreneurs* a disposição para investir em uma ideia que esteja de acordo com seus valores, mesmo que isso não garanta retorno material palpável. Por vezes, os atores – que, quando individuais, continuam sendo pessoas dotadas de subjetividade e contradições e, quando coletivos, são constituídos por indivíduos com essas mesmas características – tomam decisões que, à primeira vista, mostram-se irracionais e somente podem ser explicadas pela relação afetiva com as ideias que lhes são caras.

2.3.3. Atualizações ao modelo dos múltiplos fluxos, críticas e réplicas

Ana Cláudia Capella (2006, p. 36) destaca o papel de Nikolaos Zahariadis na atualização do modelo dos múltiplos fluxos. O autor grego ofereceu três principais contribuições: procurou ampliar o alcance do modelo para que chegasse até a fase da implementação das políticas públicas; empregou-o de forma original em estudos comparativos de políticas análogas de diferentes países; e mudou o objeto da análise originalmente proposta por Kingdon, que tratava de várias questões simultaneamente, para focar em uma única questão e observar o caminho por ela percorrido no processo.

Outra diferença notada na forma como Zahariadis empregou o modelo está no tratamento dado ao fluxo da política. Os três elementos cruciais na concepção de Kingdon – o humor geral, a atuação dos grupos de interesse e as mudanças no governo – são agrupados em uma única categoria denominada “ideologia”. O caráter essencialmente ideológico do fluxo político é ressaltado, por exemplo, quando Zahariadis afirma que a ideologia dos partidos políticos é um fator que pode catapultar uma questão para o topo da agenda. Por fim, merece

menção a observação de Zahariadis de que os fluxos também se unem em outros momentos além daqueles em que se formam as janelas, o que veio a ser aceito, inclusive, pelo próprio Kingdon (CAPELLA, 2006, p. 39).

A abordagem proposta por Zahariadis foca na passagem de uma questão da agenda sistêmica para a institucional ou da institucional para a decisória. Essas etapas do processo também estão compreendidas no modelo de Kingdon, que, declaradamente, não procura identificar a origem primeira das ideias, mas, sim, como elas ganham cada vez mais atenção até chegar a integrar a agenda decisória, o que abarca também a formação da agenda institucional. Embora a mídia seja importante ao influenciar a opinião pública, Zahariadis, seguindo a orientação de Kingdon, entende que esse é um fator dentre outros que se somam para compor o quadro analisado pela política.

O conceito de agenda de Zahariadis inclui a possibilidade de, efetivamente, colocar em prática as políticas públicas que a compõem. Mas o próprio autor (2016, p. 6) adverte que há também questões que chegam à agenda apenas por seu simbolismo, seja para atender às expectativas de apoiadores ou para desviar as atenções de alguma outra questão que se pretende promover. A chave está na percepção; tem mais chance de integrar a agenda uma questão percebida como passível de ação, ou, ainda, um tema pode ser incluído na agenda apenas para que o público perceba que foi alvo de atenção. A impressão que se tem de que uma política pode ser concretizada é mais relevante para a formação da agenda que a possibilidade de concretização em si.

Somente um modelo que admite a subjetividade envolvida nas variáveis é capaz de admitir, com desassombro, o papel da interpretação do mundo pelos sujeitos como um elemento constitutivo. Em essência, o modelo dá ênfase à dinâmica das ideias na disputa em torno da definição dos problemas e da geração de alternativas, sem pretender ser determinista, mas, sim, contingencial. O próprio Kingdon (2006, p. 244) afirma que o modelo é baseado em probabilidades, sem a pretensão de exatidão matemática.

Essa característica torna a abordagem alvo de críticas por sua excessiva fluidez e abstração (CAPELLA, 2006, p. 36). Acontece que é justamente por diferenciar-se dos modelos racionalistas que a proposta de Kingdon tem pertinência. Se as pessoas agem de forma ambígua e imprecisa, não tem grande serventia um modelo que desconsidere esse fator.

Em resposta a essas críticas, Kingdon (2006, p. 240) argumenta que outros modelos captam apenas partes do processo, como a pressão política. Ocorre que a realidade é muito mais complexa, nem todas as decisões são efetivamente racionais, de modo que não é possível estabelecer um modelo capaz de estruturar todos os processos envolvidos nas políticas

públicas. Sempre devem ser considerados os afetos humanos e as mudanças inesperadas nas circunstâncias.

A obsessão moderna pela previsibilidade é um erro inicial de abordagem, nesse caso. Não há mal em trabalhar com probabilidades maiores ou menores. Afinal, há alguns pontos em que é possível ter certa segurança quanto à forma como os acontecimentos se desenvolvem: os processos dentro de cada dinâmica; os processos que estruturam as conexões; restrições gerais sobre o sistema, que se apresentam como limites impostos pela estrutura básica do Estado, bem como pela opinião pública geral ou especializada e pelo orçamento.

Mesmo considerados os acréscimos já feitos ao modelo e sua larga aplicação em diversas situações distantes das políticas originalmente analisadas, os estudos inaugurados por Kingdon ainda têm muito a crescer na investigação do poder das ideias (BAUMGARTNER, 2016, p. 63).

3.4 Conformidade jurídica de políticas públicas

Nem sempre as questões que passam a compor a agenda de políticas públicas são aquelas que mais preocupam uma comunidade, podendo-se chegar ao extremo de serem francamente contrárias às demandas da maioria da população. A falta de alinhamento entre as políticas públicas promovidas por um governo e os valores e desejos de um povo pode ocorrer tanto em Estados democráticos, como nos autocráticos ou nos híbridos.

Quando o legalismo autocrático consegue avançar em um país, o espaço para a crítica é limitado e o controle jurídico da atuação estatal oscila entre a inexistência e a fachada meramente formal. Sem a responsabilização dos agentes públicos característica da democracia liberal, tudo é possível para quem exerce o poder. Nesse cenário, a definição das prioridades entre os problemas públicos não vai observar os parâmetros fornecidos pela constituição.

No liberalismo jurídico-político, a possibilidade de responsabilização é uma condição do exercício da função pública, o governante sempre deve prestar contas de sua atuação à sociedade e suas escolhas – inclusive, quanto às prioridades – são sindicáveis à luz de critérios fornecidos pelo ordenamento jurídico.

O constitucionalismo impõe que esses critérios estejam na constituição. As políticas públicas, enquanto meios de concretização dos direitos fundamentais, estão sujeitas a juízos de constitucionalidade (COMPARATO, 1998, p. 46). O constitucionalismo pretende atribuir

força normativa à constituição (HESSE, 1991) e espalhar os valores constitucionais pelas demais normas do ordenamento (BARROSO, 2005).

Sendo assim, é a constituição quem estabelece as metas que a Administração Pública deve atingir e quais áreas de atuação são prioritárias, o que não pode ser ignorado pelas normas infraconstitucionais que dão corpo às políticas públicas. As prioridades momentâneas podem oscilar dentro das balizas constitucionais, mas os objetivos amplos almejados pelo Estado não podem ficar sujeitos à vontade conjuntural de um governo (BERCOVICI, 1999, p. 40).

Voltando para a questão inicial, a substituição da democracia liberal por mero majoritarismo conduz a um julgamento negativo apriorístico das divergências entre a agenda de um governo e o que espera a maioria da população. No entanto, a realidade é mais complexa. Como já afirmado, democracias liberais compreendem também a defesa dos interesses de minorias, que podem ser objetivamente contrários aos interesses da maioria.

O interesse comum pode divergir daquilo que a maioria acredita ser o melhor caminho. A própria existência de um interesse comum identificável é problema em aberto desde Rousseau. Mesmo que se parta da premissa de que ele existe, continua sendo problemático selecionar quem pode e quem não pode interpretá-lo, e é difícil confiar no resultado da interpretação.

Nesses casos mencionados, pode-se admitir que, sim, em algumas situações, será legítima e democraticamente adequada a ascensão de uma questão à agenda de políticas públicas que não corresponde aos anseios majoritários. É preciso, portanto, compreender como operam os critérios constitucionais que definem as prioridades da atuação estatal, para, então, iluminar a legitimidade da promoção de questões não endossadas popularmente.

Em primeiro lugar, é necessário observar que o juízo de validade das políticas públicas não é a mesma coisa que um juízo de validade do seu suporte normativo (COMPARATO, 1998, p. 45). As políticas públicas estão sujeitas a escrutínio desde o seu nascedouro, o que compreende, portanto, a formação da agenda, etapa em que as normas que dão sustentação institucional à política ainda são apenas uma perspectiva. Justamente por isso é que é possível contrastar a agenda de governo com as preferências constitucionais, independentemente de essa agenda governamental ser convertida, com sucesso, em políticas públicas concretas.

O controle jurídico das políticas públicas se dá, inicialmente, pela determinação dos objetivos estabelecidos pela constituição e pela capacidade de as ações estatais propostas contribuir para que sejam alcançados. A questão passa, necessariamente, pela demarcação

dos limites entre a vinculação da atividade administrativa à constituição e a discricionariedade do administrador (BREUS, 2006, p. 214).

Não basta, para tanto, reconhecer que o Estado é orientado pela promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, o que seria uma formulação sem concretude suficiente para resolver qualquer situação prática. Uma saída, construída a partir da limitação dos recursos disponíveis, seria a utilização da distribuição do orçamento para avaliar se as prioridades constitucionais estão sendo atendidas. Em alguns casos, o próprio texto constitucional estabelece percentuais mínimos de investimento em determinadas áreas, como no art. 212 da Constituição Federal de 1988²², que revela a importância atribuída à educação.

Há outras formas de identificar as preferências de uma constituição. Por exemplo, o acesso universal e gratuito ao ensino básico previsto no art. 208, I, da Constituição Federal de 1988²³ é uma prioridade acima de qualquer contestação, com poder para obstar a realização de gastos em outras áreas caso não seja observada pelo Estado. O mesmo raciocínio vale para outras prioridades constitucionais identificadas com segurança suficiente. Não está na esfera da discricionariedade do administrador público o não enfrentamento de uma nítida meta constitucional preferencial, para que, em seu lugar, seja promovida uma alternativa para um problema de menor importância de acordo com esses parâmetros (BREUS, 2005, p. 216).

Adverta-se que o investimento em uma área prioritária, por si só, não é suficiente, se os meios empregados não são uma escolha razoável do ponto de vista do resultado que se pretende produzir com a política. Entretanto, afóra a eliminação das propostas objetivamente inservíveis para o atingimento dos fins constitucionais, não há margem para um controle jurídico prévio das alternativas, tendo em vista que a escolha dos meios consiste no núcleo do poder discricionário do administrador público (BREUS, 2005, p. 218).

A dificuldade de antecipar com exatidão os resultados de uma política pública também deve servir de freio para os juízos que incidem sobre as alternativas. O controle jurídico deve substituir a discricionariedade do administrador somente se houver certeza quanto aos critérios adotados pra decidir – e, nessa hipótese, não há.

Finalmente, o controle jurídico das políticas públicas adota também como balizas a proibição da insuficiência e a vedação ao retrocesso social. Se a proibição da insuficiência se dá em favor da eficácia dos direitos fundamentais, as políticas públicas que os concretizam

22 Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

23 Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

merecem a mesma proteção. Igualmente, o amplo reconhecimento da validade da cláusula de vedação ao retrocesso em nossa ordem constitucional conduz à conclusão de que, políticas públicas que favorecem um maior grau de realização de direitos fundamentais não podem ser simplesmente suprimidas, mas apenas aperfeiçoadas para que se chegue a um nível ainda mais elevado de concretização (BREUS, 2005, p. 224).

De forma mais especificamente orientada para o modelo dos múltiplos fluxos, a formação da agenda de políticas públicas pode ser avaliada pelo ângulo da contribuição do enfrentamento de um problema para o atingimento dos objetivos constitucionais, como também pelo aspecto da idoneidade da solução escolhida, observada a limitação ressalvada.

Voltando ao objeto deste estudo, se a ideologia é um fator importante na ascensão das questões à condição de problema e à filtragem das alternativas, o juízo jurídico das políticas públicas deve levar em consideração os valores que incidem sobre os fluxos e compará-los aos valores da democracia liberal que orientam a Constituição Federal de 1988.

No modelo das múltiplas correntes, a ideologia tem um papel destacado em todos os três fluxos, ainda que incidindo sobre cada um de modos diferentes. Esse aspecto da abordagem pode iluminar como o legalismo autocrático favorece a formulação de políticas públicas que desafiam a constituição nas regras e princípios mais sensíveis para a democracia liberal.

4 A formulação de políticas públicas como expressão do legalismo autocrático

Qualquer regime, seja democrático, autoritário ou híbrido, pode promover políticas públicas boas ou ruins, o que é possível avaliar pelo desenvolvimento e resultados por elas obtidos.

