

SUMÁRIO

AUTONOMIA TERRITORIAL E LIBERDADE NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: UMA ÓTICA SOB OS MODELOS ESTADUAIS FEDERAL E UNITÁRIO	4
Alexandre Andrioni da Cunha.....	4
ENSAIO SOBRE O CARÁTER LAICO COMO NORMA PROGRAMÁTICA NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	30
Victor Thadeu Pereira Gonçalves	30
DEMOCRACIA E INFORMAÇÃO NA SOCIEDADE EM REDE: UMA ANÁLISE JUSFILOSÓFICA DA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE E DOS DADOS PESSOAIS NO CIBERESPAÇO	63
Vinícius Borges Fortes	63
Salete Oro Boff	63
José Renato Gaziero Cella	63
NATUREZA INTERSUBJETIVA DAS RELAÇÕES SOCIAIS EM HEGEL: APORTE PARA O PLURALISMO JURÍDICO.....	93
Tarcísio Vilton Meneghetti	93
Josemar Sidinei Soares.....	93
Transjudicialismo e sua utilização diante do Controle de Convencionalidade dos Direitos Humanos	115
Gabriela Calliari	115
Alessandra Vanessa Teixeira	115
O CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL.....	135
Marcelo Corrêa	135
Ricardo Uliano dos Santos.....	135
UMA ANÁLISE DO CRIME DE GENOCÍDIO A PARTIR DO ESTATUTO DE ROMA.....	162
Walter Gustavo da Silva Lemos.....	162
Iury Peixoto Souza	162

DEMOCRACIA E TECNOCRACIA	187
Pedro Walter Guimarães Tang Vidal	187
O CONTEXTO HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA E O REDIMENSIONAMENTO JURÍDICO DA JUSTIÇA NO BRASIL DA PRIMEIRA REPÚBLICA	208
Diego Nunes.....	208
Gabriel Faustino Santos	208
CONSTITUCIONALISMO E DECISÃO PENAL	228
Patrícia Pasqualini Philippi	228
Saul José Busnello	228
O FENÔMENO DA "COMMONLAWLIZAÇÃO" NO DIREITO BRASILEIRO: A SUPERVALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....	250
Karla Cristine Reginato	250
DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS....	270
Kaira Cristina da Silva.....	270
Paola Fernanda de Souza Cunha	270
A VIDA RELIGIOSA FEMININA E SEUS DIREITOS NO BRASIL COLÔNIA: UMA QUESTÃO DE GÊNERO	289
Clélia Peretti.....	289
Danilo Vitor Pena	289
A DEMOCRACIA NO SISTEMA GLOBALIZADO	308
Fabício Wloch	308
Elisandra Riffel Cimadon	308
RACIONALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS NA POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA A JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO ESTADO DE RONDÔNIA.....	339
Bruno Vinícius Machado Parreira	339
Pedro Abib Hecktheuer	339

A DEMOCRACIA COMPETITIVA DE ROBERT ALAN DAHL	369
Alexandre Estefani	369
Douglas Roberto Martins	369
ECONOMY, DEMOCRACY AND MIGRATION OF JUDICIAL MODELS IN THE CONDITIONALITY OF INVESTMENT TREATIES AND TRANSNATIONAL PUBLIC POLICIES	389
Jacopo Paffarini	389
Márcio Ricardo Staffen	389
ECOSSISTEMA SOCIAL E TRÂNSITO SUSTENTÁVEL: A PREOCUPAÇÃO GLOBAL COM O BEM ESTAR, QUALIDADE DE VIDA, MOBILIDADE URBANA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL	418
Oscar Francisco Alves Junior	418
Franklin Vieira dos Santos	418

**AUTONOMIA TERRITORIAL E LIBERDADE NO
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: UMA ÓTICA SOB OS
MODELOS ESTADUAIS FEDERAL E UNITÁRIO**

Alexandre Andrioni da Cunha¹

INTRODUÇÃO

Nos sistemas constitucionais de autonomia territorial a descentralização intervém como instrumento de delegação do poder central aos órgãos locais regionais de poder. As diversas técnicas de organização e divisão territorial do poder em que se faz uso pelas constituições têm como referência o nascimento do Estado moderno, que se qualifica como "constitucional" no final do século XVIII.²

No Estado, assim dito moderno, a fundamentação do processo democrático teve grande contribuição a partir de Rousseau sobretudo na sua obra "Do Contrato Social" em que se sustenta "soberania inalienável" como atribuição ao povo de estabelecer através da vontade geral o Estado com o fim de manutenção da liberdade natural. Segundo o romanista Italiano Giovanni Lobrano, o autor de Genevra rejeita o modelo constitucional inglês representativo - mesmo admitindo que este seja a melhor opção entre os modernos - e, enquanto admirador da liberdade do povo romano, acata este como um modelo de expressão da liberdade de um povo.³

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Mestre em Sistemas Jurídicos Contemporâneos pela Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

² D'ATENA, Antonio. **Diritto Regionale**. Seconda edizione. Giappichelli, Torino, 2013, pp. 6 ss.

³ ROUSSEAU, Jean Jacques, **Do Contrato Social, Princípios de Direito Político**, Tradução Antônio P. Machado e Estudo crítico de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Nova Fronteira, Saraiva, 2011, p. 41 ss. Como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus,

A produção efetiva de Rousseau se dá em razão da sua capacidade de adaptar as fórmulas histórico-dogmáticas em grau de dominar conjuntamente as categorias "constitucionais" antigas (gregas e romanas) e medievais-modernas (alemãs-aglosaxãs). Tanto é que a teoria na qual a soberania pertence a cada cidadão (teoria da "soberania" popular), elaborada por ele particularmente no livro III do Contrato Social, encontra-se inspiração na concepção romana de *populus* e da *summa potestas populus*⁴ que atribuí como detentor e destinatário do núcleo central do poder – *summa potestas* - o povo – *populus*.

O conceito de autonomia está estreitamente atrelado ao de liberdade. Segundo Kelsen na sua teoria positivista do Direito e do Estado, Rousseau no seu "Contrato Social" pressupõe como fórmula de manutenção da liberdade ao interno do ordenamento estatal a democracia. Democracia que consistiria no fato dos sujeitos somente encontrarem harmonia entre vontade coletiva e a individual quando os próprios indivíduos regulamentarem o próprio ordenamento social. Essa liberdade política, em Rousseau, segundo o autor austríaco, consiste em autonomia que, enquanto no Direito Público é interligado à democracia, no Direito Privado é expressa na autonomia da vontade.⁵

e este poder é aquele que dirigido pela vontade geral, leva, como já disse, o nome de soberania. LOBRANO, Giovanni, **Res publica res populi, La legge e la limitazione del potere**, Torino, Giappichelli, 1996, cit. pp. 203-204: Il 2 'padre' moderno della democrazia, J.-J, Rousseau, 'ignora' sistematicamente la contrapposizione Germani-Romani per impostare nettamente l'alternativa costituzionale tra modello romano e modello inglese. Egli rifiuta sprezzantemente il modello costituzionale inglese, pure ammettendo che esso sia il migliore tra quelli moderni. È invece, ammiratore del popolo romano, dei suoi 'costumi', 'leggi' e 'governo', così da proporlo a 'modello di tutti i popoli liberi'.

⁴ LOBRANO, Giovanni, **Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere**, cit. p. 203 ss. Sobre a teoria da soberania de Rousseau: CATALANO, Pierangelo, **Populus Romanus Quirites**, Torino, Giappichelli, 1974, cit. pp. 10 ss.

⁵ KELSEN, Hans, **Teoria Generale del diritto e dello Stato**, Traduzione dall'inglese di Sergio Cotta e Giuseppino Treves, Etas libri 1984, cit. pp. 290 ss.

1. AUTONOMIA E DESCENTRALIZAÇÃO

Nota-se que o poder é o princípio da delimitação ou atribuição das estruturas estatais com o fim da administração e participação efetiva do povo no âmbito decisório da estrutura política. A descentralização dos poderes é a derivação daquele conceito de autonomia em Rousseau – traduzida em liberdade política de dar-se lei a si mesmo – e está ligada ao interno da estrutura estatal em base ao princípio de subsidiariedade.

Conceituando autonomia segundo Maria Sylvia Zanella Pietro "da etimologia autòs (próprio) e nomos (lei) – refere-se ao poder de editar as suas próprias leis sem se submeter a outras normas, se não, a Constitucional."⁶ Um mínimo comum das definições do conceito de autonomia doutrinariamente reside no fato de que esta equivale à liberdade de auto-organizar-se: são livres porque detém capacidade para uma própria organização que não seja em contraste com aquela de Estado.⁷

Outrossim a autonomia insurge como um instrumento administrativo constitucional atribuído através da descentralização. Descentralizar, em sentido comum, é afastar do centro; em sentido jurídico administrativo assume o significado de atribuir a outrem poderes da Administração.⁸ A

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 27ª edição. São Paulo, Atlas, 2014, cit. p. 482. Em MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Municipal Brasileiro**, cit. p. 91, a autonomia é conceituada como "prerrogativa outorgada pela constituição a entidades estatais internas para compor seu governo e prover a sua administração de acordo com o ordenamento vigente. É a administração daquilo que lhe é próprio". Por sua vez, autonomia, segundo PINTO, Ferdinando, **Diritto degli enti locali**. Volume I parte generale, cit. p. 59, a autonomia pode ser compreendida como la possibilità di esercitare attività giuridicamente rilevanti con un grado di libertà variabile, in relazione al modo e al livello di garanzia con cui l'autonomia stessa è stata determinata. Nesta definição o autor ressalta uma noção de autonomia instrumental com vistas a propiciar a liberdade.

⁷ Segundo BARILE, Paolo, CHELI, Enzo, GRASSI, Stefano. **Istituzioni di Diritto Pubblico**. Decima edizione. Padova: Dott. Antonio Milani, 2005, cit. p. 7 e cit. pp 299-300: Ao interno da categoria geral de autonomia, distingue-se ainda em normativa, institucional e organizatória. A primeira consiste no reconhecimento à entes não soberanos de emanar uma própria normação sempre sob o controle do ente soberano. A segunda compreende às várias hipóteses de relações entre ordenamentos jurídicos e há o escopo de estabelecer o grau de autonomia de cada um respeito aos demais. Por fim, a autonomia organizatória seria uma simples relação de organização corrente entre sujeitos.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41ª edição atualizada até a Emenda Constitucional 84 de 2.12.2014, São Paulo, Malheiros, 2015, cit. p. 73

premissa deste conceito foi relevada, sobretudo com base a uma relação administrativa democrática que leva em consideração o fato de que somente na mais radical forma de absolutismo, e despotismo, centraliza-se todos os poderes em um somente órgão soberano.⁹

2. DESCENTRALIZAÇÃO E-OU NÃO CENTRALIZAÇÃO

Aliados aos preceitos de autonomia e descentralização, alguns autores em matéria de Direito Constitucional e do Estado costumam distinguir duas vertentes: a da descentralização e da não centralização com base ao modelo de Estado. Segundo essa corrente, a primeira é derivante e somente ocorre no Estado de natureza unitária, enquanto que a não centralização é típica do modelo federal.

O princípio da não centralização em contraposição ao da descentralização, nesta hipótese típico do modelo unitário é presente na obra de Daniel Elazar onde o autor afirma que pelo caráter federativo as comunidades associadas participam como *partners* nas atividades governamentais:

La non centralizzazione assicura che, a prescindere dal modo in cui certi poteri possano essere condivisi dai governi generale e costitutivi, il diritto di partecipare come partner alle attività governamentali nazionali e di agire unilateralmente con un elevato grado di autonomia nelle proprie sfere d'azione, secondo i termini stabiliti dalla Costituzione. Questo vale anche per questioni di grande importanza e perfino, in varia misura, in contrasto con le politiche nazionali, perchè le comunità costitutive posseggono poteri autenticamente irrevocabili.¹⁰

Nota-se que segundo a interpretação de Elazar sustentar-se-ia que a descentralização assemelha-se à um "comportamento" positivo da do poder

⁹ SCURTO, Luigi, **Decentramento e Autonomie locali**, Torino: Giappichelli Editore: 1992, cit. pp. 6 ss.

¹⁰ ELAZAR, Daniel J, **Idee e forme del federalismo**, Presentazione e traduzione a cura di Luigi Marco Bassani, Milano, Arnoldo mondadori editore S.p.A, 1998, cit. p. 136.

central, de caráter revogável, enquanto que a não centralização assumiria um "comportamento negativo" de não interferência a partir daquela ordem federal pré-estabelecida que sua dissolução através de mecanismos de interferências implicaria em uma ruptura institucional e constitucional.

A referida linha conceitual entre descentralização e não centralização teria relevância, segundo Elazar, pelo fato de que nos modelos de não centralização entre governo e estados-membros no modelo federal permite-se uma ampla autonomia que, por sua vez, é estendida aos entes locais. Este seria o caso americano, onde os governos locais conseguiram alçar tamanha autonomia em razão desse espírito não centralizador próprio do federalismo nas suas atividades cotidianas.¹¹

Nessa linha de interpretação, portanto, seriam dois modelos diversos: um descentralizado – unitário – e um não centralizado – federal – que comportariam diversas consequências. Brunetta Baldi destaca tal diferenciação e ressalta que descentralização nasce como articulação do modelo unitário somente: "Per decentramento si intende il trasferimento di potere e responsabilità dal centro a strutture o entità di governo periferico, a cui consegue una distribuzione di risorse di governo sul territorio."¹²

A descentralização, a seu turno, é técnica constitucional apta à assegurar a autonomia regional e local e nasce ao interno do modelo unitário estatal em razão da sua coerência com o princípio de centralização e hierarquia por meio de uma sistemática *top-down* – De cima para baixo – . O federalismo – não centralizado – nessa hipótese giraria em uma órbita contrária, *bottom-up*, sob o manto do princípio do polincentrismo e reciprocidade em que é garantida a ordem a partir de um centro vinculante. Para Baldi, não obstante às semelhanças e aproximações adquiridas contemporaneamente entre estes modelos de organização Estatal ela distingue entre

¹¹ Infra. ELAZAR, Daniel J, **Idee e forme del federalismo**, cit. pp. 153 ss.

¹² BALDI, Brunetta, Stato e territorio, **Federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee**, Roma-Bari, Gius. Laterza & Figli, 2003, cit. pp. 6.

descentralização e federalismo, pois segundo ela "il decentramento e il federalismo mantengono motivazioni distinte."¹³

Giovanni Corralo compreende no mesmo sentido de separação e afirma que a descentralização é fruto de um processo de evolução do Estado unitário, através da transferência de poderes e responsabilidades do centro para os entes periféricos, com os respectivos recursos. Ele destaca a importância da conceituação porque a descentralização é um processo reversível, pois em tese a qualquer momento esta autonomia descentralizada pode ser revogada, além de a periferia ter um posicionamento de assujeitamento hierárquico ao centro, mostando-se compatível, desse modo, com os princípios do centralismo e da hierarquia.¹⁴

No Estado de modelo federal por sua vez a não centralização confere os poderes dos entes federados que encontram-se difusos em vários centros, com sua autonomia resguardada pelo ordenamento constitucional sem sofrerem com o controle do poder central, característica marcante da descentralização e a dissolução desse pacto federal quebraria o espírito da constituição federal.¹⁵

O comparatista italiano Giuseppe de Vergottini afirma que o conceito de descentralização também aplica-se ao federalismo, pois este é um modelo de "decentramento statale in parte connesso alla speculazione dottrinale, in

¹³ Infra. BALDI, Brunetta, Stato e territorio, Federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee, cit. p. 149 ss, e cit. p. 150.

¹⁴ CORRALO, Giovanni, **A autonomia municipal como um direito fundamental na constituição brasileira**. Tese apresentada para o título de Doutorando na Universidade Federal do Estado do Paraná, Curitiba, 2006, acessada em <http://acervodigital.ufpr.br/> pp. 161 ss.

¹⁵ Infra. CORRALO, Giovanni, **A autonomia municipal como um direito fundamental na constituição brasileira**, 2006, cit. p. 163: Muitas vezes ocorre um equívoco conceitual ao se enquadrar o federalismo e os Estados federais como exemplos de descentralização política ou administrativa [...] Isso porque os Estados federais possuem a marca da não-centralização, ou seja, os poderes dos entes federados encontram-se difusos em vários centros, com sua autonomia resguardada pelo ordenamento constitucional, além de não sofrerem com o controle do poder central, uma das características marcantes da descentralização.

parte risultante empiricamente dalle osservazioni di esperienze reali"¹⁶. Para ele o Estado federal implica um ordenamento descentralizado que reconhece uma relevância constitucional das autonomias mas implica em uma soberania federal unitariamente considerada.

Mauro Volpi afirma que com base na descentralização, existe um modelo dual de Estado, unitário e outro descentralizado ou autonomístico que se funda sob a base de autonomia política. Ao interno deste Estado descentralizado a diferenciação entre regionalismo e federalismo se funda sob a forma de funcionamento dos órgãos de governo estatal e as formas de distribuição dos poderes nos entes territoriais.¹⁷

Superada a pluralidade conceitual é importante preceituar que a descentralização contemporaneamente assume conotações que colocam o modelo unitário de forma mais próxima do modelo federal. Ao mesmo tempo se denota que o Estado federal vêm dissolvendo-se da sua estrutura unitária e assumindo uma conotação *bottom up* similar aquela de conotação unitária. De tal forma se fundamenta uma terceira via que é o neo-regionalismo, como os referentes casos das constituições italiana e espanhola.¹⁸

3. AUTONOMIA FEDERAL E REGIONAL

O Estado federal, conforme dita Alexandre de Moraes, gravita em torno do princípio da autonomia e da participação política e pressupõe a consagração de certas regras constitucionais, tendentes não somente à sua configuração, mas também à sua manutenção e indissolubilidade. Uma premissa

¹⁶ DE VERGOTTINI, Giuseppe, **Diritto Costituzionale Comparato**, Cedam, Padova, 2007, cit. pp. 388.

¹⁷ VOLPI, Mauro. MORBIDELLI, Giuseppe. PEGORARO, Lucio. REPOSO, Antonio, **Diritto pubblico comparato**, Terza Edizione, Torino, Giappichelli, 2009, cit. p. 254 ss.

¹⁸ BALDI, Brunetta, Stato e territorio, Federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee, cit. p. 150.

necessária para a caracterização da organização constitucional federal exige uma organização constitucional federal cuja adoção expresse mencione a Federação ou a União de Estados e sua composição por Estados-membros.¹⁹

No Estado Federal se concilia o princípio da unidade do estado federação com aquele das autonomias territoriais políticas, com variações a segundo da vontade do legislador constituinte. Contudo, os elementos constantes presentes em um Estado de modelo federal são destacados pelo comparatista Giuseppe De Vergotini:

Un ordinamento costituzionale statale unitario; accoglimento del principio di separazione dei poteri; il riconoscimento nella costituzione dello stato della garanzia degli enti territoriali politici portatori di propri ordinamento integrati in quello dello stato unitario; la subordinazione degli ordinamenti degli enti territoriale alla costituzione dello stato; il contestuale principio di reciproca equiordinazione fra gli ordinamenti degli enti territoriali minori; la ripartizione fissata nella costituzione dello stato delle sfere di competenza dello stato rispetto a quelle degli enti territoriali minori e fra quelle dei medesimi; il carattere formalmente costituzionale delle norme relative alla organizzazione costituzionale, alla ripartizione delle sfere di competenza, alla loro modificabilità tramite procedimenti aggravati di revisione, eccezione fatta per il principio federale considerato immodificabile; la partecipazione degli enti territoriali politici ad organi e procedimenti connessi alla esecuzione delle funzioni dello stato unitario; la soluzione dei conflitti fra stato e enti territoriali e fra questi ultimi ad opera di un organi del primo.²⁰

Como destacado pelo autor Italiano a despeito das diversas comum características do modelo federal, é a equiordenação entre os ordenamento dos entes territoriais menores. Um reconhecimento da autonomia local ao interno daquela estrutura federal em que o princípio da liberdade assume

¹⁹ DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 28ª edição Revista atualizada até a Emenda Constitucional n. 68 de 2011 e Súmula Vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2012, cit. pp. 286 ss.

²⁰DE VERGOTTINI, Giuseppe, **Diritto Costituzionale Comparato**, 2007, cit. p. 386.

uma proeminência "associativa".

Essas características são derivadas de um perfil federal referido à uma estrutura unitária e pluralista do Estado através da repartição do território estatal entre diversos entes autônomos seja a configuração de direitos da autonomias mais extensos, do tipo político, econômico e cultural. Concebe-se, portanto, que o Estado federal representa a síntese de um processo que se realiza em sentido centrípeto ou centrífugo, que nasce de uma estrutura que pode ser federal mas ao mesmo tempo unitária nas suas fases iniciais – como foi o caso brasileiro.²¹

Uma outra característica pontual acerca da organização federal é a questão da soberania. Insurge-se doutrinariamente algumas teorias. Duas teorias que giram em torno da problemática da *location of sovereignty* –localização da soberania. A teoria monista e a teoria dualista. Compreende-se pela teoria monista onde a soberania que é una, compreendida como poder originário e absoluto e é exclusivamente pertencente ao Estado federal central cuja atribuição de determinação das esferas de competência lhe é concedido.

A teoria dualista é aquela em que se reconhece uma "pluralidade" ou repartição da soberania (*dual sovereignty*) fazendo referência, sobretudo a obra que foi realizada a partir do processo de superação do modelo confederativo.²² Porém, segundo De Vergottini, não merece guarida as opiniões doutrinárias que afirmam uma soberania equivalente ao do Estado federal.²³

A autonomia no modelo (neo)Regional, por sua vez, insurge-se como um

²¹ DI GENIO, Giuseppe, **Stato Regionale versus Stato Federale**, Milano: Giuffrè editore, 2005, cit. pp. 48 ss.

²² Infra. DI GENIO, Giuseppe, **Stato Regionale versus Stato Federale**, cit. pp. 66 ss.

²³ DE VERGOTTINI, Giuseppe, **Diritto Costituzionale Comparato**, 2007, cit. p. 393: Neppure può riconoscersi fondamento alle opinioni dottrinale dirette ad affermare una sovranità degli stati membri che consentisse di assicurare almeno una sorta di equiordinazione fra gli stessi e lo stato federale.

modelo intermediário entre o Estado unitário e o Estado Federal. Para Baldi há de se diferenciar o Estado Regional para o Estado Unitário:

Lo Stato regionale si distingue da quello unitario per un centralismo di natura vincolata: alcune competenze legislative sono costituzionalmente sottratte dall'agenda decisionale centrale e devolute alle Regioni che articolano l'intero territorio nazionale.²⁴

Porém, segundo a autora, esse segundo modelo alternativo ao unitário também se difere do Estado Federal. Nesta linha, seriam, portanto, três modelos.²⁵

Antonio D'Atena no mesmo sentido afirma que o modelo regional aparece como uma inovação aos dois modelos preexistentes no início do século XX de natureza unitária e federal. Essa situação alterou-se quando em 1931 aparecem as regiões. Para o autor Italiano, o Estado Regional "la breve esperienza della seconda Repubblica spagnola avendo dimostrato la possibilità di una terza via tra quella francese e quella nordamericana."²⁶

O fato é que o termo Regiões com base na autonomia podem assumir três significados diferentes. O primeiro de uma circunscrição ou ofício de descentralização burocrática. O segundo como Região administrativa como verificado na França em 1982 em que fez surgir as regiões, assim como em Portugal onde as regiões administrativas são caracterizadas como autarquias locais, junto às paróquias e os comúnes. Um terceiro significado pode ser o de Região Política que é o observado na Itália, Espanha e Portugal pelas duas regiões autônomas do arquipélago de Açores e Madeira. Neste caso, fala-se de região política porque são baseadas sob a eletividade dos titulares dos órgãos de governo e a plena autonomia nas matérias de

²⁴ BALDI, Brunetta, Stato e territorio, Federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee, 2003, cit. p. 110.

²⁵Infra BALDI, Brunetta, Stato e territorio, Federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee, cit. p. 110.

²⁶ D'ATENA, Antonio, **Diritto Regionale**, 2013, cit. p. 12 ss.

sua competência.²⁷

Um fator comum nessas três concepções de Regiões é a unidade Estatal. Ademais não existe uma fórmula de centralização ou descentralização que se possa realizar em modo análogo nos Estados regionais.²⁸ Ao analisarmos o texto constitucional Italiano, Espanhol, Português como exemplos, Estados com vocação Regional, denota-se uma comum característica desta unidade em contemporaneidade ao reconhecimento constitucional da autonomia destes entes subestatais.

Observa-se do texto da Constituição Italiana no seu artigo 5º:

Art. 5. La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento²⁹ -

Segundo Giuseppe di Genio o dispositivo 5º da constituição Italiana menciona três princípios clássicos do Estado de natureza democrático pluralista contemporâneo: O princípio de unidade e indivisibilidade da República, o princípio da descentralização política ou de autonomia política e o princípio de descentralização administrativa.³⁰

Neste mesmo sentido a Constituição Portuguesa de 1976 em seus artigos e 3º e 6º:³¹

²⁷ VOLPI, Mauro. MORBIDELLI, Giuseppe. PEGORARO, Lucio. REPOSO, Antonio, **Diritto pubblico comparato**, 2009, cit. pp. 244 ss.

²⁸ SCURTO, Luigi, **Decentramento e Autonomie locali**, cit. pp. 7 ss.

²⁹ <<ITÁLIA>> **Constituição da República**: acesso em <http://www.governo.it/costituzione-italiana/principi-fondamentali/2839> acesso em 15-01-2017.

³⁰ DI GENIO, Giuseppe, *Stato Regionale versus Stato Federale*, pp. 81 ss.

³¹ <<PORTUGAL>> **Constituição Portuguesa**: Artigo 3.º Soberania e legalidade: 1. A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição. 2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática. 3. A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e

Artigo 3º: 1. A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição. 2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática. 3. A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição.

Artigo 6º: O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública

A Constituição Espanhola de 1978³² no Artigo 2º destaca o carácter nacional: La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas. ambas anunciando o princípio da unidade e indivisibilidade da soberania, contudo, ao interno desta "unidade soberana" reconhecendo o a autonomia, nem seus particulares graus, das coletividades locais.

Todos os textos constitucionais referidos fazem referência à uma estrutura unitária que estabelece como paradigma a descentralização. Ao mesmo tempo em todos os textos nota-se uma previsão constitucional em que se estabelece a autonomia como mecanismo de subsidiar aos entes periféricos sua autoorganização.

Portanto, observa-se algumas diferenças pontuais a respeito da autonomia

de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição. No artigo 6º a constituição Portuguesa destaca: O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública. Acessível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa>. Acesso em 15-01-2017.

³² <<ESPANHA>> **Constituição Espanhola:** Artículo 2. La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas. Acessível em <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>, acesso em 15-01-2017.

do Estado federal e Estado regional, mas ao mesmo tempo denotam-se algumas características em comum: 1) A existência de entidades subestatais, ou seja, de níveis territoriais de governo em posição intermediária entre o Estado central e os entes locais, como os Comunes e as províncias na experiência Italiana. 2) A circunstância que estes níveis intermediadores dispunham de competências garantidas pela Constituição. 3) O fato que tais competências compreendam também a legislação.³³

4. O SISTEMA DE AUTONOMIA DA FEDERAÇÃO BRASILEIRO: O CASO DOS MUNICÍPIOS

A natureza política jurídica do Município Brasileiro há como raiz o sistema municipal do antigo regime romano expansionista adotado nas províncias romanas. Nos dizeres de Hely Lopes Meirelles³⁴ o município da então colônia de Portugal assumiam as vestes do município do Reino Português. Nelson Nery Costa por sua vez, sustenta que os primeiros municípios brasileiros, como o de São Vicente sequer haviam cópias das Ordenações Filipinas, sendo regidos por interesses locais pragmáticos.³⁵

O atual quadro do município brasileiro na federação denota a sua importância para o desenvolvimento econômico local e regional. O município como entidade da federação, constitucionalmente foi reconhecida pela carta constitucional de 1988 e pode ser entendido como organização política, pessoa jurídica de Direito Público Interno, com base territorial determinada, englobando um conjunto de vizinhos com interesses locais e

³³ D'ATENA, Antonio, **Diritto Regionale**, 2013, pp. 12 ss.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Municipal Brasileiro**, pp. 37-38.

³⁵ COSTA, Nelson Nery, **Direito Municipal Brasileiro**, 7ª ed. Rev e atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 2015, cit. p. 18. Nota-se que a definição do município como pessoa jurídica de Direito Público Interno é previsto pelo Código Civil brasileiro, lei 10.406 de 2002, no seu artigo 41, inciso III abarca o município no mesmo rol de conceitual dos demais entes da federação, qual seja estados-membros, União e o Distrito federal. Tal disposição era presente no Código de 1916, contudo a Constituição Federal de 1988 ratificou este ente federal no seu artigo primeiro.

comuns, com autonomia política, administrativa e financeira garantida pela Constituição que lhe define a competência.³⁶

Este modelo da federação brasileira com a Constituição de 1988 assumiu um contorno especial, notadamente através da referência expressa do município como componente explícito da federação no texto constitucional. Em nenhuma das outras constituições anteriores mencionou-se o município com tal autonomia, contudo, com a constituição em vigor, adicionou-se um status importante para o relevo da instituição nos destinos da República Federal.

Através da leitura do artigo 1º³⁷ da Constituição em combinação ao texto referente ao artigo 18 da Carta, vislumbra-se a inserção do Município, assim como o Distrito Federal, como uma terceira esfera de autonomia, lançando mão daquela característica dual presente nas constituições anteriores.³⁸ O extenso artigo 29 complementa a regulamentação do Município e afirma que este autoregular-se-á através de uma Lei Orgânica, votada em 2 turnos, votada por um quórum qualificado de 2/3 dos membros da Câmara Municipal, adquirindo à Lei Orgânica um viés normativo rígido, similar aquele que se encontra presente nos processos de reforma constitucional. Após o dispositivo 29 a Constituição abarcou no artigo 30³⁹ às esferas de

³⁶ Infra. COSTA, Nelson Nery, **Direito Municipal Brasileiro**, 2015, p. 18.

³⁷ <<BRASIL>>. **Constituição**: 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.

³⁸ BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 2015, p. 345.

³⁹ <<BRASIL>>. **Constituição**. Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

competência dos Municípios.

Nos dizeres de Paulo Bonavides, a combinação dos artigos 18, 29 e 30 são o arcabouço para compreender a autonomia municipal e a ratificação de sua importância pela Constituição:

A combinação dos três artigos será doravante a pedra angular de compreensão da autonomia do município que qualitativamente subiu de degrau com a adição política feita ao todo federativo, em cujo arcabouço se aloja. Houve assim inovação de fundo e substância, cuja profundidade se mede pela importância da mudança operada. Essa mudança espanca muitas dúvidas que pairava no passado tanto nas regiões da doutrina como da jurisprudência, acerca da autonomia municipal e dos seus limites teóricos e objetivos, que, de último, lhe foram traçados com mais amplitude, generosidade, e precisão.⁴⁰

Nota-se que nesse modelo Estata-Federal de 1988 o município deixou de ser uma simples coadjuvante e assumiu um papel importante, com caráter de ente da federação, com descentralização legislativa, administrativa, um *self-government* em harmonia com as tendências políticas local. Tal caracterização é prevista já no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que destaca o princípio autonomístico ao município, assim como aos estados-membros e o Distrito Federal.⁴¹

Desta classificação como um ente da federação retém uma problemática colocada pela doutrina constitucional brasileira, sobretudo a partir de Hely Lopes Meirelles ao afirmar que o município era considerado um ente federativo de 3º grau.⁴² Segundo o referido autor, o Município brasileiro é entidade estatal integrante da Federação. Essa integração é uma

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 2015, pp. 345 ss.

⁴¹ <<BRASIL>> **Constituição Brasileira**: 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

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Municipal Brasileiro**, 2006, p 44: De início, a Constituição da República de 1988, corrigindo falhas das anteriores, integrou o município na federação como entidade de terceiro grau.

peculiaridade nossa, pois em nenhum outro Estado Soberano se encontra o Município como peça do regime federativo constitucionalmente reconhecida.⁴³

Por sua vez, José Afonso da Silva negava essa concepção por implicaria em um modelo Estatal de um Federalismo-Estatal-Municipal que é próprio contra a gênese Federal clássica:

A Constituição consagrou a tese daqueles que sustentavam que o Município brasileiro é "entidade de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo". *Data venia*, essa é uma tese equivocada, que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida. Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de municípios.⁴⁴

Encontra-se na doutrina posição moderada como a de Paulo Bonavides em que reconhece no federalismo Brasileiro um caráter tridimensional com suas particularidades:

Em países de sistema federativo onde a autonomia municipal não chegou ao grau culminante de último registrado no Brasil, cuja nova Constituição produziu e institucionalizou um federalismo tridimensional, posto que ainda imperfeito na rudeza de algumas de suas linhas, mas sem paralelo em qualquer outra forma contemporânea de organização do Estado"⁴⁵

Contudo nota-se uma inclinação ao reconhecimento do município como ente federativo, como por Alexandre de Moraes ao afirmar que o Município é

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 2015, p. 893

⁴⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, cit. 478-479.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 31ª edição, Malheiros: São Paulo, 2016, p. 356

entidade federativa indispensável ao nosso sistema federativo.⁴⁶

De fato o texto Constitucional afirma a composição da República Federativa do Brasil, na qual elenca os Municípios, de forma que a enumeração da autonomia de cada ente é variada de acordo com o previsto na Carta Magna.

Outrossim além da colocação conceitual friza-se a importância institucional que o constituinte de 1988 propôs sob das autonomias locais com reflexos de certa forma amplos, em que uma autonomia municipal assume certa independência em três grande níveis ou graus: administrativo, legislativo e financeiro.

5. AUTONOMIA MUNICIPAL E ESTATUTO DA CIDADE: A PARADIPLOMACIA MUNICIPAL E PREMISSAS PARA UMA POLÍTICA EFETIVA NA TEMÁTICA MIGRATÓRIA

Como consequência ao princípio da autonomia municipal de forma organizada e estruturada na federação, as cidades como núcleo físico central passam a exercer a sua função social visando a garantir o bem estar dos habitantes locais. Uma política urbana organizada baseada na função social da propriedade ao interno do planejamento urbano e o meio ambiente sustentável são algumas das diretrizes constitucionais que norteiam a instituição do município.

O Município além de instituir políticas locais para efetivar o bem estar dos habitantes locais há importante relevo político e econômico na estrutura federal brasileira. O Estado da cidade em vigor há mais de 15 anos é o reflexo.

⁴⁶ DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, 2012, p. 296.

5.1 Estatuto da cidade (Lei 10.257/2001)

A cidade, na sua acepção ampla de sua realidade fática estruturada pelos estabelecimentos regulares e os estabelecimentos irregulares (aglomerados subnormais ou comunidades), passa a atender e ter uma natureza jurídica ambiental. A carta magna ditou que a cidade deixa de ser observada a partir de regramentos adaptados tão somente aos bens privados ou públicos e passa a ser disciplinada em face de sua estrutura jurídica dos bens ambientais (art. 225⁴⁷), de forma mediata e imediata, em decorrência das determinações constitucionais emanadas nos artigos 182 e 183 (meio ambiente artificial).⁴⁸

A cidade, portanto, passa a obedecer parâmetros constitucionais ambientais na denominada nova ordem urbanística norteada por tais parâmetros. Além disso em decorrência desse princípio constitucional passou a ser vista não somente em função de seu território mas em função de sua estrutura econômica de forma que no Brasil estão relacionadas aos produtos e serviços que criam e oferecem destinados a satisfazer as necessidades do consumo interno territorial e externo. O Estatuto da cidade, portanto, nada mais é que o reflexo de uma matriz constitucional de competência geral da União em criar diretrizes para o planejamento urbano conforme o disposto no artigo 21, inciso XX⁴⁹ da carta e art. 182.⁵⁰

⁴⁷ <<BRASIL>>. **Constituição Federal:** 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.

⁴⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto da Cidade comentado: Lei n. 10.257/2001. Lei do Meio Ambiente Artificial.** Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira. – 6ª ed rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 23-24.

⁴⁹ <<BRASIL>>. **Constituição Federal:** Art. 21. Compete à União: [...] XX - XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

⁵⁰ <<BRASIL>>. **Constituição Federal:** Art. 183. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Com a referida lei buscou-se dar uma maior efetividade à participação do povo nas decisões da cidade. O plano diretor para sua formulação, o exige como forma de validade de tal ato com vistas a assegurar a máxima da função social da propriedade dentro de um contexto urbano planejado com efetiva participação dos habitantes locais.

No mesmo norte a gestão orçamentária participativa visa à ruptura da velha estrutura personificada no ente estatal assegurando à participação do povo nas decisões de forma que nos dizeres de Janaína Santin⁵¹:

tornar plena a eficácia dos dispositivos democráticos na gestão da coisa pública previstos no Estatuto da Cidade, regulamentando-os no Município, o gestor público instrumentalizará o princípio constitucional da participação, conjugando democracia representativa com democracia participativa.

Junto ao orçamento participativo, um outro instrumento importante se dá por intermédio dos Conselhos estaduais e municipais especializados. É por meio desses Conselhos que a população consegue expressar suas necessidades, requisições, reclamações e influenciar a tomada de decisões e também exercer o controle social sobre a elaboração e realização de políticas públicas.

5.2 Paradiplomacia Municipal

Observou-se que o Município e a regulamentação pelo Estatuto da Cidade é um canal de ligação entre Estado e sociedade civil, através de instrumentos e mecanismos de participação popular. Adquiriu-se ampla autonomia no âmbito interno nacional, todavia, no âmbito externo encontra-se limitado pela concentração centralista em matéria de relações e cooperações internacionais.

⁵¹ SANTIN, Janaina Rigo. **A Gestão democrática municipal no estatuto da cidade e a teoria do discurso habermasiana**, 2004, Publicado em <http://revistas.ufpr.br/direito/article>, acesso em 15-01-2017, cit. pp. 121-130.

O Município assim como os estados-membros não foram expressamente mencionados em matéria constitucional para suas competências no âmbito internacional. A participação dos entes subnacionais, como os Municípios no caso Brasileiro, recebe o nome de paradiplomacia.

A paradiplomacia pressupõe o envolvimento internacional através dos entes não-centrais dotados de autonomia ordenamental jurídico constitucional interno. Neste sentido define Noé Cornago Prieto:

A paradiplomacia pode ser definida como o envolvimento de governo subnacional nas relações internacionais, por meio do estabelecimento de contatos, formais e informais, permanentes ou provisórios (*ad hoc*), com entidades estrangeiras públicas ou privadas, objetivando promover resultados socioeconômicos ou políticos, bem como qualquer outra dimensão externa de sua própria competência constitucional.⁵²

Segundo Francisco Rezek para que haja uma viabilidade de uma atuação internacional por meio dos entes subnacionais pressupõe-se uma chancela constitucional por parte do ente central:

Estados federados, exatamente por admitirem sua subordinação a uma autoridade e a uma ordem jurídica centrais, não têm personalidade jurídica de direito internacional público, faltando-lhes, assim, capacidade para exprimir voz e vontade próprias na cena internacional. [...] **Não há razão por que o direito internacional se oponha à atitude do Estado soberano que, na conformidade de sua ordem jurídica interna, decide vestir seus componentes federados de alguma competência para atuar no plano internacional**, na medida em que as outras soberanias interessadas tolerem esse procedimento,

⁵² PRIETO, Noé Cornago, O outro lado do novo regionalismo pós-soviético e da ásia-pacífico: a diplomacia federativa além das fronteiras do mundo ocidental, publicado em A Dimensão subnacional e as relações internacionais/Orgs. Tullo Viigevani, Luiz Eduardo Wanderley, Maria Inês Barreto e Marcelo Passini Mariano. p. 251.

conscientes de que, na realidade, quem *responde* pela
província é a união federal.⁵³ (grifo meu)

Nota-se que para Rezek que o pressuposto principal de uma atuação internacional é a previsão constitucional interna de tal procedimento aliado à tolerância das demais soberanias o tolerem. Ele cita o caso das províncias, mas no ordenamento constitucional brasileiro em concreto, aplica-se aos municípios, uma vez que estes foram recepcionados como entes federativos. Para tanto, uma viável atuação municipal internacional pressupõe que exista uma chancela constitucional.

Contudo, conforme afirma Gilberto Marcos Rodrigues diante do texto constitucional de 1988: "a situação dos municípios é a mesma da dos estados federados e do distrito federal nesta matéria: nem há competências, nem existe reconhecimento legal para as ações internacionais."⁵⁴

É uma tendência da federação brasileira, esse caráter centralizador na condução da política exterior concentrada na órgão executivo central. Segundo Tatiana Lacerda Prazeres, a vedação ou omissão constitucional no que se refere à participação internacional dos entes subnacionais da federação brasileira resume-se aos contatos formais que visam atribuir validade jurídica aos contatos formais estabelecidos.⁵⁵

⁵³ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso elementar**. 15ª edição São Paulo: Saraiva, 2014, p.p. 277-278.

⁵⁴ RODRIGUES, Gilberto Marcos Antônio. A inserção internacional de cidades: notas sobre o caso brasileiro, cit. p 451.

⁵⁵ PRAZERES, Tatiana Lacerda. **Por uma atuação constitucionalmente viável das unidades federadas brasileiras ante os processos de integração regional**. Publicado em A dimensão subnacional e as relações internacionais. Org. Tullo Vigevani, UNESP, Bauru, 2004. Cit. p.. 308

5.3 Paradiplomacia municipal e a cooperação internacional em matéria de imigração

Diante deste contexto da autonomia municipal brasileiras um importante ponto pode se extrair. Observa-se uma omissão-vedação constitucional da participação dos demais entes da federação no âmbito internacional, porém é de se reconhecer que tal atuação pode ser um efetivo canal de ligação à integração regional em políticas migratórias.

Remete-se ao texto de lei do Estatuto da cidade especialmente no seu artigo 2º, incisos II e III em que se afirma a necessidade de cooperação entre governos como uma das diretrizes das cidades:

Estatuto da Cidade. Art. 2º: [...] II – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;⁵⁶

Outrossim, norteia a integração entre iniciativa privada e setores da sociedade com vistas à uma distribuição espacial da população e atividades econômicas do Município. De tal norte a cooperação internacional entre municípios, ou entre municípios e Estados ou entidades como no caso da UN-Habitat, ou até mesmo da iniciativa privada com reflexos econômicos na vida da cidade afirmam uma legitimidade internacional municipal.

No âmbito regional destaca-se a Rede Mercociudades constituída por um conjunto de governos locais da América do Sul de países integrantes da UNASUL e MERCOSUL com vistas à cumprir e auxiliar diretrizes para o favorecimento da integração regional no âmbito local.

Algumas das diretrizes percebidas no Estatuto da Rede Mercociudades são

⁵⁶ <<BRASIL>>. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Acessado em <http://www.planalto.gov.br/> 15-05-2017.

de importante destaque como:

1. Impulsionar a criação de alianças entre as cidades através de suas instâncias, promovendo o diálogo, desenvolvendo ações, programas e projetos de interesse comum intermunicipal na construção de uma agenda estratégica do processo de integração;
2. Promover o diálogo e a cooperação entre as redes de cidade sul-americanas;
3. Adotar compromissos referentes à Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável;
4. Adotar uma agenda autônoma concreta baseada em indicadores e metas próprias para as cidades dos países do MERCOSUL e da UNASUL;
5. Promover e fortalecer a integração de MERCOCIDADES com outras instituições internacionais;⁵⁷

Desta senda, a legitimidade regional em matéria de cooperação local internacional é institucionalizada através deste conjunto de diretrizes estabelecidas pela Rede Mercociudades. Importante salientar que municípios brasileiros, como Porto Alegre e Belo Horizonte, são membros integrantes da Rede.