Em regimes autocráticos, os objetivos não são, necessariamente, predeterminados no pacto constitucional, mas, sim, alterados de acordo com as circunstâncias e interesses momentâneos, a partir dos conflitos que ocorrem na sociedade. Também, em regimes autoritários, os meios de atuação do Estado se diferenciam dos meios de regimes democráticos, que podem, assim, incluir a violação de direitos humanos como ação estatal deliberada. Nas democracias liberais, idealmente, os fins independem da vontade de atores políticos, que travam a disputa em torno de dois eixos, a escala de prioridades entre os fins constitucionalmente estabelecidos e os meios mais adequados para atingi-los. No meio do caminho, entre uma modalidade de regime e a outra, a pedra do legalismo autocrático, que atua tanto em nível infraconstitucional quanto em patamar constitucional.

A adoção das estratégias do legalismo autocrático pode ser o fator determinante para que tenham êxito alternativas de políticas públicas orientadas por valores e ideologias divergentes da ideologia estabelecida constitucionalmente, apesar das censuras que propostas com essa característica tendem a sofrer, seja institucionalmente ou entre as comunidades de especialistas. De acordo com o modelo dos múltiplos fluxos, do qual falamos no capítulo passado, em condições regulares, sem conflitos institucionais, seriam reduzidas as chances de sucesso de alternativas materialmente inconstitucionais.

No Brasil do século XXI, os atores desequilibraram essa tendência, esforçando-se para promover políticas que confrontam a Constituição Federal de 1988. Mais especificamente, esses atores deram grande importância às ideias, investiram tempo e recursos para impor sua ideologia, independentemente da conformidade constitucional.

Ressalvada eventual crise que torne, concreta e transitoriamente, impossível alguma prestação positiva, a redução intencional do grau de concretização de direitos fundamentais não é uma possibilidade jurídica na atual ordem constitucional brasileira, sobretudo, em razão do princípio da vedação ao retrocesso, que já fundamentou diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.676²⁴.

No entanto, durante o período de 2019 a 2022, sob a presidência de Jair Bolsonaro, o governo atuou para esvaziar as instâncias de proteção a direitos fundamentais, desarticulou os órgãos responsáveis pela formulação de políticas públicas e editou uma profusão de atos normativos infralegais direcionados aos temas que mobilizam ideologicamente sua base de apoiadores, como meio ambiente, povos indígenas e comunidade LGBTQIA+ (VIEIRA; GLEZER, 2019, p. 72).

Instaurou-se, assim, um contexto em que a democracia liberal projetada constitucionalmente sofreu ataques por meio de instrumentos jurídicos formalmente regulares em duas frentes, tanto foram promovidas medidas destinadas a interferir na lisura da disputa eleitoral, distribuindo-se benefícios extraordinários em ano eleitoral, como houve ações e omissões estatais concretas, que representaram retrocesso em matéria de direitos fundamentais, das quais trataremos mais adiante. Em comum, as duas formas de investida antidemocrática apresentam a característica de serem materializadas como políticas públicas, ou como ações específicas de determinada política pública mais abrangente, que apresentam um suporte normativo, do qual extraem a pretensão de legitimidade.

24 “A supressão de extenso espaço territorial especialmente protegido vulnera o dever de proteção e preservação do meio ambiente (art. 225, caput, CF) e ofende os princípios da vedação do retrocesso e da proibição da proteção insuficiente” (BRASIL, 2022).

4.1 Bolsonarismo e legalismo autocrático

A chegada ao poder de um político que adota os métodos do legalismo autocrático pode ocorrer com o aparelhamento de um partido político tradicional ou com a ascensão de uma nova força política que derrote os partidos que antes dominavam a disputa, sendo essa última possibilidade fruto de uma crise de credibilidade dos partidos tradicionais (SCHEPPELE, 2018, p. 580). A crise de credibilidade do Estado Democrático Liberal, já não é recente e o avanço do autoritarismo faz-se sentir em várias partes do mundo (BARROSO, 2022).

É inevitável traçar a relação com o caso brasileiro, em que houve uma sucessão de eventos que favoreceu o sucesso eleitoral de uma força política de extrema direita, antes restrita a um nicho pequeno e específico do eleitorado. As circunstâncias que tornaram esse resultado possível vão dos protestos de junho de 2013, que deram vazão à insatisfação da população com os resultados prometidos pelo projeto de sociedade traçado na Constituição Federal de 1988, à operação Lava-Jato, que fez terra arrasada do sistema partidário brasileiro pós-redemocratização, passando pelos indicadores econômicos ruins do segundo mandato de Dilma Rousseff, assim como pelo impeachment de 2016, que serviu para aglutinar forças anti-establishment na sociedade civil. No governo Michel Temer, a continuidade das denúncias de corrupção agravou ainda mais a crise de credibilidade dos partidos tradicionais, ao mesmo tempo em que era aprovada uma agenda impopular, incluindo a reforma trabalhista.

Além do contexto prévio, as aproximações entre o exercício do mandato presidencial por Jair Bolsonaro e o legalismo autocrático puderam ser observadas ao longo do mandato presidencial agora encerrado.

Partindo do pressuposto de que o legalismo autocrático cresce e se desenvolve no contexto político da ascensão de um líder populista ao poder, o esforço para identificar se um governo em específico é legalista autocrático passa pela análise do eventual caráter populista do regime. Em tese, é possível haver populismo sem legalismo autocrático – o fenômeno político pode levar à autocracia pura e simples ou, como visto, há quem enxergue a possibilidade de um populismo virtuoso compatível com a democracia liberal (BARROS; LAGO, 2022) –, como também práticas legalistas autocráticas podem ser adotadas, esporadicamente, por líderes que não são exatamente populistas. A configuração do populismo, por conseguinte, especialmente no século XXI, é um indicador importante de que um país caminha para a zona cinzenta entre legalidade e comprometimento da democracia, ainda que mantenha o arcabouço constitucional formalmente hígido.

A ideologia é uma chave importante para interpretar qualquer fenômeno sociopolítico, que, para alcançar coercibilidade e generalidade, assume a forma jurídica. Contudo, as ideologias que se formam no cenário político brasileiro não são levadas suficientemente a sério como objeto de estudo. Isso ocorre, sobretudo, no pensamento jurídico, em que, pela fetichização da norma, prevalece a redução simplista da ideologia como mistificação, o que dificulta a apreensão do direito como expressão da ideologia (WOLKMER, 2003, p. 198), resultando em uma análise da norma e das instituições jurídicas pelo viés formalista.

Por isso é que, mais do que saber o que a gestão Bolsonaro propunha como projeto de governo, é o caso de identificar, em sua retórica e na narrativa então construída²⁵, o propósito de catalizar o descontentamento da sociedade com a economia e com os partidos políticos tradicionais, marcados por sucessivos escândalos de corrupção que se avolumaram no período que antecedeu a eleição presidencial de 2018, de forma a compreender, como esse sentimento poderia ser explorado, para legitimar as modificações normativas pretendidas nas políticas públicas garantidoras de direitos.

Já desde as manifestações favoráveis ao impeachment de Dilma Rousseff em 2015 e 2016, os símbolos nacionais foram capturados pela parcela da população que rejeitava o establishment e depois se tornou a base de apoio popular do projeto bolsonarista. O patriotismo passou a dar a tônica da forma de nacionalismo promovida por Bolsonaro (SOLANO, 2019, p. 309).

Ainda antes da eleição de Jair Bolsonaro como presidente da República, Esther Solano (2018) já havia observado que a bolsonarização de um segmento da população, compreendida como a adesão a valores autoritários comuns, é um fenômeno maior que o indivíduo que lhe empresta o nome. Havia, já aí, uma proximidade evidente com o fenômeno do populismo no século XXI, de modo a permitir a menção ao fenômeno do bolsonarismo.

A rejeição aos intelectuais e o esforço moralizador característicos do populismo também estiveram presentes no governo Bolsonaro. Enquanto as universidades públicas eram tidas como antros de depravação em que se promovia balbúrdia, seu financiamento foi comprometido, com sucessivos episódios de bloqueio de verbas, num ataque direto ao direito à educação superior pública.

25 Do ponto de vista discursivo, o bolsonarismo não reconhece limites em sua interpretação absoluta da liberdade de expressão, o que é, de resto, uma constante entre líderes populistas (SCHEPPELE, 2018, p. 568). Em contradição, existe a tentativa de normalizar ataques verbais contra jornalistas críticos, sobretudo, mulheres como Patrícia Campos Mello, vítima de ofensas misóginas após desvelar, em uma série de reportagens, a existência de uma estrutura dedicada à disseminação de conteúdo falso e ao fomento do discurso de ódio com a finalidade de influenciar as eleições e patrocínio de empresários simpatizantes do bolsonarismo (MELLO, 2018).

Houve, enfim, a negação da alteridade, por meio da caracterização dos adversários do campo progressista como moralmente inferiores, inclusive com a instrumentalização da sexualidade por meio da divulgação de notícias sabidamente falsas a respeito de governos anteriores, como a suposta distribuição de um “kit gay” nas escolas públicas²⁶ (SOLANO, 2019, p. 317).

Mas não foram só os adversários eleitorais que foram antagonizados. No Brasil, o domínio do Poder Executivo sobre o Judiciário e o Legislativo verificado nos exemplos típicos de legalismo autocrático, como a Venezuela, a Hungria e a Rússia, nunca chegou a ocorrer desde a redemocratização, o que constitui uma distinção determinante do modo de atuação do bolsonarismo. Nos países citados, após sucessivos mandatos dos mesmos governantes, até mesmo a dimensão formal da democracia foi atrofiada, produzindo-se sistemas representativos em que a oposição não tem chances reais de acessar o poder. Na dimensão material, esse nível de controle sobre os outros Poderes instituídos garante a aprovação e aplicação de normas sem compromisso com a proteção dos direitos humanos. O resultado é uma constituição desvinculada da ideologia da democracia liberal.

No Brasil, diversamente, interesses do governo foram contrariados pelos demais Poderes ao longo de todo o mandato presidencial. No Congresso Nacional, Bolsonaro teve desempenho muito inferior à média do presidencialismo brasileiro nas taxas de dominância – controle da pauta legislativa pelo Executivo – e de sucesso – aprovação das propostas legislativas patrocinadas pelo Executivo (CÂMARA; ALMEIDA, 2022, p. 9). Essa conjuntura impediu que algumas de suas propostas fossem adiante, a exemplo de parte das políticas públicas analisadas a seguir. Entretanto, como já sustentado anteriormente, até mesmo as tentativas infrutíferas de violar a constituição em seu núcleo democrático e liberal são relevantes para a caracterização do legalismo autocrático.

O art. 86 da Constituição Federal de 1988²⁷ confiou ao Legislativo a prerrogativa de autorizar a responsabilização do presidente da República por crime comum ou de responsabilidade, um importante incentivo para que não seja confrontado, principalmente diante dos inúmeros pedidos de impeachment de Bolsonaro que poderiam ser pautados a

26 O bolsonarismo explorou as redes sociais de modo a diminuir a relevância dos veículos de imprensa. O populismo busca eliminar instituições como a mídia, que se colocam entre o líder e o povo, o que nunca foi tão fácil como na era dos smartphones onipresentes. Para o bem ou para o mal, a internet mudou o cotidiano da democracia (CASTELLS, 2011).

27 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.

qualquer momento. Também por esse motivo, o principal conflito institucional se deu com o Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, eleito inimigo preferencial do bolsonarismo²⁸ – e, em janeiro de 2023, fisicamente depredado –, exerceu um importante papel na contenção das ações e omissões do governo que afrontavam a constituição, o que se pode reconhecer independentemente de eventuais divergências quanto ao conteúdo de decisões específicas.

Os reiterados ataques verbais à Suprema Corte exerceram a função de estabelecer a polarização entre “nós”, povo autêntico, e “eles”, elites corruptas. Houve, inclusive, a ameaça de não cumprir decisões do Supremo Tribunal Federal por parte do próprio presidente da República, o que configura o crime de responsabilidade previsto no art. 85, II, da Constituição Federal de 1988²⁹.

Era necessário separar o povo verdadeiro – os cidadãos de bem – do povo corrompido moralmente pelo progressismo, assim como as elites alvo de ataques deveriam ser aquelas que impedissem o líder populista de fazer o trabalho a que se propunha, pouco importando a conformidade do empreendimento bolsonarista aos limites materiais ditados pela Constituição Federal de 1988. Esse é exatamente o ponto que este estudo se propõe a demonstrar: como um governo populista, legitimado por uma parcela da sociedade, consegue impactar as políticas públicas, especialmente, as sociais, por meio de instrumentos jurídicos que restringem direitos, contrariando a estrutura constitucionalizada de tais políticas.

A falta de uma ampla base de apoio no Congresso Nacional deslocou o foco da estratégia das alterações constitucionais e legais para a produção massiva de atos normativos infralegais, produzidos unilateralmente pelo Poder Executivo, que se tornaram o meio preferencial para interferir em políticas públicas, imprimindo-lhes orientação ideológica não compatível com a ordem constitucional brasileira e, em consequência, comprometendo a eficácia de direitos fundamentais (VIEIRA; GLEZER, 2019, p. 67). Estavam dadas as condições, então, para que a disputa em torno das políticas públicas voltasse ao nível primário da escolha dos fins, distanciando-se do debate democrático a respeito dos meios mais adequados para realizar os objetivos constitucionais.