REFLEXÕES CONCLUSIVAS

A dinâmica estabelecida nos ordenamentos constitucionais à despeito das autonomias regionais, federais podem variar à respeito da especificidade das demandas territoriais ao interno de um determinado País. As autonomias são o verdadeiro canal de ligação entre o centro e o vértice, entre Estado e o singular indivíduo, e a sociedade civil de tal forma merecem um protagonismo.

Propor o estudo da natureza jurídica constitucional dos entes subestatais de organização territorial é por em discussão a importância daqueles que podem liderar no contexto contemporâneo nacional e internacional de

⁵⁷ Obtido em <http://www.mercociudades.org/pt-br>. Acesso em 15 de maio de 2017.

cooperação e desenvolvimento em diversas matérias.

De tal modo colocarem-se em discussão as repartições de competências e de receitas dos entes estatais, como no caso do Brasil, os estados-membros, distrito federal e municípios e a viabilidade constitucional da participação internacional da parte de tais entes – assim dita paradiplomacia - a nível cooperativo pode ser um imperativo à abertura de mercados, integração regional e intercontinental em matérias de direitos humanos num contexto migratório.

O incentivo à participação da população através de canais como os conselhos municipais no campo das relações internacionais é um ideal a ser pensado como um efetivo meio de inclusão social e possibilidades de angariar ideias, e fundos ao desenvolvimento urbano em matéria de acolhimento e integração de imigrantes.

O debate local na matéria pode abordar soluções e mecanismos que abarquem espaços urbanos mais democráticos e inclusivos, considerando oportunidades e necessidades aos tutelados pelas políticas locais, conforme proposto pela Agenda 2030 da ONU.

No âmbito regional um incentivo pode ser canalizado através da rede regional de cidades que em conjunto à agenda da ONU pode estabelecer diretrizes e políticas para o desenvolvimento humano e social das cidades na política de imigração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALDI, Brunetta. **Stato e territorio. Federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee**. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli, 2003

BARILE, Paolo, CHELI, Enzo, GRASSI, Stefano. **Istituzioni di Diritto Pubblico**. Decima edizione. Padova: Dott. Antonio Milani, 2005, p. 7 e p 299 ss.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016.

CATALANO, Pierangelo. **Populus Romanus Quirites**, Giappichell, Torino, 1974.

CORRALO, Giovani da Silva. **Autonomia municipal como direito fundamental**, 2006, acessado em <http://acervodigital.ufpr.br/>

COSTA, Nelson Nery. **Curso de Direito Municipal**, 7ª ed. Rev e atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 2015.

D'ATENA, Antonio. **Diritto Regionale**. Giappichelli Editore: Torino 2013.

DI GENIO, Giuseppe. **Stato regionale versus stato federale**, Milano 2005.

DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 28ª edição Revista atualizada até a Emenda Constitucional n. 68 de 2011 e Súmula Vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2012.

ELAZAR, Daniel J. **Idee e forme del federalismo**. Presentazione e traduzione a cura di Luigi Marco Bassani. Milano: Arnoldo mondadori editore S.p.A, 1998,

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto da Cidade comentado: Lei n. 10.257/2001: Lei do Meio Ambiente Artificial**, São Paulo, Saraiva 2014.

GONÇALVES, Manoel, **Curso de Direito Constitucional**, 38ª edição revista e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2012

KELSEN, Hans. **Teoria Generale del Diritto e Dello Stato**. Etas Libri. 1945

LOBRANO, Giovanni. **Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere**, Torino, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 16ª edição Atualizada por Márcio Scheneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41ª ed. atualizada. São Paulo: Malheiros 2015.

PIETRO, Marya Zilvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas,

2010.

PINTO, Ferdinando, **Diritto degli enti locali**. Volume I parte generale.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 15ª edição revisada e atualizada, São Paulo, editora Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antônio. **A inserção internacional de cidades: notas sobre o caso brasileiro**, em Governos subnacionais e sociedade civil: Integração regional e Mercosul/Orgs. Luiz Eduardo Wanderley e Tullo Vigevani, São Paulo: Educ; Fundação Editora da Unesp; Fapesp, 2005.

ROUSSEAU, Jean Jacques, **Do Contrato Social**, *Princípios de Direito Político*, Tradução Antônio P. Machado e Estudo crítico de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Nova Fronteira, Saraiva, 2011.

SANTIN, Janaína Rigo. **O estatuto da cidade e a gestão democrática municipal. Interesse Público**. Porto Alegre, Notadez, n. 23, 2003.

SCURTO, Luigi, **Decentramento e Autonomie locali**. Torino: Giappichelli Editore: 1992

VERGOTINI, Giuseppe de. **Diritto Costituzionale Comparato**. Cedam: 2006.

VOLPI, Mauro. MORBIDELLI, Giuseppe. PEGORARO, Lucio. REPOSO, Antonio. **Diritto pubblico comparato**. Terceira edição. Torino: Giappichelli, 2009

ENSAIO SOBRE O CARÁTER LAICO COMO NORMA PROGRAMÁTICA NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Victor Thadeu Pereira Gonçalves¹

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a laicidade religiosa, ou secularidade, a norma programática e a aplicação entre si.

Traça como objetivo verificar se constitui o Caráter Laico uma norma programática.

A investigação proposta neste ensaio advém da observância do próprio homem que age com a chamada *ratio* (razão) e por este motivo, moralmente pensante que é, tem a capacidade de exercer maior ou menor controle sobre a natureza e também dos seus semelhantes.

Pois pensar ser o gatilho para externar atos (ou ações), há de se lembrar que certos impulsos neurais ocorrem de forma inconsciente e por isso mesmo o homem tem crenças, algo preestabelecido desde os tempos remotos em que o mais primitivo dos homens já observava o mundo e exercia o pensamento sobre aquilo que via, sem saber muitas vezes o porquê.

Eis que nasce a crença em um Poder Supra Humano que sustenta todo o Universo, denominado Deus. Assim, sem qualquer menoscabo a ciência, talvez a situação social que mais alicerça a explicação da existência humana é a religião.

¹ Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Advogado. Itajaí, Santa Catarina, Brasil. *E-mail*: victortpg@hotmail.com.

Como fato social que constitui a religião é de se esperar que uma vez existindo entre os homens esta situação estabeleça discussão e afirmação de paradigmas entre eles sob qualquer ótica.

É neste contexto que todo ordenamento jurídico, para exercer sua soberania tem que observar este fator social, seja qual aplicação for dada, mais absoluta ou mais liberal o Estado se vê obrigado a exercer influência, ou não, neste poder.

Não obstante, e aí o clímax do tema, foi que após esta observância, o autor procurou analisar o ordenamento jurídico brasileiro em contraponto com certa intitulação da doutrina de que a laicidade possa ser puramente um princípio. Talvez para um cunho subjetivo ao extremo isto seja aplicável.

Ao encampar estritamente da ciência jurídica, para a experiência proposta há um pulsar de análise formalista, aplicável ao tema, ao tratar a laicidade como norma já que para o ordenamento jurídico em estudo o caráter laico age a rigor como comando constitucional e não como um puro e simples fator sociológico ou filosófico a serviço da lei. Ou seja, constitui antes de tudo a norma jurídica em essência.

Parte dos estímulos: de qual regras e quais princípios são difundidos a partir desta programação constitucional? O que são todos estes dispositivos legais e principiológicos somados se não a alimentação de uma norma de programação?

Assim, em primeiro capítulo observa-se religião como fenômeno social, aspectos introdutórios a herança religiosa brasileira e o desenvolver das constituições.

Já em segundo capítulo, observar-se-á a noção de Estado de Direito, Constituição e aspectos sobre a norma *lato sensu*.

Por fim no segundo capítulo, confirma-se a hipótese para o problema proposto, ilustrando em *stricto sensu* a eficácia e as características das normas constitucionais, o que são normas programáticas e porque deve o

Caráter Laico ser chamado de norma de programação constitucional.

O estudo procura, respeitosamente, trazer fundamentadas contribuições à comunidade científica e jurídica quanto ao tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre laicidade dentro da pesquisa proposta.

Destaca-se que o tema é amplo e pode ser aprofundado em posteriores estudos que visem encarar os requisitos para a melhor aplicabilidade da teoria no direito brasileiro. E, ainda, não tendo a intenção de esgotar o assunto, mas sim, de trazer à frente uma discussão importante para a realidade brasileira.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo², na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e o Relatório dos Resultados expresso na presente pesquisa é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da pesquisa serão utilizadas as Técnicas do Referente, da Categoria³, do Conceito Operacional⁴, e da Pesquisa Bibliográfica.⁵

² PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. ampl. atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 213. "[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral".

³ Nas palavras de Pasold "Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 36.

⁴ Segundo Pasold "Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra ou expressão com o desejo de que tal definição seja aceita para efeitos das ideias que expomos". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 54.

⁵ "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 215.

1. FENOMENOLOGIA DA RELIGIÃO E HISTÓRICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NO ÂMBITO RELIGIOSO

Neste capítulo será verificado as questões intrínsecas da religião com um comparativo na evolução constitucional brasileira que decidiu aprimorar a norma superior para atender ao fenômeno social em apreço.

1.1 Religião como fenômeno social

Principia-se referenciando Religião às explicações do sociólogo Émile Durkheim, que sem dúvida, no campo das ciências sociais, foi um dos pensadores que contribuiu significativamente para o conceito do termo.⁶

A partir de sua teoria é possível entender que a Religião é um fenômeno social. A vida religiosa é criação social que está relacionada ao convívio coletivo em uma instituição. "A religião é a criação da sociedade, mas criação que se confunde, em última instância, com o acontecimento da própria sociedade." A religião está para a sociedade como uma confirmação dela mesma através de um culto perante a um poder superior.⁷

Esta ideia leva a crer que a espécie humana não está obrigada à religião: ela optou pela via religiosa, pode ou não ter a vias de renunciar a ela ou, fatalmente, não se deixar dominar por ela.⁸

O fato é que o homem necessitou do ponto de apoio ante a sua evolução,

⁶ DURKHEIM, E. **As formas elementares da vida religiosa**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 24. "[...] O aspecto característico do fenômeno religioso é o fato de que ele pressupõe sempre uma divisão do universo conhecido e cognoscível em dois gêneros que englobam tudo aquilo que existe, mas que radicalmente se excluem. As crenças religiosas são representações que exprimem a natureza das coisas sagradas e as relações que têm entre si e com as coisas profanas. Os ritos são, afinal, regras de conduta que prescrevem o modo como o homem se deve comportar perante as coisas sagradas."

⁷ CLASTRES, Pierre. GAUCHET, Marcel. ADLER, Alfred. LIZOT, Jacques. **Guerra, Religião, Poder**. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1989. p. 57

⁸ CLASTRES, Pierre. GAUCHET, Marcel. ADLER, Alfred. LIZOT, Jacques. **Guerra, Religião, Poder**. p. 57

que nem sempre ocorreu de modo fácil. Primitivamente só seria possível sustentar a psique do que se via ao redor (forças naturais) através de uma crença em algum Deus. Mais tarde, com o aglomeramento humano, surge a necessidade da ordem social que, como se vê na teoria positiva de Augusto Comte, teve como seu primeiro estágio o Religioso (teológico).⁹

Estes elementos denotam os fatores extrínsecos da Religião, pois sem o ponto de vista individual não se progride no estudo da religiosidade na sociedade, faz-se necessário à análise intrínseca da questão, transpassando modelos teológicos, metafísicos, positivos, mitológicos e fantasiosos, psíquicos, etc.¹⁰

Para entender o fenômeno da religião no ser individual, adota-se as ideias de Carl Gustav Jung, para quem o homem é um ser religioso. Possui no seu âmago uma força, algo que o impele para um Deus.¹¹

Religião é – como diz o vocábulo latino *religere* – uma acurada e conscienciosa observação daquilo que Rudolf Otto acuradamente chamou de "numinoso", isto é, uma existência ou um efeito dinâmico não causados por um ato arbitrário. Pelo contrário, o efeito se apodera e domina o sujeito humano, mais sua vítima do que seu criador. Qualquer que seja a sua causa, o numinoso constitui uma condição do sujeito, e é independente de sua vontade.¹²

Observa-se então que religião possui necessariamente elementos extrínsecos que estão caracterizados nos ritos, obras, doutrinas, fenômeno social e os elementos intrínsecos que estão no âmago de cada pessoa.

⁹ WILGES, Irineu. **Cultura Religiosa**. As religiões no Mundo. 9. ed. Petrópolis: Editora Vozes Ltda. 1982, 1. v. p. 16-19. *Vide também*: COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo**. São Paulo: Abril Cultural, 1983b. (Os Pensadores)

¹⁰ WILGES, Irineu. **Cultura Religiosa**. As religiões no Mundo. 9. ed., 1. v. p. 16-19.

¹¹ WILGES, Irineu. **Cultura Religiosa**. As religiões no Mundo. 9. ed., 1. v. p. 16-19.

¹² JUNG, C. G. Psicologia e Religião. *In Obras Completas de C. G. Jung*. Petrópolis: Vozes, (1938)1990, 11i. v. p. 9.

1.2 Herança religiosa

Tendo influência colonizadora de Portugal, o Brasil foi banhado por ideais da religião oficial de seu colonizador. Desde o primeiro momento em que as terras brasileiras foram descobertas, em Porto Seguro ancoraram as caravelas, desembarcaram as tripulações de Cabral e rezou-se uma missa. Ergueu-se uma cruz de madeira e nomearam a Terra de Santa Cruz.¹³

Uma imediata preocupação com a cristianização dos índios, nesta época, é dada pela forte ligação tida pela Igreja com o Estado português na defesa de interesses comuns.¹⁴

Esta relação entre a igreja católica e o Estado português foi denominada padroado: "por concessão do papa, os monarcas portugueses exerciam o governo religioso e moral no reino e nas colônias."¹⁵

De forma "natural", esta aliança resultou ao Estado português uma série de concessões e licenças que acabaram por fortalecê-lo e moldar a mentalidade dos povos presentes no Brasil. Fez-se a catequese no Brasil.¹⁶

1.3 Constituições brasileiras e religião

Depois da Constituição Luso-brasileira de 1822, a Constituição Imperial de 1824 foi a primeira constituição estritamente brasileira. De forma

¹³ DEL PRIORI, Mary. **Religião e religiosidade no Brasil colonial**. São Paulo: Editora Ática S.A.: 1994. p. 7-8.

¹⁴ DEL PRIORI, Mary. **Religião e religiosidade no Brasil colonial**. p. 7-8.

¹⁵ DEL PRIORI, Mary. **Religião e religiosidade no Brasil colonial**. p. 7-8.

¹⁶ DEL PRIORI, Mary. **Religião e religiosidade no Brasil colonial**. p. 7-8. "A evangelização do Brasil nos primeiros três séculos operou-se em cinco movimentos ou ciclos: o litorâneo, o sertanejo, o maranhense, o mineiro e o paulista. Concorreram para ela quatro ordens religiosas dependentes do Padroado Real (Lisboa): os jesuítas, franciscanos, carmelitas e beneditinos, além de duas ordens que dependiam da De propaganda Fide (Roma): os capuchinhos e oratorianos. Isto em termos muito gerais." HOORNAERT, Eduardo. **A igreja no Brasil-Colônia (1550-1800)**. São Paulo. Editora Brasiliense S.A.: 2001. p. 28.

confessional, estabelecia em seu artigo 5º:

A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.¹⁷

Denota-se que a liberdade de religião no Brasil Império era parcial. As demais religiões eram "toleradas", mas não podiam ser externalizadas perante a sociedade. Ocorriam severos preconceitos.

Em 1891, passou a Constituição brasileira, agora republicana, a instituir a separação da Igreja do Estado, união muito criticada pelos protestantes, ficando a Igreja Católica em igualdade com as demais instituições religiosas.

Observa-se os artigos 72º, § 3º a 7º, da Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1891¹⁸ na sua redação original, *in verbis*:

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observados as disposições do direito comum.

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

§ 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.

¹⁷BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 13/06/2016.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1891.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 13/06/2016.

§ 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União, ou dos Estados.

A partir desta Constituição foi norteadada a separação entre Estado e Igreja, bem como a liberdade religiosa.

Com um movimento quase de recuperação da oficialidade religiosa brasileira, a Igreja Católica busca seus ideais com forte oposição das demais religiões. Em 1934, a terceira Constituição brasileira, concedeu o direito de capelania nas forças armadas, hospitais e penitenciárias a todas as confissões religiosas como manifestação da permissão constitucional de colaboração recíproca em prol do interesse público.¹⁹ Muito embora, a separação entre Igreja e Estado permaneceu.

O parágrafo 4º do artigo 122 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937²⁰ estabeleceu que:

Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes.

Em 1946, buscando um regime democrático, a constituição assegurava a opinião e expressão. Manteve-se, no entanto os ditames das exigências da

¹⁹Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 6) Sempre que solicitada, será permitida a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos, nem constrangimento ou coação dos assistidos. Nas expedições militares a assistência religiosa só poderá ser exercida por sacerdotes brasileiros natos. Disponível em BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 13/06/2016.

²⁰BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 13/06/2016.

ordem pública e dos bons costumes.²¹

Em 1964, no regime militar, dificultou o amplo debate das garantias e direitos fundamentais, porém o germe da reestruturação democrática permitiu que a constituição de 1967, através de seu artigo 150, § 5º discipline que "É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes".²²

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²³, dita que em seu artigo 5º, inciso VI:

É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a sua liturgia, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

Já a separação entre Estado e Igreja encontra-se no artigo 19, inciso I da mesma Constituição²⁴:

É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou

²¹ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 13/06/2016.

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 13/06/2016.

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 13/06/2016.

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1999**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 13/06/2016.

manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

O Estado não adota religião oficial e "a liberdade religiosa deve conviver com a separação entre o Estado e a Igreja (que não é sinônimo de laicidade)".²⁵

Embora o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 diga que ela foi promulgada "sob a proteção de Deus", tal ponto não será abordado neste trabalho.

2. ESTADO, CONSTITUIÇÃO E NORMA LATO SENSU

Este capítulo abordará a parte estrutural da norma jurídica, analisando sob a ótica da ciência jurídica traça entendimento para enquadrar o estudo do fenômeno social da religião sob o encampar do Direito positivo.

2.1 Estado de Direito

Concebe-se o Estado como um fenômeno jurídico, uma corporação. Será criado por uma ordem jurídica nacional, sendo a personificação da comunidade (aglutinação de seres) ou a norma jurídica que coordena uma comunidade.²⁶

Dentre outras definições de Estado adotadas pela sociologia, parece-se mais acertada aquela que o menciona como uma sociedade "politicamente"

²⁵ZYLBERSZTAJN, Joana. **O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/>>. Acesso em 13/06/2016.

²⁶KELSEN, Hans. 1881-1973. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 261-262.

organizada. Será uma "comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o direito."²⁷

Já que se fala em uma comunidade politicamente organizada, vale destacar que a ciência política estuda "mecanismos de acesso e manutenção do poder."²⁸ Logo, política é poder.

"O poder político é a eficácia da ordem coercitiva reconhecida como direito."²⁹

O poder em um sentido social somente é possível através, ou dentro, de uma ordem normativa (Estado) regulando a conduta humana. Visará o poder a eficácia das normas.³⁰

Os elementos de um Estado caracterizam-se, entre outros, em seu povo, seu território e soberania (exercício do poder). "O poder do Estado não é uma força ou instância mística que esteja escondida detrás do Estado ou do seu Direito. Ele não é senão a eficácia da ordem jurídica."³¹

Em um esquema de poder e função, tem-se que o poder estatal pode ser visto por um conceito organizacional, legislativo, executivo, e jurisdicional, sob o prisma da divisão do poder máximo fracionado em outros tantos poderes dele decorrentes; ou em sentido material atribuindo a noção de função estatal. Assim, o Estado é uma ordem jurídica, tal qual, com seu

²⁷ Kelsen, Hans. 1881-1973. **Teoria Geral do Direito e do estado**. p. 273.

²⁸ Cruz, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 34. "Os estudos relativos à Ciência Política são fundamentais para a Sociedade Contemporânea, principalmente para as discussões sobre uma possível superação e substituição do Estado por outro modelo de organização política e jurídica, fundada em valores de justiça social, democracia real, participação, pluralismo, distribuição de riquezas e solidariedade humana."

²⁹ Kelsen, Hans. 1881-1973. **Teoria Geral do Direito e do estado**. p. 275.

³⁰ Kelsen, Hans. 1881-1973. **Teoria Geral do Direito e do estado**. p. 275.

³¹ Kelsen, Hans, 1881-1973. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 213.

conjunto de normas, para garantir esta ordem³², constitui seu ordenamento jurídico³³,

Com as afirmações acima se pode concentrar no que se refere o chamado Estado de Direito.

Em primeiro lugar o Direito que regula a sua própria criação. "O Estado, existente como realidade social independentemente do Direito, cria primeiramente o Direito e, depois, se submete - por assim dizer, de livre vontade - ao Direito. Só assim ele seria Estado de Direito."³⁴

"Não é o Estado que se subordina ao Direito por ele criado, mas é o Direito que, regulando a conduta dos indivíduos e, especialmente, a sua conduta dirigida à criação do Direito, submete a si esses indivíduos."³⁵

2.1.2 Estado laico ou secular

Há um fator histórico e sociológico a ser considerado neste quadrante, a separação da Igreja e do Estado. Ou seja, secular porque o poder do Estado não tem mais o condão de "instituir" em seu povo uma religião, há uma neutralidade de crenças.

Observa-se que o termo Estado, por vezes, gera divergências no seu conceito operacional.

O chamado Estado Laico nada mais é do que uma característica da ordem normativa. Têm em suas normas características ou mecanismos que

³² GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 232.

³³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. p. 35.

³⁴ Kelsen, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**. p. 218

³⁵ Kelsen, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**. p. 218

permite a liberdade de crença, religião, multiculturalismo em seu povo. Através destas normas não só permite a liberdade mas garante proteção contra a violação da crença em seu território.

Parece-se mais acertado usar o termo de caráter ou de cunho laico, ou seja, que pratica em seus mecanismos o exercício laico científico ou religioso.

2.2 Constitucionalismo

O movimento constitucional vem desde a Grécia antiga, no século IV e V, passa pelo Império Romano (República), perpassa o medievo com as revoluções importantes ocorridas na Inglaterra.³⁶

Como principais movimentos constitucionais citam-se o inglês, o norte americano e o francês.³⁷

O Estado de Direito, fulcrado no movimento social constitucional, é sem dúvida resultado daquela resposta do Estado Liberal ao Estado absolutista, no século XVIII.³⁸

2.2.1 Norma Superior e Poder Constituinte

A Constituição Federal é norma superior, e

não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 2 ed. Tradução Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim. 2000. p. 24.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. p. 55.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. p. 24.

pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos.³⁹

Tal norma superior é gerada a partir de um Poder Constituinte ou Soberano e assim é "pois só a ele compete decidir se, como e quando deve "dar-se" uma Constituição à Nação."⁴⁰

Poder Constituinte é um poder inicial, soberano e incondicionado. É inicial porque não existe, antes dele, nem de fato nem de direito, qualquer outro poder. É nele que está situada, por excelência, a vontade da Nação soberana e instância dotada de autoridade suprema.⁴¹

Estará o Estado Constitucional de Direito subordinado a uma Constituição e legislação infraconstitucional.

É também fruto deste movimento constitucional que se observam os direitos fundamentais, sendo "todos os direitos conferidos universalmente pelas normas de direito positivo do ordenamento por elas pesquisado."⁴²

2.3 Norma⁴³: Regras e princípios

Entende que as normas jurídicas são princípios ou regras.⁴⁴ Estas, são

³⁹ Kelsen, Hans, 1881-1973. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 155.

⁴⁰ Cruz, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. p. 59.

⁴¹ Cruz, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. p. 59.

⁴² Ferrajoli, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado). p. 109.

⁴³ A respeito de uma teoria da norma *vide*: Bobbio, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

⁴⁴ Alexy, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 90.

determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, se vale, deve se fazer aquilo que ela exige⁴⁵, as regras podem ser caracterizadas como normas que têm como estrutura uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica, prevendo um direito ou uma obrigação definitiva.⁴⁶ Já princípios são:

[...] *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.⁴⁷

O princípio se constitui em mandato de otimização, enquanto regra, em mandato definitivo. As regras são mandatos definitivos, pois fornecem razões definitivas para juízos concretos de dever-ser.⁴⁸

O ponto fulcral da teoria dos direitos fundamentais de Alexy está nos princípios que vêm a serem mandatos a serem otimizados⁴⁹, caracterizados pelo grau de satisfação que pode se dar em diversos graus, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Assim, os princípios possuem

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 90.

⁴⁶ SOUZA, Rodrigo Telles de. A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 10 – n. 34, p. 11-35 – jan./jun. 2011. Disponível em <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-34-janeiro-junho-de-2011/a-distincao-entre-regras-e-principios-e-a-derrotabilidade-das-normas-e-direitos-fundamentais/at_download/file>. Acesso em 13/02/2016.. p. 17.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 90. (*itálico* na tradução)

⁴⁸ VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas e direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Brasília. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp131865.pdf>. Acesso em 13/02/2016.

⁴⁹ Após as críticas de Aulis Aarnio de que os mandamentos de otimização podem ou não ser seguidos, Alexy reformulou sua ideia quanto aos mesmos e passou a entender que tais comandos não de ser otimizados na maior medida possível na busca de um dever-ser ideal. Vide: AARNIO, Aulis, "Las reglas en serio", en A. AARNIO, E. GARZÓN VALDÉS y J. UUSITALO (comps.), **La normatividad del Derecho**, Barcelona, Gedisa. 2009. p. 27 e ALEXY, Robert. **On the Structure of Legal Principles**. *Raio Juris*. Vol.13 n. September 2000 (294-304). Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-9337.00157/pdf>>. Acesso em 13/02/2016. p. 300.

um caráter *prima facie*.

Pode-se observar que os agentes jurídicos conferem importância demasiada aos princípios, postura esta que contribui para destruir o sistema de garantias da Constituição, pois ela não é levada a sério quando princípios são ponderados como única forma justa de aplicação do Direito. Ao se escolher pela aplicação exagerada dos princípios se desrespeita a normatividade constitucional.⁵⁰

Para Alexy podem existir colisões entre princípios e conflitos entre regras e explica na sua teoria de que forma resolver tais questões. No entanto, interessa saber qual solução ocorre quando princípio e regra, ambos de nível constitucional, entram em confronto. A solução de tal dúvida se dá:

[...] do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positividade, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por isso, compatível com regras bastante distintas.⁵¹

Questão a ser elucidada ocorre quanto a se saber se uma norma é uma regra ou princípio. Seguindo a linha de Alexy⁵², a resolução do problema está na verificação da aplicabilidade da norma sem que haja necessidade de sopesá-la contra outra norma e se a ela é possível se subsumir. Esta afirmação pode ser entendida no sentido de que deve ocorrer subordinação, sujeição à regra.

⁵⁰BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Direito Processual Penal e Constituição: reflexões sobre sistemas de garantia muito longe de serem respeitados.** Disponível em <http://emporiododireito.com.br/direito-processual-penal-e-constituicao-reflexoes-sobre-sistemas-de-garantia-muito-longo-de-serem-respeitados-por-paulo-de-tarso-brandao/>. Acesso em 13/02/2016.

⁵¹ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** p. 140.

⁵²ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** p. 143.

Já os princípios são sempre razões *prima facie*, cuja aplicabilidade depende da operacionalidade do princípio da proporcionalidade com suas três máximas parciais de aplicação: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁵³

3. NORMA *STRICTO SENSU* CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A HIPÓTESE DO LAICISMO COMO NORMA PROGRAMÁTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo se abarcará a discussão acerca da hipótese do artigo em resposta a problemática e aplicação dos termos elencados em introdução. Para tanto se busca aplicar o que estudado em segundo capítulo com aplicação a temática central do artigo, ou seja, sob qual ponto de vista a laicidade é verificada no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Normas constitucionais brasileira⁵⁴

Em primeiro momento, vale lembrar a questão da eficácia jurídica que deve possuir a norma, dentre os modelos e teorias apresentadas o que se busca é a aplicação das normas (princípios e regras) ao caso concreto.⁵⁵

"Os direitos sociais só existem quando as leis e as políticas sociais os garantirem ou de que é a legislação ordinária que cria e determina o

⁵³ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. pp. 116-117.

⁵⁴STRECK, Luiz Lenio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 110. "[...] Em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo na consecução de políticas públicas (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), não se pode abrir mão da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões."

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p 234.

conteúdo de um direito social."⁵⁶

Para o estudo presente utilizar-se-á as características das normas constitucionais brasileiras como vértice a uma análise *stricto sensu*.

São elas, normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida; e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Plenas, são as que "desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte."⁵⁷

Contidas, existem com eficácia direta e imediata, mas ficam sujeitas às restrições previstas e dependentes de regulamentação a posteriori.⁵⁸

Limitadas, não geram todos os seus efeitos essenciais imediatamente, pois o legislador constituinte ainda não estabeleceu sobre a matéria uma complexidade normativa suficiente, delegando esta função ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.⁵⁹

Ainda estas normas de eficácia limitada, possuem subdivisões, a saber:

De declaração de nortes legislativos concernentes a "estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure, em definitivo, mediante lei"⁶⁰

Ou as chamadas normas programáticas, ilustradas em próximo quadrante.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1423.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.82.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**.p. 82.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**.pp. 82-83.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**.p. 126.

3.2 Normas programáticas

Este tipo específico de norma, de eficácia limitada ou reduzida, almeja resultado ético social.⁶¹

Com a ideia do Estado de bem estar pode-se dar uma explicação de um resultado de programação constitucional, vale lembrar pelo constituinte, voltado ao plano individual, ou seja de liberdades que corresponderiam unicamente ao homem (povo), não configurando resultado do poder estatal.

[...] uma determinada concepção de conformação estatal, baseada na intervenção social e econômica que levam a efeito alguns Estados liberal democráticos contemporâneos. Uma análise da evolução do Estado Moderno mostra diversas experiências de intervenção social, econômica e – mais recentemente – cultural, do Estado.⁶²

Normas programáticas possuem tripla forma: "(1) como imposições, vinculando o legislador, de forma permanente, à sua realização; (2) como directivas materiais, vinculando positivamente os órgãos concretizadores; (3) como limites."⁶³

[...] são programáticas aquelas normas constitucionais através das quais os constituintes, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado.⁶⁴

Serão considerados de eficácia jurídica, imediata e vinculante nas normas

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. p. 84.

⁶² CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. p. 164.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 315.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. p. 138.

programáticas⁶⁵:

"(a) estabelecem um dever para o legislador ordinário;"

"(b) condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;"

"(c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram a sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;"

"(d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;"

"(e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;"

"(f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem."

"Buscando atribuir **fins** ao Estado [...] essa característica teleológica lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica [...]"⁶⁶

tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da **justiça social**.⁶⁷

Resultado desta conformação estatal acerca da díade liberdade e igualdade pode-se observar os direitos fundamentais que são típicos resultados desta luta de novas liberdades contra velhos poderes, e basicamente é nisto que se baseia a vida política dos povos em todas as eras.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. p. 164.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. p. 141

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. p. 141.

3.2.1 *Dimensões dos direitos fundamentais*

É recorrente na doutrina verificar-se gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, tendo em vista suas conquistas pela humanidade de forma lenta e gradativa, como exposto anteriormente.⁶⁸

Os direitos fundamentais de primeira geração levam o estandarte da liberdade, entabulando os direitos civis e políticos. Observa-se uma resposta do Estado liberal ao Estado Absolutista. Inaugura-se o constitucionalismo no ocidente. Cita-se o Liberalismo Clássico, onde na esfera do direito público ocorrem restrições à atuação estatal, para a proteção do indivíduo; e na esfera privada vê-se a autonomia da vontade.⁶⁹

Surgem os direitos fundamentais de segunda geração, carregando agora o estandarte da igualdade material entre o ser humano. Cita-se a Revolução Industrial que clamava por educação, alimentação, saúde, etc., também a Primeira Grande Guerra e a fixação dos direitos sociais, bem como o surgimento de documentos como Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha) e Tratado de Versalhes, 1919, (Organização Internacional do Trabalho).⁷⁰

Nota-se que ao contrário dos direitos fundamentais de primeira geração que primam à liberdade e que obrigam o Estado a não fazer (negativos), os de segunda geração vêm obrigar o Estado a fazer (positivos), como exemplo saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, etc.

Na terceira geração dos direitos fundamentais, clímax do tema do presente artigo, observa-se elevado cunho humanista e universalista, surgidos em

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 563.

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. pp. 12-13.

⁷⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. p. 19.

século XX não visam à proteção de um único indivíduo, nem uma classe específica, muito menos um uníssono Estado. "Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta."⁷¹

3.3 Caráter Laico como norma programática no ordenamento jurídico brasileiro

Constitui o Caráter Laico estatal um princípio? Tem-se parcialmente que sim, porém poderá ser regra também, sendo mais acertado tê-lo como norma programática.

Para tanto, frente o supra afirmado, hão de ser necessários alguns pontos vetores.

Normas como sendo gênero das espécies princípios e regras.⁷²

Princípio como sendo o elemento constitutivo das coisas, como ponto de partida e causa.⁷³ "Mas que sob a ótica das normas constitucionais é subdivido em princípios de efeitos positivos e negativos. Considera-se que um originador positivo só gera efeitos do mesmo valor e não entra em rota de colisão consigo mesmo, apenas colide com o efeito contrário com o fim de substanciá-lo."⁷⁴

Agora veja-se, o Caráter Laico ou Secular afirma que o Estado não adota

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 569.

⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 90.

⁷³ PRINCÍPIO *in*: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**: São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 806. "[...] como ponto de partida e causa, o P. às vezes é assumido como o *elemento* constitutivo das coisas ou dos conhecimentos. Este, provavelmente, era um dos sentidos da palavra entre os présocráticos, às vezes utilizado pelo próprio Aristóteles (*Met.*, I, 3, 983 b 11; III, 3, 998 b 30, etc). Neste sentido, Lucrecio chamava os átomos de P. (*De rer. nat.*, II, 292, 573, etc), e os estóicos distinguiam elementos e P., pelo fato de que os P. não são gerados e são incorruptíveis (DIÓG. L., VII, 1, 134).!

⁷⁴ Esta afirmação é própria do autor deste artigo.

religião mas ao mesmo tempo, em meio ao pluralismo religioso, deve garantir ao seu povo a liberdade individual, de religião e crença.⁷⁵

Não estabelecer diretrizes religiosas, ou seja, manter-se neutro, sem incitar ou exigir uma crença é certamente uma abstenção, algo negativo, a exemplo da primeira dimensão de direitos fundamentais que primam pela liberdade do indivíduo.

Agora, o constituinte ao exigir do Estado que atue na manutenção da liberdade individual, atuando contra os que violam a crença (intolerância) em favor das possíveis vítimas violadas, estará o estado exercendo em aspecto positivo, uma obrigação de fazer.

Denota-se então que ora o Estado pratica a abstenção (negativo) e ora a ação (positivo) para o exercício laico.

Como verificado, não vive um Estado somente de princípio, por isso a espécie regra, oriunda da norma, deve estar presente para a eficácia da norma.

Quer dizer-se que o Estado atua no fenômeno social religião, com mais de um princípio e com mais de uma regra e não o aplica de uma forma desregrada, mas sim em caráter programático, para que a cadeia normativa esteja em plenitude desde seu topo (Constituição) até as extremidades do plano infraconstitucional.

Não se considera em consonância com o ordenamento jurídico moderno, a concepção de que se trata o Caráter Laico somente como simples princípio, conforme observadas as experiências do presente estudo.

Não se concebe o Caráter Laico somente como uma qualidade positiva ou negativa, mas sim como um planejamento de como irá atuar com os

⁷⁵ "É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a sua liturgia, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva." (CRFB/88, artigo 5º, inciso VI)

princípios norteadores e regras para atingir o resultado almejado, de polos contrários, diga-se de passagem.

Parece mais acertado conceber o Caráter Laico como norma programática uma vez que visam um resultado ético social a ser instituído pelos órgãos estatais para o enfrentamento da realidade fenomenológica religiosa.

Não se olvida que são muitas as teorias que nascem para tentar remediar a problemática da situação de neutralidade do Estado perante a religião, uma delas, legalista, vem de John Rawls⁷⁶, estritamente obrigados "a uma não interferência na vida interna das confissões religiosas a par de uma proibição de discriminação entre confissões religiosas, nos limites do liberalismo político."⁷⁷

Uma segunda teoria a apresentar seria da identidade cultural, onde o Estado Constitucional não consegue fugir das suas heranças religiosas, sendo em verdadeiros casos a religião um fator importante da cultura constitucional. Esta teoria advém da doutrina germânica.⁷⁸

Outra terceira teoria rege que "o Estado Constitucional não pode ser absolutamente neutro, do ponto de vista ético e religioso, já que isto seria expressão de um constitucionalismo contraditório porque conduziria à negação dos seus próprios valores."⁷⁹

Neste abarcar, parece-se o mais acertado tecer algo híbrido dentre tais teorias. "Eliminar qualquer vestígio da religião no Estado Constitucional

⁷⁶ Vide: RAWLS, John. **A Theory of Justice**, Oxford, 1971 (1991); Political Liberalism, New York, 1993 (1996).

⁷⁷ MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo) ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 127.

⁷⁸ MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo) ateísmo**. p. 131.

⁷⁹ MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo) ateísmo**. p. 137.

seria eliminar a ele próprio"⁸⁰, eis que como visto a religião está impregnada e ocorre como fenômeno social em todas as eras.

Como movimento pendular entre as normas, sejam elas princípios ou regras, deve então visar o Estado nesta busca pela Laicidade Estatal e como exercê-la, ante a díade igualdade e liberdade.

Uma vez que fenômenos sociais, tal qual a política, a cultura, a economia, e aí inserida a religião simplesmente ocorrem, e tem ponto de partida devido a própria existência humana, no seu conviver, o ordenamento jurídico complexo é obrigado fundar mecanismos ora legalistas, ora axiológico ou principiológicos.

Quanto ao uso de símbolos religiosos em dependências do Estado, em nome do ideal limite da laicidade Estatal o autor segue a corrente da restrição plena mediante regra. Quanto à função social entende-se que poderá haver maior abertura em atendimento aos princípios.

Caso se entenda como princípio a laicidade do Estado, há de se averiguar se este princípio em algum momento não colide com ele próprio. De princípios devem sempre se deduzir resultados que não se choquem. No tema de laicidade, é de observar que em dado momento igualdade e liberdade vão pedir espaço, tornando conflituoso admitir algo <<estritamente neutro a todo tempo>> no enfoque religioso de uma sociedade que adota o regime Constitucional. Vê-se a laicidade muito mais como uma norma programática para atender a díade.

Somente pressuposições de cunho teístico dão enfoques racionais e morais acerca da dignidade humana, da igualdade, da liberdade e da responsabilidade moral, da justiça e solidariedade entre os humanos.⁸¹

⁸⁰MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa:** entre o teísmo e o (neo) ateísmo. pp. 146-147.

⁸¹ MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa:** entre o teísmo e o (neo) ateísmo. p. 144.

Nosso Estado constitucional ergue o estandarte para promover estes ideais na sociedade, pois sabedor que muitos indivíduos buscam enfoque de sentido existencial e ético da vida através de um Ser Supremo, devendo a sociedade levar tais valores como autênticos, embora existam divergências nos segmentos teológicos, filosófico e confessional. Há sempre um pulsar de um sentido existencial e ético para vida de acordo com as descobertas.⁸²

O Estado deve adoptar uma atitude colaborante criando os pressupostos fácticos e normativos positivos, no limite das suas possibilidades e do princípio da igualdade para que os indivíduos possam cumprir as suas obrigações religiosas, individual e coletivamente.⁸³

Imperativamente o Estado constitucional não deve permanecer inerte frente a esta realidade. Subordinado a obrigações negativas, devendo abster-se, criando um território de autonomia, segurança e imunidade em torno da liberdade de religião e de culto dos indivíduos e das comunidades. Ao mesmo tempo que protege os indivíduos impõe medidas legais razoáveis à liberdade da maioria, como também por imperativos democráticos e de direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conceber o carácter laico como simples princípio impõe risco a ser medido pelo o que assim pressupõe, ainda mais quando o corpo legislativo assim o encara para edição das leis.

Parece uma comodidade extrema adotada pelos atuais cientistas jurídicos que todo problema possa ser resolvido através de um princípio, como se as

⁸² MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa:** entre o teísmo e o (neo) ateísmo. p. 144.

⁸³ MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa:** entre o teísmo e o (neo) ateísmo. p. 145.

situações se encerrassem quando encaramos os problemas com uma bandeira estritamente principiológica; que pode muito bem vulnerar as situações sociais quando manifestadamente subjetivo segrega classes e pensamentos.

Se, pois, a evolução constitucional brasileira foi no sentido de aceitar a laicidade religiosa e científica e assim propositadamente inseriu dispositivos constitucionais utilizando as palavras liberdade, crença e religião manifestou o constituinte sua vontade de que a programação estatal fosse realizada a abarcar este fim ético social.

Longe de querer estabelecer uma exatidão perfeita e absoluta, mas o caráter laico, por abrangente que é o termo, sempre implicará na aplicação de princípios e também regras, logo norma, e assim como de programação estatal.

Dentro de uma concepção de ciência jurídica, dissecada a situação das normas jurídicas se vê que princípios e regras funcionam como afluentes de um veio normativo que contém a prescrição para o tema que se tenta solucionar.

Assim, portanto, há estrita ligação entre o caráter laico e os dispositivos constitucionais brasileiros que visam assegurar a liberdade, a crença e a religião. O que é se não o anseio da norma superior em irradiar esta concepção ao ordenamento jurídico como um todo?

Está o tema de forma visceral ligado à norma fundamental (espírito do ordenamento jurídico) e a norma superior em si (constituição jurídico positiva).

Tal fenômeno social em estudo, como toda fenomenologia, ergue-se no seio da sociedade sem muito bem explicar o que seja a primeiro momento. A verdade é de que estes fatos passam a exercer influência na questão existencial da sociedade e os seus resultados devem ser analisados pelo Estado, ou ser passados pela leitura do ordenamento jurídico.

Ao compreender esta situação se observa que não há uma previsão lógica e absoluta, estes fatos, primordialmente a laicidade, vem ocorrendo em toda parte do mundo sem uma sequência ou ordem, simplesmente existem. Por exemplo, fortes mudanças ocorreram nas sociedades quando a Igreja se separou do Estado, ou ainda quando eram conjuntos, no que praticavam naquela época do Absolutismo.

A situação se torna delicada ao ponto de que a busca neutralidade estatal por vezes pode ser vista como fraqueza ou impotência do Estado frente ao tema, ou mesmo quando precisa agir, age culposamente ferindo o seu povo, a liberdade e a crença. Daí talvez os dizeres, que fica entre a cruz e a espada.

Entender o caráter laico como uma norma programática é não se preocupar com um resultado imediato e absoluto, mas medidas futuras e necessárias para que o Estado incorpore esta atitude frente ao seu povo.

A discricionariedade proporcionada em reduzir a laicidade em um princípio somente pode muito bem ser utilizada para manobrar ideologicamente a população e estremecer as bases sociais, ficando uns contra os outros, uma moral contra outra moral, e assim sucessivamente.

Não se ouvida a carga ideológica presente no estudo da laicidade, porém a medida exata se dará quando se sabe qual veio principal provem tais princípios e tais regras afluentes. Quer-se dizer: a laicidade não é um jogo de empurra para cá ou para lá de minorias ou majorias, mas sim de uma homogeneidade social com vistas ao indivíduo propriamente dito, estabelecendo assim norma programa ético social.

É como se diz, se torna muito mais importante que o Estado ao se incumbir em fazer ou não fazer alguma tarefa se coloque a estabelecer diretrizes outras introduzidas no seio da sociedade, como por exemplo a educação, para que esta norma programática possa em real sentido ter eficácia.

Destaca-se que o tema é amplo e pode ser aprofundado em posteriores

estudos que visem encarar os requisitos para a melhor aplicabilidade da teoria no direito brasileiro. E, ainda, não tendo a intenção de esgotar o assunto, mas sim, de trazer à frente uma discussão importante para a realidade brasileira.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

A. AARNIO, E.; GARZÓN VALDÉS y J. UUSITALO (comps.). **La normatividad del Derecho**. Barcelona: Gedisa. 2009.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. **Raio Juris**. v. 13, n. September 2000, p. 294-304. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-9337.00157/pdf>>. Acesso em 13/02/2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. Tradução Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim. 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Direito Processual Penal e Constituição:** reflexões sobre sistemas de garantia muito longe de serem respeitados. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/direito-processual-penal-e-constituicao-reflexoes-sobre-sistemas-de-garantia-muito-longo-de-serem-respeitados-por-paulo-de-tarso-brandao/>. Acesso em 13/02/2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 25/11/2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 25/11/2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1999.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13/06/2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1891.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 13/06/2016.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 13/06/2016.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 13/06/2016.

CANOTILHO, J. J. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLASTRES, Pierre. GAUCHET, Marcel. ADLER, Alfred. LIZOT, Jacques. **Guerra, Religião, Poder**. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1989.

COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo**. São Paulo: Abril Cultural, 1983b. (Os Pensadores).

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DEL PRIORI, Mary. **Religião e religiosidade no Brasil colonial**. São Paulo: Editora Ática S.A., 1994.

DURKHEIM, E. **As formas elementares da vida religiosa**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado).

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

HOORNAERT, Eduardo. **A igreja no Brasil-Colônia (1550-1800)**. São Paulo. Editora Brasiliense S.A.: 2001.

JUNG, C. G. Psicologia e Religião. In **Obras Completas de C. G. Jung**. Petrópolis: Vozes, (1938)1990, 11i. v.

KELSEN, Hans, 1881-1973. HANS, Kelsen. **Teoria Geral do Direito e do estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans, 1881-1973. HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo) ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

RAWLS, John. **A Theory of Justice, Oxford**, 1971 (1991); Political Liberalism, New York, 1993 (1996).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Rodrigo Telles de. A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 10 – n. 34, p. 11-35 – jan./jun. 2011. Disponível em <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-34-janeiro-junho-de-2011/a-distincao-entre-regras-e-principios-e-a-derrotabilidade-das-normas-e-direitos-fundamentais/at_download/file>. Acesso em 13/02/2016.)

STRECK, Luiz Lenio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas e direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Brasília. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp131865.pdf>. Acesso em 13/02/2016.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
3º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização"
Universidade de Perugia – Itália
Junho 2016

WILGES, Irineu. **Cultura Religiosa.** As religiões no Mundo. 9. ed.
Petrópolis: Editora Vozes Ltda. 1982, 1. v.

ZYLBERSZTAJN, Joana. **O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988.** 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/>>. Acesso em: 24/11/2015.

**DEMOCRACIA E INFORMAÇÃO NA SOCIEDADE EM REDE: UMA
ANÁLISE JUSFILOSÓFICA DA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE E DOS
DADOS PESSOAIS NO CIBERESPAÇO¹**

Vinícius Borges Fortes²

Salete Oro Boff³

José Renato Gaziero Cella⁴

¹ Texto adaptado e atualizado da publicação originalmente intitulada "O poder da informação na sociedade em rede: uma análise jusfilosófica da violação da privacidade e dos dados pessoais no ciberespaço como prática de violação de direitos humanos" (FORTES; BOFF; CELLA, 2014). In: FORTES, V. B.; BOFF, S. O.; CELLA, J. R. O poder da informação na sociedade em rede: uma análise jusfilosófica da violação da privacidade e dos dados pessoais no ciberespaço como prática de violação de direitos humanos. In: ROVER, A. J.; SANTOS, P. M. DOS; MEZZARROBA, O. (Ed.). **Governo eletrônico e inclusão digital**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 157–174.

² Pós-Doutor em Direito pela VUB - Vrije Universiteit Brussel (Bélgica). Doutor em Direito pela UNESA/RJ, linha de pesquisa "Direitos Fundamentais e Novos Direitos", Mestre em Direito pela UCS/RS. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito da IMED - Faculdade Meridional. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito e Desenvolvimento, certificado pela IMED e pelo CNPq. Pesquisador visitante na Universidad de Zaragoza (Espanha) (2014-2015). Professor visitante na VUB - Vrije Universiteit Brussel (Bélgica), no LSTS - Law, Science, Technology and Society Research Group no âmbito do projeto Brussels Privacy Hub (2016). Advogado com experiência nas áreas Direito e Novas Tecnologias, Direito do Trabalho e Direito Empresarial. E-mail: viniciusfortes@imed.edu.br;

³ Doutora em Direito pela UNISINOS/RS, em 2005, Pós-Doutorado na UFSC/SC, em 2008, Professora do Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC/RS, Linha de Pesquisa "Políticas Públicas de inclusão social". Professora e pesquisadora da IMED, linha de pesquisa "Fundamentos Normativos da Democracia Sustentável" e do IESA. Pelotas, Rio Grande do Sul, Brasil. Email: salete.oro.boff@gmail.com.

⁴ Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2008); Pesquisador da Universidad de Zaragoza - Espanha, com financiamento da CAPES (2007-2008 e 2013) e da Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento - AECID (2009-2012); Professor Adjunto dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Faculdade Meridional - IMED e Professor Adjunto do Curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Atua na Linha de Pesquisa "Fundamentos Normativos da Democracia e da Sustentabilidade", na área do Direito, com ênfase em Direito Eletrônico; Inteligência Artificial e Lógica Jurídica; Governança Eletrônica e Democracia Digital; Filosofia do Direito. Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: cella@cella.com.br.

INTRODUÇÃO

O progresso da humanidade se reflete na capacidade de transmitir informações, e as questões de "tempo e distância" no campo da informação tem sua amplitude reduzida. O direito à informação expandiu-se, facilitando o acesso ao conhecimento, nos mais diversos pontos do planeta. O espaço virtual, ou ciberespaço como passará a ser denominado, é um espaço social, formado pelo fluxo de informações e mensagens transmitidas entre computadores, constituindo-se como uma rede aberta na qual qualquer pessoa pode ter acesso com a possibilidade de interagir, gerar dados, navegar e estabelecer relações na rede, por meio de provedores de acesso pelos quais se realizam várias atividades como o correio eletrônico; a computação de longa distância, o comércio eletrônico, o lazer, a pesquisa e outros.

Nesse contexto, de inegável evolução das tecnologias, o avanço da *Internet* e a constituição do ciberespaço carecem de uma análise jurídica, normativa, sociológica, cultural e até mesmo psicológica. Com a evolução dos recursos da *Internet*, é oportuna a reflexão quanto aos insumos contributivos à cultura, acesso e democratização da informação, valorização da diversidade e o processo de inclusão digital.

Contudo, também é indispensável refletir sobre o uso do poder da informação na sociedade em rede e as diferentes repercussões jurídicas decorrentes da massificação do uso da *Internet*. Assim, o estudo crítico no entorno do tema dos direitos à privacidade e à proteção aos dados pessoais é relevante para uma reflexão jurídico-filosófica, sobretudo quando se trata de uma reflexão frente à ausência de marcos regulatórios do ciberespaço e a constante violação de direitos humanos no ciberespaço a partir do uso do poder da informação.

Nesse sentido, o confronto entre a evolução tecnológica, o direito e os marcos regulatórios para o ciberespaço é inevitável para uma melhor

compreensão da sociedade da informação, ou da sociedade em rede. Assim, a pesquisa se propõe a analisar o uso irrestrito de tecnologias de violação da privacidade e dos dados pessoais no ciberespaço, sob uma compreensão jusfilosófica do uso do poder da informação como uma forma de violação dos direitos humanos.

Com essas considerações, pretende-se buscar resposta a seguinte indagação: o acesso à Internet e os direitos de proteção dos dados pessoais e da privacidade dos usuários, pode ser compreendido como um direito humano violado pelo abuso de poder?

Para tanto, é indispensável ter presente que a construção de um modelo normativo de governança do ciberespaço no ordenamento jurídico brasileiro é insuficiente e, a partir da construção do Projeto de Lei do Marco Civil da *Internet*, deverão ser respeitadas as premissas de construção da *Web*, sem que ocorram rupturas paradigmáticas com a arquitetura adotada com a sua constituição e constante adaptação que culminou na constituição da cibercultura e do ciberespaço.

A pesquisa desenvolve o método de análise do mapeamento crítico⁵, analisando o uso de tecnologias de violação dos dados pessoais e da privacidade, em especial o uso da *Deep Packet Inspection (DPI)*, considerando a inexistência de marcos regulatórios para a governança do ciberespaço no Brasil que tenham por escopo assegurar a proteção jurídica do direito à privacidade, à inviolabilidade dos dados pessoais, em equilíbrio com o direito ao acesso à informação, sobretudo em relação ao tema do

⁵ O termo mapeamento pode ser entendido como uma versão devidamente revista de uma análise analógica sem maiores questionamentos, efetuada rente à realidade, ou em outras palavras, a forma de análise jurídica não implica qualquer proposição transformadora para o direito. Mapeamento é a tentativa de descrever em detalhes a microestrutura juridicamente definida da sociedade com relação a seus ideais também articulados juridicamente. O segundo momento desta prática de análise deve ser chamado de crítica, isto é, uma versão revisada do que os juristas racionalistas desprezam como sendo a transformação da análise jurídica em conflito ideológico. Sua tarefa é explorar em detalhe as relações entre os arranjos institucionais da sociedade tais como representadas pelo direito, e os ideais ou programas professados por esses arranjos institucionais, na medida em que são frustrados ou cumpridos. (UNGER, R. M. **What should legal analysis become?** New York: Verso, 1996, p. 130, tradução nossa).

estudo, que se concentra na compreensão de que a violação do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais configura-se como uma transgressão aos direitos humanos.

A pesquisa tem como objetivos: (i) observar e mapear as diferentes propostas de governança do ciberespaço; (ii) analisar nas diferentes propostas os instrumentos propostos para assegurar a proteção jurídica do direito fundamental à privacidade, à inviolabilidade dos dados pessoais e o direito ao acesso à informação no Brasil; (iii) contextualizar a relação do ciberespaço e da cibercultura sobre os fenômenos históricos, culturais, sociais e jurídicos recentes; (iv) delimitar as dimensões jusfilosóficas do uso de tecnologias de violação do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais como violação de direitos humanos.

Assim, a relevância do estudo concentra-se na evidência de que no contexto brasileiro mesmo com a evolução das tecnologias que contribuem para o avanço do ciberespaço, ainda não se conferiu a devida relevância à análise jurídica, filosófica, normativa, sociológica, cultural e até mesmo psicológica, quanto à viabilidade e a necessidade da instituição de marcos regulatórios para a governança do ciberespaço de modo a assegurar a proteção jurídica do direito fundamental à privacidade e à inviolabilidade dos dados pessoais, buscando a construção de um modelo normativo de governança do ciberespaço que respeite as premissas de construção da *Web* sem que ocorram rupturas paradigmáticas com a arquitetura adotada com a sua constituição e constante adaptação que culminou na constituição da cibercultura e do ciberespaço.

E é justamente nesse contexto em que o estudo apresentado elucidará os conceitos fundamentais do ciberespaço, das perspectivas do direito à privacidade no ciberespaço, enfatizando a relação deste com o reconhecimento do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais como direitos humanos.

2. A INFORMAÇÃO NA SOCIEDADE EM REDE

Sem qualquer receio é possível afirmar que há tempos a informação é considerada um dos bens de maior valor e relevância para cidadãos, empresas e governos. Em tempos de ciberespaço, Ronaldo Lemos⁶ defende que os dados pessoais tornaram-se o "petróleo da Internet".

Nesse sentido, a pesquisa tem diversas variáveis de natureza epistemológica, que perpassam necessariamente pela relativização da teoria do direito em virtude de um novo contexto global e social com o avanço da tecnologia da informação e comunicação. De acordo com o professor da *Stanford University*, Lawrence Lessig⁷, o conceito de ciberespaço varia rapidamente, sobretudo em razão da identidade evidenciada no tempo e no espaço de acordo com os objetivos de uso da rede pelos usuários.

Para exemplificar tal afirmação, o referido professor utiliza como exemplo o discurso intitulado "Declaração de Independência para o Ciberespaço" proclamado logo após o rompimento da cultura bipolar com o fim da Guerra Fria pelo compositor do *Grateful Dead*, banda de Rock dos anos 1960, John Perry Barlow, que também é fundador da EFF – *Electronic Frontier Foundation*, uma organização não-governamental que tem como escopo a defesa dos interesses dos usuários da *Web*, no qual pronuncia:

Governos da Era Industrial, vocês gigantes aborrecidos de carne e aço, eu venho do ciberespaço, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não tem soberania onde nos reunimos⁸.

⁶ LEMOS, R. **Entrevista: Os dados dos usuários são o petróleo da internet.** In: Blog Clayton Melo - IstoÉ Dinheiro. Disponível em: <<http://claytonmelo.istoedinheiro.com.br/2012/12/26/entrevista-com-ronaldo-lemos-os-dados-dos-usuarios-sao-o-petroleo-da-internet/>>. Acesso em: 24 jul. 2013c.

⁷ LESSIG, L. **Code v2.** New York: Basic Books, 2006.

⁸ BARLOW, J. P. **A Declaration of the Independence of Cyberspace.** Disponível em: <<https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>. Acesso em: 23 fev. 2011, p. 01, tradução nossa

A partir disso, é possível identificar uma constante mudança sobre a percepção do ciberespaço e das possibilidades de regulação e governança, sobretudo no que diz respeito ao alcance de instrumentos normativos que assegurem a proteção jurídica do direito à privacidade, ou que venham a assegurar a proteção de direitos humanos no ciberespaço, e que por consequência neutralizem o abuso de poder de empresas e governos sobre dados e informações.

A partir disso, é fundamental a compreensão de Barretto⁹ ao afirmar que "[...] sob o chamado *Estado Moderno*, aceitamos o poder por conta de garantias mínimas de segurança por ele bem ou mal asseguradas". Nessa lógica, sob o argumento de proporcionar maior controle, segurança e comodidade aos usuários, governos e empresas não tem medido esforços para desenvolver e aplicar tecnologias de vigilância e mineração de dados pessoais. Em um fundamento jusfilosófico, Barretto¹⁰ afirma, ainda, que "[...] O poder surge, portanto, como uma rede de relações sociais que tem a função principal de impedir que a força, latente na condição humana, se torne um instrumento da sua própria destruição".

Cumprir referir, ainda, no contexto atual de uso exacerbado de tecnologias como manifestação de poderio por empresas e governos, "[...] Consistiria o poder na capacidade de agir sobre pessoas e coisas, para o que recorreria a uma grande variedade de meios que vão da persuasão à correção."¹¹

Assim, o confronto entre a evolução tecnológica, o direito e os marcos regulatórios para o ciberespaço é inevitável para uma melhor compreensão da sociedade da informação, ou como refere Castells¹², da sociedade em rede. Aliás, de acordo com o referido autor, na sociedade em rede há a

⁹ BARRETTO, V. P. **As máscaras do poder**. São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 09.

¹⁰ BARRETTO, V. P. **As máscaras do poder**. São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 15.

¹¹ BARRETTO, V. P. **As máscaras do poder**. São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 20.

¹² CASTELLS, M. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

predominância de um espaço dotado de fluxos informacionais, que se sobrepõem sobre os espaços físicos que constituíram as sociedades pré-modernas e, com isso, tem se tornado a manifestação espacial dominante nas sociedades atuais.

Ademais, categoricamente é possível afirmar que o Direito, isoladamente, jamais terá resposta para os problemas relacionados ao abuso de poder a partir do uso da informação, sobretudo no contexto histórico atual da sociedade em rede referida por Castells¹³. Nesse sentido, Barretto e Mota¹⁴ recorrem à filosofia do direito de Kant, que "considera as realidades empíricas que se constituem em objeto da lei, como a pessoa, a propriedade, a família". Para os autores, Kant prevê os limites da cognição humana, sobretudo quando da aplicação prática de conceitos em casos distintos, e em uma postura de precaução, refere que a filosofia mantém uma posição de aproximação do sistema jurídico, não sendo capaz de compreendê-lo na sua plenitude.

Para Barretto e Mota¹⁵, a doutrina do direito kantiana estabelece uma reflexão relevante, tomando como ponto de partida as leis e as regras de direito como material jurídico e investiga as estruturas da razão prática das condições legisladoras e organizadoras do sistema jurídico, e isso permite que os autores concluam que "O Direito enquanto ciência é o conjunto de leis suscetíveis de uma legislação exterior, que forma a ciência do direito positivo". Logo, o Direito em si é uma questão que só se resolve reportando-se à razão, e no pensamento de Kant: "Uma ciência puramente empírica do Direito (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) é uma cabeça que pode ser bela, mas tem somente um defeito – não tem cérebro".

¹³ CASTELLS, M. **A sociedade em rede**: a era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

¹⁴ BARRETTO, V. P.; MOTA, M. **Por que estudar filosofia do direito?** Aplicações da filosofia do direito nas decisões judiciais. 1.ed. Brasília: ENFAM, 2011, p. 86-87.

¹⁵ BARRETTO, V. P.; MOTA, M. **Por que estudar filosofia do direito?** Aplicações da filosofia do direito nas decisões judiciais. 1.ed. Brasília: ENFAM, 2011, p. 86-87.

É evidente, portanto, que o poder da informação em um contexto em que a tecnologia está baseada na comunicação e transferência de informações e dados pode ser tão nefasto quanto o poderio bélico almejado por séculos pelas nações como um indicador de poder e domínio sobre os povos.

2. DEMOCRACIA E INFORMAÇÃO NO CIBERESPAÇO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO USO DE TECNOLOGIAS DE VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE E DOS DADOS PESSOAIS

Ao futuro ou ao passado, a um tempo em que o pensamento seja livre, em que os homens sejam diferentes uns dos outros, em que não vivam sós – a um tempo em que a verdade exista e em que o que for feito não possa ser desfeito: da era da uniformidade, da era da solidão, da era do Grande Irmão, da era do duplipensamento – saudações!

(George Orwell, 1984, tradução nossa)

A partir da reflexão proposta por Orwell¹⁶, na obra 1984, com a era do "Grande Irmão" e o "Ministério da Verdade", e a desintegração do conceito de privacidade e intimidade, relevante refletir sobre o tema no contexto em que a evolução das tecnologias da informação e comunicação oportunizam uma experiência de interação entre os usuários da *Internet* em patamares jamais imaginados.

Isto porque, como se sabe, a *Internet* trilhou seus primeiros passos em 1969, a partir da criação do *ARPANET – The Advanced Research Projects Agency Network*, com a finalidade de atender demandas do Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América, sobretudo em virtude das incertezas bélicas da Guerra Fria. A partir disso, as conexões em rede

¹⁶ ORWELL, G. **1984**. [S.l.]: Planet eBooks, [1948]. Disponível em: <<http://www.planetebook.com/1984.asp>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

criaram significativamente, até a criação no final da década de 1980 da *World Wide Web (WWW)*, pelo físico Tim Berners-Lee e, no início da década de 1990, o desenvolvimento dos primeiros softwares para navegação em páginas da *Internet*.¹⁷

Com a evolução da tecnologia e dos recursos vinculados à rede mundial de computadores, a *World Wide Web*, ou *Internet* como ficou popularizada, é conveniente a reflexão quanto aos insumos contributivos à cultura, acesso e democratização da informação, valorização da diversidade e o processo de inclusão digital. Contudo, também é indispensável promover reflexões voltadas aos problemas jurídicos advindos da evolução tecnológica, sobretudo decorrentes da massificação do uso da *Internet*.

Nessa órbita, promover o estudo crítico no entorno do tema dos direitos humanos no ciberespaço, sobretudo quando se trata de uma reflexão frente aos marcos regulatórios instituídos em escala global, com o objetivo de normatizar o ciberespaço, indo de encontro com as premissas de criação da *Internet*, que pressupõem a não regulação.

Ademais, tem-se observado diversos estudos que se ocupam da abordagem dos reflexos da rede sobre os institutos de direito do consumidor e, nos últimos anos, da (des) necessidade de regulação da *Internet* em matéria penal, para fins de tratamento (in) adequado aos denominados cibercrimes.

Contudo, sem desmerecer as mencionadas abordagens, há escassez de estudos voltados à análise do direito à privacidade em um contexto em que Keen denomina como a era do culto do amador¹⁸ e a era do culto do social¹⁹, em que os próprios usuários são induzidos, ou seduzidos, ao

¹⁷ VASCONCELOS, F. A. **Internet:** a responsabilidade do provedor pelos danos praticados. Curitiba: Juruá, 2003.

¹⁸ KEEN, A. **O culto do amador:** como blogs, MySpace, YouTube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

¹⁹ KEEN, A. **Vertigem digital:** por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Tradução: Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

exibicionismo exacerbado, com a renúncia da privacidade e com o fornecimento de dados pessoais tão valiosos, que compensam a oferta de serviços de forma gratuita, como o fazem as grandes corporações do Vale do Silício, *Google* e *Facebook*.

Até tal etapa da história da *Internet*, jamais se imaginou que grandes corporações do Vale do Silício revolucionariam a experiência de interatividade entre usuários. Nesse aspecto, Keen²⁰ alerta para a interação proporcionada pela *Web 2.0*, que se caracteriza pela utilização de plataformas informacionais como os blogs, o *Wikipedia*, o *YouTube* e o *MySpace*, como formas de propagação de conteúdo que constituem o que o autor denomina como o "culto do amador". De acordo com o pensador, tais plataformas passaram a comprometer a economia, a cultura e os valores da sociedade, pela baixa confiabilidade, pela banalização e, por óbvio, pelo amadorismo dos conteúdos postados na rede.

A geração tecnológica atual vivencia a experiência da *Web 3.0*, constituída pelas redes sociais como o *Facebook*, *Google+* e *Twitter*, por exemplo, amplamente criticadas por Keen²¹ por caracterizar-se essencialmente pelo "culto do social" ou a "era do grande exibicionismo". Para o autor, a *Web 3.0* desafia a lei tradicional que protege os indivíduos, como exemplo o caso Ryan Giggs, que provocou cerca de 75 mil usuários do *Twitter* a compartilhar detalhes das relações extraconjugais do jogador de futebol, ainda que na vigência de uma determinação da Suprema Corte britânica que vedava comentários públicos sobre a vida privada do atleta.

Para Keen, o fenômeno envolvendo a reputação de Giggs resulta no que

²⁰ KEEN, A. **O culto do amador:** como blogs, MySpace, YouTube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

²¹ KEEN, A. **Vertigem digital:** por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Tradução: Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

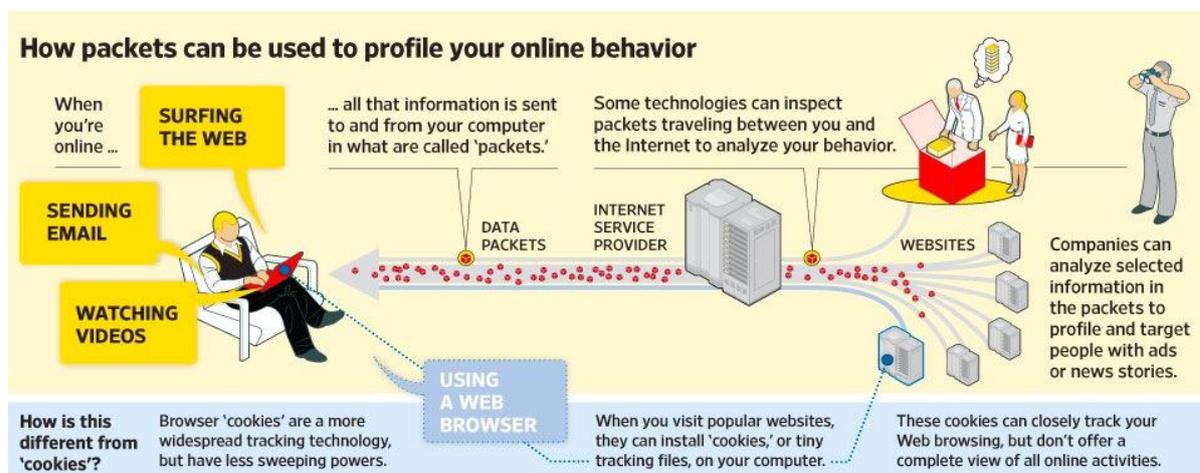
Barber²², editor do *Financial Times* descreve como o "debate sobre a liberdade de nossa era". De acordo com Barber, de um lado a lei não dispõe de poder suficiente para punir simultaneamente 75 mil usuários de *Internet* por "tuitar" sobre a vida sexual de uma pessoa pública; contudo, em sentido antagônico, a lei que assegura proteção aos direitos individuais perante a sociedade deveria possibilitar uma espécie de imunidade contra a "ridicularização pública" num momento da história da humanidade intitulado "era digital" em que qualquer indivíduo se sente no direito, e muitas vezes no dever, de publicar ou compartilhar qualquer coisa sobre outro indivíduo.

Não bastassem os acontecimentos envolvendo a violação de privacidade e a publicação deliberada desses dados, a atual geração tecnológica tem como grande elemento catalizador das empresas de tecnologia da informação e comunicação a violação e a comercialização de dados pessoais. Apenas a título exemplificativo, Pariser²³ descreve a maneira como a *Phorm*, multinacional britânica recém chegada ao Brasil, explora os dados dos usuários no ciberespaço. De acordo com o autor, a *Phorm* tem como objetivo auxiliar os provedores de *Internet* no uso de um recurso chamado Inspeção Profunda de Pacotes de Rede (*DPI – Deep Packet Inspection*) para obter dados e informações que permitam a análise do tráfego que transita nos servidores desses provedores. Além disso, afirma Pariser, a *Phorm* objetiva a construção de perfis quase plenos de todos os usuários da *Web* para a utilização futura na padronização de serviços de publicidade. Apenas a título exemplificativo, a Figura 1 demonstra como funciona o mecanismo de inspeção profunda de pacotes pretendida pelo uso de tecnologias como a *DPI*.

²² BARBER, L. **How a soccer star sparked the freedom debate of our age**. *Financial Times*. Disponível em: <<http://www.ft.com/cms/s/0/45b97284-8895-11e0-afe1-00144feabdc0.html#axzz2V6M1phDE>>. Acesso em 15 jan. 2013.

²³ PARISER, E. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 101.

Figura 1 - *Deep Packet Inspection (DPI)*²⁴.



Importante destacar que a utilização da *DPI* foi objeto de deliberação na última conferência da *International Telecommunication Union – Telecommunication Standardization Sector (ITU-T)*, órgão vinculado à Organização das Nações Unidas e responsável pela definição de diretrizes em telecomunicações a ser adotada pelos países membros mediante a ratificação destes.

Relevante esclarecer, ainda, que a *DPI* é um recurso tecnológico com a finalidade de gerenciar o tráfego de rede. Dessa forma, esse recurso possibilita que operadoras de rede realizem a análise profunda, e por isso a denominação "inspeção" é utilizada, dos pacotes de dados que transitam na infraestrutura de rede dessas operadoras, com uma finalidade primária de otimização dos custos, a partir do conhecimento do tráfego demandado pelos usuários. Assim, seria possível identificar quais serviços o usuário demanda maior banda de rede, ou seja, se determinado usuário utiliza a *Web* para navegação em sites, ou para assistir vídeos, ou acessar redes sociais e a utilização da *DPI* possibilitaria que as operadoras fornecessem

²⁴ STECKLOW, P.; SONNE, S. **Shunned Profiling Technology on the Verge of Comeback.** The Wall Street Journal, New York, 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://online.wsj.com/news/articles/SB1000142405274870424390457563075109478451>> . Acesso em: 26 set. 2013.

um serviço melhor qualificado ao consumidor.²⁵

Contudo, como bem refere Barretto²⁶,

[...] O lado ameaçador da técnica existe não só quando ocorre o abuso dela por má vontade, mas também quando ela é empregada de boa vontade para fins próprios legítimos. Ocorre o que Boudon chamou de 'efeitos perversos' da ação social.²⁷

No caso *Phorm*, ainda que existam dois lados para a mesma moeda, os fins alcançados pelo uso da *DPI* não podem ser facilmente admitidos por conta do nível de consequência, que inevitavelmente atinge a liberdade dos usuários de Internet.

E é justamente nesse sentido o argumento de Monteiro²⁸, pesquisadora do Observatório Brasileiro de Políticas Digitais, a *DPI* é um recurso tecnológico cujos benefícios são altamente questionáveis por permitir que provedores de acesso à *Internet* obtenham os dados pessoais dos usuários e monitorem a utilização da rede por esses usuários. Para a pesquisadora, a identificação do tráfego dos usuários poderia provocar "[...] ações desejadas pelo poder público, como controle de conteúdos acessados por cidadãos (censura), ou orientar interesses empresariais, como diferenciação de tráfego para serviços pouco desejados e competitivos aos seus serviços", o que já ocorre em países com regimes governamentais democráticos e não democráticos.

E é justamente nesse aspecto que reside a controvérsia sobre a

²⁵ GEERE, D. **How Deep Inspection Works?** Wired Magazine, [S.l.], abr. 2012. Seção Technology. Disponível em <<http://www.wired.co.uk/news/archive/2012-04/27/how-deep-packet-inspection-works>>. Acesso em: 03 maio 2012.

²⁶ BARRETTO, V. P. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²⁷ BARRETTO, V. P. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 313.

²⁸ MONTEIRO, M. **O Padrão Técnico de Inspeção Profunda de Pacotes de Rede**. Observatório Brasileiro de Políticas Digitais. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Disponível em: <<http://observatoriodainternet.br/o-padrao-tecnico-de-inspecao-profunda-de-pacotes-de-rede>>. Acesso em: 12 fev. 2013, p. 01.

Recomendação *ITU-T Y.2770*²⁹ que estabeleceu os requisitos de utilização da *DPI* nas próximas gerações de redes. Esse documento foi objeto de discussão e deliberação na *World Telecommunication Standardization Assembly* realizada em Dubai no final de 2012, do qual resultou um tratado que não foi assinado por 55 países-membros, dentre os quais Alemanha, Canadá, Estados Unidos, Chile, Colômbia, Reino Unido e Suécia.³⁰

Apesar de ser signatário do tratado que aprovou a Recomendação acima referida, o Brasil adota uma postura cautelosa em relação à utilização da *DPI* pela *Phorm* em território nacional, conforme se evidencia na Resolução CGI.br/RES/2012/008/P³¹, aprovada na 4ª Reunião Ordinária do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br):

Trata-se de se examinar as implicações para a Internet da implantação de uma ferramenta da empresa inglesa Phorm, que têm filiais na Romênia e no Brasil. Essa ferramenta é divulgada no Brasil com o nome de "Sistema Navegador".

Considerando que no "Sistema Navegador", instalado num provedor de acesso à Internet, a publicidade estará sendo feita pela empresa que provê o meio de acesso à Internet, sem deixar alternativas aos usuários que não queiram ser inseridos neste sistema;

Considerando que o funcionamento do "Sistema Navegador" prevê e depende da cópia ("tap") de todo o tráfego de seus usuários direcionado a servidores HTTP na porta 80/TCP;

Considerando que a descrição do "Sistema Navegador" não é apresentada de forma clara ao consumidor,

²⁹ INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. **Recommendation Y. 2770**. Disponível em < <http://www.itu.int/rec/T-REC-Y.2770-201211-I/en>>, acesso em 04 abr 2013.

³⁰ MONTEIRO, M. **O Padrão Técnico de Inspeção Profunda de Pacotes de Rede**. Observatório Brasileiro de Políticas Digitais. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Disponível em: <<http://observatoriodainternet.br/o-padrao-tecnico-de-inspecao-profunda-de-pacotes-de-rede>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

³¹ BRASIL. **Comitê Gestor da Internet no Brasil**. Resolução nº CGI.br/RES/2012/008/P. Disponível em: <<http://www.cgi.br/regulamentacao/pdf/resolucao-2012-008.pdf>>. Acesso em: 23 jul 2012.

especialmente quanto à sua funcionalidade e implicações do modelo proposto para publicidade personalizada e, ainda, que o consumidor não tem a seu dispor todas as informações que seriam necessárias para fazer uma escolha adequada que contemple a privacidade e segurança de todos os membros de um domicílio que compartilham o equipamento de acesso;

Considerando que, conforme as descrições técnicas providas acerca do funcionamento do "Sistema Navegador", fica claro que são introduzidas etapas adicionais aos acessos Web, e que não são parte de um acesso regular a uma página Web;

Considerando que um destes passos é o redirecionamento do acesso à primeira imagem referenciada em uma nova seção de navegação para que um "cookie" seja instalado, de forma a dar a opção ao usuário de escolher ou não a ação do "Sistema Navegador" em sua publicidade personalizada, *mas* que, mesmo optando por não usar o "Sistema Navegador" ("opt-out") o usuário continuará tendo seu tráfego redirecionado;

Considerando que este redirecionamento interfere na comunicação adequada e direta entre um "cliente" e um "servidor" na Internet, mesmo nos casos em que o consumidor tenha escolhido a opção de "opt-out";

Considerando que todos estes passos adicionais à navegação possuem o inerente risco de degenerar a qualidade do acesso do consumidor à Internet, além do risco adicional criado pela cópia da navegação que o cliente está fazendo [...].³²

Nesse caso, o CGI.br entende que o recurso tecnológico utilizado pela *Phorm* fere tecnicamente alguns dos princípios para a governança e uso da *Internet* no Brasil, quais sejam o da neutralidade da rede, a partir da filtragem e geração de privilégios de tráfego de acordo com motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais e econômicos; e o da padronização e interoperabilidade com o fechamento de padrões e participação da operação da *Internet* no país. Ademais, ao manifestar uma postura de não

³² CGI.br, 2012, p. 01

recomendação de uso pelos provedores de acesso à rede no Brasil, o CGI.br tornou claro que o uso do "Sistema Navegador" traz graves ameaças à privacidade dos usuários.

A partir disso observa-se o que Barretto³³ afirma como "A falta de referenciais ético-filosóficos para a ciência contemporânea [...]", que representa um óbice para que a ciência adote posicionamentos adequados em face dos problemas que surgem dos seus próprios resultados. Com isso, e sobretudo a partir dos ilustrados casos "Giggs" e "Phorm" é possível levantar diversas indagações sobre os problemas jurídicos decorrentes do ciberespaço e o modo como o Poder Judiciário se comportará frente a tais casos, sobretudo pela imprecisão normativa evidenciada no contexto brasileiro.

No Brasil, assim como em outros diversos Estados, o direito à privacidade é assegurado constitucionalmente como um direito fundamental. A Constituição Federal brasileira não se restringe apenas ao direito à privacidade, apresentando abrangência em relação à preservação da vida privada e da intimidade da pessoa, a inviolabilidade da correspondência, do domicílio e das comunicações, em consonância com o previsto no artigo 5º, inciso X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" e no inciso XII:

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.³⁴

Ora, se há proteção constitucional, por que discutir tal tema? É a Lei a

³³ BARRETTO, V. P. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 314

³⁴ BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 dez. 2012, p. 01.

alternativa adequada a resolver problemas jurídicos como o exemplificado anteriormente por Keen e Pariser? Ao encontro da provocação apresentada, e em reflexão sobre a solução de conflitos complexos na órbita jurídica, Streck³⁵ afirma que o Direito não atende a tais demandas

não porque tal 'complexidade' não estaria prevista no sistema jurídico, mas, sim, porque há uma crise de modelo [...] que se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos [...].³⁶

Diante de tais premissas, pode-se afirmar que as camadas que compõem o sistema de comunicação da *Internet* e do meio digital são cada vez mais controladas. Entretanto, permanecem ainda dúvidas sobre quais são os fatores que deve-se considerar efetivos na regulação da *Internet*³⁷. Nesse prisma, é relevante considerar o modelo de análise desenvolvido por Lessig³⁸, que trata especificamente dos modos de regulação no que tange ao avanço da tecnologia. Para o doutrinador norte-americano, no início do século XIX o liberalismo dominante se preocupava com a manutenção e a garantia da liberdade e, diante disso, qualquer ameaça à liberdade provocaria o poder do Estado e a sua capacidade de gerar a Lei.

Nesse mesmo sentido, e em relação ao direito brasileiro, para Streck³⁹ "a

³⁵ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³⁶ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 46.

³⁷ LEMOS, R. **Direito, tecnologia e cultura.** Rio de Janeiro: Editoria FGV, 2005. E-book publicado pela licença Creative Commons na plataforma Google Books. Disponível em: <http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=xG-2W7YnTfUC&oi=fnd&pg=PA7&dq=DIREITO,+TECNOLOGIA+E+CULTURA&ots=PXCUp6AS7u&sig=2dkpHEIZXv_3UBOaPkho2wMKO58>. Acesso em: 15 jan. 2013, p. 22.

³⁸ LESSIG, L. **Code v2.** New York: Basic Books, 2006.

³⁹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 43.

dogmática jurídica que o instrumentaliza – está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade, que, paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade!". Segundo o autor,

não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de direito.⁴⁰

No contexto da violação ao direito à privacidade, e da garantia dos direitos humanos no ciberespaço, Lemos⁴¹ indaga sobre quais são os fatores que efetivamente ameaçam a liberdade. De acordo com o autor, no século XIX a resposta seria a Lei. Todavia, complementa o autor, no contexto da tecnologia dos tempos atuais, a Lei deixou de ser o único fator que contribui a limitação ou flexibilização da liberdade dos indivíduos, ou até mesmo para a regulação da sociedade em rede.

Nesse prisma, Lemos⁴² ressalta que o mesmo questionamento sobre quais fatores ameaçam a liberdade individual na sociedade da informação, é possível encontrar no mínimo quatro respostas: a Lei, as normas sociais, o mercado e a arquitetura ou código. Na concepção do autor, entende-se como lei "todo o conjunto normativo estatal, embasado constitucionalmente, em suas mais diversas naturezas e categorias hierárquicas." As normas sociais incluem os usos e costumes e "qualquer postulação normativa compartilhada por comunidades ou inerente a

⁴⁰ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 43.

⁴¹ LEMOS, R. **Direito, tecnologia e cultura.** Rio de Janeiro: Editoria FGV, 2005. E-book publicado pela licença Creative Commons na plataforma Google Books. Disponível em: <http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=xG-2W7YnTfUC&oi=fnd&pg=PA7&dq=DIREITO,+TECNOLOGIA+E+CULTURA&ots=PXCUp6AS7u&sig=2dkpHEIZXv_3UBOaPkho2wMKO58>. Acesso em: 15 jan. 2013.

⁴² LEMOS, R. **Direito, tecnologia e cultura.** Rio de Janeiro: Editoria FGV, 2005. E-book publicado pela licença Creative Commons na plataforma Google Books. Disponível em: <http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=xG-2W7YnTfUC&oi=fnd&pg=PA7&dq=DIREITO,+TECNOLOGIA+E+CULTURA&ots=PXCUp6AS7u&sig=2dkpHEIZXv_3UBOaPkho2wMKO58>. Acesso em: 15 jan. 2013, p. 21.

determinadas situações e circunstâncias". O contexto do mercado "é o outro fator relevante da regulação, por se tratar do mecanismo predominante de acesso aos bens econômicos", somado à arquitetura, que é "a estrutura inerente de como as coisas são construídas e ocorrem."

Na percepção de Lessig⁴³, na órbita do direito da tecnologia "o código é a Lei". O que autor pretende ao lançar tal assertiva é que as linguagens de programação de software alcançam muitas vezes relevância superior às estruturas normativas convencionais na órbita da *Internet* e da regulação tecnológica.

Ao analisar as premissas inovadoras apresentadas por Lessig, Lemos ressalta que as categorias dogmáticas tradicionais não vislumbram a característica normativa contemporânea proclamada pelo autor, de que o "código é a Lei". Nesse sentido, a partir da ruptura paradigmática na análise do direito por meio da evolução tecnológica, sobretudo no âmbito do ciberespaço, é possível que sejam rediscutidas controvérsias e posicionamentos pretéritos que se julgavam superados e que sejam propostas questões inéditas fundamentadas em aspectos sociológicos, políticos e econômicos, que "de tão interdisciplinares, põem em risco a própria especificidade do direito."⁴⁴

Entretanto, para que o Brasil supra algumas das lacunas normativas que atualmente inviabilizam a atração de investimentos em infraestrutura tecnológica, como é o exemplo da perda de oportunidade da vinda do data-center da *Google*, em que o Chile foi vitorioso na disputa⁴⁵, o Marco Civil da

⁴³ LESSIG, L. **Code v2**. New York: Basic Books, 2006.

⁴⁴ LEMOS, R. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editoria FGV, 2005. E-book publicado pela licença Creative Commons na plataforma Google Books. Disponível em: <http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=xG-2W7YnTfUC&oi=fnd&pg=PA7&dq=DIREITO,+TECNOLOGIA+E+CULTURA&ots=PXCUp6AS7u&sig=2dkpHEIZXv_3UBOaPkho2wMKO58>. Acesso em: 15 jan. 2013, p. 08.

⁴⁵ LEMOS, R. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editoria FGV, 2005. E-book publicado pela licença Creative Commons na plataforma Google Books. Disponível em: <http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=xG-2W7YnTfUC&oi=fnd&pg=PA7&dq=DIREITO,+TECNOLOGIA+E+CULTURA&ots=PXCUp6AS7u&sig=2dkpHEIZXv_3UBOaPkho2wMKO58>. Acesso em: 15 jan. 2013.

Internet representa um avanço em termos adequação normativa para o ciberespaço brasileiro.

É indispensável elucidar, conforme evidenciado na exposição de motivos do Projeto de Lei que propôs o Marco Civil da *Internet*⁴⁶, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, realizada no ano 2009 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), já sinalizava a existência de 68 milhões de usuários de *Internet* no Brasil, com taxa de crescimento de aproximadamente de um milhão a cada três meses. A estatística apresentada representa oportunidades ao país, no entanto, também aponta uma série de riscos, que perpassam por diversos aspectos, dentre os quais está a carência de legislação específica para o ciberespaço, no sentido de assegurar os direitos fundamentais e a possibilidade do desenvolvimento econômico e cultural do país⁴⁷

Outrossim, a falta de definição legal específica diante da realidade enfrentada antes da vigência do Marco Civil da Internet oportunizava que emanassem do Poder Judiciário (e , mesmo com a sua vigência na atualidade, ainda emanam!) decisões conflitantes e contraditórias sobre temas que estão diretamente relacionados com o uso da *Internet*⁴⁸. De acordo com os elementos elencados na exposição de motivos do mencionado projeto de lei, com a ausência de normatização específica, o Brasil convive com diversos riscos, a saber:

⁴⁶ O Projeto de Lei n.º 2.126/2011, que tem por objetivo a instituição do Marco Civil da *Internet* nacional foi construído com uma série de elementos que respeitam os fundamentos que constituíram a *Web*, a partir da consulta colaborativa aos usuários da rede por meio de um blog hospedado no portal Cultura Digital, vinculado ao Ministério da Cultura, bem como manifestações via Twitter, utilizando a *hashtag* "#marcocivil" como referência ao conteúdo. (BRASIL. **Exposição de motivos ao projeto de lei n.º 2.126/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm>. Acesso em: 24 dez. 2012).

⁴⁷ BRASIL. **Exposição de motivos ao projeto de lei n.º 2.126/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm>. Acesso em: 24 dez. 2012.

⁴⁸ BRASIL. **Exposição de motivos ao projeto de lei n.º 2.126/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm>. Acesso em: 24 dez. 2012.

- a) da aprovação desarticulada de propostas normativas especializadas, que gerem divergência e prejudiquem um tratamento harmônico da matéria;
- b) de prejuízos judiciais sensíveis, até que a jurisprudência se adeque às realidades da sociedade da informação;
- c) de desencontros ou mesmo omissões nas políticas públicas; e
- d) de violação progressiva de direitos dos usuários pelas práticas e contratos livremente firmados.