28 O enfrentamento simbólico do Poder Judiciário começou ainda durante a campanha eleitoral de 2018, quando o deputado federal Eduardo Bolsonaro, filho do ex-presidente, proferiu a já famosa afirmação de que a Corte poderia ser fechada por um cabo e um soldado, sem o auxílio sequer de um jipe. Obviamente, não havia ainda a rejeição de qualquer ato do governo Jair Bolsonaro por parte do Poder Judiciário, mas já havia um *modus operandi* consolidado entre os países adeptos do legalismo autocrático no sentido de atacar primeiro os juízes.

29 Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...]

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

O Executivo se dedicou especialmente à aprovação dos projetos em que havia uma especial motivação ideológica, como nas inúmeras tentativas de flexibilizar a aquisição e o porte de armas e munições, o que acabou resultando em aumento exponencial das vendas legais de armas de fogo no país durante o período (VIEIRA; GLEZER, 2019, p. 71). Até fevereiro de 2021, havia 14 decretos e 14 portarias tratando do tema (CÂMARA; ALMEIDA, 2022, p. 11).

Esse exemplo demonstra uma tática importante do governo Bolsonaro: a exaustão forçada do controle judicial de suas políticas públicas. No caso da política armamentista, a exaustão se deu pela sucessão de atos com conteúdo ligeiramente modificado. De modo mais amplo, em casos como a extinção generalizada de conselhos de participação da sociedade civil pelo Decreto nº 9.759/2019, a exaustão decorreu da abrangência das medidas adotadas. Tanto em uma hipótese como na outra – a declaração de inconstitucionalidade de todos os decretos sucessivamente apresentados para facilitar o acesso às armas de fogo ou a análise de quais conselhos poderiam ser extintos ou não –, a atuação contramajoritária do Judiciário implica um custo elevado no contexto de conflito institucional instaurado, ao qual é somada a exaustão da sociedade civil organizada e da mídia no esforço de manter vivo, apesar dos obstáculos, algum controle social sobre o governo.

No caso dos conselhos, o Supremo Tribunal Federal decidiu, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.121, que o Decreto impugnado não podia extinguir colegiados previstos em lei. Tratou-se de uma decisão com fundamentação puramente formal, o que não suscita a mesma reação política contrária que um juízo de inconformidade material acerca de uma iniciativa governamental. A intenção de tornar a Administração Pública menos plural e aberta à participação da sociedade civil prosseguiu por meio de decretos que reduziram, alteraram a composição e inviabilizaram reuniões dos conselhos que foram mantidos, sem que tenha ocorrido o controle judicial desses atos (CÂMARA; ALMEIDA, 2022, p. 21).

Quando são muitas as frentes de disputa, é preciso abdicar de algumas e centrar nas mais relevantes. Valendo-se disso, desde o início, o governo Bolsonaro produziu retrocessos em direitos fundamentais em todas as áreas, o que dificulta o acompanhamento e, mais ainda, o controle, do conteúdo e da forma, de tantos atos simultâneos (CÂMARA; ALMEIDA, 2022, p. 7).

A versão brasileira do legalismo autocrático, com as peculiaridades que já foram observadas, foi denominada de infralegalismo autoritário por Oscar Vilhena Vieira, Rubens

Glezer e Ana Laura Barbosa (GALF, 2022)³⁰. O termo foi concebido para designar o fenômeno da instrumentalização dos atos normativos infralegais para reduzir a proteção a direitos fundamentais³¹.

Em parte, os ataques foram direcionados à reestruturação da Administração Pública Federal, de modo que órgãos responsáveis pela formulação e implementação de políticas públicas voltadas para a concretização de direitos fundamentais fossem extintos ou subordinados a outras pastas de finalidades distintas, de que é exemplo a posteriormente frustrada incorporação do Ministério do Meio Ambiente ao Ministério da Agricultura pela Medida Provisória nº 870/2019. Além do organograma da Administração Pública Federal, os meios de atuação também foram alterados. Assim, embora o Meio Ambiente tenha voltado a ser uma pasta autônoma, outros atos foram preservados, como as Instruções Normativas Conjuntas nº 1 e 2/2021, que autorizaram o funcionamento de empreendimentos em terras indígenas sem o prévio licenciamento ambiental e tornaram mais complexa a aplicação de multas ambientais, o que teve por resultado a diminuição das autuações no mesmo período em que o desmatamento aumentou (CÂMARA; ALMEIDA, 2022, p. 14).

Outro modo relevante de atuação é a diminuição ou a não execução do orçamento de áreas relacionadas à proteção de direitos fundamentais. Os cortes orçamentários atingiram principalmente as áreas do meio ambiente e da educação, relacionadas ao núcleo ideológico do bolsonarismo (CÂMARA; ALMEIDA, 2022, p. 17). A preservação do meio ambiente pressupõe a contenção dos impulsos destrutivos, a limitação da busca pelo enriquecimento individual, em oposição à interpretação fundamentalista da liberdade derivada do liberalismo econômico. Já a educação é condição indispensável para uma sociedade civil plural e capaz de exercer o controle sobre as atividades dos governantes.

Finalmente, a estratégia de captura do Estado para mobilizá-lo ideologicamente em sentido contrário à Constituição Federal de 1988 envolveu a diminuição da transparência e a ingerência sobre órgãos de controle, além da postura do Procurador-Geral da República, Augusto Aras, de se posicionar contrariamente a qualquer investigação dos atos do presidente da República (CÂMARA; ALMEIDA, 2022, p. 24).

30 O conceito foi formulado a partir de uma pesquisa que sistematizou a produção normativa infralegal do governo Bolsonaro e que está pendente de publicação, mas cujos resultados foram sintetizados e divulgados em uma série de reportagens no jornal Folha de S. Paulo (GALF, 2022) e em uma palestra proferida na USP (USPFFLCH, 2022). A descrição do modo de atuação do infralegalismo autoritário, no entanto, já está presente no artigo publicado anteriormente por Vieira e Glezer (2019).

31 Conrado Hübner Mendes (2022) opõe-se à utilização do termo “legalismo” para qualificar regimes híbridos, argumentando que “na manipulação escancarada de procedimentos e na violação explícita da substância de normas constitucionais ou legais” nem mesmo a formalidade jurídica é preservada de modo a que seja possível alguma associação com a legalidade. Propõe, então, a expressão “ilegalismo autoritário”, que, por sua vez, não distingue suficientemente regimes híbridos de regimes autoritários.

Cristiano Paixão (2020) tem denominado de manobras desconstituintes os atos reiterados de ofensa à Constituição Federal de 1988, que esvaziam progressivamente sua força normativa e o projeto de sociedade nela contido. A expressão deriva dos processos desconstituintes descritos por Luigi Ferrajoli (2014, p. 14), ao explicar a crise da democracia italiana. Para tornar um Estado menos democrático, não é necessária uma constituição com menos direitos fundamentais, basta que não sejam protegidos aqueles já previstos. Isso pode ocorrer por meio da formulação de políticas públicas que não se dirigem à finalidade de concretizar direitos, como também pela recusa a produzir uma política pública necessária para enfrentar a violação de um direito fundamental.

É notório o déficit de concretização de direitos fundamentais no Brasil. Não há ineditismo na falta de realização satisfatória das pretensões da Constituição da República. Mas, ao menos no período posterior à redemocratização, é original a atuação transversal e deliberada do governo brasileiro, desde 2016, para suprimir direitos. As políticas públicas formuladas nesse contexto configuram manobras desconstituintes, razão pela qual podem ser denominadas políticas públicas desconstituintes.

Adiante, será feita uma síntese das principais políticas públicas concebidas para criar vantagem eleitoral para o incumbente, representativa de uma das duas frentes de ação do legalismo autocrático no exemplo brasileiro. Em seguida, a análise se voltará para a outra frente, que compreende a violação ou a redução do grau de proteção de direitos fundamentais, que, neste estudo, será representada por políticas públicas formuladas no campo da educação.

4.2 Políticas públicas que objetivam reduzir a competitividade eleitoral

O primeiro eixo de atuação do legalismo autocrático é a adoção de medidas tendentes à perpetuação no poder, o que ocorre tanto no quesito eleitoral como por meio da submissão do Legislativo e do Judiciário ao Executivo. No Brasil, como visto, a dominação de todos os Poderes da República não se configurou, empurrando a agenda autoritária para o nível infralegal, com repercussão sobre a formulação de políticas públicas e a proteção de direitos fundamentais.

No entanto, justamente as políticas públicas que podem ser identificadas com essa primeira frente de ataque do legalismo autocrático constituem uma notável exceção à estratégia infralegalista. Isso foi possível graças à mudança da relação entre o Executivo e o Legislativo na segunda metade do mandato de Jair Bolsonaro, período em que a divisão do

controle do orçamento com o Parlamento permitiu maior sucesso nos projetos do governo (CÂMARA; ALMEIDA, 2022, p. 19).

Em 2022, ano eleitoral, foram aprovadas uma emenda constitucional e leis complementares contendo diversas benesses para a população, em contrariedade à orientação do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/1997³², que veda o abuso de poder econômico e político na forma de distribuição de benefícios no período eleitoral. Como forma de manter o equilíbrio da disputa, a inobservância do preceito legal acima mencionado remete à hipótese de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *d*, da Lei Complementar nº 64/1990³³, que, por sua vez, tem amparo no art. 14, § 9º, da Constituição Federal³⁴.

A exceção à vedação legal está nas hipóteses de calamidade pública, estado de emergência e continuidade da execução de programas sociais preexistentes. Assim, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 123, de 14 de julho de 2022, que, após passado o momento crítico da pandemia de covid-19 e menos de três meses antes das eleições, reconheceu que havia uma situação emergencial “decorrente da elevação extraordinária e imprevisível dos preços do petróleo, combustíveis e seus derivados e dos impactos sociais dela decorrentes”. Estaria justificada, então, a intervenção estatal para reduzir os impostos estaduais sobre os combustíveis, aumentar o valor do principal programa de distribuição de renda do governo federal, o Auxílio-Brasil, além de aumentar sua abrangência, bem como instituir benefício específico em favor dos caminhoneiros autônomos.

Tudo isso foi viabilizado por meio da abertura de créditos extraordinários, já que não eram despesas previstas no orçamento do exercício então em curso. Para que fosse possível, foi inserido o art. 120 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias³⁵, prevendo

32 Art. 73. (...)

§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

33 Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

34 Art. 14. (...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

35 Art. 120. Fica reconhecido, no ano de 2022, o estado de emergência decorrente da elevação extraordinária e imprevisível dos preços do petróleo, combustíveis e seus derivados e dos impactos sociais dela decorrentes.

Parágrafo único. Para enfrentamento ou mitigação dos impactos decorrentes do estado de emergência reconhecido, as medidas implementadas, até os limites de despesas previstos em uma única e exclusiva norma

expressamente que esses benefícios não seriam contabilizados no teto de gastos instituído pela Emenda Constitucional nº 95/2016.

A qualificação do aumento de preços de combustíveis como uma situação emergencial deve ser observada no contexto dos anos anteriores, em que a maior emergência do século produziu, de fato, dificuldades materiais para expressivos segmentos da sociedade brasileira. No início da pandemia de covid-19, diante da abrupta interrupção das atividades econômicas, fez-se necessária a concessão de um auxílio emergencial. Havia inquestionavelmente uma situação excepcional, com desdobramentos econômicos e sociais ainda incertos naquele momento. Diante desse cenário, o governo federal propôs um benefício no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), que foi elevado pelo Congresso Nacional, primeiro, para R\$ 500,00 (quinhentos reais) e, em seguida, já com a concordância do Executivo, para R\$ 600,00 (seiscentos reais) (AMARAL, 2020). Era uma política de distribuição de renda se impondo, por força das circunstâncias, a um governo eleito com a agenda do liberalismo econômico.

Após idas e vindas, houve a prorrogação do auxílio emergencial, que foi pago em nove parcelas no ano de 2020 e em sete parcelas em 2021, mas com o valor reduzido, variando de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para famílias unipessoais a R\$ 375,00 (trezentos e setenta e cinco reais) para mães chefes de famílias monoparentais (CRISTÓVÃO, 2021). Em 2021, ainda houve períodos em que as atividades econômicas foram prejudicadas pela necessidade de isolamento social e o valor do litro da gasolina já se aproximava dos R\$ 7,00 (sete reais), mas a decisão foi pela redução do valor do auxílio.

Apenas quando faltavam menos de três meses para o primeiro turno das eleições de 2022, em que Jair Bolsonaro pleiteava um segundo mandato, foi reconhecida a situação emergencial decorrente do aumento do preço dos combustíveis, que havia oscilado de uma média de R\$ 6,635 (seis reais e seiscentos e trinta e cinco milésimos de real), em 01 de janeiro de 2022, para a média de R\$ 7,25 (sete reais e vinte e cinco centavos), em 01 de junho de 2022 (BRASIL, 2023). Essa variação de cerca de 10% foi considerada motivo relevante o suficiente para superar as proibições legais de distribuição de benesses em ano eleitoral,

constitucional observarão o seguinte:

I - quanto às despesas:

- a) serão atendidas por meio de crédito extraordinário;
- b) não serão consideradas para fins de apuração da meta de resultado primário estabelecida no caput do art. 2º da Lei nº 14.194, de 20 de agosto de 2021, e do limite estabelecido para as despesas primárias, conforme disposto no inciso I do caput do art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e
- c) ficarão ressalvadas do disposto no inciso III do caput do art. 167 da Constituição Federal;

II - a abertura do crédito extraordinário para seu atendimento dar-se-á independentemente da observância dos requisitos exigidos no § 3º do art. 167 da Constituição Federal; e

III - a dispensa das limitações legais, inclusive quanto à necessidade de compensação:

- a) à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa; e
- b) à renúncia de receita que possa ocorrer.

ensejando a definição do valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para a política de distribuição de renda, superior ao que fora praticado no ano anterior, que apresentava situação econômica pior ainda como efeito da pandemia.

Das medidas aprovadas pela Emenda Constitucional nº 123, a mais polêmica foi a redução dos impostos estaduais que incidem sobre os combustíveis, o que foi definido também nas Leis Complementares nº 192 e 194/2022. O pacote legislativo impôs perda de arrecadação de modo centralizado, desafiando o pressuposto descentralizador do pacto federativo (BRAGA, 2022). De resto, trata-se de um exemplo de legislação que reforça a estratégia ambígua do legalismo autocrático por prejudicar o equilíbrio eleitoral, ao mesmo tempo em que concede benefícios reais, que dificilmente poderiam ser criticados pela oposição sem prejuízo eleitoral.

É inevitável questionar a real motivação que levou o governo Bolsonaro a criar e ampliar benefícios diretos e indiretos para a população, violando sua adesão ao liberalismo econômico. Principalmente, se observado que isso ocorreu após os piores momentos da crise provocada pela pandemia e em afronta à vedação legal existente, bem como à moralidade administrativa, que não admite a utilização da estrutura do Estado em benefício das pretensões eleitorais de agentes políticos. Não se sustenta o argumento utilizado para justificar a excepcionalidade da situação e viabilizar as políticas públicas veiculadas pela Emenda Constitucional nº 123.

A proximidade das eleições e a circunstância de Jair Bolsonaro estar, naquele momento, em segundo lugar nas pesquisas eleitorais se revelam razões mais plausíveis para a superação de tantos desincentivos à formulação das políticas comentadas. Ao fazer uso da força política do cargo para aprovar uma legislação que tinha pelo menos a intenção de constituir vantagem indevida na disputa eleitoral, o então presidente da República deu um claro passo na direção do legalismo autocrático, na esteira do conceito formulado por Corrales (2015) e Scheppele (2018), já esmiuçado na primeira seção do desenvolvimento deste trabalho.

4.3 Políticas públicas desconstituintes: o caso da educação

O segundo eixo de atuação do legalismo autocrático é a redução do grau de proteção a direitos humanos. As violações não incidem, primordialmente, sobre os direitos políticos, como nos regimes autocráticos do século passado. São atingidos, também e com ênfase, os direitos sociais. Convém buscar compreender, então, por meio de exemplos concretos, quais

são os direitos cuja proteção é reduzida ou negada, qual o papel que a instrumentalização do direito positivo exerce nesse processo e em qual dimensão é possível afirmar que direitos foram efetivamente ofendidos, e não apenas modificados.

No governo Jair Bolsonaro, o direito fundamental à educação, previsto nos artigos 6^o³⁶ e 205³⁷ da Constituição Federal de 1988, foi alvo de sucessivos ataques, seja pela redução orçamentária (CÂMARA; ALMEIDA, 2022, p. 17), pela desestruturação do aparato burocrático, pela omissão ou pela promoção de políticas públicas que confrontam o conteúdo do direito à educação conforme determinado constitucionalmente.

Dentre os exemplos de manobras desconstituintes, ou de expedientes do legalismo autocrático, no campo da educação, destacam-se a extinção da SECADI – Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão – por meio do Decreto n^o 9.465/2019; a descontinuidade dos programas fomentados pelo Pacto Universitário pela Promoção do Respeito à Diversidade, Cultura da Paz e Direitos Humanos (SALDAÑA, 2019); a revogação da Portaria Normativa n^o 13/2016 do Ministério da Educação, que determinava a adoção de ações afirmativas em programas de pós-graduação, pela Portaria Normativa n^o 545/2020, depois tornada sem efeito; o assédio ideológico praticado contra servidores do INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – com a finalidade de influenciar o conteúdo de questões do ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio (ORTIZ; ALVES, 2021).

Como objeto de análise mais específica, foram selecionadas duas políticas públicas particularmente exemplificativas da orientação do governo contrária à inclusão e à pluralidade na educação. A primeira, que é a inclusão da educação domiciliar como modalidade válida de ensino e exigiria a criação de um aparato estatal de acompanhamento das famílias que aderissem, somente poderia ser implementada após a aprovação de lei ordinária. Os projetos de lei que pretendiam lançar as bases para a implementação da política de ensino domiciliar ganharam impulso durante a gestão Bolsonaro, sendo um deles aprovado na Câmara dos Deputados, mas ainda pendente de análise no Senado Federal.

A segunda foi instituída pelo Decreto n^o 10.502/2020, que modificou significativamente a política nacional de educação especial, e depois veio a ser suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal. Tem-se, assim, casos que atingiram momentos

36 Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

37 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.

distintos do ciclo das políticas públicas, sendo que, no primeiro, a exigência de aprovação parlamentar não permitiu que a alternativa preferencial do governo fosse selecionada, enquanto, no segundo, o acoplamento dos múltiplos fluxos fez com que a política superasse a etapa da decisão e fosse barrada judicialmente apenas no momento da implementação.

Antes de analisar as duas políticas públicas escolhidas, será detalhado o perfil do direito à educação no constitucionalismo brasileiro, que servirá como parâmetro de constitucionalidade. Também se abre um tópico para exemplificar como a omissão pode ser relevante em políticas públicas, o que configura hipótese de não uso da lei incluída no conceito de legalismo autocrático.

4.3.1. O direito à educação na Constituição Federal de 1988

O direito fundamental à educação previsto na ordem constitucional brasileira não é apenas o direito a frequentar a escola ou ter aulas remotas, nem o direito a só frequentar determinadas escolas, muito menos o direito a não frequentar a escola. Desde o art. 6º da Constituição Federal de 1988, em que a educação é definida como um direito social, até a seção específica dedicada ao tema, em que ao direito são agregados deveres, é tecido o direito à educação plural e inclusiva.

É direito de todos, independentemente de idade ou outra circunstância, e dever do Estado, da família e da sociedade uma educação voltada para o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, como determina o art. 205 do texto constitucional. O desenvolvimento da personalidade é a finalidade que resume todas as outras, pois se o “sentido do direito ao desenvolvimento deve ser o desenvolvimento da pessoa humana, a chave do desenvolvimento, na sua dimensão individual e colectiva, cultural, política, económica, ecológica, está no direito à educação” (MONTEIRO, 2003, p. 786). Enquanto a educação é condição para o exercício dos outros direitos humanos, o desenvolvimento humano é o objetivo com que são exercidos.

O preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho também são aspectos do desenvolvimento pessoal, que se somam à ampla formação do indivíduo como ser social, de acordo com a axiologia humanística da Constituição Federal, em que a dignidade humana é o valor máximo.

O art. 206³⁸ estabelece os princípios que deve seguir o ensino no Brasil, dando destaque à liberdade de aprender, de ensinar e de pesquisar, preceito fundamental que orienta a relação entre instituição de ensino, estudante e sociedade, conforme revela também o art. 207³⁹, especificamente em relação ao ensino superior. O ensino, registre-se, é a educação ministrada nos espaços formais, espécie do gênero que vai além para alcançar toda a formação de uma pessoa ao longo da vida (RANIERI, 2009, p. 278).

A liberdade de aprender pressupõe a pluralidade de perspectivas a que o estudante é apresentado, respeitando-o enquanto pessoa capaz de processar o conhecimento com a habilidade adquirida justamente por meio do ensino. A postura oposta, que considera o aluno incapaz de articular ideias, preocupa-se demasiadamente com a influência ideológica em sala de aula e pretende eliminar esse componente do ensino. Ideias como as que impulsionam o movimento Escola Sem Partido pressupõem a possibilidade da neutralidade ideológica, o que é, ironicamente, uma postura claramente ideológica, pois, dispensando evidências empíricas, simplifica a realidade para que caiba em sua visão de mundo dogmática.

A liberdade de ensinar, embora não deva ser tolhida pela obsessão ideológica, não pode, por outro lado, ser elastecida a ponto de alcançar o discurso discriminatório. Não existe a liberdade de ensinar que o nazismo é virtuoso. Os limites são fornecidos pelos direitos humanos, que não podem ser aviltados pelo ensino; ao contrário, a educação deve almejar que sejam compreendidos e respeitados.

São princípios do ensino brasileiro, ainda, a igualdade de condições para acesso e permanência na escola, o pluralismo de ideias e concepções, a coexistência entre instituições públicas e privadas, a gratuidade do ensino público, a valorização dos profissionais incluindo o piso salarial, a gestão democrática e as garantias de padrão de qualidade e de aprendizagem ao longo da vida.

38 Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

IX - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

39 Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

No Brasil, a matrícula na rede escolar não é facultativa, e a omissão dos responsáveis configura a prática do crime de abandono intelectual, previsto no art. 246 do Código Penal⁴⁰. Tampouco existe discricionariedade na oferta de vagas, o que cria obrigações complementares para a família e o Estado. O caráter preferencial que o direito à educação assume no texto constitucional exige atenção especial à sua proteção diante de uma crise como a pandemia de covid-19, notadamente se levado em consideração que a maior parte do público estudantil afetado é composto por crianças, adolescentes e jovens, que têm absoluta prioridade também segundo o art. 227 da Constituição Federal⁴¹. Enfim, a tutela do direito à educação deve observar a proibição do excesso e da proteção insuficiente (RANIERI, 2009, p. 282).

Existe o direito público subjetivo à educação fundamental e a pretensão de universalização do ensino médio, conforme prevê o art. 208⁴², também da Constituição Federal de 1988. No mesmo dispositivo é fixada a preferência pela inclusão dos portadores de deficiência na rede regular de ensino, o que deve ser conciliado com o atendimento especializado. É nesse ponto que o Decreto nº 10.502/2020 revela seu caráter desconstituinte ou, simplesmente, iliberal.

Já o ensino privado, que convive com o público, como determina o princípio já citado, deve obedecer aos padrões impostos pelo ordenamento jurídico e está submetido à fiscalização estatal, como quer o art. 209⁴³. No artigo seguinte⁴⁴, há a previsão da definição de

40 Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

41 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

42 Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

43 Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

44 Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

conteúdo mínimo para o ensino fundamental, o que corrobora a ideia de que a liberdade de ensinar e aprender deve ser exercida em conformidade com o padrão valorativo da Constituição Federal, em que sobressai a finalidade de desenvolvimento da pessoa, que, por sua vez, repercute o princípio da dignidade humana (JACINTHO, 2009).

No mesmo sentido, o Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 591/1992, determina que a liberdade dos pais de escolher escolas que não são mantidas pelo Estado é condicionada à observância dos padrões mínimos estatais⁴⁵.

Por isso é que o ensino domiciliar, modalidade de ensino privado, não pode ser exercido sem a participação do Estado, responsável não só por definir os parâmetros, mas também por assegurar que esses parâmetros sejam seguidos, o que demanda a implementação de uma política pública de acompanhamento da atividade privada. O primeiro passo para tanto é a aprovação de legislação que defina diretrizes. Atualmente, há um projeto de lei em fase avançada de tramitação que foi considerado prioritário pelo governo Bolsonaro desde o primeiro ano da gestão, mas, ainda assim, não chegou a ser aprovado. O conteúdo da alternativa selecionada pelo governo na ocasião não enfrentava o principal problema do

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

45 ARTIGO 13

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

- a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;
- b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- c) A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária;
- e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

2. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitadas os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado.

ensino domiciliar: a falta de convívio social e de pluralidade de perspectivas. Assim, a política de fiscalização do ensino domiciliar já nasceria sem o compromisso de garantir a observância do conteúdo do direito à educação na Constituição Federal de 1988, denotando sua natureza desconstituente.

O legalismo autocrático se opõe, sobretudo, aos direitos fundamentais ou humanos⁴⁶ cujo exercício pleno, pode constituir uma ameaça ao domínio político e ideológico da sociedade pretendido por líderes populistas. É o que se observa na guinada reacionária no campo dos costumes ocorrida na Rússia, na Hungria e na Polônia, cujos regimes pretendem impor a seus respectivos povos, um ideal conservador que sufoca a pluralidade e dificulta o surgimento de vozes divergentes. Aí está o cerne da questão, a pluralidade de perspectivas é essencial à preservação da democracia liberal, em seus dois principais requisitos, a proteção à dignidade e à liberdade das pessoas e a submissão do poder público à lei e a mecanismos de controle, que incluem a fiscalização do governo pelos cidadãos.

É interessante observar que, em regra, a pluralidade não é eliminada por meio da censura. Ao contrário, os líderes legalistas autocráticos tendem a se colocar como defensores da liberdade de expressão, que é tornada um escudo para abusos e perseguições⁴⁷.