Com isso, a construção normativa que desenvolva a abordagem da *Internet* tende a viabilizar um melhor diálogo do Direito com as Novas Tecnologias, sobretudo as que envolvem o ciberespaço. Diante de tal necessidade, o CGI.br apresentou em 2009 um documento intitulado "Princípios para a governança e uso da *Internet*"⁴⁹, onde foram apresentados 10 princípios técnicos que asseguram diretrizes básicas para o uso da rede em território nacional.

Todavia, será necessário o amadurecimento normativo brasileiro, inclusive a partir da aprovação do Marco Civil da *Internet*, de modo a compreender de forma peculiar os fundamentos, princípios e objetivos, bem como a definição de conceitos e regras de interpretação relacionados ao tema. Além disso, o acesso à *Internet* é reconhecido como um direito essencial ao exercício da cidadania, sendo indispensável o respeito à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações e à não suspensão da conexão. O Marco Civil da *Internet* apresentou em seu texto capítulo voltado à tratativa de questões técnicas como o tráfego de dados, a guarda de registros de conexão e acesso a aplicações na rede, a responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros e a requisição judicial de registros.

Enquanto perdurava a inexistência de norma reguladora do ciberespaço e

⁴⁹ BRASIL. Comitê Gestor da Internet no Brasil. **Resolução nº CGI.br/RES/2012/008/P**. Disponível em: <<http://www.cgi.br/regulamentacao/pdf/resolucao-2012-008.pdf>>. Acesso em: 23 jul 2012.

dos direitos vinculados ao uso da *Internet* no Brasil, as circunstâncias e conflitos levados ao Poder Judiciário permaneciam sujeitas a decisões destituídas de fundamento legal ou com interpretação inadequada do texto constitucional em relação aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988 (embora isso continue ocorrendo, mesmo com a recente vigência do Marco Civil da Internet).

E é no contexto anteriormente apresentado em que passou-se a questionar se o livre acesso à Internet, conectado ao direito de liberdade de opinião e expressão e à garantia do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais, faz parte do rol de direitos humanos. A partir de fenômenos históricos recentes, como a Primavera Árabe, por exemplo, a comunidade internacional passou a condenar o uso de tecnologias que facilitam a transgressão dos referidos direitos.

Como um modo de reconhecer o livre acesso à Internet como um direito humano, a Organização das Nações Unidas emitiu o Relatório A/HRC/17/27, apresentado na décima sétima sessão do Conselho de Direitos Humanos da Assembleia Geral, intitulado "Relatório do Relator Especial sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão", que levou em consideração atos de países que promoveram as seguintes ações: i) o bloqueio arbitrário ou a filtragem de conteúdo; ii) a criminalização de expressão legítima; iii) a imposição de responsabilidades intermediárias; iv) a interrupção do acesso à Internet pela população, fundamentada na violação de propriedade intelectual; v) os ciberataques; vi) a proteção inadequada (ou insuficiente) do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais.⁵⁰

Um dos exemplos observados com frequência a esse tipo de violação de

⁵⁰ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression** – Report A/HRC/17/27. Publicado na décima sétima sessão do Conselho de Direitos Humanos da Assembleia Geral ocorrida em 16 de maio de 2011. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 09 out. 2013.

direitos humanos é o da China, que utiliza da tecnologia da DPI para promover o bloqueio arbitrário e a filtragem de conteúdo. Recentemente, o governo chinês foi vítima de uma manobra sintática que burlou os filtros que impossibilitavam a visualização de uma célebre imagem do episódio histórico conhecido como "Massacre da Praça da Paz Celestial". Os cidadãos chineses que pesquisaram no dia 04 de junho de 2013 pelas expressões *Big Yellow Duck* passaram a ter acesso à imagem de um modo diverso do habitualmente bloqueado pela inspeção profunda de pacotes. Como resultado, os usuários de Internet chinesa encontraram como resultado a imagem abaixo, comparada à imagem original:

Figura 2 - *Big Yellow Duck*.⁵¹



O que se observa nas imagens acima é o uso da Internet de forma criativa para burlar a indubitável e cruel violação do direito humano ao livre acesso à Internet, sobretudo como forma de controle pela força e pelo poder em Estados não democráticos. Na visão de Barretto⁵², a tecnociência oportunizou à ação da humanidade o exercício de poderes com a promessa de um futuro melhor para a humanidade, "[...] mas também se constituindo numa espada de Dâmocles, que ameaça a própria sobrevivência do homem".

⁵¹ TATLOW, D. K. **Censored in China: 'Today,' 'Tonight' and 'Big Yellow Duck'**. The New York Times, New York, 04 jun. 2013. Disponível em: <http://rendezvous.blogs.nytimes.com/2013/06/04/censored-in-china-today-tonight-and-big-yellow-duck/?_r=0>. Acesso em: 05 out 2013.

⁵² BARRETTO, V. P. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 312.

Ademais, o referido Relatório da ONU identificou manifesta transgressão dos direitos humanos, sobretudo aqueles previstos no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, interpretando-se a sua extensão aos atos relacionados ao ciberespaço, de que

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.⁵³

O que se observa na atuação de governos não democráticos é a aplicação de um denominado "poder potencial", que consiste "[...] naquele que tem a capacidade de modificar o comportamento do outro, sendo, portanto, relação entre atitudes de quem tem a possibilidade de exercer o poder e as do sujeito passivo".⁵⁴

De acordo com Sandels⁵⁵, "[...] Kant diz que somos merecedores de respeito, não porque somos donos de nós mesmos, mas porque somos seres racionais, capazes de pensar; somos também seres autônomos, capazes de agir e escolher livremente". Observa-se, portanto, que a relevância da tratativa da proteção da privacidade e dos dados pessoais, sobretudo relacionados ao direito de liberdade de expressão no ciberespaço, como direitos humanos indispensáveis ao livre exercício da democracia que, nos tempos atuais, pressupõem o livre acesso à Internet como o um exercício regular de um direito inerente à condição humana, seja pela racionalidade, seja por merecermos respeito ao fato de sermos

⁵³ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression – Report A/HRC/17/27. Publicado na décima sétima sessão do Conselho de Direitos Humanos da Assembleia Geral ocorrida em 16 de maio de 2011. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 09 out. 2013, p. 01, tradução nossa.

⁵⁴ MORAES FILHO, J. F. Poder. In: BARRETTO, V. P. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 640-642, p. 641.

⁵⁵ SANDELS, M.. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 9.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 139.

naturalmente livres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há pouco mais de uma década, quando a *Internet* ainda ensaiava os primeiros passos em território brasileiro, o compositor brasileiro e defensor da liberdade dos direitos no ciberespaço, Gilberto Gil⁵⁶ referenciou na música "Pela *Internet*" uma das primeiras impressões do que a rede representava na vida dos usuários: " Eu quero entrar na rede, Promover um debate, Juntar via *Internet*, Um grupo de tietes de Connecticut, [...] Eu quero entrar na rede para contatar, Os lares do Nepal e os bares do Gabão".

Definitivamente vive-se num tempo em que a simultaneidade proporcionada pela *Internet* oportuniza a vivência de uma experiência revolucionária da comunicação, do relacionamento social e do consumo. No sentido apresentado por Gil, vive-se na era dos *websites* e a transcendência dos *gigabytes* nas "nuvens" com a *cloud computing*. Diante disso, é inegável que as relações estabelecidas no ambiente virtual carecem da análise da ciência jurídica sob os prismas sociológico, hermenêutico, jurisdicional e do *modus operandi* que a tecnologia instiga a investigar.

O consumidor moderno cada vez mais procura a *Internet* para realizar transações comerciais, e isso ocorre por diversos fatores, como por exemplo, a otimização do tempo disponível, a tentativa de manutenção da privacidade, a amplitude na realização de pesquisas de preços.

Figura-se uma geração de indivíduos cada vez mais familiarizados com o ato de "googlear". Sim, "googlear", da tradução do verbo "*to google*", inserido no vocabulário do inglês estadunidense após a transformação do buscador *Google* em uma das maiores potências em comunicação e informação do

⁵⁶ ROHTER, L. **Gilberto Gil Hears the Future, Some Rights Reserved.** The New York Times, 11 mar. 2007. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2007/03/11/arts/music/11roht.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 29 ago. 2011.

Planeta. A *Internet* e, sobretudo o ato de "Googlear", trouxeram repercussões das mais diversas na vida individual e em sociedade, colocando em xeque diversos paradigmas da vida pós-moderna: o consumo, as relações sociais, a comunicação e a informação jamais serão as mesmas.

E diante de tais mudanças, inevitável é o de organismos internacionais como a ONU em conflitos cuja origem se deu no ciberespaço ou sobre ele repercutirão os efeitos nefastos da violação dos direitos humanos. Com o estudo desenvolvido foi possível identificar uma série de vulnerabilidades latentes, desencadeadas pelo uso de tecnologias que objetivam a proteção dos interesses de corporações empresariais e Estados.

Nesse sentido, a imprecisão jurídica oferecida pelo ordenamento jurídico em escala global, e em especial no território brasileiro, uma vez carente de regulação para a governança do ciberespaço, acaba por sujeitar as partes e os conflitos com os quais estão envolvidas à mercê da "consciência" jurisdicional, observando-se uma distância longa do que Streck defende há tempos, como a busca por uma resposta correta e adequada à Constituição.

O ciberespaço, de um modo geral, oferece novas e diferentes perspectivas e expectativas do futuro. Há um tempo, quando se assistia a um filme de ficção científica, imaginava-se o futuro que estava por vir. Agora, tem-se impressão que se aproxima da certeza de que o futuro é agora, e nesse futuro presente, indubitavelmente, é necessário promover uma imersão conceitual do Direito no ciberespaço, visando preservar a democracia e os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARBER, L. **How a soccer star sparked the freedom debate of our age.** Financial Times. Disponível em: <<http://www.ft.com/cms/s/0/45b97284-8895-11e0-afe1-00144feabdc0.html#axzz2V6M1phDE>>. Acesso em 15 jan. 2013.

BARLOW, J. P. **A Declaration of the Independence of Cyberspace.**
Disponível em: <<https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>.
Acesso em: 23 fev. 2011.

BARRETTO, V. P. **As máscaras do poder.** São Leopoldo: Unisinos, 2012.

_____. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; MOTA, M. **Por que estudar filosofia do direito?** Aplicações da filosofia do direito nas decisões judiciais. 1.ed. Brasília: ENFAM, 2011.

BRASIL. **Comitê Gestor da Internet no Brasil.** Resolução nº CGI.br/RES/2012/008/P. Disponível em: <<http://www.cgi.br/regulamentacao/pdf/resolucao-2012-008.pdf>>. Acesso em: 23 jul 2012.

_____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 dez. 2012.

_____. **Exposição de motivos ao projeto de lei n.º 2.126/2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm>. Acesso em: 24 dez. 2012.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede:** a era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

FORTES, V. B.; BOFF, S. O.; CELLA, J. R. O poder da informação na sociedade em rede: uma análise jusfilosófica da violação da privacidade e dos dados pessoais no ciberespaço como prática de violação de direitos humanos. In: ROVER, A. J.; SANTOS, P. M. DOS; MEZZAROBBA, O. (Ed.). **Governo eletrônico e inclusão digital.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 157–174.

GEERE, D. **How Deep Inspection Works?** Wired Magazine, [S.l.], abr. 2012. Seção Technology. Disponível em <<http://www.wired.co.uk/news/archive/2012-04/27/how-deep-packet-inspection-works>>. Acesso em: 03 maio 2012.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. **Recomendation Y. 2770**. Disponível em < <http://www.itu.int/rec/T-REC-Y.2770-201211-I/en>>, acesso em 04 abr 2013.

KEEN, A. **O culto do amador:** como blogs, MySpace, YouTube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

_____. **Vertigem digital:** por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Tradução: Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

LEMOS, R. **Brasil vive momento de "apagão" para leis de internet.** Folha de São Paulo, São Paulo, 18 mar. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/1247892-brasil-vive-momento-de-apagao-para-leis-de-internet.shtml>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. **Direito, tecnologia e cultura.** Rio de Janeiro: Editoria FGV, 2005. E-book publicado pela licença Creative Commons na plataforma Google Books. Disponível em: <http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=xG-2W7YnTfUC&oi=fnd&pg=PA7&dq=DIREITO,+TECNOLOGIA+E+CULTURA&ots=PXCUp6AS7u&sig=2dkpHEIZXv_3UBOaPkho2wMKO58>. Acesso em: 15 jan. 2013.

_____. **Entrevista: Os dados dos usuários são o petróleo da internet.** In: Blog Clayton Melo - IstoÉ Dinheiro. Disponível em: <<http://claytonmelo.istoedinheiro.com.br/2012/12/26/entrevista-com-ronaldo-lemos-os-dados-dos-usuarios-sao-o-petroleo-da-internet/>>. Acesso em: 24 jul. 2013c.

LESSIG, L. **Code v2**. New York: Basic Books, 2006.

MORAES FILHO, J. F. Poder. In: BARRETTO, V. P. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 640-642.

MONTEIRO, M. **O Padrão Técnico de Inspeção Profunda de Pacotes de Rede**. Observatório Brasileiro de Políticas Digitais. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Disponível em: <<http://observatoriodainternet.br/o-padrao-tecnico-de-inspecao-profunda-de-pacotes-de-rede>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

ORWELL, G. **1984**. [S.l.]: Planet eBooks, [1948] . Disponível em: <<http://www.planetebook.com/1984.asp>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

PARISER, E. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

ROHTER, L. **Gilberto Gil Hears the Future, Some Rights Reserved**. The New York Times, 11 mar. 2007. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2007/03/11/arts/music/11roht.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 29 ago. 2011.

SANDELS, M.. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 9.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

STECKLOW, P.; SONNE, S. **Shunned Profiling Technology on the Verge of Comeback**. The Wall Street Journal, New York, 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052748704243904575630751094784516>>. Acesso em: 26 set. 2013.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TATLOW, D. K. **Censored in China: 'Today,' 'Tonight' and 'Big Yellow Duck'**. The New York Times, New York, 04 jun. 2013. Disponível em: <<http://rendezvous.blogs.nytimes.com/2013/06/04/censored-in-china->

today-tonight-and-big-yellow-duck/?_r=0>. Acesso em: 05 out 2013.

UNGER, R. M. **What should legal analysis become?** New York: Verso, 1996.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression** – Report A/HRC/17/27. Publicado na décima sétima sessão do Conselho de Direitos Humanos da Assembleia Geral ocorrida em 16 de maio de 2011. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 09 out. 2013.

VASCONCELOS, F. A. **Internet:** a responsabilidade do provedor pelos danos praticados. Curitiba: Juruá, 2003.

**NATUREZA INTERSUBJETIVA DAS RELAÇÕES SOCIAIS EM HEGEL:
APORTE PARA O PLURALISMO JURÍDICO**

Tarcísio Vilton Meneghetti¹

Josemar Sidinei Soares²

INTRODUÇÃO

A relação entre indivíduo e as instituições sempre foi uma das investigações centrais da filosofia do direito, desde a *República* platônica que buscava construir o Estado Ideal como reflexo da alma dos cidadãos. Depois viriam momentos de sublime inspiração, como a procura pelo bem comum na *Política* de Aristóteles, a reprodução do Estado perfeito na Cidade de Deus de Agostinho, o surgimento do Leviatã hobbesiano, o valor singular do Indivíduo no liberalismo de Locke e a necessidade da vontade geral de Rousseau. Também Marx necessitará passar por essa reflexão, a partir de sua constatação de que as Instituições são reproduções da ideologia da classe dominante que manipula os indivíduos. O anarquismo defenderá a extinção das Instituições proclamando assim a possibilidade de Liberdade da pessoa. O liberalismo econômico propõe a redução das mesmas, deixando ao singular a possibilidade de se guiar por si só nas relações mercantis. Ao final do século XX presenciamos a derrocada do socialismo e do liberalismo, e o que vemos surgir é um meio-termo entre ambos: a política e o direito devem buscar o bem comum, a equidade, a redução das

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor no curso de graduação em Direito da UNIVALI. E-mail: tmeneghetti@kriterionconsultoria.com.

² Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Mestre em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professor no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI.

desigualdades sociais, a harmonia entre o Indivíduo e a Sociedade. O Estado precisa proteger o valor da maioria. Nem o capitalismo desenfreado nem o socialismo utópico. Como se vê, a filosofia, o direito, a política, a sociologia, a economia, as ciências humanas em sua totalidade repensam continuamente a relação entre Indivíduo e as Instituições e por consequência a relação entre os próprios indivíduos, pois é nessa dialética que se desenvolve a possibilidade de concretização do bem comum, de equidade, de progresso social e econômico, mas também de Liberdade individual ou supressão da mesma.

O objetivo do presente artigo é explorar a ideia de direito como relação de intersubjetividade na filosofia de Hegel sob a perspectiva do reconhecimento na Eticidade.

A Eticidade é a realização da Ideia de Liberdade no mundo dado, onde a vontade livre encontra a harmonia entre o Indivíduo e as Instituições. É nessa harmonia que se situa a Liberdade hegeliana. Para Hegel o indivíduo é *mitglied*, membro de uma comunidade, e na relação intersubjetiva com os demais fundamenta as leis e instituições.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação³ foi utilizado o Método Indutivo⁴, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁵, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

³ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 83.

⁴ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p.86.

⁵ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22 a 26.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁶, da Categoria⁷, do Conceito Operacional⁸ e da Pesquisa Bibliográfica⁹.

1. DA SOCIABILIDADE HUMANA

Aristóteles definiu o homem como *'zoonpolitikon'*. O homem é o animal que se interessa pelas questões da polis, pela vida comunitária. É da própria natureza humana nascer e viver no contexto das relações mútuas com os demais humanos. Aquele que consegue viver sozinho, totalmente afastado da vida comunitária, só poderia ser um deus ou uma besta, lembra o célebre filósofo.¹⁰

Também Platão estrutura a sua cidade ideal na República a partir da premissa de que o ser humano é essencialmente um ser de relação com os demais. Ninguém é capaz de realizar todas as funções para garantir a própria sobrevivência e bem-estar, daí a necessidade de distribuição de tarefas a partir da comunidade.¹¹

Esta visão do homem como ser gregário, naturalmente tendente a conviver com os semelhantes foi a tônica da maior parte dos autores clássicos (greco-romanos e medievais). A pergunta: "qual a origem do Estado?", que

⁶ "[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** p.54.

⁷ "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** p.25.

⁸ "[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** p.37.

⁹Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** p. 209.

¹⁰ ARISTÓTELES. **A Política.** São Paulo: Martins Fontes, 1991.

¹¹ PLATÃO. **A República.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

tanto atormentou os modernos não fazia sentido para os antigos.

A partir da modernidade, entretanto, triunfa o atomismo na teoria do Contrato Social, conforme a crítica hegeliana. Hobbes, Locke e Rousseau podem discordar de qual seja a natureza humana, mas concordam que é no indivíduo que está o fundamento do Estado. É o indivíduo que abre mão de parte da liberdade para contratar junto aos demais a criação de uma instituição maior que ele e que o protegerá.¹² Ou seja, a Sociedade é uma pluralidade constituída a partir das multiplicidade de unidades.

Confrontada com a antropologia e a história das antigas civilizações e povos a teoria do contrato social não parece resistir. O espartano, o ateniense, o antigo egípcio, inca, bem como os integrantes de tribos consideradas primitivas ainda existentes não se submetem às determinações morais da comunidade porque estaria implícito um pacto social, mas porque enquanto membros de uma comunidade reconhecem aquelas regras. Também o positivismo jurídico, em suas diversas correntes, sobretudo a kelseniana, parte da ideia de que o Estado é uma entidade abstrata para resolver os vínculos normativos a partir de indivíduos atomizados, conforme argumenta Heller:

Se a unidade do Estado só nos fosse dada realmente 'pela ciência jurídica' (Kelsen, Staatsbegriff, p. 8), seria evidentemente inconcebível como realidade. A união normativa interindividual que se dá na ordem jurídica entre vontades individuais que na realidade estão dissociadas, não basta para explicar a existência do Estado. A unificação volitiva, em virtude da qual nasce no indivíduo a vontade eficaz para o coletivo, produz-se, sobretudo, como um processo de ordenação e acomodação dentro de cada indivíduo, que se vê pressionado em cada momento pela conveniência social e em quem a educação de numerosas gerações gerou o

¹² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Phänomenologie des Geistes**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 (Werke in zwanzig Bänden, 3) auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel; ROSENFELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

estado habitual de uma consciência de nós mais ou menos clara e firme.¹³

A argumentação meramente jurídica de justificação do Estado e sua normatividade é insuficiente, pois a obediência dos indivíduos às normas impostas pelo Estado não se pode explicar recorrendo apenas à termos jurídicos. O fato de o indivíduo harmonizar-se com os demais e aceitar viver conforme regras sociais mais ou menos claras e estabelecidas está intimamente vinculada à educação de gerações visando a formação de um indivíduo socializado e compenetrado nos meios sociais. Não é simplesmente por ser regra obrigatória que o indivíduo obedece ao Estado, mas por ser educado socialmente a se adaptar às normas sociais, inclusive aquelas emanadas pelo Estado. De certa forma a educação das instituições intermediárias, como família, escola, sociedade civil, entre outras, prepara a consciência individual para aceitar a submissão ao poder estatal.

O Estado, ainda que entendido em acepção meramente jusnormativa, depende primeiramente da natureza social do homem, pois as normas abstratas formuladas para regulamentar o corpo de cidadãos não é a razão de vínculo entre os cidadãos, mas um instrumento para organização de uma dada Sociedade já construída historicamente, culturalmente, socialmente. Primeiro determinadas pessoas passam a conviver e seguir certas regras, costumes, e apenas depois tais regras passam a se tornar mais complexas e abstratas. Em algumas Sociedades o nível de complexidade alcança patamares tão elevados que requer-se a instituição do Estado.¹⁴ Mas tal

¹³ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968. Título original : Staatslehre. p. 279.

¹⁴ "A instituição estatal justifica-se, pois, pelo fato de que em uma determinada etapa da divisão do trabalho e do intercâmbio social a certeza de sentido e de execução do direito tornam-se necessárias ao Estado. Do mesmo modo que o aumento do tráfego urbano até um certo grau reclama uma regulação do mesmo, e inclusive órgãos de polícia de tráfego, assim também o desenvolvimento da civilização torna precisa uma organização estatal cada vez mais diferenciada para o estabelecimento, aplicação e execução do direito. A instituição do Estado aparece, deste modo, justificada pelo fato de ser uma organização de segurança jurídica, e só por isso." HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 267. Fundamental a ênfase na expressão 'segurança jurídica', pois o Estado é a instituição que põe as regras concebidas pela sociedade, bem como as regras que permitem a alteração das anteriores, ou seja, cria as condições jurídicas para que as forças internas possam agir sem recorrer aos meios violentos. Se há regras que explicam o funcionamento interno daquela sociedade haverá

instituição, como lembra Sacco, não é obrigatória nem presente na maioria das Sociedades humanas.

O contrato social e em geral a maior parte das doutrinas políticas modernas, lembra Hegel, partem do pressuposto que o homem existe primeiramente enquanto indivíduo e só depois enquanto ser político e intersubjetivo. Mas esta visão não resiste à realidade. O homem é, desde o nascimento, um ser social.

Também León Duguit lembra que a ideia de indivíduo atomizado não existe na realidade e não pode ser comprovada empiricamente por nenhum método.¹⁵

Qual outra espécie do reino animal necessita tantos anos de acompanhamento adulto para sobreviver? A maioria das espécies depois de poucos dias ou meses escapam do convívio familiar e passam a viver isoladamente (ou formam seus próprios bandos com outros singulares da espécie). Já o ser humano deixado sozinho na natureza não sobreviveria mais que pouquíssimos dias, pois sozinho é incapaz de se alimentar e resistir às dificuldades impostas pela natureza. O ser humano é, desde o início, dependente de outro ser humano.

Não é apenas o conceito de Estado que deriva da natureza social do homem, mas também o de comunidade, de nação, de povo, de tribo, de família, e, podemos alargar, ao de qualquer instituição moderna, como a empresa e os partidos políticos. Todas estas instituições seriam conexas à ideia de dialética do reconhecimento, para utilizar terminologia hegeliana. O fundamento das instituições e da vida comunitária (incluindo o Estado) está

também a estipulação dos meios de modificar tais regras, não aceitando que determinados grupos tentem impor suas vontades por violência física, bem como se defina limites mínimos de proteção à sociedade em geral. A instituição do Estado (prevalecendo sobre outras instituições sociais, como a família, as corporações, etc.) parece ser resultado da progressiva complexificação das sociedades modernas.

¹⁵ DUGUIT, Leon. **Souveraineté et liberté**: leçons faites à l'Université Columbia, New York 1920-21. Paris: Librairie Alcan, 1922.

na natureza social do ser humano.¹⁶

Com isso não se pretende dizer que o homem é primeiramente um ser coletivo e só depois individual. É evidente que cada ser humano existe em si mesmo. O que busca-se enfatizar é que o ser humano é um ente relacional, que vive a partir de relações intersubjetivas. Isto é bastante diferente de afirmar que o coletivo é superior ao indivíduo. Mesmo o livre mercado, instituição que consagra a necessidade egoísta (no sentido positivo de buscar a própria satisfação e felicidade e não de exploração do outro) do homem, depende das relações intersubjetivas para ser efetivado.¹⁷

Há a natureza individual de cada pessoa, mas tal natureza já é constituída como aberta às múltiplas e infinitas relações intersubjetivas com o mundo, aquilo que podemos definir como díades.

Ser cidadão, na polis grega, e mesmo na República romana, não era apenas ser detentor de direitos e deveres, tal como se observa na maioria das

¹⁶ Importante neste ponto acrescentar o argumento de Heller, demonstrando que o Estado expressa sempre a realidade social e cultural de seu povo, justificando assim a precedência da Sociedade em relação ao Estado: O Estado, porém, não pode ser concebido nem como sociedade nem como comunidade exclusivamente. A sua lei decisiva de formação é certamente a organização; pois não só por meio dela cresce consideravelmente o seu valor de efetividade social, mas sem ela não tem, em geral, existência. Mas, por outra parte, não deve ser considerada em nenhum caso como mero produto da técnica organizadora, como acontece na sociedade anônima; o indivíduo aparece sempre inserido no Estado, voluntária e involuntariamente, segundo zonas vitalmente importantes do seu ser. A organização da sociedade anônima pode ser completamente independente da maneira de ser dos acionistas. Em compensação, a organização estatal penetra profundamente na vida pessoal do homem formando assim o seu ser, ao mesmo tempo em que, por seu lado, os membros influem decisivamente sobre ela. Por isso dizemos que o Estado é uma forma organizada de vida cuja Constituição se caracteriza, não só pela conduta normada e juridicamente organizada dos seus membros, mas ainda pela conduta não normada, embora normalizada, dos mesmos". HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 297. Nas sociedades anônimas é possível que suas culturas e atividades apresentem estilos totalmente diversos à personalidade dos seus acionistas, pois não necessariamente há vínculo direto entre eles. Tal cisão existencial é impossível no Estado, pois este ao mesmo tempo em que imprime o modo de viver aos indivíduos recebe destes as condutas que tendem a ser normalizadas e normatizadas futuramente. O Estado expressa a sociedade e a sociedade expressa o Estado, embora sejam conceitos distintos.

¹⁷ Hegel introduz o conceito de *Mitglied*, do indivíduo como membro da comunidade, no sentido de desta realidade integrar a própria condição humana. HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982 (Werke in zwanzig Bänden 7) [mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

democracias contemporâneas (que tendem a enfatizar inclusive de sobremaneira os direitos). O cidadão grego tinha direito a votar, a ser eleito, a discutir as grandes questões públicas nas assembleias, sendo que daí a exigência do desenvolvimento da oratória e da arte retórica, tão importantes e popularizadas pelos sofistas na antiguidade. Mas por outro lado era ele quem deveria buscar as armas e defender a Polis nos tempos de guerra, que naquele período, eram frequentes, pois a forma de poder e construir hegemonia sobre determinado local era, em grande parte, estruturado sobre o poder bélico. Se a Polis era a cidade dos homens livres, como Ésquilo gosta de enaltecer em *Os Persas*, distinguindo-a do império na qual o monarca exerce total poder sobre o povo, como era comum na maioria das antigas civilizações orientais, isto significava que de fato a Polis era o organismo que resultava da harmonia entre os diversos agentes que a integravam. O cidadão grego não via a Polis como uma instituição externa, lançada sobre ele de forma opressora, mas como uma extensão de seu próprio corpo. A doença da Polis era a doença do cidadão. A saúde da Polis era a saúde do cidadão, conforme apresentado pela República de Platão. Os atenienses clássicos, ao menos aqueles da época dourada que se inicia com Péricles, sabiam que a luta pela Liberdade exigia também elevada carga de responsabilidade.¹⁸

É certo, portanto, que o Estado origina-se da natureza social, intersubjetiva, do homem. Mas também a família, a corporação medieval, as ordens de cavalaria, as sociedades empresárias contemporâneas, as tribos, clãs, e mesmo as organizações criminosas, nascem da natureza social do homem. Todas estas instituições sociais, de modo consciente ou não, carregam a ideia de que o homem é um ser social, que deseja conviver com o outro para assim realizar determinado fim comum. A vida em Sociedade permite alcançar resultados de bem-estar superiores àqueles disponibilizados ao indivíduo atomizado (que até pode ser teorizado mas dificilmente constatado empiricamente).

¹⁸ FINLEY, Moses. La democrazia degli antichi e dei moderni. Roma: Laterza, 2010.

A opção pelo Estado, seguindo a teoria de Heller, parece ser consequência da própria história moderna ocidental, pois em determinados territórios conviviam diversas etnias, culturas religiosas e inclusive de línguas distintas, e que ainda precisavam se defender militarmente de agrupamentos humanos externos. Como, por exemplo, reunir sob a mesma bandeira a diversidade de povos, línguas e culturas que conviviam no mesmo espaço onde hoje é a Espanha, a França ou a Itália?¹⁹ O Estado, dessa forma, surgiu como opção viável e inteligente para tentar resolver tal paradigma.

O Estado, para Heller, é uma unidade de vontade e de ação, resultante da pluralidade de vontades e não subordinada a nenhuma outra unidade política decisória superior. Assim, sempre que se fala em soberania do Estado, se vincula, de alguma forma, a soberania do povo. A unificação das vontades se dá pelo princípio majoritário e pela representação, meios técnicos que possibilitam ao povo, como unidade, dominar ao povo como pluralidade, permitindo, assim, que o povo seja o sujeito da soberania.²⁰

O Estado é a unidade na pluralidade, no sentido de que dá forma e ordem às divergências internas, às contradições que permeiam a pluralidade real na vida moderna. Sem o Estado há inúmeras instituições disputando por espaço na vida social, com o Estado há a possibilidade da totalidade de

¹⁹ Adverte Habermas: "A concepção republicana naturalmente não exclui que comunidades étnicas possam conferir-se uma constituição democrática e possam se estabelecer como Estados soberanos, na medida em que essa independência se legitime a partir do direito individual de cada cidadão a viver em liberdade, de acordo com as leis. Porém, via de regra, os Estados nacionais não se desenvolvem de modo pacífico, a partir de etnias individuais, que vivem de forma isolada. Com muito maior frequência eles se expandem para regiões, tribos, subculturas e comunidades linguísticas e religiosas vizinhas. Os novos Estados nacionais surgem geralmente à custa de 'povos inferiores' assimilados, oprimidos ou marginalizados. A formação de Estados nacionais sob o signo do etnonacionalismo foi quase sempre acompanhada de sangrentos rituais de limpeza e sempre submeteu novas minorias a novas repressões". HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? *In* HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** - estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004. Título original: Die Einbeziehung des Anderen- Studien zur politischen Theorie. p. 168.

²⁰ BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. *In* LIMA, Martonio Mont ` Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006.p. 337.

indivíduos, ainda que de realidades distintas, dialogarem tendo em vista o bem comum. É a unidade que ordena a pluralidade de atores.

A ideia de pluralidade de atores, de pluralidade de relações sociais e de intersubjetividades humanas está na raiz da maioria das argumentações de pluralismo jurídico, que em geral defendem que o direito transcende o monismo estatal, podendo ser observado em diversas instâncias da existência humana. Os direitos de organizações religiosas, como é o caso do direito canônico da Igreja Católica, os direitos consuetudinários de tantos povos ainda dispersos pelo mundo, os direitos elaborados dentro das organizações empresariais, o novo direito comercial transnacional oriundo de contratos privados entre multinacionais, são exemplos de elaborações de normas e regras, escritas ou não, que disciplinam a conduta de atores individuais e coletivos no mundo. Salienta Wolkmer:

Obviamente, o pluralismo engloba fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos ou culturais, uma formulação teórica e prática da pluralidade no direito. Ora, o pluralismo no direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o direito, abrindo escopo para uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários. Sem adentrar em uma discussão sobre as variantes de pluralismo jurídico, seja do paradigma 'desde cima', transnacional e globalizado, seja do modelo 'desde baixo', das práticas sociais emancipadoras e dos movimentos sociais, importa sublinhar a proposição de um constitucionalismo pluralista, comunitário e intercultural. Daí a aproximação e integração entre constituição e pluralismo democrático, projetando a perspectiva de um novo Estado de Direito. De uma constituição que consagre e reafirme o pluralismo como um de seus princípios basilares, prescrevendo não só um modelo de Estado pluridimensional, mas,

sobretudo, como projeto para uma sociedade intercultural.²¹

A modernidade monopolizou toda a produção e aplicação jurídica na instituição do Estado, simplificando a complexidade da vida social, pois ignora a realidade social como sendo de natureza pluralista. O monismo estatal hoje é atacado tanto de cima como de baixo. De cima pelas forças transnacionais e globalistas, que defendem a realidade supranacional e supraestatal, no sentido de que o Estado-Nação já não consegue ser eficiente como regulamentador das relações cada vez mais difusas e transnacionais no século XXI. Os que atacam o monismo estatal de cima citam o comércio internacional, o meio ambiente, a proteção aos direitos humanos e o combate ao crime organizado como exemplos de matérias em que o Estado-Nação parece incapaz de conferir soluções eficazes. Já os que atacam o monismo estatal de baixo alertam para o fato de que monismo simplificou a realidade social, padronizando as relações sociais, econômicas e jurídicas apenas no viés liberal-burguês, marginalizando parcelas consideráveis da Sociedade a não se verem refletidas na realidade estatal.

É necessário salientar que o pluralismo jurídico é compatível com a Constituição, pois reconhecer a diversidade de ordenamentos jurídicos, conforme o entendimento de Santi Romano, não significa, necessariamente, ser contrário à submissão à Constituição como unidade que ordena a pluralidade. A Constituição não é apenas expressão da realidade estatal, mas da própria Sociedade, sendo assim a própria Constituição tem poder para reconhecer a pluralidade de instâncias que permeiam a diversidade social, conferindo a esta diversidade a competência para regulamentarem a si mesmas. O reconhecimento de tais realidades na Constituição permitiria inclusive a criação de métodos de resolução de conflitos entre tais instâncias. A Constituição, documento oficial que integra e harmoniza as reivindicações das várias camadas sociais, poderia se tornar a pedra fundamental da qual emanam diversos ordenamentos jurídicos dentro da

²¹ WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano**. Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 21.

própria nação.

Dessa forma assinala Perez Luño²²:

[...] nossa ordem axiológica constitucional, responde a uma estrutura aberta e dinâmica, corolária do pluralismo político, consagrado também em nossa Lei das leis como o valor superior do ordenamento jurídico. Nosso estatuto de direitos e liberdades se faz, desse modo, fundado em uma ordem pluralista, combinada com uma sociedade aberta. Esta estrutura pluralista é a que legitima os representantes parlamentares para uma concretização e desenvolvimento legislativo dos direitos fundamentais, de acordo com as aspirações sociais manifestadas pelas maiorias. De igual modo, o próprio processo hermenêutico constitucional atua com um leitor aberto às distintas exigências e alternativas práticas ou melhor, como uma instância crítica capaz de 'ponderar os bens', a fim de resolver e canalizar os conflitos que podem dar-se entre os diversos valores e interesses tutelados pela normativa constitucional.

A Constituição, sobretudo em sua visão pós-Segunda Guerra Mundial, oferece um amplo leque de direitos fundamentais, valores e interesses, que muitas vezes entram em conflito, pois emanam das divergências sociais, ideológicas, políticas e econômicas que caracterizam as Sociedades cada vez mais pluralistas. É difícil compatibilizar um pensamento constitucional que pretende ser aberto à pluralidade fática com a visão monista e purista que marca a tradição positivista kelseniana. Ou seja, de um lado a própria ordem constitucional parece cada vez mais reconhecer a pluralidade das Sociedades contemporâneas, e por outro a mesma ordem constitucional apresenta dificuldades para harmonizar os vários interesses conflitantes.

O direito moderno e liberal encontra sérias dificuldades para lidar com o pluralismo, tendo em vista que reduz quase todas as dialéticas sociais àquela Indivíduo-Estado, ignorando as instituições intermediárias. O ser

²² LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (sem título original no exemplar utilizado). p. 23-24.

humano é indivíduo, mas também é membro de diversos grupos sociais, além do Estado. Um dos grandes desafios para a Ciência Jurídica contemporânea é justamente conseguir abarcar a pluralidade de relações humanas em um ordenamento ou conjunto de ordenamentos jurídicos em harmonia.

Na sequência apresentam-se elementos da filosofia política hegeliana, uma das primeiras abordagens modernas a tentar enfrentar a questão da pluralidade de relações humanas internas ao Estado. Daí que a análise do pensamento hegeliano pode oferecer interessantes subsídios para compreender a situação contemporânea. Na seção 2 do artigo será apresentada a concepção hegeliana de intersubjetividade, para então na seção 3 demonstrar o impacto destas nos conceitos políticos e jurídicos do autor, sobretudo em suas obras *Fenomenologia do Espírito* e *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito*.

2. INTERSUBJETIVIDADE EM HEGEL

Para compreender a posição da filosofia política hegeliana dentro da complexa sistemática do autor é preciso fazer algumas considerações acerca da Filosofia do Espírito dentro da Enciclopédia das Ciências Filosóficas, obra em três volumes em que Hegel apresenta sistemática a relação entre cada um dos conceitos por ele explorados nas demais obras. Na Enciclopédia a filosofia política está inserida no terceiro momento, a da Filosofia do Espírito, depois da Ciência da Lógica e da Filosofia da Natureza.

A Liberdade é uma possibilidade, que pode vir a se tornar efetivada. É responsabilidade do Indivíduo realizar da Liberdade em si mesmo e no mundo. Não basta ao espírito ser livre em conceito ou em possibilidade, é necessário que o seja de modo efetivo no mundo.

Também é substancial compreender o início da citação, quando se afirma que a Liberdade passa pela autonomia em relação ao Outro, mas que essa

autonomia não é fugir do Outro, mas uma vitória no Outro. Isso será demasiadamente importante para se compreender a exposição de todo este trabalho. A relação do Eu com o Outro deve ser uma relação de independência para ambos, porém sem a exterminação de uma das partes. O extermínio do Outro não é Liberdade, mas fuga do Outro. E essa mensagem Hegel já expôs de modo decisivo e emblemático na célebre dialética entre senhor e escravo na *Fenomenologia do Espírito*.

A intersubjetividade é essencial para a Filosofia do Espírito de Hegel. E isso pode ser extraído da parte final da citação acima. A Liberdade se faz quando o espírito liberta-se de todas as formas que não são próprias ao conceito do espírito. Essas formas precisam ser transformadas em uma efetividade perfeitamente apropriada ao conceito do espírito. Isso se tornará mais assimilável ao longo do trabalho, quando for apresentado que a Liberdade não passa pela eliminação das Instituições, mas na transformação dessas em algo apropriado ao conceito do espírito. Tal discussão é o cerne da presente pesquisa.

Em síntese, o espírito consiste numa dialética de intersubjetividade do Indivíduo com a Natureza e o mundo. O homem nasce em um mundo que é um Outro, e depois se vê rodeado de outros seres-Outros, outros homens. Por fim, há as todas as construções racionais humanas, como o direito, a moral, as Instituições, as ciências e assim por diante. Tudo isso é um Outro, que me provoca a agir de um determinado modo. Porém, todas essas construções refletem também a vontade humana em transformar o mundo natural em um mundo humano, e isso é algo fundamental quando se pensa em Liberdade diante do mundo.

Não se pode pensar a Liberdade em Hegel apenas na Liberdade individual, na *minha* Liberdade, na *tua* Liberdade. Antes disso, a Liberdade é uma ideia que se engendra no espírito, e o espírito envolve tanto os particulares, os Indivíduos singulares, como a relação entre eles, nas formas da família, da sociedade civil, do Estado, e inclusive na relação de todos eles com o mundo. Trata-se, portanto, de uma Liberdade em sentido bastante amplo.

Tal amplitude pode ser melhor compreendida com as palavras de Peperzak:

The further development of Hegel's philosophy of spirit, which has now reached its appropriate foundation or "soil", consists in the gradual unfolding of the spirit's self-determination through aspectual manifestations of its reason-ability, which it then transcends and integrates as moments of its own life. As *Wissen*, this life is not a passive reception; rather, it is a position, production, and creation (*Erschaffung*). The spirit's eternal movement appears in Hegel's systematic discourse as a development or unfolding (*Entwicklung*) from its emptiest to its most fulfilled actuality, which is found in the absolute freedom of perfect self-knowledge as the highest praxis of creative and self-relevatory "actuality".²³

A partir do momento que o espírito produz o mundo à sua reflexão, atualiza não apenas o mundo, mas a si mesmo. Esse trabalho de criação do mundo produz a efetivação da ideia de Liberdade num movimento gradual consoante ao de autorrevelação do espírito.

No espírito subjetivo temos a divisão em antropologia, fenomenologia, estudada mais profundamente na obra *Fenomenologia do Espírito (1807)* e psicologia. Aqui se analisa o Indivíduo enquanto consciência, enquanto singularidade em seus aspectos internos e na sua relação com os demais. Trata-se de um estudo eminentemente existencial e, por vezes, inclusive psicológico. O espírito nesse momento é subjetivo justamente por explorar os aspectos da subjetividade humana, a qual se apresenta em cada consciência, porém em cada uma de modo diferente. Dois sujeitos possuem dilemas, complexidades e aspectos internos sempre distintos.

Depois da realidade singular do homem passa-se ao estudo da realidade objetiva e concreta, que é o mundo externo. Este trabalho se concentrará no estudo dessa parte, pois é aqui que se fazem presentes as relações sociais, jurídicas, políticas, morais entre as pessoas. Com efeito, é nesse momento que se pode estudar a relação entre o Indivíduo e as Instituições.

²³ PEPERZAK, Adriaan. **Modern Freedom**: Hegels Legal, Moral and Political Philosophy. Dordreeht: Kluwer Academic Publishers, 2001.

O espírito é então objetivo porque explora questões que envolvem todos os Indivíduos da mesma maneira, numa universalidade. É na universalidade que se estuda o direito, a ética e a política, pois essas dimensões são criadas visando o universal, ainda que esse deva conter o particular. O espírito objetivo se desdobra no direito abstrato, na moralidade e na eticidade, Instituições que serão analisadas mais profundamente neste trabalho. Também o direito integra o mundo da eticidade.

Pode-se dizer que numa abordagem hegeliana o Direito surge como fenomenologia porque é emanado pelos costumes e valores reconhecidos por determinada Sociedade. As normas e instituições jurídicas não são regras absolutas, mas resultados do percurso histórico. O movimento de negação das regras e instituições, entretanto, permitira visualizar a Ideia que as faz movimentar, ou seja, a própria lógica jurídica que subsistiria subterraneamente ao movimento concreto do Direito.

Observa-se agora abordagem conferida na obra *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito*.

Hegel inicia a exposição da Eticidade no § 142:

A eticidade é a *ideia da liberdade*, enquanto Bem vivente, que tem na autoconsciência seu saber, seu querer, e pelo agir dessa, sua efetividade, assim como essa tem, no ser ético, seu fundamento sendo em si e para si e seu fim motor, - [a eticidade é] o *conceito da liberdade que se tornou mundo presente e natureza da autoconsciência*.²⁴

Por autoconsciência entende-se aqui a mesma figura da consciência de si, já indicada na Fenomenologia do Espírito. Somente por meio da consciência de si é possível elevar um projeto social como a eticidade.

²⁴ "Die Sittlichkeit ist die *Idee der Freiheit*, als das lebendige Gute, das in dem Selbstbewußtsein sein Wissen, [und] Wollen, und durch dessen Handeln[,] seine Wirklichkeit, [hat] sowie dieses an dem sittlichen Sein seine an und für sich seiende Grundlage und [seinen] bewegenden Zweck hat, - der *zur vorhandenen Welt und zur Natur des Selbstbewußtseins gewordene Begriff der Freiheit*". FD, *A eticidade*, § 142, HW 7, p. 292. HEGEL, G. W. F. **Filosofia do Direito**. Tradução de Paulo Meneses. São Paulo: Loyola, 2010.

Muitas interpretações foram feitas da *Filosofia do Direito* de Hegel, da liberal ao comunismo, do enaltecimento do indivíduo ao absolutismo estatal. A eticidade, conforme exposto no conceito do § 142, não se baseia nesta fragmentação.

A eticidade resultada do saber e do querer da consciência de si, depois de superar diversos momentos, a se iniciar pela dialética do reconhecimento. A eticidade é o conceito da liberdade que se tornou mundo presente e natureza da consciência de si, isto é, a própria ideia de Liberdade realizada, de que de tal forma se tornou uma segunda natureza da consciência de si.

O ser ético, dessa forma, não é externo e coercitivo à consciência, mas seu próprio conteúdo, de tal forma que as instituições e leis que derivarem daquela comunidade e Estado não são opressoras contra seus membros, mas a manifestação da vontade dos indivíduos.

Isto não significa que Hegel autoriza considerar qualquer Estado como livre e manifestação da eticidade. A eticidade é um processo espiritual e histórico, e que nasce apenas de uma série de dialéticas fenomenológicas e históricas efetuadas pelo indivíduo e pela humanidade, de tal forma que para Hegel seria possível somente na modernidade²⁵.

O mundo ético é harmônico e dialético, onde uma série de interesses (família, sociedade civil, Estado, indivíduo, etc.) coexistem, às vezes de modo conflituoso, mas sem jamais ameaçar a existência do ser ético, ou da eticidade em si.

A eticidade seria aquele momento de convivência social onde os indivíduos sabem ser membros efetivos de uma totalidade maior, seja ela o Estado ou a comunidade em geral, e respeita a Constituição e as normas emanadas pelo Poder Público não por atitude de obrigação mas por vontade livre.

²⁵ Embora possua relação, a eticidade da *Filosofia do Direito* não é a mesma eticidade da *Fenomenologia do Espírito*, que se refere ao mundo grego. O vínculo entre ambos é a Harmonia, imediata no mundo grego e mediatizada na modernidade.

Por outro lado, a substância ética, suas leis e suas potências, não passam, para o sujeito, como algo de estranho, mas, tem o testemunho de constituir em si mesma sua própria essência, onde tem o seu sentimento e nele vive como um elemento não diferente de si. Trata-se de uma relação imediata, que é mais idêntica que na *fé* e na *confiança*.²⁶

Entretanto, mais importante que o respeito em si às instituições e normas, que parecem ser mais efeito que causa, é o processo de reconhecimento mútuo, já realizado pelas consciências de si. O indivíduo não agride o outro e as instituições porque reconhece o outro e as instituições como ele próprio, pois todos são membros de uma totalidade orgânica, logo agredir o outro é agredir a si mesmo. Objetivamente falando o homicídio não é o ato de matar apenas um indivíduo, mas a própria ideia de humanidade, e o representante eleito que se aproveita de seu cargo para praticar atos ligados à corrupção não está apenas enriquecendo ilícitamente, mas agredindo o ser ético do Estado. Entretanto, tais preocupações e discernimentos não perpassam a consciência do sujeito que pratica tais atos.

Não se reputa aqui que o sujeito precisa saber discernir as ideias de reconhecimento e ser ético. Na verdade, se tal ideia estivesse enraizada em seu ser, de modo inconsciente ele se negaria a praticar tais atos. O problema não é a inconsciência da dialética do reconhecimento, mas a sua falência ou até inexistência nos dias atuais.

O problema é existencial e, portanto, anterior à esfera jurídica, política e social, anterior inclusive à esfera ética/moral.

Na dialética do reconhecimento hegeliana a consciência precisa sair de si e reconhecer o outro como a si mesmo. Como já salientado, Hegel substituiu o amor pela luta/conflito, portanto não se trata de exigir das pessoas o

²⁶ "Anderseits sind sie dem Subjekte nicht ein *Fremdes*, sondern es gibt das *Zeugnis des Geistes* von ihnen als von *seinen eigenen Wesen*, in welchen es sein *Selbstgefühl* hat und darin als seinem vo sich ununterschiedenen Elemente lebt, - ein Verhältnis, das unmittelbar noch identischer als selbst *Glaube* und *Zutrauen* ist. FD, *A eticidade*, § 147, HW 7, p. 295. HEGEL, G. W. F. **Filosofia do Direito**.

amor, o sentimento genuíno pela humanidade, como queria Fromm, e como foi tão salientada na filosofia cristã, mas apenas um sentimento de respeito mútuo pelo outro, de reconhecimento de seu valor e humanidade, de entender que o outro é igual a ele mesmo, então ambos membros de um mesmo projeto social maior. Amor seria uma etapa ainda mais evoluída desse processo.

O que se coloca em questão é se uma consciência que não reconhece o outro pode reconhecer a si mesma. Como afirmava Hegel, reconhecimento é necessariamente mútuo. Ser pessoa implica em ser reconhecido por outros como pessoa, da mesma forma que ser proprietário de um bem implica em reconhecer o outro também como proprietário de um bem. Não há real dicotomia entre direitos e deveres. Exercer o direito responsabiliza o sujeito no dever de respeitar o direito alheio.

A sociabilidade parece fato natural ou ao menos indispensável ao ser humano. Para os gregos era um dado evidente, formulado na famosa sentença aristotélica de que um indivíduo que vive isolado só poderia ser um deus ou uma besta. É da condição humana buscar o outro. O ser humano não apenas vive, mas convive. A crise contemporânea de convivência, explicada parcialmente pelo excesso de egoísmo (narcisista) põe em debate uma crise ainda mais profunda, que acomete a própria natureza humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para Hegel as instituições políticas e jurídicas surgem da relação dialética de reconhecimento entre os indivíduos membros de cada comunidade. É do processo de reconhecimento do Eu no outro que emanam a família, as instituições da sociedade civil, como o mercado, o Estado, e as normas jurídicas como um todo.

A comunidade ordenada é aquela em que os interesses individuais estão em

harmonia com as necessidades coletivas, gerando o bem comum, benefícios universais aos membros envolvidos. Para Hegel este seria o sistema da vida ética, da eticidade.

Na eticidade as relações intersubjetivas superam a dicotomia subjetivo-objetivo e se tornam querer e saber da própria consciência de si, ou seja, as leis éticas se tornam uma segunda natureza, de tal forma que viver conforme as instituições de sua Sociedade e Estado não são uma forma de abuso, mas o reflexo da própria vontade.

O referente acima pode auxiliar na discussão da intersubjetividade no direito contemporâneo, pois cada regulamentação jurídica nasce da necessidade de ordenar determinada relação, seja entre sujeitos, seja entre sujeitos e coisas. É o momento, portanto, de repensar o direito de matriz individualista, conforme preconizou a ideologia liberal-moderna, pois o fundamento da norma não parece ser o indivíduo isolado, atômico, inexistente na realidade natural, mas a relação entre dois polos. Sendo o ser humano naturalmente sociável o direito regulamentaria sua relação com os demais e com os objetos em geral, sob o prisma do bem comum, daquilo que é universalmente válido e benéfico para todos.

Desse modo, a visão hegeliana, que tenta conciliar a pluralidade de instituições diante da unidade estatal, oferece reflexões importantes de como enfrentar a perspectiva do pluralismo jurídico contemporâneo, sobretudo na esfera nacional, pois obstáculo importante é aquele de como estabelecer a relação entre o ordenamento estatal e os ordenamentos infraestatais (família, organizações públicas e privadas, movimentos sociais, comunidades indígenas, etc.).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. *In* LIMA,

Martonio Mont ` Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006.

BURZIO, Piero. **Lettura della Fenomenologia dello Spirito di Hegel**. Torino: UTET Libreria, 1996.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

DUGUIT, Leon. **Souveraineté et liberté**: leçons faites à l'Université Colombia, New York 1920-21. Paris: Librairie Alcan, 1922.

HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? *In* HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** - estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004. Título original: Die Einbeziehung des Anderen- Studien zur politischen Theorie.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito**. Tradução de Paulo Meneses Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. Petrópolis: Vozes, 2005.

HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982 (Werke in zwanzig Bänden 7) [mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

HEGEL, G. W. F. **Phänomenologie des Geistes**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 (Werke in zwanzig Bänden, 3) auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968. Título original : Staatslehre.

HYPOLITE, Jean. **Gênese e Estrutura da Fenomenologia do Espírito de Hegel**. 19 ed. São Paulo: Discurso Editorial, 1999. Genèse et structure de la Phénoménologie de l'esprit de Hegel.

FINLEY, Moses. **La democrazia degli antichi e dei moderni**. Roma: Laterza, 2010.

JARCZYK, Gwendoline. **Au confluent de la mort: l'universel et le singulier** dans la philosophie de Hegel. Paris: Elipses Edition, 2002.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Abril Cultural, 2005.

KOJÈVE, Alexandre. **Introdução à leitura de Hegel**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Editora da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2002. Título original: Introduction à la lecture de Hegel.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (sem título original no exemplar utilizado).

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

PLATÃO. **A República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ROSENFELD, Denis (coord.). **Hegel, a moralidade e a religião**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

SAINTILLAN, Daniel. **Hegel et Héraclite ou le Logos qui n'a pas de contraire**. In: D'HONDT, Jacques. **Hegel et la pensée grecque**. Paris: Presses Universitaires de France, 1974.

WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano**. Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

TRANSJUDICIALISMO E SUA UTILIZAÇÃO DIANTE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Gabriela Calliari¹

Alessandra Vanessa Teixeira²

INTRODUÇÃO

O processo de transjudicialismo tem ganho grandes e importantes contornos dentro do cenário mundial, estando bem difundido em locais como a Europa e os Estados Unidos da América. Atualmente espera-se sua utilização com grande expectativa na América Latina.

Entendendo e aceitando a ideia de globalização, pode-se compreender a ideia do transjudicialismo e a sua importância para a concretização de alguns direitos. Deve-se observar cada Estado soberano dentro do seu âmbito interno e também sua contribuição e importância dentro de um todo maior, que se considera como o direito internacional, direito este que dá origem à ideia de transjudicialismo.

No que se refere à América Latina, ela é marcada por avanços e retrocessos quando o assunto é direito internacional. Marcante procedimento vem sendo visualizado denominado de Controle de Convencionalidade, visando a aplicação dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente dentro de cada Estado participante.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Meridional - IMED. E-mail: gabi.calliari@gmail.com

² Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista Capes (taxa). Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Meridional - IMED. E-mail: alessandra.sp@hotmail.com

A relevância dos direitos humanos atualmente está presente em todas as relações interpessoais e intergovernamentais, envolvendo diversos Estados estrangeiros. Não há como se falar em direitos humanos sem estudar direito internacional e para isso é demasiado importante e interessante entender o novo paradigma do transjudicialismo que, embora não reconhecido amplamente na doutrina brasileira, sua prática já está sendo visualizada nas decisões de algumas cortes nacionais.

1. TRANSJUDICIALISMO: QUEBRA DO PARADIGMA E CAMINHO À MODERNIDADE

Dentro do sistema jurídico brasileiro pode ser observada uma interação diária entre diversos juízes e/ou cortes nacionais, quando trata-se de Jurisprudência, Súmulas ou Orientações Jurisprudenciais, as quais são mecanismos judiciais para a unificação de decisões, algumas com sentindo vinculante, outras apenas orientações, de modo a garantir uma maior segurança jurídica aos cidadãos. Ademais, é uma forma de garantir que, para situações iguais, as decisões serão decididas na mesma linha de raciocínio e fundamentação.

Tudo isso parece mais fácil de ser visualizado dentro de um único Estado/Nação. No entanto, se diferentes Estados pudessem adotar decisões já proferidas em outros Estados para resolver uma situação análoga, criaria-se uma situação muito mais vantajosa. Haveria um Estado soberano aplicando decisões proferidas anteriormente por outro Estado igualmente soberano, aos seus cidadãos. Isso é o que representa o transjudicialismo, novo paradigma que vem ganhando contornos significativos nos Estados Unidos da América, na Europa e recentemente na América Latina.

O processo de globalização propiciou uma grande expansão cultural, social e até mesmo econômica, ultrapassando as fronteiras nacionais de cada

Estado e tornando os indivíduos cidadãos de um diálogo multicultural³, diminuíram-se as distâncias e aumentou-se a interação mundial. A globalização é um processo irreversível e afeta toda a humanidade na mesma medida, podendo tanto a dividir como a unir, e os Estados podem sofrer interferências transnacionais⁴.

Diante dessa facilidade de comunicação entre diferentes atores e a infundável interação entre pessoas de diferentes localidades é que, por meados do final do século passado, surgiu grande preocupação para que os direitos constitucionais pudessem transcender as fronteiras dos Estados⁵. Para Haberle, esse processo trata-se de entregar e receber um pouco de cada país em busca do seu próprio desenvolvimento.⁶

O termo transjudicialismo pouco figura em obras brasileiras, tendo surgido ao que parece nos Estados Unidos da América, com a obra de Anne-Marie Slaughter "Uma tipologia de comunicação transjudicial"⁷. Tratando sobre as interações internacionais das cortes, a autora busca referendar as possibilidades existentes de um diálogo interdisciplinar entre as Cortes nacionais de sistemas jurídicos diferentes e internacionais e conseqüentemente a aderência dos resultados desse instituto trazer inovações para as demais jurisdições. Haverá assim uma integração multicultural onde juristas complementam e perfectibilizam normativas

³ LUCAS, D. C. **Direitos humanos e interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Unijuí, 2010.

⁴ LUPI, Andre Lipp Pinto Basto. Transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica de Direito e Política**. Programa de Pós Graduação Stricutu Sensu em Ciências jurídicas da UNIVALI, Itajaí, v4, n3, 3. quadrimestre de 2009. disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6156/3419>. Acesso em 10 de junho de 2016.

⁵ NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁶ HÄBERLE, P. **El estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A tipology of transjudicial communication**. University of Richmond Law Review. v. 29. p.99-139. 1995.

nacionais com fundamento em decisões estrangeiras.

É dentro desta perspectiva de diálogo entre cortes que Marcelo Neves introduz o conceito do transconstitucionalismo, o qual "aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas". Para o autor, um problema transconstitucional envolve tribunais estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e instituições locais na busca de uma solução eficaz, por meio de "pontes de transição" para que ocorram "conversações constitucionais" com o desiderato de fortalecer as ordens jurídicas⁸

A transnacionalização pode ser compreendida como fenômeno reflexivo da globalização, que se evidencia pela transposição de fronteiras e dos relacionamentos político-sociais. A transnacionalidade insere-se no contexto da globalização e liga-se fortemente à concepção do transpasse estatal.⁹

A comunicação transjudicial sobrepõe fronteiras espaciais não havendo ainda nenhuma positivação a respeito ou determinações políticas governamentais, em se tratando de Direito Internacional Público. Seus atores não são pessoas privadas e nem entidades governamentais, são magistrados, desembargadores, juristas, juízes, autoridades públicas legitimamente constituídas. Esse novo fenômeno traz consigo um diálogo multicultural, buscando além das fronteiras legislativas nacionais a solução para demandas internas.¹⁰

Ressaltando ainda, que na maioria das vezes, o objetivo dessa interação é, inegavelmente, um ativismo judicial, colocando este Poder frente aos

⁸ NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁹ CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. (org.) **Direito e Transnacionalidade**. Ed. Juruá. 2011. p.21

¹⁰ LUPI. Andre Lipp Pinto Basto. Transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica de Direito e Política**. Programa de Pós Graduação Stricutu Sensu em Ciências jurídicas da UNIVALI, Itajaí, v4, n3, 3. quadrimestre de 2009. disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6156/3419>. Acesso em 10 de junho de 2016.

demais Poderes. Esse novo paradigma busca inicialmente uma interação entre Estados estrangeiros, onde, através do Poder Judiciário, manterão um diálogo entre suas decisões e uma aplicação interna das decisões de direito internacional. Tudo isso visando desenvolvimento interno de cada Estado bem como um progresso no processo de globalização que o mundo vem construindo.

O progresso mútuo pretende estabelecer um diálogo, visando garantir maior proteção aos direitos e, deste modo, acaba adquirindo uma relevância ímpar para o sistema interamericano por meio da incorporação de jurisprudências e princípios.¹¹

Um exemplo que pode ser citado para visualizar esse avanço do transjudicialismo foi a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a impossibilidade de prisão do depositário infiel. Refere-se a um tratado internacional que impedia a prisão do depositário infiel, do qual o Brasil foi signatário, ratificando posteriormente, versus norma interna constitucional onde constava a permissão dessa prisão. A norma externa/internacional se mostrou "mais adequada", mais consistente com o direito internacional, motivo pelo qual passou a ser adotada e aplicada nos casos internos posteriores.

O diálogo acaba propiciando que os Estados identifiquem suas potencialidades e debilidades, sendo o intercâmbio um meio de refinamento do sistema. Muito embora a América do Sul busque demasiadamente estudar o sistema europeu (como uma forma de paradigma), por outro lado este busca estudar o sistema interamericano, na medida em que os temas acerca das violações de direitos humanos apresentam similitudes¹²

Algumas preocupações aparecem nesse cenário, quando se trata de

¹¹ PIOVESAN, F. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, p. 67-93, jan.-jun. 2012.

¹² PIOVESAN, F. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, p. 67-93, jan.-jun. 2012.

aplicação de sentença estrangeira dentro na realidade interna de cada Estado, uma delas entende que esse transjudicialismo pode vir por eliminar os filtros criados pelo Estado a fim de não sofrer pressões de poder político externo, quer dizer que essa internalização pode vir a garantir o poder ainda maior das super potências, onde um governo forte poderá influenciar todos os demais governos do mundo em busca de seus interesses.

Além disso, afronta a defesa dos valores de um Estado de direito, democracia e direitos humanos; viabiliza uma revisão de atos do poder executivo dos Estados; há uma quebra da tripartição dos poderes onde tribunais desafiam a autonomia do poder executivo para tolher direitos em nome de uma segurança nacional¹³.

No entanto, esse não é o foco do instituto do transjudicialismo que se pretende analisar, quer se tratar de um transjudicialismo apenas nas matérias em que é possível haver essa interação entre diferentes Estados. Tratar o transjudicialismo apenas em direitos comuns às nações, como é o caso dos direitos humanos ou direitos à saúde, por exemplo. De modo que não um Estado não se sobreporá a outro, uma vez que visam os mesmos direitos.

Pode-se verificar o lado amplamente favorável a esse movimento de comunicação entre cortes, marcada pelas seguintes vantagens: reforço da autoridade de tribunais internacionais; deliberação coletiva sobre problemas comuns; proveito de experiências de outros; informação fácil sobre interpretação de obrigações comuns; atenção à reciprocidade no cumprimento de obrigações internacionais¹⁴.

¹³ LUPI. Andre Lipp Pinto Basto. Transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica de Direito e Política**. Programa de Pós Graduação Stricutu Sensu em Ciências jurídicas da UNIVALI, Itajaí, v4, n3, 3. quadrimestre de 2009. disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6156/3419>. Acesso em 10 de junho de 2016.

¹⁴ CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. (org.) **Direito e Transnacionalidade**. Ed. Juruá. 2011. p.124

Deve-se ver o transjudicialismo não como uma uniformização, mas uma filtragem, de mediação diante das pressões que o ordenamento interno venha a sofrer.

Deste modo, com a maior integração da sociedade em nível mundial, problemas relacionados a direitos humanos, por exemplo e limitação do poder deixaram de ser tratados somente pelo direito interno de cada país para assumir relevância internacional, fazendo com que os Estados ofereçam respostas para as problemáticas suscitadas por meio de uma relação transversal entre ordens jurídicas para solucionar problemas constitucionais comuns¹⁵

Logo, não se trata de uma imposição externa nem superior ao Estado nacional, mas, sim, de uma ação paralela e correlativa à natureza do Estado de Direito.¹⁶

2. TRANSJUDICIALISMO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Uma experiência relevante de transconstitucionalismo desenvolve-se na relação entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e as ordens constitucionais dos respectivos Estados que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Não se trata somente da imposição das decisões da Corte aos tribunais nacionais com competências constitucionais, mas também porque estes revisam sua jurisprudência à luz das decisões da Corte¹⁷.

¹⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁶ VALADÉS, Diego. Reflexiones sobre la cooperación jurídica internacional. In: FIX- - ZAMUDIO, Héctor. **Liber Amicorum**. Vol. I. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

¹⁷ NEVES, M. Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana. In: BOGDANDY, A. VON; MAC-GREGOR, E. F.; ANTONIAZZI, M. M. (Orgs.). **La justicia constitucional y su internacionalización**. ¿Hacia un ius constitucional commune en América Latina? Distrito Federal: Universidad Autónoma de México, 2010.

O sistema interamericano de Direitos Humanos teve seu início com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem em 1948, no marco da Carta da Organização dos Estados Americanos. Os Estados Americanos adotaram uma série de instrumentos internacionais para a promoção e proteção dos direitos humanos.

No ano de 1969, foi realizada a celebrada Conferência em São José da Costa Rica, sendo então redigida a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que entrou em vigor em 18 de julho de 1978 e instituiu dois órgãos competentes para conhecer as violações aos direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁸

A referida Comissão foi criada para sanar a carência de órgãos especializados e para zelar pela observância dos direitos humanos no sistema. Para atingir o fim para o qual foi criada, cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados partes; prever a adoção de medidas à proteção dos direitos humanos; preparar estudos e relatórios; solicitar informações aos governos acerca da efetiva aplicação da Convenção, e ainda submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos¹⁹

Já a Corte Interamericana De Direitos Humanos, foi criada somente em 1969 e iniciou seus trabalhos em 1979, com essencialmente duas funções: (a) determina se um Estado violou algum dos direitos estipulados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos; (b) qualquer membro da Organização dos Estados Americanos (OEA) possui a faculdade de solicitar parecer da Corte para interpretar a Convenção ou outro tratado sobre

¹⁸ CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos>. Acesso em: 17 de setembro de 2016.

¹⁹ PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

direitos humanos²⁰

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sede em San Jose, na Costa Rica e possui como desiderato aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros tratados concernentes à mesma temática.

A Corte possui competência para examinar denúncias de que um Estado violou direito protegido na Convenção. Caso a Corte reconheça a ocorrência da violação, determinará quais medidas serão tomadas para a restauração do direito violado e ainda pode condenar o Estado a uma justa compensação à vítima.

Além disto, a decisão proferida pela Corte possui força jurídica obrigatória, cabendo ao Estado condenado seu imediato cumprimento, porém alerte-se que é necessário que o Estado reconheça a jurisdição da Corte²¹

Dito isso, a relações entre as Constituições e a ordem jurídica internacional permanecem merecendo grande destaque nas esferas política e jurídica no que se refere ao contexto internacional. O diálogo existente entre eles merece o reconhecimento de uma harmonização entre os diversos ordenamentos.

Diante disso os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição Federal de 1988, bem como os direitos humanos previstos em tratados e ao sistema incorporados assumem cada vez mais relevância, de onde surge a noção de controle de convencionalidade.²²

²⁰ CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos>. Acesso em: 17 de setembro de 2016

²¹ PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²² MAZZUOLI, Valério de Oliveria. **O Contorle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**. São Paulo: RT, 2009.

Para os juristas, a validade de uma lei (e sua consequente eficácia) depende do exame de sua compatibilidade exclusivamente com a Constituição do Estado. Hodiernamente, verificar a adequação das leis com a Constituição (controle de constitucionalidade) é apenas o primeiro passo a fim de se garantir validade à produção do Direito doméstico. Além de compatíveis com a Constituição, as normas internas devem estar em conformidade com os tratados internacionais ratificados pelo governo e em vigor no país, condição a que se dá o nome de *controle de convencionalidade*.²³

Para iniciar a discussão deve-se entender as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2005, nos parágrafos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Referida Emenda Constitucional, chamada de Reforma do Poder Judiciário, traz a inserção de dispositivos relativos aos direitos humanos e fundamentais na CF/88, como o parágrafo 3º²⁴ do artigo 5º, versando sobre a forma de incorporação, ao direito interno, dos tratados internacionais de direitos humanos – ganhou status de emenda constitucional.

Esse artigo 3º, estabelecendo que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais", veio para complementar o §2º do mesmo artigo o qual inicialmente consagrou os direitos humanos dentro de nosso ordenamento.²⁵

Diante disso, da análise deste dispositivo inserido na CF/88, verificasse a

²³ BIANCHINI, Alice. MAZZUOLI, Valério. **Controle de convencionalidade da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 16 de setembro de 2016.

²⁴ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

²⁵ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria fundamental dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 78.

possibilidade do poder judiciário realizar o controle da compatibilidade da normativa interna brasileira com os tratados de direitos humanos.²⁶

[...] à medida que os tratados de direitos humanos são **materialmente** constitucionais (art. 5º, §2º, CF), ou **materialmente e formalmente** constitucionais (art. 5º, §3º, CF/1988) é lícito entender que, para além do clássico **controle de constitucionalidade**, deve ainda existir (doravante), um controle de convencionalidade das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.[grifos do autor]²⁷

Nesse sentido, os tratados de direitos humanos que se equiparem às emendas constitucionais devido ao processo que passaram para a sua aprovação também servem de paradigma para o controle das normas infraconstitucionais.

Tratar de controle de convencionalidade pode ser um assunto desconhecido para muitos, não por se tratar de uma realidade recente, mas muito pouco colocada em prática no Brasil e que muitos juristas e aplicadores do direitos não detém conhecimento.

Controle de Convencionalidade não se trata de técnica legislativa de harmonização da produção legislativa parlamentar com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado, também não se trata de mecanismo internacional para verificação do cumprimento das normas internacionais internamente por cada governo, mas sim de um meio judicial para declaração da incompatibilidade de atos normativos internos

²⁶ SARLET, Ingo W. A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de Direitos Humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. p.780

²⁷ MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Contorle de Convencionalidade do direito brasileiro. in. BOGDANDY, A.V.; PIOVESAN, F.; ANTONIAZZI, M.M. (org) **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica**: emergência de um novo direito público. Rio de janeiro: Elsevier. 2013,

em relação aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil²⁸

Contra-pondo-se a ideia trazida por Mazzuoli, de que se trata apenas de um controle judicial, temos o posicionamento de Ingo Salet, onde refere que o controle deveria ser efetuado também, pelos mais poderes

o controle de convencionalidade não é, por outro lado, um controle exclusivamente jurisdicional, igualmente há de ser sublinhado e talvez possa merecer alguma atenção adicional a hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, derest, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deia ser levado ainda mais a sério nesses casos [...] Da mesma forma, o chefe do executivo deveria vetar lei aprovada pelo legislativo quando detectar violação de tratado internacional[...]²⁹

Visualizando as posições de diferentes autores, e reconhecendo o vasto conhecimento de ambos, optamos por concordar com Ingo Sarlet, o qual entende que o controle de convencionalidade das normas domésticas perante os tratados internacionais deve ocorrer nos três Poderes e não apenas diante do judiciário nas duas modalidades difusa ou concentrada.

3. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA

Controle de convencionalidade latino-americano, embora pareça, em um primeiro momento difícil de se conceber, está muito avançado. Em

²⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveria. **O Contorle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**. São Paulo: RT, 2009.

²⁹ SARLET, Ingo W. A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de Direitos Humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. in. BOGDANDY, A.V.; PIOVESAN, F.; ANTONIAZZI, M.M. (org) **Direitos HUMANOS, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013, p.799

consultas realizadas, existem muitos países que possuem inúmeras sentenças para inúmeros casos em que se submeteu ao controle de convencionalidade, tanto difuso como concentrado. A América-latina demonstra grandes avanços e alguns retrocessos também no que se refere ao tema proposto.

Inicialmente, precisa-se adotar o pensamento apresentando por Henrique Dussel em uma de suas famosas obras *Rorty y la filosofía de la liberación*, onde trata sobre a filosofia da libertação, na qual os países da América latina devem deixar de lado o eurocentrismo e tomar como seus companheiros demais países vizinhos que vivem nas mesmas situações e que devem tomar como paradigma a ser seguido³⁰.

Com base nisso é que se afirma ser necessário realizar um giro descolonizador, insistindo-se na necessidade de partir de novas bases de reflexão que não sejam meramente imitativas ou com comentários à filosofia política europeu-americana³¹.

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. Hoje constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

Quanto à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais.

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um

³⁰ DUSSEL, henrique. **Apel Ricouer, Rorty y la filosofía de la liberación**. disponível em <http://www.ifil.org/dussel/html/24.html>. Acesso em 10 de maio de 2016.

³¹ DUSSEL, Henrique. **Política de la liberación: historia mundial y crítica**. Madrid: Trotta, 2007

"constitucionalismo regional", que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro "código interamericano de direitos humanos", foi acolhida por vinte e cinco Estados, traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção³².

O Controle de Convencionalidade pode ser compreendido sob uma dupla perspectiva: a) tendo como ponto de partida a Corte Interamericana e o impacto de sua jurisprudência no âmbito doméstico dos Estados latino-americanos; e b) tendo como ponto de partida as Cortes latino-americanas e o grau de incorporação e incidência da jurisprudência principiologia e normatividade protetiva internacional de direitos humanos no âmbito doméstico.

Para a análise do Controle de Convencionalidade exercido pelas Cortes latino-americanas podemos observar o caso da Suprema Corte de Justiça da Argentina que pode ser considerada avançada nesse assunto: 42 decisões judiciais proferidas pela Corte Suprema de Justiça da Argentina que conferem a aplicação doméstica aos tratados de direitos humanos foram constatadas até novembro de 2009 versando sobre casos relacionados ao legado do regime militar, invalidando leis de anistia, fortalecendo o Estado de Direito e suas instituições, protegendo grupos vulneráveis e direitos sociais. A Corte da Argentina reconhece que a jurisprudência da Corte Interamericana deve servir de guia para a interpretação dos preceitos convencionais, sendo uma imprescindível diretriz de interpretação dos deveres e das obrigações decorrentes da Convenção Americana³³

³² PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. Santa Cruz: Editora Gazeta. 2010

³³ PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. Santa Cruz: Editora Gazeta. 2010

4. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NO QUE TANGE AO TRANSJUDICIALISMO E OS DIREITOS HUMANOS

Infelizmente o avanço que se percebe no conjunto da América-Latina, não é o mesmo que visualizamos no caso brasileiro. Muito pouco se tem utilizado do Controle de Convencionalidade e tão pouco possuímos sentenças sobre o assunto, na realidade existe apenas UMA.

O pós-1988 apresenta a maior produção normativa de direitos humanos de toda a história legislativa brasileira. Embora a Constituição de 1988 seja exemplar na tutela dos direitos humanos e tenha introduzido avanços extraordinários para sua proteção, acabou por confiar a guarda do texto ao antigo STF, marcado até então por uma ótica bastante privatista e por uma herança jurisprudencial de tempos ditatoriais. Vale dizer, a justiça de transição no Brasil foi incapaz de fomentar reformas institucionais profundas, a culminar, por exemplo, na criação de uma Corte Constitucional, como ocorreu em outros países³⁴.

Até novembro de 2009 só haviam se destacado dois casos: um relativo ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consular; ou caso relativo ao fim da exigência de diploma para a profissão de jornalista.

A jurisprudência do STF é permeável a argumentos utilizados em alguns Tribunais de outros países, mas ignora a jurisprudência dos Tribunais vizinhos, tendo a jurisprudência da Corte Interamericana ainda reduzida ressonância no âmbito interno.

O Brasil apenas aderiu à Convenção Americana em 1992, tendo reconhecido a jurisdição da Corte em 1998 e, ainda, a primeira sentença condenatória proferida pela Corte em face do Brasil data 2006.

Uma das condenações do Brasil na Corte, e não seria demais falar que

³⁴ PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. Santa Cruz: Editora Gazeta. 2010

venha a ser o caso mais conhecido e discutido no Brasil, é o caso "Gomes Lund e outros x Brasil", mais conhecido com a denominação "Caso Araguaia", julgado em 2009. Referido processo resultou em uma condenação internacional do Brasil.

Esclarecedoramente, a **Guerrilha do Araguaia tinha por objetivo principal**, baseado na Revolução Chinesa e Cubana, **uma revolução para a implantação do regime socialista no Brasil**, partindo inicialmente do campo para depois se chegar à cidade onde esta sendo durante reprimido pelo regime ditatorial. E por isso eram **inúmeras manifestações** a fim de conscientizar a população da carência social do país pela omissão do governo e tentar diante isso a implantação das **ideias políticas socialistas**.

Esse famoso caso se resultou numa grande discussão, sobretudo por versar sobre a **responsabilização do Estado brasileiro por prisões arbitrárias**, torturas e desaparecimentos forçado de dezenas de pessoas durante os anos de 1972 a 1975 em período da ditadura militar, praticadas pelo exército, com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia que ocorria nessa época, como forma de manifestação contrária o cenário que estava ocorrendo no país.³⁵

No julgamento, uma das principais discussões encontradas no caso refere-se à **Lei de Anistia, criada pelo Brasil em 1979, a qual impede que sejam processados e sancionados penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar**, ou seja, mesmo sendo o Brasil signatário da OEA, não realizou o controle de produção normativa interna, de modo que a Lei de anistia não cumpriu o respeito ao Tratado firmado e posteriormente ratificado de direitos humanos.

³⁵ CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_219_esp.pdf. Acesso em: 20 de setembro de 2016.

Entre as determinações impostas pela Corte determinou-se que fossem investigadas, processadas e sancionadas as pessoas responsáveis pelos desaparecimentos, decidindo que a Lei de Anistia não pode ser utilizada como escudo para proteger ex-agentes da ditadura. Ainda afirmou que o país violou o direito à justiça ao deixar de investigar os crimes, ferindo uma obrigação internacional a que está submetido.

A Corte, refere que, a partir do momento em que um Estado torna-se parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os órgãos estão obrigados a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam esgotados pela aplicação de normas contrárias ao seu objeto e fim. O poder judiciário está internacionalmente obrigado a exercer um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.³⁶

Assim, na sentença proferida no "Caso Araguaia" a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades judiciárias do Estado brasileiro e que a decisão do STF na ADPF 153 que confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, não considerou as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil.³⁷

A decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, é paradigmática, vez que busca medidas como: a reconstrução histórica das memórias para as gerações futuras; a demonstração e o conhecimento da verdade ocorrida dentre outras medidas que foram impostas.

Este é o exemplo da não utilização do transconstitucionalismo, porquanto o Estado brasileiro não fez a revisão da legislação interna de acordo com os

³⁶ CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2016.

³⁷ CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2016.

preceitos internacionais e orientações da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema transjudicialismo assume papel de grande importância dentro do cenário nacional. Da mesma forma tratar de direitos humanos e de controle de convencionalidade, uma vez que a observância dos direitos humanos de certa maneira mostra a evolução de cada sociedade e a sua cultura voltada para o outro.

A partir desse estudo pode-se aprofundar o conhecimento no assunto do transjudicialismo, tão pouco explorado em nossa realidade, mas de grande aplicação no que se refere ao direito internacional.

Buscou-se aqui fazer uma união entre o assunto com os direitos humanos, pois entendemos que nenhum outro direito se adequaria melhor a ideia de integração mundial do que ele.

Ainda, não basta haver a integração, o respeito e disciplinabilidade dos direitos humanos na globalização mundial sem podermos compreender como ocorre a proteção desses direitos dentro do sistema jurídico brasileiro. Diante disso buscamos analisar o chamado Controle de Convencionalidade para averiguar como é que ocorre o respeito aos preceitos trazidos pelos Tratados Internacionais incorporadas pelo Brasil.

Assim, vimos que o caso brasileiro ainda é muito pouco evoluído, possui poucas decisões envolvendo esse tema, ainda que comparado com seus vizinhos da América Latina, que possuem um bons precedentes nesse caminho. O país precisa tomar por base as experiências realizadas por demais países da América Latina e conseguir colocar em prática essas determinações, a fim de garantir o respeito a esses direitos humanos tão importantes a todas as sociedades.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BIANCHINI, Alice. MAZZUOLI, Valério. **Controle de convencionalidade da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 16 de setembro de 2016.

CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. (org.) **Direito e Transnacionalidade**. Ed. Juruá. 2011. p.21

DUSSEL, Henrique. **Apel Ricouer, Rorty y la filosofia de la libertación**. disponível em <http://www.ifil.org/dussel/html/24.html>. Acesso em 10 de maio de 2016.

DUSSEL, Henrique. **Política de la liberación: historia mundial y crítica**. Madrid: Trotta, 2007

HÄBERLE, P. **El estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

LUCAS, D. C. **Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2010.

LUPI. Andre Lipp Pinto Basto. Transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica de Direito e Política**. Programa de Pós Graduação Stricutu Sensu em Ciências jurídicas da UNIVALI, Itajaí, v4, n3, 3. quadrimestre de 2009. disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6156/3419>. Acesso em 10 de junho de 2016.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, M. Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana. In: BOGDANDY, A. VON; MAC-GREGOR, E. F.; ANTONIAZZI, M. M. (Orgs.). **La justicia constitucional y su internacionalización**. ¿Hacia un ius constitucional commune en América Latina? Distrito Federal: Universidad Autónoma de México, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveria. **O Contorle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**. São Paulo: RT, 2009.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Contorle de

Convencionalidade do direito brasileiro. in. BOGDANDY, A.V.; PIOVESAN, F.; ANTONIAZZI, M.M. (org) **Direitos HUMANOS, democracia e integração jurídica**: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013,

PIOVESAN, Flávia. **Controle de Convencionalidade Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições**. Santa Cruz: Editora Gazeta. 2010

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, p. 67-93, jan.-jun. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria fundamental dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 78.

SARLET, Ingo W. A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de Direitos Humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. in. BOGDANDY, A.V.; PIOVESAN, F.; ANTONIAZZI, M.M. (org) **Direitos HUMANOS, democracia e integração jurídica**: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013, p.799

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**. v. 29. p.99-139. 1995.

VALADÉS, Diego. Reflexiones sobre la cooperación jurídica internacional. In: FIX- ZAMUDIO. Héctor. **Liber Amicorum**. Vol. I. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

O CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL

Marcelo Corrêa¹

Ricardo Uliano dos Santos²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao longo dos anos, com o crescimento da economia global, os avanços tecnológicos, o aperfeiçoamento dos canais de comunicação, o aperfeiçoamento dos meios de transporte, dentre outros inúmeros fatores de desenvolvimento, surgiu à necessidade de discutir variados temas de interesse comum em assembleias plurinacionais.

Assim, com o estreitamento das relações entre os países e o aumento da identidade de problemas e soluções, culminaram para a reunião de forças como solução para resolver problemas comuns de todas as nações. Temas relacionados à sustentabilidade ambiental, ao mercado de capitais, regras de comércio exterior e direitos humanos, temas que fazem parte da pauta corrente dos principais grupos de trabalho de interesse global.

Neste contexto, o objetivo geral desta investigação científica é identificar as possibilidades de estabelecer-se um constitucionalismo em nível transnacional, considerando o atual cenário global altamente miscigenado quanto aos aspectos culturais, axiomáticos e normativos.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - SC. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL - SC. Advogado. Servidor do Tribunal de Contas do Estado de SC. *e-mail*: marcelocr1971@yahoo.com.br.

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - SC. Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - SC e Especialista em Gestão Organizacional e Administração de Recursos Humanos pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em parceria com a Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2014). Assessor Técnico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *e-mail*: ricardouliano@hotmail.com.

Para tanto, ao longo deste relatório de pesquisa, buscar-se-á satisfazer os seguintes objetivos específicos: a) o direito constitucional deve ser analisado tendo em conta os reflexos da globalização; b) Aspectos universais do pluralismo jurídico e do multiculturalismo; c) Em relação ao constitucionalismo global, tratamos de democracia global: possibilidade ou utopia.

1. OS REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO

De forma abrangente, o fenômeno da globalização está relacionado diretamente à interação política, econômica, social e cultural das nações.

Recentemente, nos últimos vinte anos, com o avanço tecnológico dos meios de comunicação, transportes e com a abertura de mercados em todos os continentes a globalização se consolidou em ritmo muito acelerado.

Com a estratégica abertura dos mercados e o avanço das oportunidades de crescimento para economia dos países emergentes, o mundo adotou a globalização como uma estratégia de desenvolvimento. Este novo fluxo global de interesses mútuos trouxe também consequências globais em todas as áreas. Algumas garantias foram relativizadas em nome da integração e as nações acordaram com estabelecimento de melhorias conjuntas em casos de dificuldades comuns.

São consequências da integração que também afetam a garantia de direitos humanos, sociais e políticos, em todas as nações do planeta.

A abrangência dos problemas gerados pela globalização é tão grande e complexa, que a OIT - Organização Internacional do Trabalho formou Comissão Mundial para tratar especificamente sobre a dimensão social da globalização e os desafios que surgem com a nova realidade mundial. Tal comissão internacional, preocupa em com a repercussão social da integração mundial, publicou em 2005 uma coletânea dados relacionados às consequências da globalização. O documento foi denominado: "Uma

globalização justa: criando oportunidades para todos", onde faço o destaque do excerto:

[...] Em todas as partes do mundo, a integração regional foi vista como a solução para uma globalização mais justa, mais inclusiva. Os países estarão mais bem-capacitados a gerenciar os desafios sociais e econômicos da globalização se operarem juntos. Isso demanda melhor integração das políticas sociais e econômicas no processo de integração regional, como tem sido o objetivo na União Européia (UE), na Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC) e no Mercado Comum do Cone Sul (MERCOSUL), entre outros.

Houve repetidas expressões de apoio às Nações Unidas e ao sistema multilateral como o melhor meio de responder aos desafios da globalização.

Uma área final de base comum: a maioria dos participantes nos diálogos acreditavam que as soluções eram possíveis e muitos já estavam ativamente buscando promovê-las. Independentemente dos pontos negativos do presente modelo de globalização, foi reconhecido que a globalização é uma realidade, que é necessário ajustar as prioridades políticas para lidar com ela ("o mundo exterior pode prescindir de nós; mas nós não podemos prescindir dele") e, além disso, que respostas podem e devem ser encontradas. Um participante do diálogo na Polônia comparou a globalização com uma força que pode ser domada: Se a globalização é um rio, precisamos construir represas para gerar energia.³

Com o avanço da integração, surgiram dificuldades de toda ordem e os reflexos de abrangência nacional foram ganhando destaque.

Por esta razão, raciocinar os problemas do mundo globalizado de forma isolada pode gerar ainda mais conflitos e inúmeras outras consequências. A dimensão destas dificuldades também é sentida na aplicação e coexistência de ordenamentos jurídicos distintos.

³ OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Uma globalização justa:** criando oportunidades para todos. Brasília: MTE, Assessoria Internacional, 2005.

Na integração das nações surgem uma série de implicações práticas que interferem na mudança e paradigmas, ordenamentos jurídicos são relativizados e uma série de consequências atingem diversos institutos jurídicos, um deles é o critério de nacionalidade escolhido por uma nação ou país. Em tempos de globalização existem realmente a necessidade de identificação cultural com determinado Estado nação para ser parte como cidadão? Esta e outras questões são atuais e merecem a devida atenção.