Ignorando as contradições, os bastiões da liberdade de expressão, são os primeiros a determinar que meninos vestem azul e meninas vestem rosa, enquanto quem questiona essa visão simplista das questões de gênero – sintetizada no espantalho semanticamente vazio da “ideologia de gênero” – é tomado como parte de uma conspiração internacional determinada a promover a pedofilia. Não é mera coincidência que a senadora eleita e ex-ministra dos Direitos Humanos e da Mulher, Damares Alves, tenha relatado episódios hediondos de pedofilia, que se recusou a comprovar, e que se coadunam, perfeitamente, com a narrativa que mobiliza o grupo extremista *QANON* nos Estados Unidos, uma das forças por trás da invasão do Capitólio (RESENDE, 2022). Trata-se de uma inequívoca evidência de que as questões relativas aos costumes estão imbrincadas com a política do século XXI de modo inarredável.

Nesse contexto, em que a disputa eleitoral e a guerra cultural se confundem, a educação tem função estratégica. A instrução é fundamental na concretização de todos os demais direitos fundamentais, na medida em que cria o ambiente no qual a importância dos direitos é aceita (MONTEIRO, 2003, p. 766).

46 Para os fins aqui propostos, as duas categorias estão englobadas.

47 Exemplo de abuso é o clamor por um golpe de Estado; de perseguição, são os episódios de constrangimento público de opositores políticos, ainda que afastados do front da disputa eleitoral, como Gilberto Gil, alvo de uma blitz de agressões verbais, em novembro de 2022, no Catar, por sua preferência eleitoral (UOL ESPORTE, 2022).

O homem é um ser social e moral, pois constrói e dá sentido à sua existência, por meio das relações que desenvolve e dos padrões éticos que surgem dessa interação (HONNETH, 2003, p. 178). Uma das principais características da espécie humana é a capacidade de transmitir conhecimento entre gerações, formando, assim, a cultura. Não é preciso que cada homem invente a roda e aprenda por si só a controlar o fogo; haverá quem o ensine. No processo de aprendizagem, as relações interpessoais ensinam a sociabilidade, e o acervo axiológico dos indivíduos e das sociedades é constituído.

A educação, portanto, não se resume ao ensino formal, embora dele não prescindia; é atribuição do Estado, mas também da família e da sociedade; é direcionada a qualquer pessoa, em qualquer circunstância; compreende o conhecimento validado cientificamente, o desenvolvimento das habilidades sociais e o que mais se possa aprender e ensinar. É o impulso que permite a assunção da condição de agente, que somente é plenamente possível quando as pessoas têm acesso à informação e aos instrumentos necessários à sua compreensão.

O direito fundamental à educação, no Brasil, tem conteúdo incompatível com a omissão diante de uma crise ou com posturas exclusivas e contrárias à pluralidade, o que somente pôde se concretizar diante de um contexto de normalização da afronta material à Constituição Federal de 1988. Nas subdivisões seguintes serão analisados os exemplos selecionados para ilustrar como as políticas públicas – ou a omissão nesse quesito – podem ser utilizadas como manobras desconstituintes, colaborando, assim, para a aproximação entre a realidade brasileira e o conceito de legalismo autocrático.

4.3.2 Pandemia de covid-19 e omissão em matéria de políticas públicas

Com o distanciamento social que se fez necessário após março de 2020, a educação foi afetada pela inviabilização do ensino presencial na maior parte dos anos letivos de 2020 e 2021. Em resposta, algumas medidas imediatas foram adotadas com o objetivo de preservar o conteúdo curricular, apenas amenizando o prejuízo na formação de uma geração inteira.

Mesmo que se possa argumentar que o ensino presencial não é mais o elemento principal do processo de aprendizagem (CARMO; TEIXEIRA, 2021, p. 240), a substituição das aulas tradicionais pressupunha a adoção de novas tecnologias e a preparação para seu uso. O imprevisto que se justificava na irrupção da crise não poderia ter perdurado ao longo dos dois anos letivos prejudicados, e a superação do período de suspensão das aulas tampouco é motivo para que as consequências da pandemia sejam ignoradas.

A educação, como condição central para o desenvolvimento que é, exige o compromisso de sua priorização pelo Estado, pela sociedade e pela família. Para tanto, não é suficiente a disponibilização de vídeos de aulas se os alunos não têm dispositivos eletrônicos e acesso à internet, e se os professores, além das mesmas dificuldades materiais, também carecem de treinamento e suporte para fazer uso das plataformas disponibilizadas. Aliás, mesmo que superadas as barreiras para que professores produzam conteúdo e que alunos tenham o acesso respectivo, a própria privação do convívio social proporcionado pelo ambiente escolar é causa de evasão, com consequências dificilmente reversíveis.

Adotando dados coletados entre março e abril de 2021 e comparando-os com dados de abril de 2020, pesquisa do Conselho Nacional da Juventude (2021) indicou que houve uma redução do percentual de jovens entre 15 e 29 anos estudando. No primeiro cenário, eram 74%, no segundo, 64%. A pesquisa demonstrou que a pandemia é fator preponderante para o trancamento ou cancelamento da matrícula, principalmente entre os mais jovens. As causas diretas mais apontadas para o afastamento dos estudos são a necessidade de ganhar dinheiro, 21%, com prevalência na faixa entre 25 e 29 anos, e a falta de adaptação ao ensino remoto, 14%, que prevalece na faixa entre 15 e 17 anos. Os números sugerem que, entre aqueles que deveriam estar frequentando o ensino médio, a falta de aulas presenciais é o principal motivo para a evasão.

Mais que a garantia de acesso à escola, é preciso assegurar as condições para que o aluno lá se mantenha, além de preservar padrões mínimos de qualidade. O mínimo existencial, também no quesito educacional, depende da situação particular de carência (SOUSA, 2010, p. 27).

Os dados disponíveis permitem a conclusão no sentido de que, com a crise sanitária, a carência educacional piorou, tornando maior a distância entre a realidade e o mínimo aceitável. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Covid (IBGE, 2020) do mês de julho de 2020 revelou que aproximadamente um quarto dos estudantes não teve qualquer atividade durante a pandemia, formando um contingente de cerca de 8,7 milhões de pessoas, em contraste com as 32,6 milhões que tiveram. A pesquisa demonstrou intensa desigualdade regional, apontando para 41,6% de estudantes da região Norte que não tiveram atividades escolares, enquanto nas regiões Sul e Sudeste os percentuais foram de 8,8% e 12,5%, respectivamente.

A PNAD – Covid-19 (IBGE, 2020) de agosto de 2020 observou significativa distinção no acesso a atividades escolares de acordo com faixas de renda. Enquanto nos domicílios com renda per capita de até meio salário mínimo 21,5% dos estudantes não receberam atividades,

entre os domicílios com rendimento domiciliar per capita de quatro ou mais salários mínimos, o índice é de 7,9%. Em 2021, a PNAD – Covid-19 foi descontinuada, assim como não foi realizada a PNAD anual educacional dos anos de 2020 e 2021.

Levantamento da UNICEF (2021) indica que, em novembro de 2020, mais de cinco milhões de crianças e adolescentes de seis a dezessete anos não mantinham vínculo com a escola ou não recebiam atividades escolares. A população mais afetada é composta por crianças entre seis e dez anos vivendo em áreas rurais das regiões Norte e Nordeste. Com 21,4%, Sergipe está em oitavo lugar na relação de Estados brasileiros com o pior índice de crianças e adolescentes entre 6 e 17 anos fora da escola. Indígenas, pretos e pardos são os grupos que menos mantiveram vínculos com a escola.

Há, portanto, um recorte claro dos efeitos produzidos pela combinação entre a crise sanitária e a desigualdade brasileira, em violação concreta da igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola prevista no artigo 206, I, da Constituição Federal de 1988. A UNICEF (2021) sugeriu caminhos: a busca ativa por crianças e adolescentes fora da escola; a comunicação comunitária, sobretudo por meio da organização de campanhas públicas para a realização de matrículas; a garantia de acesso à internet; a mobilização das escolas, para que aceitem matrículas e acolham novos alunos; o fortalecimento do sistema de garantia de direitos, especialmente com programas de transferência de renda, proteção contra violência doméstica e a preparação das escolas para receber grupos historicamente excluídos.

Face ao agravamento das desigualdades educacionais no Brasil em decorrência da pandemia de Covid-19, caberia principalmente ao Estado fornecer as condições para que o direito à educação pudesse ser exercido. De fato, as políticas públicas podem reduzir as perdas pedagógicas e atenuar as diferenças entre grupos sociais se forem adotadas intervenções corretas e estratégias adequadas (OLIVEIRA; GOMES; BARCELLOS, 2020).

A mais relevante iniciativa nesse sentido, durante o período crítico da pandemia, foi a Lei nº 14.172/2021, que destinou R\$ 3.501.597.083,20 (três bilhões, quinhentos e um milhões, quinhentos e noventa e sete mil e oitenta e três reais e vinte centavos) para garantir o acesso à internet a professores e alunos da educação básica pública. Apesar do veto presidencial total, o Congresso Nacional rejeitou o argumento do Poder Executivo de que a lei aumentaria a rigidez do orçamento, permitindo a promulgação da norma em 10 de junho de 2021.

Por sua vez, o Ministério da Educação apresentou relatório em que descreveu as ações praticadas em resposta à pandemia de Covid-19 (BRASIL, 2021). Concentrando a análise na educação básica, obrigatória por força do artigo 208, I, da Constituição Federal, foi possível

identificar vinte e duas ações da Secretaria de Educação Básica, nove ações da Secretaria de Alfabetização, quatro ações da Secretaria de Modalidades Especializadas de Educação e duas ações do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação.

Dentre essas ações, ao menos tendo como referência as próprias explicações do relatório, há escassez de programas especificamente desenvolvidos para o enfrentamento dos problemas decorrentes da crise sanitária, enquanto abundam programas que já operavam anteriormente ou cuja contribuição específica para o tema não foi justificada. É notável, ainda, a falta de informações a respeito dos prazos de execução dos programas, de modo a permitir um exame da tempestividade das medidas adotadas ou pelo menos uma comparação com o período anterior à pandemia.

Até mesmo o Programa das Escolas Cívico-Militares (Pecim) é listado dentre as ações em resposta à pandemia, mencionando-se apenas, sem qualquer aprofundamento da informação, que as escolas que aderiram ao programa também tiveram aulas remotas (BRASIL, 2021, p. 12). Sabe-se, no entanto, que se trata de programa que já existia em março de 2020 e que, por óbvio, não foi desenvolvido para combater as dificuldades supervenientes. Outro exemplo de ação oferecido pelo Ministério da Educação é a implantação do Novo Ensino Médio, que foi determinada na Lei nº 13.415/2017, antes que o vírus Sars-Cov-2 fosse descoberto, portanto.

A indicação dessas políticas como alternativas para os problemas gerados pela pandemia, que lhes é posterior, corrobora a ideia de que as alternativas não são criadas para resolver problemas pré-determinados. Como se viu nessas situações, uma vez surgido o problema, procurou-se uma solução dentre as alternativas que já existiam. Entretanto, a mera repetição das políticas públicas já adotadas anteriormente à pandemia, sem que sejam redirecionadas, com base em dados, para os problemas concretos surgidos ou agravados com a crise, representa nível insuficiente de efetivação do direito constitucional à educação.

Por consequência, a inércia diante da crise sem precedentes que atingiu o direito à educação, demonstra que não se tratou de uma mera falha administrativa. Posta a questão no contexto de violações transversais a direitos fundamentais descrito acima, a falta de proteção de um direito essencial para a ideologia da democracia liberal representa a escolha por outro padrão ideológico, que não contempla a pluralidade, não promove a autonomia das pessoas e, consequentemente, não adota a dignidade humana como valor máximo.

4.3.3 Política pública de ensino domiciliar

A incapacidade de produzir respostas eficazes a uma crise não é, por si, sinal de que há a intenção clara de colaborar para a piora da situação da educação. É bem verdade que, sob a perspectiva ideológica do governo de então, talvez fosse plausível acreditar que o investimento em escolas militares seria tão exitoso que melhoraria a educação como um todo no país, podendo até debelar os efeitos negativos da crise pandêmica. Nessas escolhas governamentais, todavia, falta a preocupação com a conformidade entre as políticas públicas desenvolvidas na área e o perfil do direito à educação na Constituição Federal de 1988, característica que fica mais evidente nos dois exemplos a seguir examinados.

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 888.815⁴⁸, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que não há direito público subjetivo ao ensino domiciliar, por ser modalidade não prevista na legislação brasileira. Menciona-se, expressamente, que o ensino domiciliar não é incompatível em tese com a Constituição Federal; exigindo-se, por outro lado, que a modalidade seja regulamentada em conformidade com uma educação voltada para a proteção dos direitos de crianças e adolescentes e para a cidadania.