Ao discorrer sobre o critério de cidadania "ius soli" Maria Chiara Locchi⁴ assegura que não se sustenta mais a vinculação de cidadania tão somente aos critérios de identidade cultural ou do território nacional, na medida em que os fenômenos da globalização redesenham o espaço, os costumes. Segundo a autora, quanto mais rápido a mobilidade das pessoas, recursos, tecnologia e conhecimento, mais intenso serão os fluxos e padrões de interação e interligação entre os Estados e entre os indivíduos e Estados, sobre o tema observe o seguinte excerto:

[...] El concepto de "cultura" como paradigma fundamental de comprensión de la identidad individual y colectiva, como se vio anteriormente, ha sido cuestionado de manera muy fuerte por la globalización, en la medida en que los fenómenos de deterritorialización y transnacionalismo redibujan «vínculo entre espacio, estabilidad y reproducción cultural. La mayor rapidez en la movilidad de personas, recursos, tecnologías y conocimientos, produjo una intensificación de los flujos y modelos de interacción e interconexión entre los Estados y entre los individuos y los Estados. Con la expresión "derecho transnacional" se intenta descodificar las múltiples redes globales y regionales de actividad, las instituciones y los regímenes de *governance*, las interacciones jurídicas globales que al día de hoy prescinden de un estable vínculo territorial e implican el pluralismo jurídico de los ordenamientos de referencia. La calificación "transnacional" asumió un significado crucial y una específica capacidad explicativa también en lo que toca

⁴ LOCCHI, Maria Chiara. La complejidad del *ius soli*: una contribución al debate sobre la ciudadanía en los estados democrático-pluralistas. **Revista General de Derecho Público Comparado**. V. 15, Perugia, 2014.

a la ciudadanía, definiendo fenómenos que difícilmente habrían sido enjaulados dentro de las categorías jurídicas tradicionales de origen estatista por ser caracterizados por pluralidad, transversabilidad y negociabilidad de las pertenencias.⁵

Como veremos em tópico seguinte, a pluralidade de ordenamentos jurídicos vigentes e a necessidade de regulação de atividades globais, conduzem à relativização dos conceitos de Estado Soberano e independência nacional, é em sentido figurado o preço que os países pagam por um avanço das economias de mercado e o desenvolvimento do capitalismo.

Ao discorrer sobre o tema Ivo Dantas⁶ destaca os reflexos da integração na aplicação dos preceitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil, vejamos:

A existência de uma ordem jurídica regional, ao lado de situações decorrentes da criação de agências de competência supranacional, enseja-nos, sob a óptica constitucional, um dos maiores reflexos que o fenômeno da globalização provoca no plano das relações internacionais.

Referimo-nos à posição que as normas jurídicas expressas em Tratados e Convenções Internacionais ocuparão no sistema jurídico in terno dos Estados, podendo-se adiantar que o modelo constitucional

⁵ Tradução livre: O conceito de "cultura" como um paradigma fundamental de compreensão da identidade individual e coletiva, como discutido acima, tem sido questionada muito fortemente pela globalização, na medida em que os fenômenos da deterritorialização e transnacionalismo redesenham "link entre o espaço, estabilidade e cultural" reprodução. Quanto mais rápido a mobilidade das pessoas, recursos, tecnologia e conhecimento, foi uma intensificação dos fluxos e padrões de interação e interligação entre os Estados e entre os indivíduos e Estados. O termo "direito transnacional" destina-se a decodificar as múltiplas redes globais e regionais de atividade, instituições e regimes de governança, as interações jurídicas globais que hoje dispensam uma ligação territorial estável e envolver o pluralismo jurídico dos sistemas jurídicos de referência." Transnacional" rating assumiu uma importância crucial e também em poder explicativa específica medida em que a cidadania, definindo fenômenos que difícilmente teriam sido criadas em gaiolas dentro de categorias jurídicas tradicionais de origem estatal a ser caracterizado pelo pluralismo e comercialização de transversalidade pertencências.

⁶ DANTAS, Ivo. Constitucionalismo & globalização: regionalização, mercosul e integração. **Conferência proferida no I Congresso Brasileiro de Direito Constitucional Comparado**, Recife, agosto de 2000. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br>. Acesso em: 21 jan. 2016, p. 222.

brasileiro não deixa clara a posição hierárquica do direito internacional frente ao direito interno.

Em decorrência dessa ordem jurídica regional (chamada de Direito Comunitário) e da criação de agências de competência supranacional, fala-se em uma Transformação do Conceito de Soberania que hoje passaria de um Conceito Absoluto para um Conceito Relativo, modificador das concepções clássicas que envolvem o termo, principalmente, em sua territorialidade, ou seja, quanto à produção e aplicação do Direito em dado território.

Neste panorama, em outra vertente, ao analisarmos os efeitos da globalização sob a ótica do mercado, é cediço que os reflexos da integração das nações advém exclusivamente a partir da necessidade de conquista de novos mercados e do avanço do capitalismo. A lógica do capitalismo adotado pelo modelo mundo ultrapassa a necessidade de satisfação de necessidades básicas e avança para a necessidade de acúmulo de riquezas e reconhecimento no ranking social.

Em análise sobre as nefastas consequências do capitalismo de mercado José Maria Seco Martinez⁷ adverte sobre as perversidades que este modelo econômico globalizado proporciona. Observe:

Lo que empieza siendo desde sus primeros fueros un simple valor de cambio orientado a la agilización necesaria que urgía la incipiente internacionalización del tráfico de mercancías, acaba erigiéndose en el objeto último de los mercados. Del dinero como mera instrumentalización de cambio de bienes y servicios el aparato capitalista ha desarrollado un bien productivo en sí mismo. Su reproducción y/o acumulación febril será la finalidad única y excluyente del proceso productivo. La satisfacción de las necesidades básicas ya no constituirá el criterio regulador de las relaciones de una sociedad.

El Mercado se ha creado por y para la expiación de la demanda, esto es, de la necesidad solvente, la única

⁷ MARTINEZ, José Maria Seco. Globalização: O nirvana da velha ordem burguesa, Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos 2003-2004. Porto Alegre. 2 ed. p. 161. 2010, p. 161.

capaz de garantizar el funcionamiento del sistema mediante la obtención excendentaria de un fetiche llamado dinero. El dinero, en un sistema tal, posee una fuerza convincente rayana en lo mágico. Es la llave que abre todas las puertas, es la clave de la prerrogativa y el poder. Todo cuanto pueda interesar al ser humano, hasta su propia espontaneidad vital y sus pulsiones más íntimas, sus valores y sus generosidades, sus anhelos de aventura e imaginación, acaban cediendo bajo el peso grotesco del abrazo al dinero y a la consideración social que conlleva su hacinamiento.⁸

Em observação panorâmica em relação ao debate jurídico, social e econômico sobre os efeitos da globalização, podemos resumir as consequências da integração global em cinco grandes vertentes, a saber: Política e Direito; Direitos fundamentais; Criminalidade transnacional; Conflitos de tributação; Definições da economia e o Direito econômico.

Nas demonstrações anteriores podemos perceber que para a Comissão de Interesses sociais da OIT faz seu papel de salvaguardar garantias mínimas de condições de trabalho e renda, vertente de reflexos ligada aos direitos fundamentais.

Por sua vez, ao analisarmos a abordagem do constitucional, percebemos latente preocupação com as transformações de preceitos constitucionais e relativização de pilares fundamentais do Estado Nação, vertente de reflexos atrelada à política e o Direito.

⁸ Tradução livre: O a partir de sua primeira formação começa a surgir um valor simples de mudança que visa racionalizar o necessário, instando a internacionalização emergente de tráfego de mercadorias, apenas definindo-se como o objeto último dos mercados. Instrumentalização de dinheiro como mera troca de bens e serviços que o sistema capitalista desenvolveu um ativo produtivo em si mesmo. Copiar e/ou acumulação doentia é a única e exclusiva finalidade do processo de produção. A satisfação das necessidades básicas não é o critério que rege as relações na sociedade. Nada está mais longe da realidade, ostentação que reverte em uma primazia insulto do capital sobre rendimentos do trabalho e poder econômico. O mercado foi criado por e para a expiação de demanda, ou seja, a necessidade de solventes, a única maneira de garantir o funcionamento do sistema através da obtenção de um excendentaria fetiche chamado dinheiro. O dinheiro, em tal sistema, tem uma força convincente beirando o mágico. É a chave que abre todas as portas, é uma prerrogativa fundamental de poder. Tudo o que podem dizer respeito ao ser humano, até mesmo sua própria espontaneidade vital e seus impulsos mais íntimos, seus valores e sua generosidade, seu desejo de aventura e imaginação, apenas flambagem sob o peso abraço grotesco dinheiro e status social associado com a sua superlotação.

De igual sorte, ao nos depararmos com a pesquisa de Martinez, podemos inferir que as consequências de um modelo econômico de acumulação de riquezas trazem consequências inimagináveis em todas as cinco vertentes nominadas anteriormente.

Mesmo que perfunctória neste momento da pesquisa, a conclusão acerca dos reflexos da globalização na sociedade integrada atingem praticamente todas as áreas de interesse comum, o que necessariamente remete à relativização de prerrogativas individualizadas. Neste aspecto, guardadas as devidas proporções, diríamos que de uma forma lúdica, façamos o cotejo à situação mais simples, coloquial, se o propósito de um casal é viver em conjunto, unidos, existem determinadas prerrogativas que serão extintas ou no mínimo relativizadas em detrimento de outras.

No contexto global, por óbvio, o desenvolvimento econômico e tecnológico das nações está condicionado ao acúmulo de riquezas, conquista de novos mercados, a interação cultural e a necessária relativização de institutos voltados para as garantias de independência, a globalização é exatamente assim!

Portanto, uma vez adotado o modelo de desenvolvimento capitalista a necessária expansão de mercados e conquista de novos nichos de consumo culminou para a integração de países, ficando a cada dia mais atraente o intercâmbio de tecnologias, culturas e mercados.

Na aldeia global, como tem sido classificada pelo senso comum a sociedade mundial, a cada vesse diminuído os contrastes regionais e os conceitos fundamentais de independência do chamado Estado nacional.

3. O PLURALISMO JURÍDICO E O MULTICULTURALISMO

3.1 Pluralismo jurídico

No enfoque que interessa para a presente pesquisa, o multiculturalismo é

concebido como a existência no mesmo espaço geopolítico⁹ de mais de uma ordem jurídica, isto como vimos anteriormente tem sobremaneira reflexos de toda ordem na coexistência de nações integradas.

Ao estudar o fenômeno, Oliveira retrocede no tempo e analisa o surgimento do conceito no Brasil. Sua origem remete ao resultado de pesquisa social realizada por Boaventura de Souza Santos na cidade do Rio de Janeiro na década de 70, período da história do Brasil em que o regime militar era lei e ordem. Sobre a referência destaco excerto de significativa importância para compreensão do conceito aplicado no texto. Observe:

[...] Esse conceito foi posto em voga no Brasil a partir de inícios dos anos 80, como já disse, mas a sua aparição tem por origem um pioneiro trabalho de campo do sociólogo português Boaventura de Souza Santos, feito dez anos antes, no início dos anos 70, sobre práticas jurídicas não oficiais exercitadas no interior de uma favela do Rio de Janeiro a que ele deu o nome fictício de "Pasárgada". Aí, os favelados, sem título de propriedade do chão onde habitavam – e, portanto, sem a proteção do direito oficial que eles próprios chamavam de "direito do asfalto" –, desenvolveram informalmente um conjunto de práticas processuais que, aplicadas pela associação de moradores da favela, tinham por finalidade resolver os conflitos de natureza, sobretudo, territorial surgidos entre os seus habitantes. O trabalho resultou numa tese de doutorado em sociologia defendida na Universidade de Yale, nos Estados Unidos, e os textos dele resultantes publicados nos anos 70, em língua inglesa (Santos, 1974, 1977), permaneceram praticamente desconhecidos no Brasil durante essa década. Posteriormente, já em 1980, um pequeno resumo dessa pesquisa (Santos, 1980) foi publicado numa coletânea de textos de sociologia jurídica organizada por dois dos mais eminentes nomes da área no Brasil – os professores Cláudio Souto e Joaquim Falcão –, o que constituiu uma contribuição para tornar o nome de Boaventura Santos amplamente conhecido

⁹ A expressão "espaço geopolítico" é compreendida no texto como um lugar no espaço geográfico determinado por regime jurídico específico. Na conceituação de MARTINS (2001, p.24), é uma disciplina científica que busca estabelecer as correlações existentes entre os fatores geográficos e os fenômenos políticos, a fim de mostrar que as diretivas políticas não têm sentido fora dos quadros geográficos".

dos sociólogos do direito brasileiro e popularizou, entre
Pluralismo Jurídico e Direito Alternativo no Brasil.¹⁰

A partir da leitura é perceptível a possibilidade de coexistirem sob o mesmo espaço geográfico dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos.

No caso, frente à realidade do Brasil, que permanece a mesma ainda nos dias atuais, as minorias excluídas não conhecem o aparato formal do estado, a única parcela do aparato estatal que lhes alcança é muitas vezes a atuação de força policial.

Com isso, a ilustração denota a possibilidade de coexistência entre dois ou mais ordenamentos jurídicos num mesmo espaço geográfico. No exemplo a mesma gleba de indivíduos vive a observância de ordenamento jurídico estatal e ao mesmo tempo normas de conduta construídas a partir da subexistência comum.

Neste momento, porque o pluralismo jurídico é tido em consideração como relevante? Porque com a globalização e o estreitamento de relações entre os países nasce à coexistência de ordenamentos jurídicos nacionais e transnacionais. Ou seja, onde havia apenas regras e ordenamento jurídico de interesse interno, passam a vigorar normas de interesses de mais de uma nação no mesmo espaço geopolítico.

3.2 Multiculturalismo

As manifestações culturais, percepções, compreensão sobre a vida em sociedade dependem da origem das pessoas, suas crenças, lugares onde vivem e o que possuem para viver. No processo de integração de culturas,

¹⁰ OLIVEIRA, Luciano. Pluralismo jurídico e direito alternativo no Brasil. Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos 2003-2004. Org. David Sánchez Rúbio, Joaquín Herrera Flores, Salo de Carvalho. 2. ed. Dados eletrônicos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>>. Acesso em: 23 de jan. 2016, p. 375.

um dos efeitos da globalização, é necessário respeitar e conhecer as diferenças de outros povos.

O multiculturalismo com contexto da presente pesquisa é compreendido como a pluralidade de culturas e meio de proteção a diversidade cultural.

Nesta acepção, a importância de conceituar o multiculturalismo reside em sua importância frente o sucesso da globalização hegemônica e do desenvolvimento sustentável a nível global.

Ao conceituar multiculturalismo Beltrame, estabelece um paralelo entre o desenvolvimento da sociedade civil global e o inevitável choque de culturas das múltiplas nações mundo afora. Observe:

[...] A realidade mundial mostra-se, a cada dia, mais complexa e escancara velozes transformações que desencadeiam um processo ininterrupto de relacionamentos multiculturais. Paralelamente a isso, as novas tecnologias acentuam e aprofundam a dimensão de impessoalidade das relações humanas, imprimindo à cultura, concebida como "uma elaboração comunitária mediante a qual os indivíduos se reconhecem, se auto-representam e assinalam significações comuns ao mundo que os rodeia", um caráter virtual determinante.

Esse momento em que se desenrolam todas essas mudanças – o que alguns chamam de pós-modernidade, apesar de outros defenderem que ainda se está na "modernidade" – força a observância da situação global na perspectiva de um novo corte epistemológico. A idéia primeira de que as análises poderiam ser feitas com base em um sistema ou complexo de conceitos estáticos, que se dinamizam no seu interior, mas não se transformam no exterior, ou seja, a proposta de se criarem referências únicas como ponto de partida de estudos sobre a história do mundo não mais serve.¹¹

Assim, inevitavelmente haverá de desenvolver-se forma de proteção a

¹¹ BELTRAME, Adriana; CHAIB, André Nunes; SILVA, René Marc da Costa. **O multiculturalismo e a globalização como princípios para uma internacionalização do direito.** Editora Padê. Brasília, v. 2, n. 1, p. 4-46, jan./jun. 2008, p.25.

diversidade cultural das diferentes nações. Muito do que hoje se desenvolve em crescente velocidade pelos meios de comunicação digital, de certa forma já ocorreu no passado com o avanço das colonizações europeias no Brasil e em países da América do Sul.

Nesta linha, guardadas as devidas proporções a coexistência em território brasileiro de famílias de colonizadores italianos, alemães, austríacos, poloneses, dentre outros, pode ser lançado como exemplo de coexistência geopolítica de multiplicidade de culturas.

Enfim, em relação ao tema o que se torna importante definir como parâmetro para a presente análise são os reflexos multiculturais que inevitavelmente influenciaram na definição de um direito constitucional transnacional.

4. DEMOCRACIA GLOBAL: POSSIBILIDADE OU UTOPIA

Habermas militava a tese de que a origem e legitimação do direito concentraram-se na política legislativa, relegando a segundo plano, em um primeiro momento, o processo político. Como consequência o direito estaria à mercê de um processo de negociação e de argumentação, onde se procedimentaliza o poder, servindo a democracia de pressuposto¹².

A complexidade do estudo da Democracia pode ser traduzida, no pensamento de Bobbio¹³, por sua característica dinâmica, podendo ser inicialmente definida como "um conjunto de regras de procedimentos para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla e possível dos interessados", revestindo um

¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade, volume II, 2. Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 9.

¹³ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia:** uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 9 e 12.

detalhado e complexo procedimento de legitimação das deliberações resultantes das discussões entre os autores interessados.

Democracia, ainda na visão de Bobbio, pressupõe, para o atingimento de sua plenitude uma sociedade plural:

[...] a liberdade de dissentir tem necessidade de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista consente maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e, enfim, a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política.¹⁴

Urge salientar que a democracia, quando analisada em confronto com sua antítese – Totalitarismo, consigna, taxativamente, que àquela não deve ficar restrita às instituições públicas integrantes do Estado, mas ampliar seu horizonte para a sociedade, pois

A partir do conteúdo do totalitarismo é que a democracia ganha um novo relevo, mostra que é impossível reduzi-la a um sistema de instituições. Aparece, por sua vez, como uma forma de sociedade; e a tarefa que se impõe é compreender no que consiste sua singularidade, e o que contém que permite o seu contrário, isto é, o advento da sociedade totalitária.¹⁵

Porém, aumentando ainda mais a complexidade do tema, fruto do movimento globalizatório por que passa o planeta, tem-se que o espaço democrático em que as demandas da sociedade serão debatidas, contextualizadas e, na medida do possível, solucionadas pelas partes interessadas, sofreram alterações em seus limites.

Antes, dúvidas não restavam quanto à auto capacidade dos Estados, então soberanos, em solucionarem seus próprios conflitos, sem repercussão fora dos domínios de seus limites territoriais, hoje, porém, o espaço de

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 63-64.

¹⁵ LEFORT, Claude. **Pensando o Político**: Ensaios sobre Democracia, Revolução e Liberdade. Tradução de Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 29.

discussão sofreu considerável elástico.

Quanto ao conceito, Teixeira entende espaço público como "a dimensão aberta, plural, permeável, autônoma, de arenas de interação social que seriam aqueles espaços pouco institucionalizados"¹⁶.

Os espaços públicos de debates dos temas contemporâneos, como já visto, extrapolaram os limites territoriais do Estado nação, repercutindo que a análise dos problemas (muitos de interesse comum de mais de um território) se pautem no contexto jurídico global.¹⁷

Com esta redefinição dos espaços públicos, há, concomitantemente, uma readequação do próprio desenvolvimento do constitucionalismo, que historicamente atrelava o Direito ao poder político ou estatal e, contemporaneamente, amplia o rol de fontes com as quais interage, além da política, agora, também, para as sociais, e econômicas, definindo o que se chama de constitucionalismo transnacional (ou societal).¹⁸

Contudo, para que se possa chegar ao pleno e eficaz desenvolvimento de um constitucionalismo e direito transnacionais, é preciso antes verificar a possibilidade de efetivação da democracia em um cenário tão amplo como o global, eis que não será tarefa fácil unir, em um mesmo contexto, cidadãos tão díspares, a ponto de os tornar verdadeiros cidadãos do mundo (e não de um restrito território).

¹⁶ TEIXEIRA, Elenaldo. **O Local e o global**: limites e desafios da participação cidadã. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 46.

¹⁷ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6013/3289>>. Acesso em: 24 set. 2016.

¹⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito público transnacional: Por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 2, p. 400-429, jul. 2014. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6013/3289>>. Acesso em: 24 set. 2016.

Neves¹⁹, ao realizar sua pesquisa acerca da aplicação de um direito supranacional no espaço sulamericano, sob a problematização da prática da democracia, constatou que a partir da década de oitenta, em que pese ter sido este o período da "democratização" dos Estados que a compõem, com a reprodução de inúmeras cartas constitucionais, repletas de direitos e regulamentações, por sua falta de normatividade, pouco contribuiu para o alcance pleno do Estado Democrático de Direito a exemplo do que ocorreu com os modelos europeu e norte-americano.

A crise do modelo democrático atual, atrelado ao modelo liberal, atingindo, indistintamente todas as democracias (leia-se Estados nacionais) do cenário global, especialmente por dois principais motivos: a) fortes turbulências políticas enfrentadas pelos países liberais; e b) referidas turbulências atingem os fundamentos da ordem pública, irradiando seus efeitos na ordem social em uma escala mais global.²⁰

Chevallier discorrendo, ainda, sobre a crise do modelo democrático até então existente no cenário mundial, tece as seguintes considerações:

Ainda que essa crise atinja a ordem política, ela é indissociável de uma crise mais ampla do liame social, que comporta múltiplas facetas: crise econômica, ligada aos contragolpes do processo de globalização; crise social, ilustrada pelo crescimento das desigualdades, o desenvolvimento de bolsões de pobreza, o aparecimento de situações permanentes de exclusão; crise moral, enfim, traduzida pela perda das referências e pela elevação do sentimento de insegurança. Do mesmo modo, enfim, assiste-se em

¹⁹ NEVES, Marcelo. A concepção de Estado de Direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56014>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

²⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 189.

toda a parte ao desenvolvimento de iniciativas tendendo à modernização da vida política.²¹

O abalo político surgido com as mazelas da democracia afeta especialmente a credibilidade dos representantes eleitos e o comportamento dos eleitores, inclusive em países historicamente reconhecidos por seus relevantes retrospectos democráticos, proporcionando uma abrupta queda na participação dos processos eleitorais nas democracias mais desenvolvidas.²²

Por contarem com problemas comuns, os Estados nacionais acabam se associando, em decorrência do cenário decorrente da globalização, já que:

Os organismos intergovernamentais já não podem desconhecer ou minimizar esse tecido associativo e buscam sua colaboração, seja para tornar seus projetos mais eficazes, seja para legitimar certas políticas. Os governos locais, até recentemente marginalizados no campo internacional, começam a ter voz, pois descobriu-se que os efeitos perversos das macropolíticas não podem ser atenuados sem sua participação. Por sua vez, as autoridades locais também descobriram que podem tirar proveito da globalização – usando do papel estratégico que as cidades passam a ter na atração de investimentos – e que, portanto, precisam se inserir nesse grande espectro de interesses e de competição. Verifica-se que não basta “pensar global”, mas também “agir global”, mesmo não se sabendo ainda como fazê-lo, e que o agir local pode interferir no global, questionando seus efeitos e buscando outros caminhos e possibilidades de desenvolvimento.²³

Em que pese esta crescente interação dos Estados, primeiramente em nível associativo ou comunitário, posteriormente, o que se projeta, em nível mais global, não torna, de maneira automática, mais fácil a tarefa de ampliação

²¹ LEFORT, Claude. **Pensando o Político**: Ensaios sobre Democracia, Revolução e Liberdade. Tradução de Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 190.

²² CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 190-194.

²³ TEIXEIRA, Elenaldo. **O Local e o global**: limites e desafios da participação cidadã. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 54.

dos espaços públicos da democracia.

5. POR UM DIREITO PÚBLICO TRANSNACIONAL: O CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL

O direito constitucional, ramal do direito público, merece maior destaque a partir de duas constituições contemporâneas, a americana de 1787 e a francesa de 1791, não podendo olvidar-se, ainda que mais remotas no tempo, dos ditames constitucionais ingleses da Magna Carta Baronorum de 1215 e do Bill of Rights de 1678 e 1688, todos estes diplomas em sintonia com os novos anseios decorrentes da geração de novos direitos das comunidades inseridas em um Estado (soberano), aliado a repactuação da convivência entre os organismos internacionais, ou ainda, de novas formas e acordos entre estes. Porém, somente com o equilíbrio, baseado no modelo inglês, entre o Estado e o povo, a predominância do conceito de pátria à que estes deveriam servir, bem como ao destinatário dos direitos pleiteados é que dão delineamento ao constitucionalismo moderno²⁴.

Objeto de estudo do direito constitucional, o constitucionalismo, termo relativamente recente no vocabulário jurídico e político ocidental, conforme preconiza Barroso, que o define, em seu âmago, como a "limitação do poder e supremacia da lei", sendo que esta limitação de poder, no Estado constitucional, poderá ser de três ordens: materiais (valores básicos e direitos fundamentais); orgânica (funções legislativa, administrativa e judicante desempenhadas por distintos órgãos que se controlam mutuamente); e, por último, processuais (devido processo legal de caráter procedimental – contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação do uso de provas ilícitas; ou, ainda, de natureza substantiva – tendo-se como exemplos a racionalidade, a razoabilidade-proporcionalidade

²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coordenadores). Tratado de direito constitucional, v. 1. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Teoria sobre as teorias da constituição**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 15.

e a inteligibilidade)²⁵.

Para Fioravanti, sob uma análise histórica do constitucionalismo, entende tratar-se este de um movimento cujo objeto é o alcance das finalidades políticas concretas, traduzidas na limitação dos poderes públicos e, ainda, na afirmação de esferas de autonomia normativamente garantidas²⁶.

A maior contribuição para a Teoria Constitucional do século XX, sob a ótica de Teixeira²⁷, desencadeada pelo Estado Social de Direito (constitucionalismo social), pode ser diagnosticado pela transição da Constituição, primeiramente de caráter mais político do que jurídico (Estado de Direito) para um documento com maior conteúdo e alcance jurídico.

Porém todo este diagnóstico resume-se ao cenário interno do Estado nacional, sofrendo, nos tempos hodiernos, sensível alteração decorrente da tendência internacionalizadora do direito constitucional.

Neste sentido, Bonavides manifesta-se pela ocorrência de duas fortes tendências no desenvolvimento do direito constitucional: a internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional²⁸.

No que diz respeito à primeira tendência – internacionalização do direito constitucional, o autor leciona:

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 04-06.

²⁶ FIORAVANTE, Maurizio. **Constituzionalismo**. Percorsi dela storia e tendenze attuali. Roma-Bari: Laterza, 2009, p. 5.

²⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito público transnacional: Por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 2, p. 400-429, jul. 2014. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6013/3289>>. Acesso em: 24 set. 2016.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 46.

A primeira tendência afirma-se na recepção de preceitos de Direito Internacional por algumas Constituições modernas, que incorporam e chegam até a integrar o Direito externo na órbita interna [...] ²⁹.

Já, quanto à segunda - constitucionalização do direito internacional, dispõe que a mesma:

[...] Manifesta-se através da inspiração que a ordem constitucional oferece aos internacionalistas, abraçados, com fervor, à ideia de implantação de uma comunidade universal de Estados, devidamente institucionalizada ³⁰.

O estudo do constitucionalismo está como visto acima, umbilicalmente ligado ao estudo do Estado, que levou Ferreira Filho a indagar acerca da permanência dos Estados com as características que hoje ostenta, especialmente na ordem internacional:

O Estado, nação politicamente organizada – quem não sabe? – afirmou-se Estado soberano quando nasceu. Na verdade, é a soberania sua nota jurídica específica.

[...]

Isto quer dizer, no plano das relações exteriores, não-sujeição a qualquer outro poder, em particular ao poder religioso, ao poder papal. Ou seja, independência. No plano interior, importa na supremacia sobre todo e qualquer outro poder, no caso, o dos senhores feudais.

[...]

Certamente muitos pensadores há que contestam a soberania em nome da supremacia do direito internacional, ou da existência de uma sociedade internacional. Entretanto, na realidade, os Estados existentes pretendem-se soberanos nos dois sentidos, o

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 46.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 46.

de independência no plano externo e o de supremacia no plano interno. E o são do ângulo do direito.³¹

A dinâmica mundial evoluiu e com ela o próprio Estado (nacional, soberano), fruto das intensas modificações angariadas pela globalização, em seu sentido lato, refletindo, diretamente, no Estado Constitucional Moderno, como preconizam Cruz e Bodnar³².

A soberania do tradicional Estado-nação perde relevância, enfraquece, dando lugar à uma nova fonte de poder, capitaneada pela globalização vivenciada nos tempos atuais, liderada pelos países hegemônicos/dominantes do cenário mundial, eis que esta

[...] pode ser definida como um poderoso processo de estandardização da cultura a nível mundial. Só que isso ocorre segundo padrões e critérios de quem detém a maior parcela de poder na sociedade pelo domínio da informação, da ciência e da tecnologia; e um tal poder hoje transcende a nação e o Estado, projetando-se como poder mundial, não somente militar e econômico, mas científico, cultural e ideológico. Ou seja, o poder está como nunca jamais se vislumbrou nas mãos de quem domina o saber, que hoje se identifica com o crescente domínio da tecnologia e da informação. E o resultado desse processo, o fruto mais evidente e provavelmente mais nefasto da globalização é, como igualmente jamais se anteviu, a unidimensionalização do ser humano, traduzida na conformização com padrões heterônomos que tratam de amoldar não somente seu comportamento exterior, como também sua alma interior, sua cultura e seu sentimento.³³

Ferreira Filho entende que, na atualidade, os Estados, em que pese se considerarem soberanos, não mais ostentam a condição de protagonistas do

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9-10.

³² CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 26, n. 1, pp. 159-176, jan./jun. 2010. Disponível em: <www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume261/07.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2016.

³³ COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro: Transmodernidade, Direito, Utopia**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, p. 20.

cenário político mundial, não tendo mais independência ou supremacia, nos níveis externo e interno. E arremata que a circunscrição nacional era o "espaço" em que se deliberariam acerca das grandes questões políticas de interesse nacional, porém, sob os efeitos da globalização, este espaço já não mais atenderia as novas demandas que incidiam sobre determinado grupo social³⁴.

Neste sentido, Teixeira leciona que o Constitucionalismo Transnacional

[...] pode ser concebido, em termos gerais, como um processo global de afirmação da ubiquidade da existência humana como um bem em si, independentemente de concessões de direitos ou atribuições de sentido/significado estatais, que demanda reconhecimento de direitos não mais vinculados a um Estado nacional específico e que termina redefinindo os objetivos finalísticos do próprio Estado, pois pressiona rumo à integração política internacional e promove, por um lado, diversas esferas transversais de normatividade, enquanto que, por outro, reforça o papel do Estado na proteção interna dos direitos individuais, na afirmação dos direitos culturais e na instrumentalização das políticas globais.³⁵

Outro ponto que merece destaque está atrelado aos autores do processo político/democrático, que anteriormente eram cingidos ao poder público (dos Estados), no cenário transnacional contam, também, com outros atores, formando a "sociedade civil global", uns oriundos da iniciativa privada (grandes empresas multinacionais, por exemplo), outros de organizações não-governamentais, associações civis, movimentos sociais, órgãos multilaterais (ONU, OIT, etc.), ou ainda de tribunais de jurisdição internacional dos quais os países signatários de tratados venham a fazer parte, que trataram de temas que extrapolarão os limites dos Estados até

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

³⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS. Vol. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 09-32.

então soberanos, tais como sistema monetário internacional, meio ambiente, novas formas de comunicação, dentre outros temas³⁶.

Há um deslocamento do conceito de governo (poder político instituído) para o de "governance" (definido com base nas intervenções sociais, políticas e administrativas utilizadas pelos atores públicos e privados para a resolução de problemas sociais)³⁷.

E, para Teixeira, a "Societal Governance" desempenharia "o papel de assumir, no âmbito da ordem internacional, muitas daquelas intervenções que eram realizadas internamente pelos Estados nacionais"³⁸.

Sobre Governança, Chevallier destaca que:

Uma tomada de distanciamento crítico em relação à noção de "governança" é a primeira vista indispensável, na medida em que essa foi, desde o início, carregada de uma dimensão prescritiva. Três fórmulas, todas as três provenientes do Além-Atlântico, testemunham-no: a *Corporate Governance* (a governança da empresa), visando à construção de um novo gerencialismo, repousando sobre a interação entre os diferentes poderes existentes no seio da empresa; a *Good Governance* (a boa governança), preconizada pelas organizações internacionais como meio de reforma das instituições dos países em via de desenvolvimento; a *Global Governance* (a governança global), tendendo ao estabelecimento de novos modos de regulamentação e de integração da sociedade internacional.³⁹

³⁶ TEIXEIRA, Elenaldo. **O Local e o global: limites e desafios da participação cidadã**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 55.

³⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS. Vol. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 09-32

³⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS. Vol. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 09-32.

³⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 273-274.

Não há, quando o objeto de estudo tratar-se do constitucionalismo transnacional, como olvidar este novo conceito – Governança – e suas implicações no alcance do novo "Estado globalizado", da nova forma de encarar a Democracia e os novos atores do novo cenário que se desenha.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os efeitos, visíveis, da globalização, em suas mais variadas vertentes (econômica, tecnológica, comunicação), levada a efeito, principalmente, pelas grandes e hegemônicas nações, além de grandes conglomerados privados, responsáveis por relevante parte das riquezas mundiais, tem impactado de maneira incisiva e efetiva sobre os Estados nacionais.

Diante deste quadro, novos conceitos e vivências vão sendo experimentadas, em virtude da aproximação dos cidadãos, de diversas culturas e dogmas, decorrente do pluralismo jurídico e do multiculturalismo, que traduzem precauções para o harmônico convívio.

Com as alterações provocadas pela globalização, em seus mais diversos matizes, duas principais consequências, materializadas no desenvolvimento dos Estados nacionais, no que tange a minimização de sua soberania internacional e supremacia interna, e ainda, reflexos na própria democracia, decorrente da participação de novos atores, não mais só restrito à questão política, ampliando para grandes corporações privadas, organizações não-governamentais, organismos multilaterais e outros atores globais.

Com todo este processo de transnacionalização em efervescência, deslocando o tradicional conceito de governabilidade para o novel conceito de governança, em suas mais diversas dimensões, especialmente a governança global, que acabou por encampar competências antes atribuídas aos Estados nações, unificando-os em uma única dimensão.

O constitucionalismo irá ter que apreciar toda esta diversidade, devendo o direito expandir-se, no mesmo caminho, buscando o efetivo alcance do

Direito e do Constitucionalismo transnacionais, em que pese toda a dificuldade que deverá enfrentar.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BELTRAME, Adriana; CHAIB, André Nunes; SILVA, René Marc da Costa. **O multiculturalismo e a globalização como princípios para uma internacionalização do direito**. Editora Padê. Brasília, v. 2, n. 1, p. 4-46, jan./jun. 2008.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro: Transmodernidade, Direito, Utopia**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 26, n. 1, pp. 159-176, jan./jun. 2010. Disponível em: <www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume261/07.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2016.

DANTAS, Ivo. **Constitucionalismo & globalização: regionalização, mercosul e integração**. Conferência proferida no I Congresso Brasileiro de

Direito Constitucional Comparado, Recife, agosto de 2000. Disponível em:
<http://www.direito.ufmg.br>. Acesso em: 21 jan. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

FIORAVANTE, Maurizio. **Constituzionalismo. Percorsi dela storia e tendenze attuali**. Roma-Bari: Laterza, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume II, 2. Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEFORT, Claude. **Pensando o Político: Ensaios sobre Democracia, Revolução e Liberdade**. Tradução de Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LOCCHI, Maria Chiara. **La complejidad del ius soli: una contribución al debate sobre la ciudadanía en los estados democratico-pluralistas**. Revista General de Derecho Público Comparado. V. 15, Perugia, 2014.

MARTÍNEZ, José María Seco. **Globalización: El Nirvana del Viejo Orden Burgués**. Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos 2003-2004. Org. David Sánchez Rúbio, Joaquín Herrera Flores, Salo de Carvalho. 2. ed. Dados eletrônicos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>>. Acesso em: 23 de jan. 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coordenadores). Tratado de direito constitucional, v. 1. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Teoria sobre as teorias da constituição**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

MARTINS, Raúl Francóis. **Geopolítica e geoestratégia: o que são e para**

que servem. Revista Nação e Defesa, n. 78. Editor Instituto da Defesa Nacional, 1996. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.26/1585>. Acesso em: 23 jan. 2016.

NEVES, Marcelo. A concepção de Estado de Direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC.** Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56014>. Acesso em: 15 jan. 2016.

OLIVEIRA, Luciano. **Pluralismo jurídico e direito alternativo no Brasil.** Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos 2003-2004. Org. David Sánchez Rúbio, Joaquín Herrera Flores, Salo de Carvalho. 2. ed. Dados eletrônicos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>. Acesso em: 23 de jan. 2016.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012. ISSN 2175-0491. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6013/3289>. Acesso em: 24 set. 2016.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Uma globalização justa: criando oportunidades para todos.** Brasília: MTE, Assessoria Internacional, 2005.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge (Orgs.). **Brasil: um século de transformações.** São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito público transnacional: Por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 2, p. 400-429, jul. 2014. ISSN 2175-0491. Disponível em:

<<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6013/3289>>.

Acesso em: 24 set. 2016.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS**. Vol. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 09-32.

TEIXEIRA, Elenaldo. **O Local e o global: limites e desafios da participação cidadã**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

TRABALHO, Organização Internacional do. **Uma globalização justa: criando oportunidades para todos**. Tradução: MTE – Ministério do Trabalho e Emprego, Assessoria Internacional, 2005.

UMA ANÁLISE DO CRIME DE GENOCÍDIO A PARTIR DO ESTATUTO DE ROMA

Walter Gustavo da Silva Lemos¹

Iury Peixoto Souza²

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade tem sido prática comum o massacre de povos em massa, utilizando-se da força para sobrepor seus interesses, motivados por ódios nacionais, religiosos, raciais, políticos, culturais, pela busca de poder, dominação e pela vingança. Possível citar como exemplo a sentença do Senado Romano, que condenou a cidade de Cartago e todo a sua população à destruição em 146 a.C. ou a destruição de Jerusalém por Tito, em 72 d.C.

O século passado foi contemplado por diversas praticas de genocídio, apesar dos esforços da sociedade internacional o mundo presenciou situações de extrema barbárie como a Segunda Guerra Mundial, a bomba de Hiroshima e Nagasaki (1945), a Guerra do Vietnã (1964-1975), a tentativa de uma "depuração étnica" na antiga Iugoslávia (1992-1995), e mais recentemente o massacre de não árabes em Darfur (2003 até 2012), entre outras.

No período da guerra, os Aliados denunciaram os métodos de extermínio em massa dos judeus praticados pelos nazistas, o que motivou uma

¹ Doutorando em Direito pela UNESA/RJ, e-mail wgustavolemos@hotmail.com. Professor da graduação do curso de Direito da FCR – Faculdade Católica de Rondônia e da FARO – Faculdade de Rondônia, ministrando as disciplinas de D. Internacional e Hermenêutica Jurídica.

² Aluno na graduação da Faculdade Católica de Rondônia – FCR. E-mail: iurypeixotopvh11@gmail.com

atenção especial da sociedade internacional para o tema, fazendo surgir um sentimento de consciência mundial e assim exigindo justiça através da punição pelos então responsáveis pelas atrocidades realizadas.

Assim que findou a II Guerra Mundial em 1945, as potências vencedoras uniram-se para decidir como seria a forma de julgamento e qual a punição aplicável de seus possíveis responsáveis. No decorrer dessa medida, surgiu a pioneira tentativa de proteção e respeito aos valores humanos no âmbito de Direito Penal Internacional, durante o estabelecimento do Tribunal de Nuremberg e de seu estatuto, ainda que de maneira precária, surgindo a definição para o que hoje é denominado de genocídio, surgiu ainda a Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio em 1948, e a Lei n. 2889, de 1º de outubro de 1956 no Brasil.

As atrocidades praticadas foram fatores primordiais que levaram a Sociedade internacional a se mobilizar com o objetivo de punir os responsáveis e impedir que novas ações de barbáries surgissem sem a devida punição, iniciando a discussão de normas internacionais neste sentido.

Razão pela qual atualmente foi estabelecido o primeiro Tribunal Penal Internacional permanente em 2002 na Haia, objetivando promover o Direito Internacional contra a prática por indivíduos dos crimes mais graves, sendo um imenso passo em busca do respeito ao direito internacional e também à universalidade dos Direitos Humanos.

O crime de genocídio está posicionado como uma das questões mais relevantes no direito internacional porque é, sem dúvida, a maior violação aos direitos humanos que ataca com clareza um direito fundamental: "o direito de ser diferente em seus aspectos mais fundamentais" podendo ter incidência em razão de sua religião diferente, defesa de ideias políticas contrárias, pertencer a uma outra raça, etnia ou grupo nacional, ou ter uma cultura diversa são razões que motivam um grupo a querer e realizar práticas de extermínio ao outro grupo. Neste artigo será analisado criticamente o crime tipificado como genocídio e sua evolução até os dias

atuais de forma sucinta.

Assim, o presente artigo objetiva promover a análise da norma internacional e a sua descrição sobre o delito de genocídio, utilizando o método de abordagem indutivo, pelo uso do procedimento dedutivo e de uma pesquisa bibliográfica, para conectar os antecedentes históricos que levaram a tipificação desta conduta com o estudo dos elementos caracterizadores de tal delito.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A história do desenvolvimento da humanidade está recheada de crises e guerras, onde a ganância dos povos levaram a vários desmazelos, onde imperava o extermínio do inimigo ou do amigo que não se adaptava ao poder descrito. Vemos na história, vários casos de matanças desgarradas, onde a própria humanidade saiu perdendo, com a extinção de culturas, povos, línguas e patrimônio. Em Esparta, matavam-se as crianças, que não se adaptavam ao padrão imposto. Já na China, o mesmo caminho era tomado para as primogénitas, ou seja, quando o primeiro filho nascido era mulher.

O próprio homem acabava matando os seus iguais, em massa, quer por problemas regionais, quer religiosos ou até tribais, mas sempre com a expectativa da elevação de terras e poder. Vários homicídios em massa, então, povoaram a história da humanidade, o que nos leva a pincelar que tais sentimentos podem, inclusive, estar intrínsecas no comportamento humano. Por diversas vezes, encontramos estas ocorrências na Idade Antiga, estando a Bíblia povoada de narrações neste sentido.

Neste tempo, vimos o extermínio dos cristãos e de Cartago por Roma, que são grandes exemplos de genocídios. Sem contar a velha rivalidade entre a Europa, terra da liberdade e da lei e a Ásia, terra do despotismo e da escravidão, o que muito baseou o pensamento de Aristóteles.

Assim, muitas mortes foram para as conquistas dos novos povos, principalmente por Roma, que também promoveu a morte para a garantia da paz e de sua religião, frente a crescente onda do cristianismo. Temos alguns exemplos de genocídio ocorridos na Idade Antiga, como: Massacre Tessalónico – ano 388 d.c. Imperador Teodósio mandou matar os tessalónicos quando estivesse no circo. Mais de 7000 pessoas mortas; 3ª Guerra Púnicas; Extermínio de crianças pelo Rei Herodes, da Judéia.

Na Idade Média não se viu qualquer mudança em tal quadro, mesmo havendo a consolidação do cristianismo em Roma. Esta idade conhecida como Idade das Trevas, foi bastante marcada pelas Cruzadas Santas, onde o genocídio de orientais era muito comum, chegando a polvilhar Jerusalém de mortos.