Partindo do pressuposto de que seria possível legislar sobre a matéria – e ignorando as diretrizes apontadas no julgado –, o governo Bolsonaro estabeleceu a regulamentação do ensino domiciliar como uma das prioridades dos primeiros cem dias da gestão (BRASIL, 2019c). Foi apresentado então o projeto de lei nº 2.401/2019, que tramitou em apenso ao

48 Ementa: CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO. 1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar. 2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos. 3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de unchooling radical (desescolarização radical), unchooling moderado (desescolarização moderada) e homeschooling puro, em qualquer de suas variações. 4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227). 5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”. (BRASIL, 2019d)

projeto de lei nº 3.179/2012, proposta de autoria do deputado federal Lincoln Portela que simplesmente acrescentava o § 3º ao artigo 23 da Lei nº 9.394/1996, autorizando expressamente a educação básica domiciliar, sem qualquer regulamentação. O texto que constou na redação final aprovada pela Câmara dos Deputados (BRASIL, 2012) ainda incorporou outras propostas, como a que constava do projeto de lei nº 3.262/2019, de autoria das deputadas federais Chris Tonieto, Bia Kicis e Caroline de Toni, que apenas torna atípica a conduta de não matricular crianças na escola, desde que estejam recebendo ensino domiciliar.

A proposta de regulamentação apresentada pelo Poder Executivo “dispõe sobre o exercício do direito à educação domiciliar” (BRASIL, 2019a). No lugar de instituir um direito até então inexistente, pretende-se regram o exercício do direito que o autor da proposta entende que existe, ignorando desde a ementa o conteúdo da decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 888.815. Nos artigos que compõem o corpo da proposta, tampouco se vê a preocupação em estabelecer critérios para que o ensino domiciliar observe o perfil constitucional do direito à educação.

Os problemas da falta de socialização e do maior risco de que crianças que sem convívio externo à família sejam submetidas a abusos domésticos são genericamente enfrentados pelo dever, não detalhado, que os pais teriam de garantir a convivência comunitária. Os pais, diga-se, são tratados como os titulares do direito de submeter seus próprios filhos ao ensino domiciliar, sendo-lhes ter condenação pelos crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei Maria da Penha, no Título VI do Código Penal, na Lei de Entorpecentes e na Lei de Crimes Hediondos. Na justificação do projeto, percebe-se que somente defensores da modalidade de ensino foram chamados a colaborar.

O projeto de lei nº 3.179/2012 tramitou em regime de prioridade e não foi apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça, afastando-se da exigência feita pelo Supremo Tribunal Federal também por não haver controle de conformidade constitucional durante o processo legislativo. A redação aprovada pela Câmara dos Deputados, ora sob apreciação do Senado Federal, teve modificações em relação ao projeto original, apresentando maior detalhamento quanto à submissão dos estudantes a avaliações de conteúdo curricular. Os pais continuam sendo tratados como titulares do direito à educação e a falta de convívio social e pluralidade de perspectivas não é enfrentada.

De acordo com dados fornecidos pela Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) são mais de trinta e cinco mil famílias optantes pela modalidade no país, embora não seja possível ter acesso à metodologia que embasou a conclusão. Seja real ou não esse número, a existência de entidades representativas chamadas a participar da elaboração da

regulamentação legal do ensino domiciliar demonstra que há, de fato, a adesão de um número considerável de famílias brasileiras que já se articularam suficientemente para exercer pressão pela aprovação da matéria no Congresso Nacional. Há, então, um problema que pode ser identificado no fluxo correspondente do modelo dos múltiplos fluxos.

Acontece que esse problema esteve latente, não tendo sido sequer objeto de estudos empíricos aprofundados na comunidade acadêmica ou de produção de dados pelos órgãos oficiais, até que Jair Bolsonaro assumisse a Presidência da República e, exercendo o poder de determinar a agenda que o chefe do Executivo tem sob o presidencialismo, tornasse a questão prioritária. O poder de agenda do presidente se revela especialmente no início do governo, como se verificou nesse caso. Ainda quanto ao fluxo dos problemas, durante a tramitação da proposta sobreveio um evento-foco da maior relevância, a pandemia de covid-19, que não impediu que o projeto de regulamentação tramitasse em regime de urgência mesmo no decorrer da crise que gerou tantas outras questões no campo educacional.

A alternativa selecionada para que fosse acoplada ao problema foi uma proposta de regulamentação que, na prática, pouco regula; apenas permite expressamente o ensino domiciliar, determinando um sistema de avaliação e ignorando a necessidade de moldar a educação ministrada domesticamente aos preceitos constitucionais aplicáveis. Em sentido contrário, a comunidade de especialistas emitiu alertas que foram ignorados, seja por pesquisadores em educação (COLL, 2022) ou por entidades não-governamentais de perfil neoliberal como a Todos Pela Educação (2022). A defesa da modalidade é restrita a um público muito específico que entende o ensino domiciliar como uma manifestação da liberdade dos pais.

De acordo com o modelo dos múltiplos fluxos, a rejeição da comunidade de especialistas, as dúvidas quanto à conformidade constitucional do projeto e a identificação com uma perspectiva ideológica acentuada deveriam fazer com que a alternativa tivesse poucas chances de ser selecionada. No entanto, o fluxo da política desequilibrou a tendência geral. O apoio presidencial interessado em acenar para a base ideológica do governo não apenas influenciou o fluxo dos problemas ao levar a questão para o topo da agenda, como também permitiu a seleção de uma alternativa com poucas chances de sucesso em um Congresso no qual o presidente nunca teve maioria tranquila. Mas foi também essa circunstância vinculada ao fluxo da política – a falta de maioria orgânica em um regime de presidencialismo de coalizão – que fez com que a proposta, ainda que prioritária para o governo, demorasse cerca de três anos para ser aprovada na Câmara dos Deputados e não

tivesse perspectiva de apreciação pelo Senado Federal no curto prazo. A mudança de governo, ainda de acordo com o modelo, deve retirar a questão do topo da agenda.

Assim, os atores interessados no tema dedicaram-se à formulação de uma política pública configuradora de manobra desconstituente, barrada, até o momento, pelo fluxo da política. Essa tentativa de instituir uma política pública de acompanhamento do ensino domiciliar baseada na liberdade dos pais ignorou a relevância do ambiente institucional da escola para promover a inclusão e a pluralidade, conforme registrado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357⁴⁹, que tem ainda maior pertinência com a política pública analisada a seguir.

4.3.4 Política pública de atendimento escolar exclusivo para pessoas com deficiência

Por meio do Decreto nº 10.502/2020, foi instituída a política nacional de educação especial, que se anuncia equitativa, inclusiva e fomentadora do aprendizado ao longo da vida. Acontece que a norma cria escolas e classes especializadas formadoras de uma modalidade de ensino distinta da que é ministrada na rede regular, voltada exclusivamente para o atendimento de pessoas com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento ou altas habilidades e superdotação.

49 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. (BRASIL, 2016)

Em uma norma infralegal aparentemente dotada de diversas boas intenções – anuncia-se, afinal, a finalidade inclusiva e a preferência pela rede regular – foi inserida, de modo discreto, a permissão para que fossem criadas novas escolas e classes exclusivas para o público da educação especial, em confronto direto com as políticas públicas adotadas até então com o objetivo de concretizar o previsto no art. 208, III, da Constituição Federal. Por implicar inovação no ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o decreto estava sujeito a controle concentrado de constitucionalidade, ensejando o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.590⁵⁰, em que foi reconhecida a inconstitucionalidade da norma e, conseqüentemente, da política pública que se pretendia implementar.

A preferência sinalizada no texto constitucional não admite retrocessos, de modo que a rede regular deve ser, progressivamente, o destino de todos os estudantes da educação especial. Portanto, o atendimento especializado, que é necessário, deve ocorrer no âmbito da rede regular.

No mesmo sentido é a previsão do art. 24, 2, *a e b*, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁵¹, promulgada no ordenamento jurídico brasileiro

50 EMENTA Referendo de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020. Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Ato normativo que inova no ordenamento jurídico. Densidade normativa a justificar o controle abstrato de constitucionalidade. Cabimento. Artigo 208, inciso III, da Constituição Federal e Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Educação inclusiva como paradigma constitucional. Inobservância. Medida cautelar deferida referendada. 1. O Decreto nº 10.502/2020 inova no ordenamento jurídico. Seu texto não se limita a pormenorizar os termos da lei regulamentada (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), promovendo a introdução de uma nova política educacional nacional, com o estabelecimento de institutos, serviços e obrigações que, até então, não estavam inseridos na disciplina educacional do país, sendo dotado de densidade normativa a justificar o cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: ADI nº 3.239/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Rel. p/ o ac. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe de 1º/2/2019; ADI nº 4.152/SP, Rel. Min. Cezar Peluzo, Tribunal Pleno, DJe de 21/9/2011; ADI nº 2.155/PR-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ de 1º/6/2001. 2. A Constituição estabeleceu a garantia de atendimento especializado às pessoas com deficiência preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, inciso III). O Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal e internalizado por meio do Decreto Presidencial nº 6.949/2009 - veio reforçar o direito das pessoas com deficiência à educação livre de discriminação e com base na igualdade de oportunidades, pelo que determina a obrigação dos estados partes de assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis. Precedente: ADI nº 5.357/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 11/11/16. 3. O paradigma da educação inclusiva é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com deficiência ou necessidades especiais para inseri-las no contexto da comunidade. Subverter esse paradigma significa, além de grave ofensa à Constituição de 1988, um retrocesso na proteção de direitos desses indivíduos. 4. A Política Nacional de Educação Especial questionada contraria o paradigma da educação inclusiva, por claramente retirar a ênfase da matrícula no ensino regular, passando a apresentar esse último como mera alternativa dentro do sistema de educação especial. Desse modo, o Decreto nº 10.502/2020 pode vir a fundamentar políticas públicas que fragilizam o imperativo da inclusão de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na rede regular de ensino. 5. Medida cautelar referendada (BRASIL, 2021b).

51 ARTIGO 24

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

pelo Decreto nº 6.949/2009, que veda a exclusão das pessoas com deficiência do sistema educacional geral. A norma é esmiuçada na Lei nº 13.146/2015, que veda a cobrança de valores adicionais pela inclusão de pessoas com deficiência em escolas e classes regulares. Foi justamente essa lei ordinária que teve a constitucionalidade questionada, sem sucesso, na já mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357.

Nesse caso, tem-se, então, um exemplo de política pública configuradora de manobra desconstituente que chegou a ultrapassar a fase da decisão e somente deixou de ser implementada em razão da intervenção do Poder Judiciário, responsável por realizar o controle de conformidade material da proposta aos princípios e valores da Constituição Federal de 1988.

No fluxo dos problemas, a educação fornecida às pessoas com deficiência é questão relevante na agenda governamental brasileira desde a ditadura militar, período em que foi criado o Centro Nacional de Educação Especial – CENESP, vinculado ao Ministério da Educação e depois substituído pela Secretaria de Educação Especial – SEESP. As instituições privadas tinham protagonismo na definição das políticas públicas educacionais para pessoas com deficiência, além de serem as principais responsáveis por realizar o atendimento (SCHABBACH; ROSA, 2021).

Por consequência do previsto na Constituição Federal de 1988, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional previa o atendimento em classes e escolas específicas apenas quando não fosse possível a inserção na rede regular. Somente em 2001 a SEESP criou projeto que fornecia cartilhas em que se utilizava o termo “inclusão”, o que marca o início da virada na interpretação atribuída à questão, influenciando seu posicionamento no fluxo dos problemas. Antes, o problema era fornecer instrução para pessoas com deficiência, depois passa a ser o fomento da educação inclusiva. São ângulos distintos, com implicações diretas no tipo de alternativa que é selecionada para acoplar-se ao problema.

A orientação para a inclusão foi consolidada por meio da formulação da política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva (BRASIL, 2008), como resultado de um grupo de trabalho instituído pelo Ministério da Educação em 2007. No plano normativo, houve pouco depois a adesão à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que aprofunda a direção apontada pelo texto constitucional original e substitui a visão médica da deficiência por um modelo em que prevalece o seu aspecto

a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;

b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;

social. No novo modelo, as dificuldades experimentadas não decorrem do corpo ou da mente da pessoa com deficiência, mas da inadequação da sociedade para acolhê-la. É essa premissa que vai orientar a elaboração das alternativas (PICCOLO, 2022).

A questão volta a mudar a partir do governo Michel Temer, que criou uma Comissão de Revisão das Diretrizes da Educação Especial, movimento que culminou na edição do Decreto nº 10.502/2020 pelo governo Jair Bolsonaro. Houve, portanto, a sucessão da prevalência entre ideias opostas, com consequências diretas no tipo de alternativa selecionada para lidar com a questão da educação especial. Os atores em oposição eram educadores e pesquisadores, a favor da perspectiva inclusiva, e, do outro lado, instituições especializadas e profissionais da saúde, favoráveis ao atendimento exclusivo (SCHABBACH; ROSA, 2021).

Nota-se que já havia uma política definida sobre o tema, com suporte normativo detalhado e produzida em conformidade com a orientação constitucional, com vigência de pouco mais de uma década quando foi editado o Decreto nº 10.502/2020. Enquanto a transição da perspectiva do atendimento exclusivo foi substituída pela perspectiva da inclusão em um movimento acompanhado pela mudança na ordem constitucional e pela subsequente evolução legislativa ao longo de cerca de trinta anos, a reversão se deu em cerca de quatro anos, sem que houvesse alteração constitucional ou legal que a amparasse. O fator determinante nesse sentido foi a mudança da postura ideológica dos governos que se sucederam (ROSA; LIMA, 2022).

Assim, a conjuntura observada no fluxo da política permitiu o acoplamento entre os três fluxos, acarretando uma modificação na forma como o problema é colocado na agenda e autorizando a adoção de alternativas contrárias ao ordenamento jurídico, que são, por isso mesmo, exemplos de manobras desconstituintes.

Como mencionado, a mudança de perspectiva começou no governo Michel Temer, que abriu espaço para que organizações não governamentais, como a Fundação Lehmann, assumissem protagonismo na definição da agenda educacional, notadamente, na definição da Base Nacional Comum Curricular, instituída pela Resolução nº 2/2017, do Conselho Nacional de Educação. Essas organizações adotam uma visão mercantilista da educação, voltada, sobretudo, para a produção de força para o mercado de trabalho (SCHABBACH; ROSA, 2021).

Também nos governos de Lula e Dilma, entidades privadas tiveram peso na definição de políticas públicas educacionais, o que pode ser exemplificado pelo FIES e pelo PROUNI, programas que injetaram substanciais recursos no sistema de ensino superior privado e produziram um ensino de graduação dissociado da pesquisa e da extensão (CHAVES;

AMARAL, 2016). Houve, no período, a ampliação do acesso ao ensino, o que é sempre desejável, mas isso foi feito por meio do financiamento massivo do setor privado, sem maiores exigências quanto à qualidade da educação superior que resultou desse processo.

Nos governos anteriores, eventualmente, foram adotadas políticas públicas merecedoras de críticas, que poderiam não ser a melhor opção para concretizar o direito fundamental à educação, mas também não violavam tão diretamente o texto constitucional. É possível, inclusive, apontar a influência do poder econômico na etapa da formulação dessas políticas. Mas não se vê, nesses casos, a motivação nitidamente ideológica que transpareceu no governo Jair Bolsonaro. Afinal, o que se tem a ganhar, financeiramente, com a omissão diante da crise educacional provocada pela pandemia? Aparentemente, nada. Há apenas o prejuízo de uma geração prejudicada em sua formação. Quem lucra com o ensino domiciliar? Talvez um mercado de material didático voltado para esse nicho venha a se instalar, mas, por ora, há o prejuízo das matrículas perdidas na rede privada de ensino.

O caso do atendimento exclusivo de pessoas com deficiência pode implicar alguma vantagem financeira para as escolas privadas que não desejam receber esses alunos, dos quais não podem cobrar a mais. No entanto, existem incontáveis caminhos para o governo conceder vantagens econômicas para setores específicos como a educação. Por que escolher logo a adoção de uma política pública que viola a perspectiva de inclusão e pluralidade, extraída da dignidade humana? Se o problema é a diminuição de lucro que a política inclusiva implica, incentivos financeiros poderiam ser criados para lidar com a questão. A explicação para a escolha dessa política pública, que afronta a Constituição Federal de 1988 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, está na falta de compromisso com os preceitos que expressam a opção pela dignidade humana como princípio estruturante do constitucionalismo brasileiro.

Finalmente, após ficar suspenso por decisão judicial por mais de dois anos, o Decreto nº 10.502/2020 foi expressamente revogado em um dos primeiros atos do governo que sucedeu Jair Bolsonaro. Ainda que também essa política pública desconstituente tenha sido frustrada, é reveladora de um contexto de ataques à Constituição Federal em múltiplas frentes, com sucesso e insucessos que, aos poucos, contribuíram para normalizar a adoção pelo governo federal de uma ideologia conflitante com os valores da democracia liberal.

5 Conclusão

O presente estudo se propôs a identificar se as políticas públicas adotadas com suporte em normas materialmente inconstitucionais pelo governo Jair Bolsonaro constituem exemplos da estratégia do legalismo autocrático. Chegou-se ao resultado de que o direcionamento ideológico da atuação do Estado brasileiro no período, considerada de modo amplo e ilustrada pelas políticas públicas selecionadas, confrontou a democracia liberal projetada pela Constituição Federal de 1988. Assim, ainda que não se possa afirmar, a partir da pesquisa realizada, que o Brasil foi um caso típico do fenômeno jurídico-político, a falta de preocupação com a conformidade constitucional das políticas públicas estudadas aproximou a realidade brasileira do legalismo autocrático.

Foram analisadas políticas públicas que configuram os dois eixos de atuação do legalismo autocrático: redução da competitividade eleitoral, violando a democracia em sua dimensão formal, e ofensa a direitos fundamentais, atingindo a democracia em sua dimensão material. Na primeira categoria estão as políticas públicas de distribuição de benefícios econômicos no período eleitoral, com o objetivo de desequilibrar a disputa e valendo-se de uma justificativa sem amparo na realidade. Ainda que essas políticas não tenham determinado o resultado da eleição, a tentativa de violar o equilíbrio da democracia formal já sinaliza na direção do legalismo autocrático.

O segundo eixo analisou políticas públicas que, materialmente, ofendiam o conteúdo que a Constituição Federal de 1988 impõe para o direito fundamental à educação. A contrariedade ideológica das políticas públicas selecionadas à democracia liberal pôde ser constatada, tendo em vista que tais políticas propunham o esvaziamento do texto constitucional, justamente em relação a preceitos relevantes para determinar a dimensão material da democracia brasileira. O fato de que as políticas públicas em matéria educacional foram barradas, seja pela falta de deliberação no Legislativo ou pela impugnação perante o Judiciário, não lhes retira o caráter de manobras desconstituintes, que independe do sucesso das práticas. Observe-se, ainda, que a omissão em promover políticas públicas educacionais diante da crise da pandemia de covid-19 foi uma escolha, que, de fato, produziu os resultados mencionados na subseção correspondente.

Nesses casos, a atuação – ou a omissão – estatal ignorou a referência constitucional, produzindo políticas públicas na contramão da constitucionalização do direito. A relevância da ideologia na determinação das políticas públicas desconstituintes somente sobressai em um modelo de análise que comporte a subjetividade humana e a eventual prevalência do apego às

ideias sobre interesses objetivos. O modelo dos múltiplos fluxos, que foi explanado na segunda seção do desenvolvimento, apresenta essas características, tendo auxiliado a determinar que, diferentemente de outras hipóteses de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, nos casos analisados, houve a preponderância do fator ideológico contrário à democracia liberal.

Na experiência brasileira, foram constatadas importantes distinções em relação aos casos típicos que fundamentaram a criação do conceito de legalismo autocrático. Os freios institucionais evitaram que a legitimidade obtida nas urnas e o apoio popular demonstrado com forte simbologia patriótica fossem instrumentalizados em favor da perpetuação no poder e da reforma ideológica duradoura do Estado brasileiro. Nesse papel, ganharam relevo os entraves à dominação do Legislativo pelo Executivo no presidencialismo de coalizão e a dificuldade de capturar o Judiciário sem promover alterações profundas no desenho institucional brasileiro. A inviabilização dos expedientes mais comuns do legalismo autocrático levou o governo Bolsonaro a agir, preferencialmente, por meio de uma enxurrada de normas infralegais editadas sem a preocupação com a conformidade constitucional e em volume tal que impossibilitava o controle amplo da atuação estatal. Esse foi o cenário em que as políticas públicas da gestão Bolsonaro foram gestadas.

A aplicação dos parâmetros fornecidos pelo modelo dos múltiplos fluxos revelou que a formulação de políticas públicas orientadas ideologicamente em sentido contrário aos valores consagrados no texto constitucional somente foi possível em razão da excepcionalidade do contexto observado, sobretudo, no fluxo da política. Com a ascensão ao poder de um grupo político de extrema direita, que, assim como nos exemplos típicos de legalismo autocrático, atuou em diversas frentes para desequilibrar a disputa pelo poder e, ao mesmo tempo, reduzir direitos e a proteção a direitos, instaurou-se o ambiente de intenso confronto institucional observado no período 2019-2022, cujo caráter excepcional no período pós-redemocratização foi o fator que influenciou fortemente a agenda governamental e que determinou a escolha de alternativas contrárias materialmente à Constituição Federal de 1988.

Diante dessas observações, convém não assumir que os retrocessos estão superados. Tampouco se deve confundir a preocupação em relação ao estado da democracia com alarmismo. Para lidar com os desafios jurídicos e políticos contemporâneos, é essencial compreender os fenômenos sociais, manter a clareza ideológica das análises e ter a disposição para exercer o controle jurídico da atuação estatal, mesmo com o custo político implicado. Em síntese, adaptando Caetano, é preciso estar atento e forte nas convicções democráticas, pois há mesmo razões para temer a morte da democracia.

Referências

ADLER, Katya. Germany coup plot: the extremists who tried to topple the state. **BBC News**, 10 dez 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-europe-63916809>. Acesso em: 27 dez 2022.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

AMARAL, Luciana. Senado aprova auxílio de R\$ 600 por três meses a trabalhadores sem carteira. **UOL**, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/30/senado-aprova-auxilio-de-r-600-a-trabalhadores-informais-por-tres-meses.htm>. Acesso em: 11 jan. 2023.

ANDERSSON, Jasmine. Russia passes “Answer to Blinken” gay propaganda law. **BBC**, 24 nov 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-europe-63747732>. Acesso em: 25 nov 2022.

ARAUJO, José Antonio Estévez. **La constitución como proceso y la desobediencia civil**. Madri: Editorial Trotta, 1994.

ANED. Educação domiciliar no Brasil. Disponível em: <https://www.aned.org.br/index.php/conheca-educacao-domiciliar/ed-no-brasil>. Acesso em 16 jan. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. 2022. “A Democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil.” *CEBRI-Revista Ano 1, Número 1 (Jan-Mar): 33-56*.

BAUMGARTNER, Frank R. John Kingdon and the evolutionary approach to public policy and agenda setting. In: ZAHARIADIS, Nikolaos. **Handbook of public policy agenda setting**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. DOI 10.4337/9781784715922.

BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro**. *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 142. Brasília, abr/jun 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda**. 3ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRAGA, Fernanda Gonçalves. Quem não deve não tem: combustíveis, federalismo fiscal e democracia. **Consultor Jurídico**, 16 ago 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-16/fernanda-braga-combustiveis-federalismo-fiscal-democracia2>. Acesso em: 20 dez 2022.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Painel dinâmico de preços de combustíveis e derivados do petróleo**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/paineis-dinamicos-da-anp/painel-dinamico-de-precos-de-combustiveis-e-derivados-do-petroleo>. Acesso em: 11. Jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de lei ordinária nº 3179**. 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de lei ordinária nº 2401/2019**. 2019a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01iczygsd8weqog5rrbrz6debb27047552.node0?codteor=1734553&filename=PL+2401/2019. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de lei ordinária nº 3262/2019**. 2019b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1759042&filename=PL+3262/2019. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 mai. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial. **Inclusão: Revista da Educação Especial**, vol. 4, n. 1. Brasília: SEESP, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/politica.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2023

BRASIL. Ministério da Educação. **Bolsonaro assina projeto que regulamenta educação domiciliar**. 12 abr. 2019c. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/211-218175739/75061-educacao-domiciliar>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. **Relatório de Atividades: Ações do MEC em resposta à pandemia de Covid-19**. Brasília, 2021a. Disponível em: portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=183641-ebook&category_slug=2020&Itemid=30192. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 10.502**, de 30 set. 2020. Brasília: Diário Oficial da União, ed. 189, de 01 out. 2020a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.502-de-30-de-setembro-de-2020-280529948>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357**. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 09 jun. 2016. Diário da Justiça eletrônico nº 240, 11 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 888.815**. Relator Ministro Roberto Barroso. Relator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 12 set. 2018. Diário da Justiça eletrônico nº 55, 20 mar. 2019d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341**. Relator Ministro Marco Aurélio. Redator para o acórdão Ministro Edson Fachin. Brasília, 15 abr. 2020. Diário da Justiça eletrônico nº 02, 13 nov. 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.590**. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 21 dez. 2020. Diário da Justiça eletrônico nº 027, 12 fev. 2021b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.676**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 18 dez. 2021. Diário da Justiça eletrônico nº 012, 24 jan. 2022.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea**. 2006. 253 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2006. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/pol%C3%ADticas-p%C3%ABlicas-no-estado-constitucional-problem%C3%A1tica-daconcretiza%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-fund>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÂMARA, Heloisa Fernandes. Populistas e autoritários? Debates sobre usos do conceito. **Revista Direito e Práxis** [online]. 2021, v. 12, n. 2, pp. 861-884. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50402>. Acesso em: 15 set 2021.

CÂMARA, Heloisa Fernandes; ALMEIDA, Ana Paula Cardoso. Estratégias de erosão constitucional no Brasil: bolsonarismo e a desconstituição por meios legais e administrativos. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], out 2022. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/66510/43836. Acesso em: 05 jan 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. **Bib São Paulo**, n. 61, p. 25-52, 1º semestre 2006. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/images/bib61.pdf>.

CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt. Policy agenda-setting studies: an overview of Brazilian research. **Revista de Administração Pública** [online]. 2020, v. 54, n. 6, pp. 1498-1512. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-761220200689x> <https://doi.org/10.1590/0034-761220200689>. Epub 16 Dez 2020. ISSN 1982-3134.

CARMO, José Valdir Silva do; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. O princípio da fraternidade em tempos de pandemia pela covid-19 e o direito à educação. In VERONESE, Josiane Rose Petry; BRITO, Rafaela Silva; FONSECA, Reynaldo Soares da (org.). **A educação e o direito: a construção de uma sociedade fraterna**. Caruaru, Editora Asces, 2021.

CASTELLS, Manuel. Democracy in the age of the Internet. **Transfer: journal of contemporary culture**, No. 6, 2011, pp. 96–103. Disponível em: https://lull.cat/IMAGES_175/transfer06-not01.pdf. Acesso em: 16 set 2021.

CHAVES, Vera Lúcia Jacob; AMARAL, Nelson Cardoso. Política de expansão da educação superior no Brasil: o Prouni e o Fies como financiadores do setor privado. **Educação em Revista**, v. 32, n. Educ. rev., 2016 32(4), out. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/edur/a/jZMkgMgTyb7rmjtqTVczXBj/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 20 jan. 2023.

COLL, Liana. Educação domiciliar afetaria ensino público, avalia especialista. **Jornal da Unicamp**, 23 ago. 2022. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2022/08/23/educacao-domiciliar-afetaria-o-ensino-publico-avalia-especialista>. Acesso em: 16 jan. 2023.

CONSELHO NACIONAL DA JUVENTUDE. **Juventudes e a Pandemia do Coronavírus**. 2ª ed. maio de 2021. Disponível em: https://mk0atlasdasjuve5w21n.kinstacdn.com/wp-content/uploads/2021/06/JuventudesEPandemia2_Relatorio_Nacional_20210607.pdf. Acesso em: 16 jun. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/364>.

CORRALES, Javier. The authoritarian resurgence: autocratic legalism in Venezuela. **Journal of Democracy**, vol. 26, nº. 2, abril. 2015.

COX, Michael. The rise of populism and the crisis of globalisation: Brexit, Trump and beyond. **Irish Studies in International Affairs**, v. 28, p. 9-17, 2017. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/86880/>. Acesso em: 31 ago 2021.

CRISTÓVÃO, Daniel. **Auxílio emergencial 2021: 7ª parcela vai ser paga até 31 de outubro**. Valor Investe, 18 out. 2021. <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/programas-sociais/noticia/2021/10/18/auxilio-emergencial-2021-calendario-7-parcela-quando-vai-ser-paga.ghtml>. Acesso em: 11.jan. 2023.

EAGLETON, Terry. **Ideologia: uma introdução**. São Paulo: Editora Boitempo, 1997.

FARIA, Carlos A. Ideias, conhecimento e políticas públicas: um inventário sucinto das principais vertentes. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 21-30, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n51/15984>.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** [online]. 2001, v. 16, n. 45, pp. 05-24. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092001000100001>. Epub 26 Abr 2001. ISSN 1806-9053.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. Tradução: Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRARI, Murillo. Bolsonaro sanciona com vetos texto que revoga Lei de Segurança Nacional. **CNN BRASIL**, 02 set 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-veta-parte-do-texto-que-revoga-lei-de-seguranca-nacional/>. Acesso em: 28 nov 2022.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da História e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GALF, Renata. Bolsonaro adota ‘Infralegalismo autoritário’ contra democracia, apontam pesquisadores. **Folha de S. Paulo**, 13 jan. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/01/bolsonaro-adota-infralegalismo-autoritario-contra-democracia-apontam-pesquisadores.shtml>. Acesso em: 09 jan 2023.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios (PNAD-Covid) de julho de 2020**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101745.pdf>. Acesso em: 11 dez 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios (PNAD-Covid) de agosto de 2020**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101755.pdf>. Acesso em: 11 dez 2022.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **O princípio da dignidade humana na Constituição de 1988**. Juruá: São Paulo, 2009.

KINGDON, John. Como chega a hora de uma idéia? In: SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas públicas**, Vol. 1. Brasília: ENAP, 2006. p. 219-224.

KINGDON, John. Juntando as coisas. In: SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas públicas**, Vol. 1. Brasília: ENAP, 2006. p. 225-246.

KINGDON, John. **Agendas, alternatives and public policies**. 2ª ed. Harlow: Pearson Education, 2014.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. **UC Davis, Law Review**. 47. California: 2013, 189-260. Disponível em https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf, acesso em: 17 maio 2022.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Roberto Kant de. Antropologia jurídica. In: **Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. LIMA, Antonio Carlos de Souza (org.). Brasília / Rio de Janeiro / Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia / laced / Nova Letra, 2012.

LOBATO, Lenaura. Algumas considerações sobre a representação de interesses no processo de formulação de políticas públicas. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas públicas**, Vol. 1. Brasília: ENAP, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. **The American Political Science Review**, Vol. 31, n. 3, p. 417-432, jun 1937.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, II. **The American Political Science Review**, Vol. 31, n. 4, p. 638-658, ago 1937.

LUHMANN, Niklas. **The differentiation of society**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1982.

MELLO, Patrícia Campos. Empresários bancam campanha contra o PT pelo Whatsapp. **Folha de S. Paulo**, 18 out. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp.shtml>. Acesso em: 09 jan 2023.

MENDES, Conrado Hübner. Ilegalismo autoritário é obra de juristas. **Folha de S. Paulo**, 13 abr. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2022/04/ilegalismo-autoritario-e-obra-de-juristas.shtml>. Acesso em: 09 jan 2023.

MONTEIRO, Agostinho dos Reis. O pão do direito à educação. *In: Revista Educação & Sociedade*, vol. 24, n. 84, p 763-789. Campinas: CEDES – Unicamp, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/fWQx4RNKtZZw93cvmN4Qyzz/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

MÜLLER, Jan-Werner. Populism (against Democracy). *In: NOLTE, Paul (org.). Transatlantic Democracy in the Twentieth Century: Transfer and Transformation*, Berlin, Boston: De Gruyter Oldenbourg, 2016, p. 171-188. <https://doi.org/10.1515/9783110492798-012>

MÜLLER, Jan-Werner. Rising the challenge of constitutional capture: protecting the rule of law within EU member states. **Eurozine**, 21 mar 2014. Disponível em: eurozine.com/rising-to-the-challenge-of-constitutional-capture/. Acesso em: 21 jul 2022.

MÜLLER, Jan-Werner. The EU as a militant democracy, or: are there limits to constitutional mutations within EU member states? **Revista de Estudios Políticos**, n. 135, Madri, jul/set 2014, p. 141-162. ISSN 0048-7694.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *In: Cadernos Direito GV*. São Paulo: Fundação Getulio Vargas, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2779>. Acesso em. 11 jun 2021.

OLIVEIRA, João Batista Araújo e; GOMES, Matheus; BARCELLOS, Thais. A Covid-19 e a volta às aulas: ouvindo as evidências. *In: Revista Ensaio*, Vol. 28, nº 108, Rio de Janeiro: CESGRANRIO, jul/set 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ensaio/v28n108/1809-4465-ensaio-28-108-0555.pdf>, acesso em 05 out 2022.

ORTIZ, Delis; ALVES, Pedro. Crise no INEP: servidores reúnem e entregam denúncias de assédio e interferência ao TCU e à CGU. **G1**, 19 nov. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/11/19/crise-no-inep-servidores-reunem-denuncias-de-assedio-e-intervencao-e-entregam-ao-tcu-e-cgu.ghtml>. Acesso em: 12 jan. 2023.

PAIXÃO, Cristiano. Captura da constituição e manobras desconstituintes: crônica do Brasil contemporâneo. **Coletivo Transforma MP**, 06 nov. 2020. Disponível em: <https://transformamp.com/captura-da-constituicao-e-manobras-desconstituintes-cronica-do-brasil-contemporaneo/>. Acesso em: 20 dez. 2022.

PARADA, Eugenio Lahera. Política y políticas públicas. *In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). Políticas públicas*, Vol. 2. Brasília: ENAP, 2006.

PICCOLO, Gustavo Martins. Pelo direito de aprender: contribuições do modelo social da deficiência à inclusão escolar. **Educação em Revista**. 2022, v. 38, e36926. Disponível em:

<https://doi.org/10.1590/0102-4698368536926> <https://doi.org/10.1590/0102-4698368536926T>. ISSN 1982-6621. Acesso em: 12 jan. 2023.

PODER360. **Damare Alves diz que ‘menino veste azul e menina veste rosa’**. Youtube, 3 jan. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=q6X3-nXjmv4>. Acesso em: 20 jan. 2023.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**, vol. 1. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

PRAZERES, Leandro. Explosivo em Brasília: conversa em condomínio levou polícia a suspeito de montar a bomba. **BBC News Brasil**, 26 dez 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-64098870>. Acesso em: 27 dez 2022.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado Democrático de Direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese (livre docência) – Departamento de Direito do Estado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-10092019-171515/publico/TESE_LIVRE_DOCENCIA_NINA_RANIERI.pdf. Acesso em: 05 jun 2021.

RESENDE, Thiago. Damare dá diferentes versões sobre denúncias: ‘Vão achar que menti, mas é para preservar investigações’. **Folha de S. Paulo**, 13 out. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/10/damare-da-diferentes-versoes-sobre-denuncias-vaio-achar-que-menti-mas-e-para-preservar-investigacoes.shtml>. Acesso em: 20 jan. 2023.

ROSA, Júlia Gabriele Lima da; LIMA, Luciana Leite. Muda o governo, mudam as políticas? O caso da política nacional de educação especial. **Revista Brasileira de Educação** [online]. 2022, v. 27, e270026. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-24782022270026>. Acesso em: 12 jan. 2023.

SALDAÑA, Paulo. MEC abandona pacto de direitos humanos que envolve 333 instituições de ensino superior. **Folha de S. Paulo**, 14 mai. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/05/mec-abandona-pacto-de-direitos-humanos-que-envolve-333-instituicoes-de-ensino-superior.shtml>. Acesso em: 12 jan. 2023.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas públicas**, Vol. 2. Brasília: ENAP, 2006.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **The University of Chicago Law Review**. 85:545, 2018.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SCHABBACH, Letícia Maria; ROSA, Júlia Gabriele Lima da. Segregar ou incluir? Coalizões de defesa, ideias e mudanças na educação especial do Brasil. **Revista de Administração Pública** [online]. 2021, v. 55, n. 6, pp. 1312-1332. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-761220210034>. Acesso em: 12 jan. 2023.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOLANO, Esther. **Crise da democracia e extremismos de direita**. São Paulo: Friedrich Erbert Shiftung Brasil, 2018. Disponível em: <http://library.fes.de/pdffiles/bueros/brasilien/14508.pdf>. Acesso em: 17 set 2021.

SOLANO, Esther. A bolsonarização do Brasil. *In*: ABRANCHES, Sérgio *et al.* **Democracia em risco?** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. *In*: **Sociologias**, ano 8, n° 16. Porto Alegre: UFRGS, 2006.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e teoria do estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SUBIRATS, Joan. Definición del problema. Relevancia pública y formación de la agenda de actuación de los poderes públicos. *In*: SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. *In*: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas públicas**, Vol. 1. Brasília: ENAP, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Homeschooling: medida equivocada e absolutamente fora do tempo**. 16 mai. 2022. Disponível em: https://todospelaeducacao.org.br/noticias/homeschooling-medida-equivocada-e-absolutamente-fora-de-tempo/?gclid=Cj0KCQiAiJSeBhCCARIsAHnAzT_seDudM0Z3ux7BLKG1EpoR3zjmkLQCLoTICUoTGScNiJG9afJQ3rsaAqSSEALw_wcB. Acesso em: 16 jan. 2023.

TUSHNET, Mark. Authoritarian constitutionalism. **Cornell Law Review**, vol. 100, 2ª ed. jan 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4654&context=clr>. Acesso em: 25 jul 2022.

UNICEF. **Cenário da Exclusão Escolar no Brasil: Um alerta sobre os impactos da pandemia da COVID-19 na Educação**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/cenario-da-exclusao-escolar-no-brasil>. Acesso em 13 dez 2022.

UOL ESPORTE. **Gilberto Gil é atacado por bolsonaristas na copa do Qatar e se pronuncia: ‘coisa estúpida’**. Youtube, 27 nov. 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=p-dVhPhX3hQ>. Acesso em: 20 jan. 2023.

USPFFLCH. **Populismo e resiliência constitucional: o método do infralegalismo autoritário**. Youtube, 18 ago. 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ju3zlxSdhV4>. Acesso em: 20 dez 2022.

VASCONCELOS, Eduardo Mourão. **Complexidade e pesquisa interdisciplinar: Epistemologia e metodologia operativa**. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. Populismo autocrático e resiliência constitucional. **Interesse Nacional**, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 66-76, out/dez 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAHARIADIS, Nikolaos. **Handbook of public policy agenda setting**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. DOI 10.4337/9781784715922.

ŽIŽEK, Slavoj. O espectro da ideologia. *In*: ŽIŽEK, Slavoj (org.). **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.