Assim, esta idade foi marcada por grandes batalhas pela ocupação da Europa e pelo período feudal. Neste período ficou marcado pelos massacres em nome do Cristianismo e para a sua garantia, em pronta contradição com os genocídios realizados na Idade anterior.

Neste período temos alguns exemplos: massacres de Judeus em Granada – 1066, cerca de 10 mil pessoas mortas; as Vésperas Sicilianas de 1282; Cruzadas contra os albingenses.

Já com a chegada da renascença, esperava-se uma mudança na mentalidade da humanidade, porém nada mudou. Este tipo de conduta ficou ainda mais frequentes, seja pelo crescente mercantilismo que se instaurava, bem como pelas ocupação e angariações de novos territórios. Outro dos motivos foi o despotismo. O autoritarismo dos chefes de Estado, elevado pela ganância de novos territórios, promoveu muitas matanças de povos, nas mais variadas forma.

Neste período, foram riscadas do mapa uma série de populações, como as incas e astecas, bem como várias populações africanas. Tudo movido pela ganância do expansionismo e do ouro.

Alguns exemplos de genocídio ocorridos neste lapso temporal são: Massacre de Cristãos Novos em Portugal, em 1506; O extermínio de anabatistas em Westfália, 1525; Noite de São Bartolomeu, morte dos huguenotes e protestantes, em 24/08/1572, com mais de 10 mil pessoas mortas; Extermínio da civilização inca e asteca.

Já na idade Contemporânea, multiplicaram-se os casos de genocídios, agora tem outras causas. As intolerâncias raciais e religiosas foram as grandes motivações para os genocídios deste período. Neste momento, vemos o primeiro levante para impedir que tais atos fossem realizados, bem como a tipificação desta conduta como delituosa.

Ainda, neste momento passa a surgir os primeiros tribunais para julgamentos deste casos, apontando a sua criminalização e a condenação de pessoas. Com um grande período de problemas econômicos no mundo, vê se a luta pela exploração do capital, o que diretamente a várias agressões.

Um pouco anteriormente a invasão a Polônia que acarretaria ao início da II Guerra Mundial, Adolf Hitler teria dito "Quem hoje em dia ainda fala do massacre dos armênios?³". Esse tipo de premissa, faz com que o estudo do genocídio, no seu aspecto histórico seja tão basilar.

Após a II Guerra Mundial surge, então, o Tribunal de Nuremberg para a condenação dos chefes nazistas pelos crimes contra o povo judeu e dos polacos. Neste mesmo momento, surge o Tribunal de Tóquio para julgamento dos crimes de guerra dos chefes das Armas japonesas. Nestes dois momentos, várias pessoas foram condenadas por tais crimes, sendo os primeiros condenados por crimes de genocídio e por práticas indevidas em guerras. Como consequência da II Guerra Mundial, o caos se instala na África e em algumas possessões europeias na Ásia, onde grandes lutas

³ DADRIAN, Vahakn. "Configuración de los genocídios del siglo veinte". In: FEIERSTEIN, Daniel (org.). Genocidio: La **administración de la muerte en la modernidad**. Buenos Aires: Eduntref, 2005, pp. 37-42.

foram travadas pelo poder.

Neste momento, ocorreram os massacres em Uganda, Sibéria, Ruanda e Sudão, entre outros locais na África, estando ainda ocorrendo o massacre de Darfur, onde militantes do governo vem realizando uma "limpeza étnica" dos não-muçulmanos.

Para o caso de Ruanda, foi estabelecido um tribunal Ad-hoc para o julgamento dos crimes daquela matança de tutsis pelos hutus. Ainda, temos graves crimes realizados por limpeza étnica, como ocorreu na ex-Iugoslávia, onde o foram mortos vários habitantes de origem albanesa, sendo que outro Tribunal Penal Internacional Ad-hoc foi criado para a apuração de crimes deste incidente. Alguns exemplos de casos ocorridos neste período da história da humanidade são: Guerra da Tríplice Aliança; Genocídios de Armênios pelos turcos; Holomodor – Ucrânia, 1928 a 1930, crise da fome; Deportação de Chechenos pelos russos, 1944, para a Sibéria e Casaquistão; Holocausto Judeus pelos Nazistas na II Guerra Mundial, quase 6 milhões de pessoas; Idi Amin – Uganda, de 1971/1979, mais de 300 mil mortos; Genocídio cultural no Tibet, com a transferência de crianças para outros grupos; Iraque, extermínio de curdos pelos iraquianos a mando de Saddam Hussein; Genocídio no Cambodja, por Pol Pat, em 1975 a 1979, morte de mais de 400 mil pessoas; Guerra da Ex-Iugoslávia, 1993; Extermínio de Tutsi em Ruanda, em 1994, com mais de 1 milhão de mortos; Extermínio no Timor Leste, pelo Exército da Indonésia, Darfur, Sudão, de 2003 até hoje, mais de 400 mil.

No Brasil, possuímos um caso direito de genocídio, onde um grupo de garimpeiros foi condenado por genocídio contra o povo Yanomami, na Reserva de Roraima, no episódio que ficou conhecido como Massacre do Haximu.

Tal fato se deu uma aldeia na fronteira com a Venezuela, quando os garimpeiros atacaram a aldeia indígena e causou a 12 mortes de indígenas, por tiros de espingarda e golpes de facão, bem como ferimento em mais de uma dezena.

Alguns dos acusados foram presos e condenados por genocídio, bem como pelos crimes de contrabando e garimpo ilegal. Tais acusados tentaram descaracterizar os fatos somente para o crime de homicídio, mas o fato foi considerado como crime de genocídio, tendo inclusive o Supremo Tribunal Federal confirmado tal decisão em de 9 de agosto de 2006.

2. CONCEITO

O termo foi utilizado pela primeira vez por R. Lemkin em **Axis Rule in Occupied Europe**, Washington, 1944, na designação da destruição em massa de um grupo étnico. Trata-se a designação da palavra grega *génos* (família, tribo ou raça) e com a palavra do latim *caedere* (matar), chegando a esta nova palavra.

Esta descrição indica o que ocorreu com os judeus no **holocausto** realizado pelos nazistas. É o assassinato deliberado de pessoas motivado por diferenças étnicas, nacionais, raciais, religiosas e, por vezes, políticas.

De acordo com o a Resolução de nº 96, de 11 de dezembro de 1946, aprovada pela Definição nº 260 (III) A do Assembleia Geral de Nações Unidas em 9 dezembro 1948, conhecida por *Convenção para a prevenção e repressão aos crimes de genocídio*, assim definiu o que é genocídio:

Artigo II: Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- (a) matar membros do grupo;
- (b) causar lesão grave à integridade de física ou mental de membros do grupo;
- (c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

(d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

(e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.⁴

No Brasil a Lei nº 2.889, de 1 de outubro de 1956, define o crime de **genocídio** e dá suas penas. É considerado **crime de genocídio**:

Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

a) matar membros do grupo;

b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;⁵

Na Convenção aprovada pela ONU, em 9 de Dezembro de 1948, desenvolveu-se a definição abrangendo-se "**vários atos cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte um grupo nacional, étnica, racial ou religioso**".⁶

Já o Tribunal Ad-hoc para o genocídio de Ruanda trouxe uma grande contribuição para o Direito Internacional ao promover uma definição do crime de genocídio, especificado em dois sentidos: 1) o ato criminal foi

⁴ Resolução de nº 96, de 11 de dezembro de 1946, aprovada pelo Definição nº 260 (III) A do Assembleia Geral de Nações Unidas em 9 dezembro 1948

⁵ Brasil, **Lei nº 2.889**, de 1 de outubro de 1956.

⁶ Brasil, **Lei nº 2.889**, de 1 de outubro de 1956.

realizado com a intenção de destruir um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, embora possa ser cometido até contra um só indivíduo; 2) a lesão grave à integridade física ou mental dos membros de um grupo e a violência sexual contra as mulheres, realizadas sempre com a mesma intenção.

Posteriormente a isso, o Estatuto de Roma, de 1998, estabeleceu estas mesmas condutas como caracterizadores do crime de genocídio, adotando as mesmas abordagens que aquelas demais normas antecedem já haviam tratado, concatenando as condutas tipificadas com o conceito anteriormente dados pelo Direito Internacional sobre este tema.

3. BEM JURÍDICO TUTELADO

Alguns autores consideram o genocídio como sendo crime contra a humanidade, entretanto se as suas peculiaridades forem analisadas poderemos chegar à conclusão de que se trata de crime autônomo.

Quanto crimes contra a humanidade Aduz e Ferreira afirmam:

Os crimes contra a humanidade são caracterizados por atos desumanos contra qualquer população civil, como elenca taxativamente Estatuto, os assassinatos, extermínios, escravidão, deportação ou transferência forçada de uma população, tortura etc.⁷

O bem jurídico tutelado no crime de genocídio, em linhas gerais, não se dirige contra a vida de um indivíduo, mas sim contra grupos de pessoas, em sua totalidade, quando estes possuem diversidade humana. O genocídio protege a existência de grupos específicos, desta forma protege a humanidade como um todo que tem em sua essência evitar o ataque da

⁷ FERREIRA, Ruciana. SANTOS, Cleidmar Avelar, **O estatuto de Roma e sua (des) harmonização com o ordenamento constitucional brasileiro**, publicado em abril de 2016, no site jus.com.br, disponível no linkin: < <https://jus.com.br/artigos/47940/o-estatuto-de-roma-e-sua-des-harmonizacao-com-o-ordenamento-constitucional-brasileiro>> acesso em 11 de dezembro de 2016.

pluralidade de maneira irreparável se houver supressão destes grupos, procurando manter um respeito às diferenças por ser uma das características do gênero humano.

Paula Drumond Rangel Campos sobre o bem tutelado pelo genocídio assim descreve que: "Uma vez em vigor a Convenção, o genocídio passou a ter status de infração internacional."⁸

O art. 2º da já citada Convenção descreve que o bem jurídico tutelado é o Direito Internacional, por via da consciência de humanidade, pela necessidade de preservação dos grupos sociais dos mais diversos tipos que são protegidos por tal norma.

4. SUJEITOS DO DELITO: ATIVO X PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de genocídio, podendo ser praticado por um único indivíduo ou grupo de indivíduos, mas via de regra, o delito é praticado pelos chefes políticos e militares do Estado.

Sobre o assunto, Japiassú em sua obra, ensina que pode ser autor do crime qualquer pessoa, pois se trata de crime comum, não sendo admitida à responsabilidade da pessoa jurídica.⁹

Fragoso ensina que sujeito passivo é qualquer pessoa que integre determinado grupo nacional, étnico, racial ou religioso e que seja atingida como tal¹⁰. Para ele, embora a definição do crime se refira a "membros de um grupo", ainda assim o crime pode se configurar, mesmo que exista

⁸ CAMPOS, Paula Drumond Rangel. O crime internacional de genocídio: uma análise da efetividade da Convenção de 1948 no Direito Internacional?. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, v. 1, p. 638-692, 2007.

⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. Parte Geral**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

apenas uma vítima (desde que a mesma seja atingida em caráter impessoal, como membro de grupo nacional, étnico, racial ou religioso).

Por sua vez, a antropologia ainda não chegou a critérios definitivos acerca do que sejam os grupos étnicos e raciais. O conceito de etnia é normalmente obtido através de critérios culturais, estendendo-se a minorias que mantenham um modo de ser distinto, inclusive reivindicando autonomia política. Já o conceito de raça é obtido por critérios biológicos, embora não haja, hoje, de acordo com a moderna antropologia, raças puras. Ainda há, no entanto, muita confusão entre estes conceitos.

Canêdo interpreta o dispositivo legal "matar membros do grupo" de forma literal, considerando que a lei utiliza-se do plural. Assim, o crime não é admitido em sua forma consumada quando ocorre a morte de apenas uma vítima, ensinando que ao se tratar do crime de genocídio, o sujeito passivo será, no Direito brasileiro, sempre plural.¹¹ O sujeito passivo pode ser qualquer pessoa física visando uma coletividade, independentemente de ser praticado contra pessoas individualmente.

4.1 Elemento Objetivo (conduta)

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional definiu o crime de genocídio no seu artigo 6º, pelo que se cita agora:

Crime de genocídio:

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio" qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

a) Homicídio de membros do grupo;

¹¹ CANÊDO, Carlos. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.¹²

Da leitura do artigo por ora discutido é possível chegar à conclusão que o tipo do genocídio não engloba apenas o assassinato em massa com o objetivo de destruição, mas também à submissão a condições consideradas degradantes, seja física ou mental que possam levar ao desaparecimento de certo grupo.

4.2 Elemento Subjetivo

O elemento subjetivo consiste no ato intencional considerado reprovável em si, independente de ser comissivo ou omissivo, pois em princípio todos os crimes comissivos podem ser praticados por omissão imprópria, compreendendo no caso específico do genocídio a tentativa, a cumplicidade, a incitação.

Segundo Canêdo, não existe nenhum fator que impeça falar de genocídio cuja forma de realização seja omissiva, uma vez que a quase totalidade dos crimes de resultado admite a prática omissiva¹³. Segundo Fragoso, "em princípio, todos os crimes comissivos podem ser praticados por omissão"¹⁴.

¹² ONU. **Estatuto de Roma**. 1 de julho de 1998

¹³ CANÊDO, Carlos. O genocídio como crime internacional.

¹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral.

O elemento subjetivo do crime de genocídio é a intenção do agente de destruir determinados grupos, parcialmente ou totalmente, motivados pela diversidade religiosa, étnica, cultural, racial, biológica. Não há incidência de genocídio culposo. Sem a intenção de exterminar o grupo no todo ou em parte não haverá genocídio ou qualquer outro caso assimilado, podendo ser no caso em espécie um homicídio qualificado ou lesões corporais.

Portanto, o agente deve possuir a intenção de empreender quaisquer das condutas descritas na norma internacional, como tipificadas no art. 25º do já referido Estatuto de Roma:

Responsabilidade Criminal Individual 1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas. 2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto. 3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: [...] d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso: I) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou II) **Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime; (grifos nossos)**¹⁵

4.3 Lei Penal no Espaço

Em regra, a lei penal se aplica no território onde se exerce a soberania do Estado, independentemente da nacionalidade do agente ou da vítima e do bem jurídico atingido. Adota-se assim, o princípio da territorialidade, hoje dominante, com algumas ressalvas em nossa legislação. Uma dessas ressalvas diz respeito exatamente ao crime de genocídio, tratando do

¹⁵ ONU. Estatuto de Roma.

critério da extraterritorialidade incondicionada, no art. 7º, I, alínea *d* do CP.

No presente caso, o Estatuto é aplicado nos países que lhe são signatários e que o ratificaram, para exercer os seus poderes e funções conforme, afirma o Art.4º do estatuto de Roma:

Regime Jurídico e Poderes do Tribunal. 1. O Tribunal terá personalidade jurídica internacional. Possuirá, igualmente, a capacidade jurídica necessária ao desempenho das suas funções e à prossecução dos seus objetivos. 2. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado.¹⁶

Assim, em relação a sua aplicação no espaço, as normas do Estatuto de Roma se aplicam nos territórios dos Estados que são parte daquele tratado, mas também em outros Estados caso exista acordo neste sentido, sempre em complementariedade às jurisdições locais, nos termos que o art. 1º próprio Estatuto descreve.

5. FORMAS DE GENOCÍDIO

O genocídio pode ser classificado como sendo físico (assassinato e atos que causem a morte); o genocídio biológico (esterilização, separação de membros do grupo) e o genocídio cultural (atentados contra o direito ao uso da própria língua; destruição de monumentos e instituições de arte, história ou ciência). O genocídio cultural não é protegido pela Lei 2889 no Brasil, mas previsto nos Anteprojetos de Código Penal de 1994 e de 1999. O genocídio é classificado pela forma em que é levado a efeito, pela maneira em que é executado.

¹⁶ ONU. Estatuto de Roma.

5.1 Genocídio Físico

O genocídio físico pode ser dividido em três formas distintas, quais sejam: homicídios; graves lesões físicas ou mentais; imposição de condições de vida destrutiva.

Para Pablo A. Ramella em seu livro "Crimes contra a humanidade", entende por genocídio físico o ato de matar ou mutilar homens diretamente, ou os submetendo à condições que não lhes permitam sobreviver¹⁷. Assim, quando se realiza as condutas de promover a morte com o intuito de submetê-los a condições degradantes, como pode se ver nos campos de concentração e escravidão de trabalhadores, causas em que se assassinava, sistematicamente, por fome ou enfermidade.

O genocídio de uma forma abrange é segundo Oliveira: "[...] não é só a prática de assassinatos, mas qualquer ação que possa levar à extinção de grupo étnico, racial ou religioso.¹⁸" Na questão física o genocídio tem como maior exemplo, os campos de concentração da Segunda Guerra Mundial.

5.2 Genocídio Biológico

O genocídio biológico ocorre quando há o efetivo impedimento da reprodução, mediante esterilização, o aborto compulsivo e outros meios violentos. Podendo ser, ainda incluídos entres estes o sequestro de crianças.

Como bem afirma Savazoni, essa espécie de genocídio é aquele que: "indica a prática de impedir a natalidade de certa comunidade, com

¹⁷ RAMELLA, Pablo A. **Crimes contra a humanidade**. tradução: Fernando Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

¹⁸ OLIVEIRA, Charles Reginaldo Guimarães Oliveira. **A Constituição Federal e o Tribunal Penal Internacional**: a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com o estatuto de Roma. Publicado em 2016 no site jus.com.br, disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53922/a-constituicao-federal-e-o-tribunal-penal-internacional-a-compatibilidade-do-ordenamento-juridico-brasileiro-com-o-estatuto-de-roma>> Acessado em 1 de dezembro de 2016.

esterilizações forçadas¹⁹". Com efeito, que cesse a propagação de certa etnia para prosperidade.

Portanto, por tal ato o autor de tal conduta não permite que o material biológico de um grupo ou comunidade se perpetue pela agressão praticada contra o nascimento.

5.3 Genocídio Cultural

Em relação ao genocídio cultural pode ser considerado todo e qualquer ato cometido com a intenção de destruir a língua, a religião ou a cultura de um grupo nacional, racial, ou religioso. Tal ato pode consistir na proibição de utilização da língua do grupo ou a destruição de museus.

O presente conceito foi muito criticado pelos Estados Unidos, Reino Unido e França, os quais afirmaram que a convenção deveria se ater à destruição física do homem e que o "direito à vida cultural" não é inerente a pessoa humana, mas resultante do desenvolvimento social, e por isso, deveria ser protegido por um documento internacional ligado a cultura.

Nesse caso, um dos grandes exemplos é o já citado Genocídio Armênio, pois foi um ato com fito de destruir, por meio do assassinato em massa um grupo humano por causa da sua etnia especificamente.

Em consonância a esse pensamento, Savazzoni afirma que: "genocídio cultural abrange a atuação dirigida à destruição da história, linguagem e costumes de certa coletividade"²⁰.

¹⁹ SAVAZZONI, Simone de Alcantara. **Crime de Genocídio**. Publicado em 2009, no site lfg.jusbrasil.com.br, disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1497576/crime-de-genocidio-simone-de-alcantara-savazzoni>> Acessado em 1 de dezembro de 2016.

²⁰ SAVAZZONI, Simone de Alcantara. **Crime de Genocídio**.

5.4 Genocídio Político

No que diz respeito ao genocídio político, a União Soviética e a Polônia se opuseram firmemente à sua inclusão na Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio, afirmando que a Convenção se destinava a proteger aqueles que pertencessem a um grupo independentemente de sua vontade (apenas aqueles grupos a que o homem pertence a "despeito de si mesmo") e não pretendia atingir os grupos voluntários.

Seguindo essa linha de raciocínio, podemos ver como um exemplo que afirma Castro²¹ (2003, tradução nossa) acerca de um genocídio político cometido na Colômbia:

Durante as duas últimas décadas, a União Patriótica passou por um processo de aniquilação sistemática: milhares de seus membros, líderes e apoiantes foram assassinados, "desapareceram" ou forçados ao êxodo; seus representantes para o parlamento e as autoridades locais foram eliminados; suas matrizes têm sofrido os estragos de repetidos ataques, e também tem sido recorreu a silenciar testemunhas ou parentes de vítimas que exigiu justiça. A remoção de status legal para o funcionamento da oposição tentou completar o trabalho de extermínio. Em suma, foi perpetrado o que alguns especialistas legais chamar um genocídio político ou "politicídio", combinando atos de criminalidade, perseguição e assédio destinadas a causar a remoção total ou parcial de um grupo de oposição²². (tradução dos autores)

Como podemos analisar conforme a citação, temos uma clara perseguição a

²¹ CASTRO, Iván Cepeda. **El genocidio político**. Publicado em 2 de junho de 2003. Disponível em: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cepeda6.html> . Acesso em 11 de novembro de 2016.

²² No original: "Durante las últimas dos décadas la Unión Patriótica ha sido sometida a un proceso de aniquilación sistemática: miles de sus miembros, líderes y simpatizantes han sido asesinados, "desaparecidos" o forzados al éxodo; sus representantes al parlamento y a los poderes locales fueron eliminados; sus sedes han sufrido los estragos de repetidos atentados, y también se ha recurrido al silenciamiento de los testigos o de los familiares de las víctimas que han exigido justicia. El retiro del estatuto legal para el funcionamiento del grupo de oposición ha intentado completar la obra de exterminio. En pocas palabras, se ha perpetrado lo que algunos expertos en derecho llaman un genocidio político o "politicidio", la combinación de actos de criminalidad, persecución y hostigamiento tendientes a provocar la eliminación total o parcial de un grupo opositor"

um nicho político da Colômbia, aonde desapareceram seguidores, enquanto outros foram forçados ao exílio, de forma que nem no parlamento Colombiano encontra-se mais tal segmento político.

6. HISTÓRICO SOBRE A CORTE PENAL INTERNACIONAL

A primeira notícia do estabelecimento de um tribunal penal internacional data do ano de 1474. O tribunal, estabelecido pelo Sacro Império Romano, aplicaria "leis divinas e humanas" sob critérios da Igreja.

Outro caso, agora como maior introspecção política e histórica, se deu com o Tratado de Versalhes (1919), quando se começa a pensar numa jurisdição internacional.

Pensou-se na institucionalização de um órgão para condenar as atrocidades cometidas em conflitos internacionais, impedindo que a impunidade reinasse, bem como de forma a que os interesses políticos fossem deixados de lado.

Assim, entre 1919 e 1994, em parte, por forte demanda da opinião pública (chocada por trágicos eventos ocorridos), foram criadas comissões internacionais Ad-hoc (para investigar casos particulares) e tribunais penais internacionais Ad-hoc. Analizando de uma forma prévia o Estatuto de Roma, percebe-se que este é um tratado que tem o fito de natureza supraconstitucional, como bem aduz Mazzuoli :

[...] o Estatuto não é qualquer tratado, mas um tratado especial de natureza centrífuga, e que por isso detém natureza supraconstitucional, cujas normas derogam (superaram) todo tipo de norma do Direito interno. Os tratados ou normas de direitos humanos centrífugos são os que regem as relações jurídicas dos Estados ou dos indivíduos com a chamada jurisdição global (ou universal). Nominam-se centrífugos exatamente porque são tratados que saem (ou fogem) do centro, ou seja, da jurisdição comum, normal ou ordinária, retirando o sujeito ou Estado (e a relação jurídica subjacente do

seu centro, isto é, do seu território ou mesmo da sua região planetária, para levá-los à autoridade da justiça universal.²³

Os meios pelos quais foram criados variam. Cabe lembrar que, até recentemente, apenas os conflitos internacionais foram objeto de investigação. Conflitos domésticos brutais, excetuando o caso de Ruanda, não suscitaram atenção para punir as atrocidades. Mas vários entraves impediram um maior avanço das comissões e tribunais internacionais, inclusive uma forte influência política exercida por alguns Estados nacionais (dificuldades logísticas, legais e burocráticas).

A primeira comissão para investigação foi realizada em 1919, após a I Guerra Mundial, pelos seus vencedores, tendo seu grande propósito a condenação dos derrotados naquele conflito (imperador Guilherme II, da Alemanha, e oficiais turcos) por "crimes contra as leis da humanidade".

A comissão de investigação acabou por criar um Tribunal penal internacional ad hoc para julgar Guilherme II. Os turcos foram anistiados em razão da promoção de outro tratado que não continha nenhum instrumento para a condenação.

Essa decisão política evidenciou a fragilidade daquele Tribunal, ante a subordinação da Turquia a alguns interesses das nações vencedoras. Já o imperador alemão, condenado, refugiou-se na Holanda.

Apesar da incapacidade de se estabelecer um sistema internacional penal de justiça (os acusados foram julgados à luz do direito interno), houve um grande avanço no estabelecimento de uma jurisdição internacional e para a tipificação de crimes contra a humanidade.

Após tal experiência desastrosa, outras foram realizadas, sendo mais eficientes, sendo elas: Tribunal de Nuremberg; Tribunal de Tokio; Tribunal Internacional para ex- Iugoslávia; Tribunal Internacional ad hoc para

²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; P. 1031.

Ruanda.

Após anos de pensamento do estabelecimento de uma jurisdição internacional, surge o Estatuto de Roma, que veio a tipificar condutas e a estabelecer normas processuais, bem como uma Corte somente para julgar tais crimes.

As bases do futuro Estatuto de Roma foram estabelecidas em julho de 1994 pela Comissão de Direito Internacional. Porém, somente no ano de 1995 que as primeiras negociações começaram nas Nações Unidas (ONU). Após duas reuniões da Assembleia Geral das Nações Unidas, decidiu-se criar um Comitê preparatório (*PrepCom*) que tinha como objetivo propor um projeto de Estatuto. Este Comitê se reuniu 6 vezes, até que em 1998 apresentou um relatório final, onde estava contidas as base do atual Estatuto.

Em julho de 1998, representantes de 120 países reunido numa conferência em Roma, aprovaram o projeto de criação da Corte Penal Internacional Permanente, também com sede em Haia, na Holanda (Países Baixos). Então, a Corte Penal Internacional foi criada com base no Estatuto de Roma, por via de tratado adotado com o voto de 120 nações a favor, 7 votos contra e 21 abstenções, em 17 de julho de 1998, durante a Conferência das Nações Unidas sobre o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, celebrada em Roma.

8. POSIÇÃO NA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Ainda, a Corte não encontrou unanimidade em sua reputação. Alguns setores da defesa dos direitos humanos, principalmente nos Estados Unidos, têm se manifestado contra e impedido a sua total aplicação. Para eles, o Tribunal não está organizado de forma satisfatória, posto que falta uma declaração de direitos das pessoas quando litigando em juízo uma definição "vaga" dos crimes descritos no Estatuto, a falta de uma real presunção de inocência e a participação política que o podem tornar um tribunal

partidário, são os principais argumentos usados contra o estabelecimento da TPI, o que configura uma posição bastante contraditória, tendo em vista que a maioria desses "defeitos" apontados pela sociedade civil norte-americana são derivados da ação de seus representantes.

A Corte somente é responsável pelo julgamento de crimes ocorridos de 1º de julho de 2002, tendo como competência para julgamento nos países que o ratificaram. Hoje são poucos os casos de julgamento na Corte Internacional referente ao crime de genocídio, não havendo formação de jurisprudência sobre o tema nesta casa judicial.

Um processo foi admitido contra Ahmed Harun, ex-secretário de Estado do Interior do Sudão, e Ali Kosheib, líder da milícia janjaweed, para a apuração de crimes de genocídio, crimes de guerra, entre outros. Os juízes estão examinando as acusações e decidirão sobre os pedidos incidentais.

Foi emitida ordem de captura internacional contra os dois acusados, sendo que os mesmos estão no Sudão, que não acata tais ordens, posto que alega que a Corte não detém competência para julgar tais crimes, posto que o Sudão não é signatário do Estatuto de Roma.

O Tribunal Penal Internacional admitiu o julgamento, por haver provas suficientes, de um líder de milícia do Congo, de nome Thomas Lubanga, que foi acusado de recrutar crianças.

O Acusado é acusado de crimes de guerra e genocídio, bem como por alistar e recrutar indevidamente crianças menores de 15 anos e fazer com que estas participassem das atividades da guerra.

Os promotores dizem que Lubanga, fundador e líder de uma milícia no distrito de Ituri, treinava crianças a partir dos dez anos para matar, as fazia matar e permitia que fossem mortas, entre 2002 e 2003. O réu está preso e a entregue ao tribunal, sendo que é a única pessoa que é mantida presa no mundo por ordem da Corte, onde espera o julgamento de seus crimes.

CONCLUSÃO

O estudo do genocídio não pode ser desligado de questões ligadas às relações internacionais e dos processos históricos que determinaram sua evolução conceitual. O genocídio, em sua definição inicial, está vinculado a questão de extermínio praticados durante a Segunda Guerra Mundial pelos nazistas.

Desta vinculação, depreende-se que este delito é de direito internacional, posto que põe em jogo a humanidade ou uma parcela desta, pelos modos mais diversos de sua extirpação. Como reação aos atos causados na II Guerra Mundial, instalou-se o Tribunal de Nurembergue, que foi a primeira experiência prática de uma justiça penal internacional, fixando responsabilidades penais individuais na esfera internacional. Nesse Tribunal, foi se descrito pela primeira vez a definição de crimes contra a humanidade, incluindo o genocídio como uma de suas espécies.

A Convenção para a Prevenção e Repressão do crime de Genocídio é documento internacional primário ao combate deste delito, sendo norma imperativa de Direito Internacional, chamada de *jus cogens*. Por se tratar de documento jurídico internacional, elaborado com a participação de diversos Estados, que possuem sistemas jurídicos distintos, algumas imperfeições iniciais são sentidas, mas que não impediram a sua aplicação quando tais delitos ocorreram.

O genocídio é o crime praticado com a intenção de aniquilar, destruir ou exterminar total ou ainda que parcialmente grupos étnicos, sociais, religiosos ou nacionais. Neste trabalho se analisou a sua totalidade, ficando demonstrado que o elemento subjetivo do delito – constituído no fim de destruir – é essencial para a caracterização do genocídio.

No Brasil, que subscreveu a primeira Convenção sobre o tema, a mesma se transformou em norma nacional pela Lei n.º 2.889/56, que reproduz as mesmas imperfeições descritas naquele arcabouço. Posteriormente, o Estatuto de Roma foi conclamado, estando hoje este em vigor quanto aos

seus signatários, passando tal texto a regular esta norma.

Assim temos que pensar na forma de aplicação firme e tenaz da presente legislação, sendo que o surgimento da Corte Penal Internacional é uma forma de combate a estes crimes internacionais, impedindo a sua proliferação, bem como deixa de lado a longa história de omissão da humanidade quanto aos atos atrozes praticados por alguns, em tempo de guerra ou de paz.

Desta forma, o delito está devidamente regulado, sendo inclusive objeto de querelas judiciais na Corte acima narrada, o que demonstra a sua gana em evitar a impunidade e novos acontecimentos desta magnitude.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 2.889, de 1 de outubro de 1956.**

CANÊDO, Carlos. **O genocídio como crime internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CAMPOS, Paula Drumond Rangel. O crime internacional de genocídio: uma análise da efetividade da Convenção de 1948 no Direito Internacional?. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, v. 1, p. 638-692, 2007.

CASTRO, Iván Cepeda. **El genocidio político.** Publicado em 2 de junho de 2003. Disponível em: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cepeda6.html>. Acesso em 11 de novembro de 2016.

DADRIAN, Vahakn. "Configuración de los genocídios del siglo veinte". In: FEIERSTEIN, Daniel (org.). **Genocidio: La administración de la muerte en la modernidad.** Buenos Aires: Eduntref, 2005, pp. 37-42

ESTATUTO DE ROMA. **Tribunal Penal Internacional.** Realizado em 17 de julho de 1998. Acessado em

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/esttpi.htm>. Acesso em
16/08/2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. 15.ed.
Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Genocídio. **Revista de Direito Penal n.9/10**, jan/jun.

_____. **Direito Penal**. Parte geral. 4.ed., Rio de Janeiro: Forense,
1995.

FERREIRA, Ruciana. SANTOS, Cleidmar Avelar, **O estatuto de Roma e sua
(des) harmonização com o ordenamento constitucional brasileiro**,
publicado em abril de 2016, no site jus.com.br, disponível no linkin:
<[https://jus.com.br/artigos/47940/o-estatuto-de-roma-e-sua-des-
harmonizacao-com-o-ordenamento-constitucional-brasileiro](https://jus.com.br/artigos/47940/o-estatuto-de-roma-e-sua-des-harmonizacao-com-o-ordenamento-constitucional-brasileiro)> acesso em 11
de dezembro de 2016.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Tribunal Penal Internacional: a diferença da
concepção teórica e atuação prática do Brasil em comparação com os EUA.
Revista Brasileira de Direito Internacional. Curitiba, v. 1, n. 1, jan/jun.
2005, Brasil.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**, volume VI: arts. 137
ao 154. 5ed. Rio de Janeiro, 1980.

_____. **Comentários ao Código Penal**, volume IX. Rio de Janeiro:
Forense, 1958.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, General Information
on, disponível em www.un.org/ictt <<http://www.un.org/ictt>> acessado em
16 jan. 2008.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA,
General Information on, disponível em www.un.org/icty
<<http://www.un.org/icty>> acessado em 16 jan. 2008.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Charles Reginaldo Guimarães Oliveira. A **Constituição Federal e o Tribunal Penal Internacional**: a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com o estatuto de Roma. Publicado em 2016 no site jus.com.br, disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/53922/a-constituicao-federal-e-o-tribunal-penal-internacional-a-compatibilidade-do-ordenamento-juridico-brasileiro-com-o-estatuto-de-roma>> Acessado em 1 de dezembro de 2016.

ONU. **Resolução de nº 96, de 11 de dezembro de 1946**, aprovada pelo Definição nº 260 (III) A do Assembleia Geral de Nações Unidas em 9 dezembro 1948.

RAMELLA. Pablo A. **Crimes contra a humanidade**. tradução: Fernando Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SAVAZZONI, Simone de Alcantara. Crime de Genocídio. Publicado em 2009, no site lfg.jusbrasil.com.br, disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1497576/crime-de-genocidio-simone-de-alcantara-savazzoni>> Acessado em 1 de dezembro de 2016.

Sítio: http://www.armenia.com.br/arq_191006.htm> acessado em 16 jan. 2008

Sítio: http://www.apropucsp.org.br/jornal/598_j01.htm acessado em 16 jan. 2008

DEMOCRACIA E TECNOCRACIA¹

Pedro Walter Guimarães Tang Vidal²

INTRODUÇÃO

A Democracia³, como Forma⁴ de Governo⁵ e como elemento constitutivo da

¹ Artigo desenvolvido como requisito de aprovação na disciplina Teoria Jurídica e Transnacionalidade do Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, 2015.2, sob orientação do Professor Maurizio Oilviero, Pós Doutor e Doutor.

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Técnico Judiciário Auxiliar do Poder Judiciário de Santa Catarina. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. E-mail: pedro.tang@tjsc.jus.br.

³ Conceito operacional da categoria Democracia extraído da obra "Dicionário de Política", de Norberto Bobbio ilustra a inutilidade da tentativa de se definir a palavra: "[...] o discurso em torno da Democracia não se resolve em definir e redefinir uma palavra que pelo seu significado eulógico é referida a coisas diferentes, o negócio deve ser determinado em torno de um conceito geral de Democracia dividido em *species*. Uma dessas espécies seria a Democracia Liberal; a outra, a Democracia dos países socialistas e assim por diante. Por outro lado, porém, fica a dificuldade de achar o que é que estas duas espécies tem em comum. A resposta extremamente genérica que este autor foi constrangido a dar, segundo o qual as três espécies tem em comum o escopo último, que é o de "prover as condições para o pleno e livre desenvolvimento das capacidades humanas essenciais de todos os membros da sociedade" (p. 37) mostra a inutilidade da tentativa". in BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. p.328, itálico no original.

⁴ Acerca da discussão célebre sobre a preferência pelas forma de governo, Bobbio recorre às tipologias de governo debatidas por Otanes, Megabises e Dario, a qual Heródoto fez referência em sua História: se o governo é de um só (Monarquia); se de poucos (Aristocracia); se de muitos (Democracia). Assim, apresenta as características, segundo Políbio, daqueles que seriam um mal governar, de acordo com cada um destes tipos de governo: tirania, oligarquia e oclocracia. BOBBIO, Norberto. **Teoria das Formas de Governo**. Tradução de Sérgio de Paula. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Título original: La teorie delle forme di governo nella storia del pensiero politico: anno accademico 1975-76. (p. 39-43)

⁵ Conceito operacional da categoria "Governo" extraído da obra "Dicionário de Política", de Norberto Bobbio: "Governo 1. Definição. – Numa primeira aproximação e com base num dos significados que o termo tem na linguagem política corrente, pode-se definir Governo como o conjunto de pessoas que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade. É preciso, porém, acrescentar que o poder de Governo, sendo habitualmente institucionalizado, sobretudo na sociedade moderna, está normalmente associado à noção de Estado. Por consequência, pela expressão "governantes" se entende o conjunto de pessoas que governam o Estado e pela de "governados", o grupo de pessoas que estão sujeitas ao poder de Governo na esfera estatal. Só em casos excepcionais, quando as instituições estão em crise, o Governo tem caráter carismático e sua

Teoria Jurídica e do Direito Constitucional⁶ é o ponto de partida para estudo dos pressupostos e características desta categoria.

Na complexa construção dinâmica de uma ordem jurídica da teoria jurídica positivista⁷, a Tecocracia⁸ surge com potencial para preencher a moldura

eficácia depende do prestígio, do ascendente e das qualidades pessoais do chefe do Governo. Existe uma segunda acepção do termo Governo mais própria da realidade do Estado moderno, a qual não indica apenas o conjunto de pessoas que detém o poder de Governo, mas o complexo dos órgãos que institucionalmente tem o exercício do poder. Neste sentido, o Governo constitui um aspecto do Estado. Na verdade, entre as instituições estatais que organizam a política da sociedade e que, em seu conjunto, constituem o que habitualmente é definido como regime político as que tem a missão de exprimir a orientação política são os órgãos do governo. [...] (2002, p.553). In BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale et. al. 12 Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. Título original: *Dizionario di Politica*. p.553.

⁶ A Democracia como forma de Governo, de Estado e como princípio legitimador do exercício do Poder encontra previsão no preâmbulo e no art.1º, caput e parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil. Ainda, a Constituição brasileira possui o título V, dedicado à Defesa do Estado e das Instituições Democráticas com remédios constitucionais como o Estado de Defesa encontra mecanismos como o Estado de Defesa para proteção de instabilidade das instituições democráticas. in BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 de abril de 2016.

⁷ O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não porque tem um determinado conteúdo, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas por que é criada por uma forma determinada – [...]. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. [...]. Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *Reine Rechtslehre*.

⁸ Conceito operacional da categoria "Tecocracia" extraído da obra "Dicionário de Política", de Norberto Bobbio: "1. AMBIGUIDADES CONCEITUAIS - A noção de Tecocracia está entre as mais ambíguas de todo o corpo conceptual das modernas ciências sociais. Entrada na linguagem científica no início dos anos 30, a palavra Tecocracia designava, originariamente, os químico-físicos e o papel que eles vinham assumindo no processo de desenvolvimento da sociedade de então. A partir daí, ela foi também utilizada para evocar por vezes o poder ou a influência de outras variadas categorias sócio profissionais, desde os engenheiros aos economistas, dos diretores de produção aos economistas, dos diretores de produção aos cibernéticos, dos burocratas aos Estados-maiores das forças armadas e aos altos conselheiros científicos das autoridades governamentais. Em primeiro lugar, portanto, a ambiguidade está na identidade dos atores evocados pela noção. Um segundo elemento de ambiguidade está na amplitude histórica do fenômeno tecnocrático. Não faltam, na verdade, estudiosos que, baseados no requisito da competência que constitui um dos fundamentos essenciais do "poder dos técnicos", tendem a interpretar como prefigurações de uma civilização tecnocrática os grandes princípios teóricos de muitos pensadores políticos de outros tempos. Assim acontece, por exemplo, em Platão, em cuja sofocracia são colocados em destaque pontos de vista especificamente tecnocráticos. O mesmo se diga de Nova Atlântida de Francis Bacon, descrita como uma enorme instituição de pesquisa científica, onde grupos de especialistas dos vários ramos do saber trabalham para ampliar o domínio do homem sobre a natureza. Um terceiro elemento de ambiguidade diz respeito à essência e à natureza do *kratos* de que são detentores os tecnocratas. Na verdade, ela vai desde a tese

da Democracia a partir de uma perspectiva mais formal do que substancial⁹.

Em um contexto de Democracia meramente formal, a luta pelo Direito, a qual fazia referência Rudolf Von Ihering¹⁰, cede espaço para o Poder¹¹

que configura tal poder como mera capacidade de influenciar, mediante um papel de consultoria técnica, e desde as decisões dos órgãos públicos, até a tese que individualiza na Tecnocracia um regime social caracterizado pela emancipação do poder das suas tradicionais conotações políticas e pela tomada de uma configuração diferente, despolitizada e de "competência". Por outras palavras, segundo esta última tese, assiste-se a um esvaziamento da função dos executivos na administração pública por obra dos "peritos", que tomam o lugar dos políticos, enquanto que a decisão de caráter político, e por consequência aberta à descrição, cede terreno em favor de uma decisão entendida como resultado de cálculos e de previsões científicas e portanto inteiramente privada de resíduos discricionários. Um último traço de ambiguidade da noção de Tecnocracia é o que se refere ao enquadramento social dos tecnocratas. Eles são vistos, ora como uma categoria profissional, ora como uma nova classe social. É evidente que, na medida em que os tecnocratas são uma ou outra coisa, seus comportamentos variam sensivelmente, seja em ordem aos sentimentos de grupo e de identidade, seja em ordem ao prosseguimento de metas solidárias. [...]. Perante um conceito tão inflacionado e que abrange uma pluralidade de fenômenos e de dimensões assimiláveis, o intérprete pode tomar dois caminhos diferentes: ou abandonar o uso do conceito ou defini-lo excluindo segmentos da realidade, subentendendo-se que outros segmentos conceptuais já existentes ou em vias de criamento poderão ser incluídos em outras categoriação. A definição do conceito de Tecnocracia coloca pelo menos três pontos de vista frente aos problemas de delimitação: a) histórico; b) estrutural; c) funcional. [sic] Sobre o primeiro ponto, parece oportuno limitar o uso de tal instrumento conceptual de análise dos fenômenos de poder, próprios das sociedades contemporâneas de alto nível de desenvolvimento industrial. Mais precisamente é natural a referência a um sistema social que não apenas superou a revolução da máquina, mas enfrentou a segunda revolução industrial, que é a organização. A sociedade da organização (programação e planejamento) é, na verdade, o verdadeiro ambiente que constitui o *genus* tecnocrático, enquanto que a terceira revolução (a da automação ou do computador) comporta mais a emergência de novas espécies tecnocráticas. [...] Sobre o segundo ponto, fala-se em Tecnocracia em sentido próprio quando nos referimos a sistemas sociais nos quais as relações efetivas de poder dentro das estruturas produtivas não obedecem tanto à lógica da propriedade como titularidade do direito, quanto a uma lógica de controle das estruturas e de preponderância do momento *de facto* sobre o momento *de jure*. A respeito do terceiro ponto, o problema estaria em estabelecer com precisão as diferenças que existem entre técnico e tecnocrata e quando é que um é susceptível de transformar-se no outro. in BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. p.1233-1234 sic, itálico no original.

⁹ Acerca da distinção entre democracia formal e substancial, Norberto Bobbio indica a necessidade de distinguir a ditadura de respeito a uma maioria em detrimento de uma concepção democrática que respeita não só os interesses da maioria, mas coordena também, os interesses das minorias: "[...] Para não nos perdermos em discussões inconcludentes é necessário reconhecer que nas duas expressões "Democracia formal" e "Democracia substancial", o termo Democracia tem dois significados nitidamente distintos. A primeira indica um certo número de meios que são precisamente as regras de comportamento acima descritas independentemente da consideração dos fins. A segunda indica um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios adotados para os alcançar. in BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. p.328-329.

¹⁰ Para Rudolf Von Ihering, "A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do Direito." A luta pelo Direito é um dever do interessado para consigo próprio e a defesa do direito um dever para com a sociedade. VON IHERING, Rudolf. **A Luta pelo Direito**. Tradução de João Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

exercido unilateralmente por um grupo social em detrimento de minorias que não estariam incluídas no conceito de Povo¹².

Neste contexto, a díade visa, como objetivo, verificar como a problemática envolvendo a relatividade da Democracia cede o espaço democrático de inclusão e participação popular para uma ideia própria de Poder sustentada pela Tecocracia.

Para tal desiderato, insta contextualizar – inclusive como objetivo específico

Publicado pelo autor em Viena: Conferência da Sociedade Jurídica, 1872. p. 23. Título original: Der Kampf ums Recht.

¹¹ Conceito operacional da categoria Poder extraído da obra "Dicionário de Política", de Norberto Bobbio: "**Poder**. 1. Definição. – Em seu significado mais geral, a palavra Poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção). Se o entendemos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. O homem é não só sujeito mas também o objeto do Poder social. É Poder social a capacidade que um pai tem para dar ordens a seus filhos ou a capacidade de um governo de dar ordens aos seus cidadãos. Por outro lado, não é Poder Social a capacidade de controle que o homem tem sobre a natureza nem a utilização que faz dos recursos naturais. Naturalmente existem relações significativas entre o Poder sobre o homem e o Poder sobre a natureza ou sobre as coisas inanimadas. Muitas vezes o primeiro é condição do segundo e vice versa. Vamos dar um exemplo: uma determinada empresa extrai petróleo de um pedaço do solo terrestre porque tem o Poder de impedir que outros se apropriem ou usem aquele mesmo solo. Da mesma forma, um Governo pode obter concessões de outro Governo, porque tem em seu Poder certos recursos materiais que se tornam instrumentos de pressão econômica e militar. [...]. Contudo, não existe Poder, se não existe ao lado do indivíduo ou grupo que o exerce, outro indivíduo ou grupo que é induzido a comportar-se tal como aquele deseja. Sem dúvida, como acabamos de mostrar, o Poder pode ser exercido por meio de instrumentos ou de coisas. Se tenho dinheiro, posso induzir alguém a adotar um certo comportamento que eu desejo, a troco de recompensa monetária. Mas, se me encontro só ou se o outro não está disposto a comportar-se dessa maneira por nenhuma soma de dinheiro, o meu Poder se desvanece. Isto demonstra que o meu Poder não reside numa coisa (no dinheiro, no caso), mas no fato de que existe um outro e de que este é levado por mim a comportar-se de acordo com os meus desejos. O Poder social não é uma coisa ou a sua posse: é uma relação entre pessoas. *in* BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. p.933, negrito no original.

¹² A Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 consagra o princípio democrático e estabelece que todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representante ou diretamente: "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: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." *in* BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

do artigo - a problemática de conceituar Democracia face à relatividade da categoria, ou seja, como inserir na Democracia um conteúdo que seja preenchido com elementos da teoria jurídica produzida após a teoria positivista, de modo que o Direito e, logo, a Democracia em si mesma deixem de ser apenas uma forma, uma moldura vazia com conteúdo a ser preenchido, e passem a ser um elemento constitutivo, tal qual esclarece Gustavo Zagrebelsky quando trata da dimensão histórica do Direito Constitucional¹³.

Assim, o artigo aborda a temática dividindo-a em três itens: a relatividade conceitual da Democracia no Estado Contemporâneo; a ideia própria de Poder da Tecnocracia; e, por fim, o paralelo entre a Democracia e a Tecnocracia, que busca não só apresentar como o conceito tecnocrático de Poder altera as formas de governo e a Democracia, mas também, preencher o conteúdo da Democracia.

Quanto à Metodologia, o relato dos resultados foi composto na base Lógico Indutiva¹⁴ e foi utilizada a técnica da Pesquisa Bibliográfica¹⁵, utilizando-se

¹³ La dimensión histórica del derecho constitucional no es entonces un accidente anecdótico, algo que satisfaga solamente nuestro gusto por las antigüedades o la curiosidad por las realizaciones del espíritu humano. Podría ser un elemento constitutivo del derecho constitucional actual, lo que permitiría dar un sentido a su obra cuando la ciencia del derecho constitucional se decidiera a comprender que no existe un amo que requiera ser servido, al contrario de lo que sucedía alguna vez. ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia e Constitución**. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. Título original: Historia y Constitución. p. 91

¹⁴ "[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]." in PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. p. 86.

¹⁵ "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais." in PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. p. 209. Foram utilizadas principalmente as técnicas de fichamento destaque e fichamento resumo das principais obras que compõem a referência das fontes citadas desta pesquisa, selecionando-se obras que atendiam ao referente da pesquisa, estando mencionadas no Plano de Ensino da Disciplina Teoria Jurídica e Transnacionalidade, do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI ministrado no segundo semestre, do ano de 2015; indicadas em consultas realizadas durante a confecção do artigo com o Professor Dr. Maurizio Oliviero, que ministrou a disciplina; e encontradas durante a fase de coleta e investigação destas referências e que igualmente atendiam ao referente.

como Referente¹⁶: estudar descritiva e analiticamente a Democracia e a Tecocracia em obras de Teoria Jurídica, Teoria do Estado, Direito Constitucional e Ciência Política que identifiquem conceitual e historicamente as categorias, buscando verificar como a problemática envolvendo a relatividade da Democracia cede o espaço democrático de inclusão e participação do Povo para uma ideia própria de Poder sustentada pela Tecocracia.

1. A PROBLEMÁTICA DA RELATIVIDADE DA DEMOCRACIA E DA IGUALDADE

A ideia moderna de *Demos* foi fortemente influenciada pela redescoberta romântica do Povo, na qual Estado e nação devem compor a realidade nacional, o que viria a ser ainda mais realidade no final do século XIX com o surgimento de grandes partidos políticos populares.¹⁷

Deste modo, a Democracia passa a ser relativizada pelo direito de

¹⁶ "[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), dos objetivo(s) e do produto deseja, delimitando o alcance temático e de abordagem para um atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." in PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. p. 54.

¹⁷ Uma das primeiras e mais conhecidas afirmações do conceito político de Povo está muito ligada ao Estado romano, até mesmo na fórmula que o define. De fato, o único modo conhecido de definição da *respublica romanorum* está na fórmula dominante *Senatus populusque romanus* que exprimia, nessa aproximação não disjuntiva os dois componentes fundamentais e permanentes de *civitas* romana: o Senado, ou núcleo das famílias gentílicas originárias representadas pelos *patres*, e o povo, ou grupo "dêmico" progressivamente integrado e urbanizado que passou a fazer parte do Estado com a queda da monarquia. [...]. O Povo vinha a constituir assim um partido formado predominantemente por pequenos homens de negócios, comerciantes e artesãos, ao qual se ligavam importantes interesses e vastas massas populares, mas de que se excluía as contribuições políticas e decisórias dos não inscritos nas *Artes*, que constituía uma simples faixa de trabalhadores meramente dependentes afastada de qualquer forma de participação política. [...]. Foi só com a redescoberta romântica do Povo, já em coincidência com uma visão política nacional, que identificava o Estado com a nação e, portanto dava novo e maior valor a tudo o que compunha a realidade nacional, que ele começou outra vez a ser sentido como possível sujeito da vida política. Mas a sua revelação havia de estar depois concretamente ligada aos grandes processos de transformação econômico social iniciados com a era industrial no século XIX e com a conseqüente formação de grandes partidos políticos populares. (2002, p.986-987, Itálico no original) in Bobbio, Norberto. **Dicionário de Política**. p.986-987, itálico no original.

igualdade¹⁸ e, conseqüentemente, pelo Povo titular deste direito¹⁹. Neste sentido, vale destacar as palavras de Maurizio Oliviero que questiona pontualmente "Qual Democracia?" quando discorre sobre a igualdade entre todos os homens e mulheres, não só no sentido formal, mas também a igualdade dos efeitos do voto, na dimensão política e em face do Estado como um pressuposto da Democracia²⁰.

Igualmente admitindo a existência de "Democracias", em "A Democracia dos

¹⁸ "A igualdade de todos" é um capítulo da obra "Igualdade e Liberdade" que aborda, essencialmente, uma categoria de difícil conceituação: "Todos". "Já se estabeleceu em capítulo anterior que a igualdade é um valor relativo a uma pluralidade de indivíduos. É necessário comparar um indivíduo com os demais, para se definir se ele é igual ou não. Portanto, resta definir com quem ele deve ser comparado para ser igual ou não, ou seja, se todos são iguais, resta definir quem é (ou quem são) este "todos" e iguais em que." *in* BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p.23

¹⁹ Para Bobbio, a igualdade entre todos não é possível, uma vez que a história mostra que o acesso a direitos sempre foi restrito ou privilegiado por uma classe social em detrimento de outros. Nenhum homem é exatamente igual ao outro, nem mesmo no que se refere à titularidade de direitos: "A ideia que a máxima expressa é que os homens devem ser considerados iguais e tratados como iguais com relação àquelas qualidades que, segundo as diversas concepções do homem e da sociedade, constituem essência do homem, ou a natureza humana enquanto distinta da natureza dos outros seres, tais como o livre uso da razão, a capacidade jurídica, a capacidade de possuir, a dignidade social [...], ou mais sucintamente a dignidade [...]" *in* BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p.25.

²⁰ È ora possibile provare ad indicare, in sintesi, quali sono i presupposti della democrazia. Sono i diritti, è l'eguaglianza. È l'acquisizione del potere da parte di tutte le donne e di tutti gli uomini che compongono la pluralità che identifica l'entità umana organizzata giuridicamente. Potere inalienabile, indivisibile, che se si esercita in modo che tutti vi possano partecipare, non deve espropriare, né incidere sul potere, sui diritti della parte che risulti minoritaria. Se si proietta nella rappresentanza deve riprodurre i caratteri strutturali (la pluralità collegiale) del titolare del potere e i connotati di coloro (liberi ed uguali) che lo compongono, deve quindi garantire non soltanto il diritto al voto di tutti i titolari, ma anche l'eguaglianza degli effetti del voto in proporzione alle quantità differenziate[34]. Diritti ed eguaglianza da concepire con riferimento al grado di sviluppo raggiunto con la presa di coscienza della necessità che debbano permeare stato e società. Diritti ed eguaglianza, che non si arrestino quindi di fronte alla ragion di stato, ai vincoli derivanti dalla congiuntura economica, ai cancelli delle fabbriche. Diritti universali perciò non bilanciabili con principi, valori, pretese che impongano compressioni o amputazioni. Eguaglianza che lungi da implicare appiattimenti, lungi da omologare le irripetibili individualità della specie umana, assicuri il libero sviluppo di ciascuno e di tutti. Eguaglianza che, nella dimensione politica, non ammetta distinzioni tra governanti e governati se non strettamente connesse all'esercizio rigoroso di funzioni revocabili sempre e che si ponga come orizzonte non oscurabile dei contenuti e dei fini degli atti giuridicamente rilevanti. Diritti ed eguaglianza che mai arretrino di fronte al potere, ovunque si annidi, comunque si vesta, perché al potere, che è sempre altro da sé, si oppone la democrazia, del potere tende alla frammentazione. Per farne diritti, se universali. OLIVIERO, Maurizio. **Quale Democrazia?** Itajaí: Univali, 2015. (exemplar do Artigo disponibilizado no curso de Teoria Jurídica e Transnacionalidade, do Mestrado em Ciência Jurídica, da UNIVALI, 10 de Setembro de 2015).

Outros", Amartya Sen a define como um produto cultural, que transcende a urna eleitoral, pois deve trazer consigo um processo de decisão que, pautado pela discussão, enriquece as informações sobre uma determinada sociedade e suas propriedades individuais²¹.

A relatividade da categoria em relação ao titular do direito de igualdade já pode ser observada desde a Política de Aristóteles²² e é também realçada por Pedro Manoel Abreu no célebre "Processo e Democracia", que distingue, a partir de aspectos históricos e políticos, a Democracia Moderna da Democracia Contemporânea²³.

A organização do exercício do Poder pelo Povo por meio de um Estado²⁴, regido por uma Constituição apresenta-se como uma construção lógica e enigmática nas "Democracias" do Estado Contemporâneo, pois o ideário republicano, democrático e constitucionalista preconiza a coordenação de

²¹ SEN, Amartya. **La Démocratie des autres**. Paris: Payot et Rivages, 2006. p.12-13.

²² A relatividade da categoria Povo é questionada na Política de Aristóteles a partir do conceito de cidadão: "Aquele que investiga a essência e atributos dos vários tipos de governo deve antes de tudo determinar o que seja uma Cidade. [...]. Dessa forma é evidente que devemos começar pela pergunta "quem é o cidadão e qual o sentido desse termo?" Pois aqui novamente há divergência de opinião. Aquele que é cidadão em uma democracia frequentemente não seria em uma oligarquia." ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução para o Português: Pedro Constantin Teles. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 113

²³ Acerca das curiosas transformações do conceito de Democracia, Pedro Manoel Abreu destaca a relatividade histórica da categoria desde sua formulação originária na Democracia grega teorizada por Clístenes e seu declínio patrocinado pelos seus maiores adversários: Platão e Aristóteles. Pedro Manoel Abreu considera que a Democracia, como forma de governo, conta com raros exemplos antes do século XX: além da ateniense, destaca a República romana anterior ao Império e as repúblicas italianas dos séculos XII e XIII. O Desembargador da Corte catarinense aborda também os fundamentos históricos, políticos e filosóficos da atual democracia representativa a partir da conquista da representação política e da atividade parlamentar na Inglaterra, passando pela experiência política norte-americana e pelo modelo representativo europeu após a Revolução Francesa. *In*: ABREU, Pedro Manoel. **Democracia e Processo**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. Capítulo 3 (p.141-243)

²⁴ Paulo Bonavides destaca, neste sentido, a soberania do povo, como elemento do Estado Constitucional da Democracia Participativa. BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.59

interesses²⁵ e de conceitos de Democracia distintos, tais como os sustentadas pelo Estado de Direito e pelo Estado Social²⁶.

Sociologicamente, fala-se em "A Democracia dos Outros", para evidenciar a relatividade do conceito, ou seja, não apenas um princípio legitimador do exercício do Poder ou uma forma de governo típica de uma forma de Estado, mas um produto construído pela cultura de um Povo, cuja formação e concepção sobre os conceitos de igualdade e desigualdade variam²⁷, mas a problemática deixa de ser apenas sociológica ou política (afeta ao Poder), mas também jurídica, a partir do momento que busca-se preencher o

²⁵ Acerca da questão "Por que uma Constituição", Russel Hardin faz a oposição entre as teorias contratualistas e de coordenação de interesse para responder que uma Constituição é necessária menos para evitar os conflitos do estado de natureza hobbesiano e mais para obtenção de uma coordenação de interesses e vantagens mútuas: "The central claim that grounds constitutionalism in political economy is that in general, it is to our *mutual advantage* to preserve social order because it is the interest of *each of us* that it be preserved. [...]". in HARDIN, Russel. Why a Constitution. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. **Social and Political Foundations of Constitutions**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 70

²⁶ Este conflito ideológico foi marcante na apresentação do conceito operacional da categoria Estado Contemporâneo, apresentado na nota de rodapé nº 6 e é também reforçada pela dissertação "Relações entre Estado e Democracia na Teoria Política Contemporânea", de Matheus Passos Silva, que destaca, no contexto do Estado Contemporâneo, a existência de dois paradigmas no período posterior ao processo de "democratização" observado nos últimos 25 anos do século XX: o paradigma dominante ou liberal, focado no aspecto formal de existência de eleições e instituições democráticas e o paradigma alternativo, voltado ao estudo da igualdade. "Nos últimos 25 anos do século XX, muito se falou sobre o tema "democratização". A chamada "terceira onda", com processos de transição democrática saindo de regimes fechados em direção a regimes democráticos, teve seu início em 1974, no sul da Europa – em Portugal, na Grécia e na Espanha; posteriormente, principalmente na primeira metade da década de 1980, tais processos aconteceram também na América Latina, e ao final dos anos 1980 a onda democratizante chegou aos países do "Leste Europeu e à então União Soviética. "[...], temos a confirmação da proposta feita por Chilcote (1978, 1997) de que existem atualmente na ciência política contemporânea dois paradigmas que orientam o pensamento teórico – o paradigma dominante e o paradigma alternativo da ciência política. O paradigma dominante é associado ao liberalismo e ao pluralismo, e enfatiza o aspecto comportamental da análise política. Seria o que Chilcote (1997, 88) chama de "tradição positiva, fortemente ligada ao pensamento liberal, com uma grande influência do empirismo lógico em seus estudos". O paradigma alternativo na ciência política, ligado ao pensamento marxista, considera não simplesmente os aspectos empíricos e quantitativamente observáveis dos acontecimentos políticos: esse paradigma se baseia em análises pós-comportamentalistas do acontecimento político, ou seja, não utiliza apenas cálculos matemáticos para se criar uma teoria política [...]". in SILVA, Matheus Passos. **Relações entre Estado e Democracia na Teoria Política Contemporânea**. Brasília: Vestnik, 2015. (e-book disponível apenas para compra, sem paginação).

²⁷ Como exemplo, no Brasil, até o final do século XIX (1888) com a aprovação da Lei Áurea e até a aprovação do Código Eleitoral de 1932 e promulgação da Constituição de 1934, o conceito de igualdade era reduzido e fazia distinção de raça e gênero.

conteúdo da Democracia no sentido de norma ou princípio previsto constitucionalmente.

Esta problemática, sob o ponto de vista jurídico, assume especial relevância para o presente artigo porque a partir dela é possível identificar a fragilidade da norma constitucional ao tentar estabelecer uma forma de governo ideal frente a ideia de Poder sustentada pela Tecocracia. Buscando reduzir o debate, a dimensão política e a construção lógica da Democracia, mormente no que se refere à participação e influência política do Povo, a Tecocracia possui uma ideologia relativamente autônoma e fundamentada que busca separar o conhecimento abstrato da dimensão humana²⁸.

2. O PODER DA TECOCRACIA

A ideia de Poder sustentada pela Tecocracia²⁹ domina o debate político com ênfase a partir da revolução científica que vislumbrava a capacidade positiva da ciência e do saber tecnológico em prol do bem coletivo³⁰, mas é com a Primeira Revolução Industrial e o desenvolvimento do capitalismo que os

²⁸ “[...] Deve-se acrescentar a isto que o fenômeno tecnocrático compreende, por sua vez, uma ideologia tecnocrática com a qual é necessário contar. Os princípios fundamentais dessa ideologia são, além da predominância da eficiência e da competência, a concepção da política como reino da incompetência, da corrupção e do particularismo; o tema do desinteresse das massas a respeito da *res publica* com a conseqüente profissionalização do *decision-making*, a tese do declínio das ideologias políticas e a substituição de uma espécie de *koiné* tecnológica.” In: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. p.1235, itálico no original.

²⁹ Jürgen Frank discorre sobre o poder autônomo da tecnocracia relacionando-a com o conhecimento abstrato separado do trabalho humano: “Não pode ser negada a importância do progresso técnico para a caracterização do estágio atual das sociedades capitalistas, mas é questionável que isso permita que se fale de uma sociedade pós-industrial ou pós-capitalista. De um lado, a produção e a implementação do progresso técnico exigem o emprego do trabalho sob as mesmas condições da produção capitalista. O conhecimento abstrato, separado do trabalho humano realiza tão pouca mais-valia quanto o puro emprego do capital.” in FRANK, Jürgen. *A Sociedade Pós-Industrial e seus Teóricos*. Tradução: Gustavo Bayer. Título Original: *Die postindustrielle Gesellschaft und Theoretiker*. In BAYER, Gustavo (Org.). **Tecnocracia e Ideologia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975. p. 98.

³⁰ Serge Latouche identifica ainda o coincidente nascimento da tecnocracia com a obsolescência programada como soluções para a crise do conturbado ano de 1932. In: LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**: la irracionalidad de la obsolescencia programada. 1ª ed. Barcelona: Octaedro, 2014. p.77

seus contornos adquirem pujança e geram a revolução da organização.

Norberto Bobbio relaciona a Tecnocracia com o Totalitarismo. Para o autor, ambos formam espécies de invasão na esfera de liberdade do homem, de modo a reduzi-lo. Na sociedade tecnocrática pós-revolução industrial, o problema da liberdade não se refere às liberdades civis ou políticas, mas sim à dimensão do homem como ser humano, vivo, com vontades, como pessoa e não como uma máquina impessoal, livre de ideologias.³¹

Para o autor italiano, a ciência revela seu potencial para redução e despersonalização do homem, quantificando e eliminando variáveis ideológicas. Mesmo no campo de trabalho de conhecimento intelectual e político, a exclusão do homem é sentida por meio de uma "fuga da liberdade", em detrimento da fuga de épocas passadas, que era a "fuga da escravidão".³²

Fatalmente, esta ideia veio a fracassar junto com os modelos ditatoriais de Estado do século XX que lhe asseguravam guarida. No entanto, as ameaças à Democracia se perpetuam, não mais revestidas pelos regimes totalitários ou autoritários, mas por meio de um Poder onipotente sobre a sociedade e da sociedade que mantém uma formalidade democrática, mas visualiza na ordem política, tão somente uma burocracia arbitrária e corrupta. O objetivo desta neotecnocracia é reduzir o Estado a uma função de "guarda noturno ou de um Estado mínimo, para não entravar as atividades dos mercados e a difusão dos bens de consumo e de todas as formas de

³¹ [...] não são as liberdades civis ou políticas, mas é a liberdade humana no sentido mais amplo da palavra, a liberdade de desenvolver todos os recursos da própria natureza. O que caracteriza a sociedade tecnocrática não é o homem escravo, o homem servo da gleba, o homem súdito, mas o não homem, o homem reduzido a autômato, a engrenagem de uma grande máquina da qual não conhece nem o funcionamento nem a finalidade. Pela primeira vez, encaramos com angústia não um processo de servidão ou de proletarização, mas, de modo mais geral, um processo de desumanização. [...].BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. p.88, grifei

³² BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. p.87-88, grifei.

comunicação de massa"³³.

Sobre a ligação entre ciência e atividade estatal no mundo de hoje, Tércio Sampaio Ferraz Jr. leciona em sua obra "Função Social da Dogmática Jurídica" o papel da tecnocracia para mascarar as relações de domínio na sociedade, que se torna refém de uma Tecnocracia carente de legitimação.³⁴

De forma contundente, Paulo Cruz e Maurizio Oliviero lecionam em artigo intitulado "Reflexões sobre a Crise Financeira Internacional e o Estado de Bem Estar" que ao lado do neoliberalismo e do neoconservadorismo, a neotecnocracia é raiz ideológica das críticas ao Estado de Bem Estar Europeu.³⁵

Esta vinculação da ideologia neotecnocrática com o ataque ao Estado de Bem Estar é também realçada por Thomas Piketty, que estuda os impactos do sistema econômico capitalista sobre a Democracia. Com base em dados econômicos de todo o século XX, o foco da obra é o estudo sobre a

³³ TOURAINE, Alain. **O que é Democracia**. Trad. Guilherme João de Freiras. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 182 *apud* ABREU, Pedro Manoel. **Democracia e Processo**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p.185

³⁴ "[...] A ligação entre ciência e atividade estatal serve, assim, de mascaramento para as relações de domínio, as quais deixam de aparecer como processo de formação de vontade para assumir a forma de uma tecnocracia. Mas como isto explica, quer pela exclusão de questões práticas importantes, quer por uma certa erosão de tradições culturais em nome da prioridade das questões técnicas, tal situação acaba gerando, no mundo de hoje, uma necessidade crônica de legitimação." FERRAZ JR. Tércio Sampaio Ferraz. **Função Social da Dogmática Jurídica**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.16, grifei.

³⁵ "Será muito difícil manter a base ideológica e política do Estado de Bem-Estar diante da onda conservadora e tecnocrata que assola o Ocidente europeu. Pode-se dizer que os principais serviços universais – manutenção dos rendimentos, cuidados de saúde e educação – terão grandes dificuldades para sobreviverem ao movimento neoconservador na Europa Ocidental. O Estado de Bem Estar vem sofrendo críticas na Europa desde as décadas de oitenta e noventa do século passado. A atual situação de crise intensa abre possibilidade para questionamentos dos modelos existentes de Estado de Bem-Estar sob diversos ângulos, colocando dúvidas sobre a atual oportunidade e viabilidade do mesmo. De forma ampla, as críticas correspondem a três posturas ideológicas distintas e, dependendo do tema em discussão, opostas: o neoliberalismo, o neoconservadorismo e a neotecnocracia (se é que se pode chamar assim), esta última representada por correntes reformistas, como aquela representada pelo Premiê Mario Monti, na Itália." CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões sobre a Crise Financeira Internacional e o Estado de Bem Estar. *In*: ABREU, Cesar Augusto Mimoso Ruiz; ABREU, Pedro Manoel; CRUZ, Paulo Márcio; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito Processo e Política**: aportes hermenêuticos. Florianópolis: CEJUR, 2013. E-book sem paginação.

acumulação de capital e a concentração de riqueza. Segundo o autor, a acumulação de riqueza é um tema caótico e imprevisível, que depende, essencialmente, da noção de desigualdade em uma sociedade e os tipos de política e instituições adotados para transformá-la.³⁶

3. TECNOCRACIA E DEMOCRACIA NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Se de um lado, a Tecnocracia tem como fundamento a redução das ideologias políticas, na Democracia do Estado Contemporâneo é justamente o debate político e ideológico, ou seja, o dissenso entre Estado de Direito e Estado Social que a caracteriza³⁷.

Um traço marcante do antagonismo entre Democracia e Tecnocracia é delineado por meio da distinção entre a ação racional³⁸ e ação política³⁹.

³⁶ "As I already noted, and as I will frequently show in what follows, the history of income and wealth is always deeply political, chaotic and unpredictable. How this story plays out depends on how societies view inequalities and what kind of policies and institutions they adopt to measure and transform them. No one can foresee how these things will change in the decades to come. The lessons of history are nevertheless useful, because they help us to see a little more clearly what kind of choices we will face in the coming century and what sorts of dynamics will be at work. The sole purpose of the book, which logically speaking could have been entitled "Capital at Dawn of the Twenty First Century", is to draw from the past a few modest keys to the future. Since history always invents its own pathways, the actual usefulness of these lessons from the past remains to be seen. I offer them to readers without presuming to know their full import. *in* PIKETTY, Thomas. **Capital in the Twentieth First Century**. Tradução de Arthur Goldhammer. Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014. Título original: *Le Capital au XXI siècle*. p. 35.

³⁷ Vale destacar deste embate, a preferência de Paulo Bonavides pelo Estado Social que, em um ambiente democrático é desconstruído pelos choques políticos com a ideologia do Estado Liberal em um processo dialético de construção da Democracia. *In*: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.203-204.

³⁸ "Em nosso ambiente cotidiano, a ação racional se nos apresenta inicialmente como um comportamento que se movimenta no contexto das regras convencionais. [...]. Racionalidade, no sentido mais rígido, exige, além disso, que o ator tenha um conhecimento claro sobre os objetivos, meios e os efeitos secundários da ação. Isso também significa uma avaliação dos diversos meios para o alcance de um fim determinado, e de diferentes objetivos e consequências secundárias a serem atingidos, ou que poderiam ser causados com o auxílio dos meios disponíveis." [...]. Se, então, a racionalidade, compreendida em seu sentido restrito – da ação social, ou seja, no ambiente cotidiano de vida – torna-se desse modo, um caso limite ideal, no sentido de que o conhecimento intersubjetivo nunca é suficiente, aí se coloca a questão de como, ainda assim, é possível que obtenhamos respostas "sensatas" e perguntas "sensatas"; de como somos capazes de dominar técnicas altamente racionalizadas; e até mesmo de como é possível o funcionamento de alguma ação social. [...]. Mas exatamente, essa estrutura normativa de nossa orientação comportamental

Hans Peter Dreitzel indica que a finalidade da disseminação do conhecimento científico consiste na criação da autonomia do indivíduo na sociedade e que a Democracia faz frente aos níveis de racionalização na política. O autor não rejeita a possibilidade de as instituições democráticas sucumbirem para o controle científico da política, o que representaria o esvaziamento da constituição pluralística da sociedade e a instabilidade das instituições democráticas. Ademais, esta tendência revela o potencial da Tecocracia para reduzir o espaço do diálogo democrático, pois face à técnica político científica, as contradições de interesse perderiam legitimidade.⁴⁰

cotidiana não é captada racionalmente, mas absorvida como evidente. [...], o medo do político profissional em relação a sanções de seus grupos de referência – sejam estes eleitores ou grupos de pressão – fomenta a fixação de clichês comportamentais, o podemos observar constantemente na política. A ação racional torna-se comportamento divergente na medida em que a racionalidade traz em seu bojo o perigo de sujeitar a certidão de normas e interesses grupais à análise relativizante. Onde a coragem não é suficiente, então somente o prestígio do cientista poderá auxiliar o político a correr o risco de adotar uma perspectiva baseada na previsão de longas cadeias de ação ou orientada em planos de longo prazo. A imagem do cientista transforma-se na de um "Pagé na política", na mediad em que a racionalidade de sua análise tende a subtrair-se à compreensão geral. [...]" in DREITZEL, Hans Peter. Ação Racional e Orientação Política. Tradução: Gustavo Bayer. Título Original: *Rationales Handeln und Politische Orientierung*. In: BAYER, Gustavo (Org.). **Tecocracia e Ideologia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975. p. 13-16.

³⁹ "Implicitamente, a ação política é aqui definida como uma ação planejada, mas protegida da penetração pela racionalização, e cujas possibilidade de efetivação se baseiam em vinculações valorativas e pessoais e coletivas". In DREITZEL, Hans Peter. **Ação Racional e Orientação Política**. p. 22.

⁴⁰ [...] O problema da disseminação do conhecimento científico se baseia no paradoxo que aqui o esclarecimento pressupõe, exatamente, aquilo que ele mesmo deveria criar: a autonomia do indivíduo na sociedade. Se fosse possível institucionalizar uma opinião pública capaz de sustentar duradouramente uma discussão cientificamente orientada sobre a racionalidade dos sistemas sociais de valores, a democracia ainda poderia fazer frente à pressão dos novos níveis de racionalização; isso porque a democracia vive mais da estabilidade das instituições que a controlam, que da inteligências dos seus cidadãos. É perfeitamente possível que as formas tradicionais de controle institucional na democracia não mais sejam suficientes para o controle da científicização da política. O equilíbrio instável da divisão de poderes e a constituição pluralística da sociedade poderiam ser paulatinamente esvaziados por uma tecocracia, de tal forma que as contradições entre interesses perderiam sua legitimidade, devido a um provisionamento técnico-científico das necessidades. Essa descaracterização dos valores e dos interesses sociais só poderia ser contida por meio de uma discussão pública sobre a objetividade de tendências, em termos de necessidades, e sobre o conteúdo valorativo de qualquer satisfação de necessidades – e mesmo assim, somente se essas discussão fosse de caráter institucionalizado e também estivesse em condições de absorver o conhecimento científico. In DREITZEL, Hans Peter. **Ação Racional e Orientação Política**. p. 46.

Uma segunda distinção que se observa entre as categorias é a legitimidade. Neste sentido, Paulo Bonavides é incisivo ao afirmar que a Tecnocracia não é sequer compatível com o Estado de Direito e carece, portanto, de chancela da legitimidade democrática, remetendo o referido discurso, ao final, para os Estados ditatoriais.⁴¹

A chancela da legitimidade democrática deve recorrer, neste sentido, à Soberania⁴². Assim, não só elemento fundante do Estado, mas também legitimador da Democracia, a Soberania deixa de se referir à ficção do Estado como ente ou como uma pessoa capaz de manifestar sua vontade por meio de seus órgãos regulados pelo direito e passa a se referir a ideia de Soberania Constitucional⁴³ ou a soberania do Povo, representada pela

⁴¹ O Estado de Direito, isto é, a sociedade constitucional, não abre lugar para a tecnocracia. Há lugar, sim, para o técnico, o bom técnico, o bom especialista, a elite dos quadros administrativos; estes têm inquestionavelmente missão útil, ampla, patriótica e importante que desempenhar. Deles o Brasil não poderá prescindir. Mas uma coisa é colocá-los na posição certa, outra desvirtuar a função que lhes impende, entregando a homens despreparados ou politicamente dessensibilizados, sem a chancela da legitimidade democrática, a direção dos mais altos destinos da Nação. As ditaduras são o paraíso dos tecnocratas. [...]. BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 392.

⁴² "Soberania. 1. Definição. – Em sentido lato, o conceito político-jurídico de Soberania indica o poder de mando de última instância, numa sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais associações humanas em cuja organização não se encontra este poder supremo, exclusivo e não derivado. Este conceito está, pois, intimamente ligado ao poder político: de fato a soberania pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito. Obviamente, são diferentes formas de organização do poder que ocorreram na história humana: em todas elas é possível sempre identificar uma autoridade suprema, mesmo que, na prática, esta autoridade se explicita ou venha a ser exercida de modos bastante diferentes." in BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. p.1179.

⁴³ "Desde el punto de vista jurídico, la soberanía se expresaba, y casi se visualizaba, mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la "persona" soberana del Estado: una grandiosa metáfora que permitía a los juristas hablar del Estado como de un sujeto unitario abstracto y capaz, sin embargo, de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas através de sus órganos. La vida de esta "persona" venía regulada por el derecho, cuya función era análoga a la que desempeñan las leyes de la fisiología respecto a los cuerpos vivientes. La ciencia política ha desenmascarado una y mil veces esta ficción y ha mostrado las fuerzas reales, los grupos de poder, las élites, las clases políticas o sociales, etc., de las que la (persona) estatal no era más que una representación, una pantalla o una máscara." in ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, derechos, justicia. p. 11

Constituição.⁴⁴

Apesar da Constituição se apresentar como instrumento cultural e democrático da sociedade contemporânea, no sentido de traduzir, os anseios e objetivos comuns de uma sociedade marcada pelo pluralismo, Perez Luño é incisivo ao apontar a necessidade de transformação, sobretudo nos países de terceiro mundo, para a garantia efetiva dos direitos sociais que elas trazem.⁴⁵

Thomas Piketty, na mesma linha, busca trazer uma perspectiva para o Estado Social no século XXI. Para o autor, a maneira mais simples de mensurar o volume de intervenção de um Estado na economia é medindo a porcentagem da arrecadação de tributos em relação ao Produto Interno Bruto – PIB⁴⁶. Segundo o autor, como reação às crises de um estado abstencionista no início do século XX, o Estado Social cresceu durante todo o século XX com aumento significativo dos gastos e investimentos com

⁴⁴ "Em razão disso, a soberania, sem embargo das objeções dos globalizadores, que nela vêem um anacronismo da ordem estatal ou uma peça de museu político, é vista do lado de cá como um farol aceso, uma bússola que orienta, uma arma nada obsoleta que a estratégia de libertação dos povos do Terceiro Mundo conserva. Esconjurada pelos globalizadores que encaram nela o maior tropeço aos seus desígnios, é todavia encarecida de quantos não se intimidam nem se deixam persuadir por uma dialética da recolonização, dissimulada em teses de universalidade e internacionalização do poder". *in* BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴⁵ La posibilidad de hacer efectivo el disfrute de las libertades personales a escala universal no guarda parangón con los medios para hacer real y efectivo el disfrute de los derechos sociales. Sería precisa una profunda transformación de las estructuras socioeconómicas a escala internacional, para que los derechos sociales pudieran contar con los pertinentes instrumentos de garantía. Es más, no sólo su realización en los países del Tercer Mundo resulta por hoy inviable, sino que incluso en las democracias occidentales la plena garantía de los derechos sociales es más que problemática. Baste pensar en las dificultades que conllevaría el hacer inmediatamente justiciable, en el seno de nuestro propio ordenamiento jurídico, garantías como la del pleno empleo, la calidad de vida o el derecho a una vivienda digna... LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p.35

⁴⁶ Em gráfico próprio, o autor demonstra como esta porcentagem aumentou durante o século XX, subindo de 10%, para 30% nos Estados Unidos; de 10% para 40% no Reino Unido; de 10% para 50% na França; e de 10% para 55% na Suécia. *in* PIKETTY, Thomas. **Capital in the Twentieth Century**. p.475.

educação, saúde e assistência social⁴⁷.

O crescimento desta participação ao longo do século XX reflete, para Piketty, tão somente a crescente necessidade de um Estado Social e evidencia o papel importante que os governos democráticos representam no sentido de atender diferentes grupos sociais, sobretudo nas ocasiões das crises cíclicas, típicas dos sistemas econômicos fundados nos princípios do capitalismo. Para o século XXI, Piketty aponta que o Estado Social deve continuar crescendo, de modo a direcionar de dois terços a três quartos do PIB para os direitos básicos e realça que tributos não são necessariamente bons ou ruins, pois tudo depende de como os recursos arrecadados são aplicados⁴⁸.

O maior desafio para o século XXI, segundo Piketty, será o controle democrático do capital, o que só será possível a partir da transparência econômica e a criação de novas formas de participação e governança a serem inventadas. Neste sentido, destaca a disponibilização de informações e dados econômicos sobre o patrimônio e a renda, com publicação detalhada dos balanços das empresas privadas que, hoje, são insuficientes e confusos, reservando os verdadeiros dados aos investidores. Sem estes dados repassados de forma transparente, não há democracia econômica. Ainda, estes dados não devem constituir um fim em si, eles devem nutrir as instituições fiscais e democráticas, com vistas ao controle do capital e a reinvenção das formas genuínas de Democracia⁴⁹.

⁴⁷ 10% a 15% do PIB direcionados para educação e saúde, com características específicas em cada país no que se refere a educação primária, secundária e superior, mas o objetivo é comum: garantir igualdade de acesso aos direitos básicos. 12% a 13% do PIB direcionado para as pensões e aposentadorias, sendo o seguro desemprego, representante da fatia de 1% a 2% de todo o bolo. A representação global da cifra do PIB destinada ao Estado Social representa, desta forma, um valor de 25 a 35%. *in* PIKETTY, Thomas. **Capital in the Twentieth First Century**. p.477-479.

⁴⁸ PIKETTY, Thomas. *Capital in the Twentieth First Century*. p.480.

⁴⁹ PIKETTY, Thomas. *Capital in the Twentieth First Century*. p.480.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a revisão bibliográfica realizada, a construção lógica e histórica da Democracia remete aos ideais de liberdade e igualdade e à construção de organizações para o exercício legítimo do Poder que visem uma coordenação de interesses e o bem comum.

Por sua vez, conforme estudado, a Tecocracia se apresenta com discurso livre de ideologias e que visa a eficiência. Por meio de um conceito próprio de Poder, provoca a redução do debate político, da participação popular, da soberania da Constituição e vai de encontro a lógica da forma de governo proposta pela Democracia.

Assim, em uma Democracia, estudada em paralelo com a Tecocracia, convém questionar: "Quem é o povo ao qual uma instituição democrática se refere para legitimar o exercício do Poder?"; "Como este Povo construiu, de forma lógica e histórica uma instituição para garantir o bem estar comum?"; ainda, "Esta instituição busca legitimidade para o exercício do Poder em si mesma ou na vontade do Povo expressa por meio de uma Constituição?" Há espaço para uma Constituição em disputas Políticas (de Poder)? Questões essas que remetem ao nascimento da Tecocracia, ocasião em que se perguntava "O que é bom para a General Motors não é bom para os Estados Unidos?" Ou ainda, "O que é bom para o Capital não é bom para o Povo e para Democracia?"⁵⁰

Estas são questões que assumem relevância e exigem necessariamente domínio das categorias Democracia e Tecocracia para serem respondidas, especialmente no contexto do Estado Contemporâneo, marcado pela fragilidade da Democracia face a ameaça da ideia de Poder sustentada pela Tecocracia.

⁵⁰ LATOUCHE, Serge. LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**: la irracionalidad de la obsolescencia programada. 1ª ed. Barcelona: Octaedro, 2014. p.77

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Cesar Augusto Mimoso Ruiz; ABREU, Pedro Manoel; CRUZ, Paulo Márcio; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito Processo e Política:** aportes hermenêuticos. Florianópolis: CEJUR, 2013. Disponível em <http://acadjud.tjsc.jus.br/e-books>. Acesso em 16.01.2015.

ABREU, Pedro Manoel. **Democracia e Processo:** o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ARISTÓTELES. **A Política.** Tradução para o Português: Pedro Constantin Teles. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2001. Título Original: *Politikón*

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo.** Tradução de Sérgio de Paula. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Título original: *La teorie delle forme di governo nella storia del pensiero politico: anno accademico 1975-76.*

_____. **Dicionário de Política.** Tradução de Carmen C. Varriale et. al. 12 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. Título original: *Dizionario di Politica.*

_____. **Direita e Esquerda.** Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

_____. **Igualdade e Liberdade.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa:** por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por

uma repolitização da legitimidade. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010

DREITZEL, Hans Peter. Ação Racional e Orientação Política. Tradução: Gustavo Bayer. Título Original: *Rationales Handeln und Politische Orientierung*. In: BAYER, Gustavo (Org.). **Tecnocracia e Ideologia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANK, Jürgen. A Sociedade Pós-Industrial e seus Teóricos. Tradução: Gustavo Bayer. Título Original: *Die postindustrielle Gesellschaft und Theoretiker*. In: BAYER, Gustavo (Org.). **Tecnocracia e Ideologia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.

HARDIN, Russel. Why a Constitution?. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. **Social and Political Foundations of Constitutions**. New York: Cambridge University Press, 2013.

LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar: la irracionalidad de la obsolescencia programada**. 1ª ed. Barcelona: Octaedro, 2014.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

OLIVIERO, Maurizio. **Quale Democrazia?** Itajaí: Univali, 2015. Exemplar do Artigo disponibilizado no curso de Teoria Jurídica e Transnacionalidade, do Mestrado em Ciência Jurídica, da UNIVALI. (10.09.2015)

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13 ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PIKETTY, Thomas. **Capital in the Twentieth First Century**. Tradução de Arthur Goldhammer. Londres: The Belknap Press of Harvard University

Press, 2014. Título original: *Le Capital au XXI siècle*.

SEN, Amartya. **La Démocratie des autres**. Paris : Payot et Rivages, 2006.

SILVA, Matheus Passos. **Relações entre Estado e Democracia na Teoria Política Contemporânea**. Brasília: Vestnik, 2015.

VON IHERING, Rudolf. **A Luta pelo Direito**. Tradução de João Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009. Publicado pelo autor em Viena: Conferência da Sociedade Jurídica, 1872. Título original: *Der Kampf ums Recht*.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2011. Título original: *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*.

_____. **Historia e Constitución**. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. Título original: *Historia y Constitución*.

O CONTEXTO HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA E O REDIMENSIONAMENTO JURÍDICO DA JUSTIÇA NO BRASIL DA PRIMEIRA REPÚBLICA

Diego Nunes¹

Gabriel Faustino Santos²

INTRODUÇÃO

As novas aspirações e influências trazidas à tona com a proclamação da República no Brasil, em 1889, colaboraram para o desenvolvimento, entre nós, de um esforço doutrinário e jurisprudencial, relativamente bem-sucedido até meados da década de 1920, de reavaliação e reestruturação do principal instrumento de tutela jurídica do indivíduo naquele momento: o *habeas corpus*.

A ideia de expansão do seu objeto e de construção de uma dinâmica de proteção do indivíduo que o alcançasse além tão só de seus direitos de liberdade e de locomoção foi reunida na chamada "doutrina do *habeas corpus*". Os principais defensores moldaram uma prática jurisprudencial de proteção da esfera de direitos individuais das pessoas contra todo e qualquer tipo de abuso e violação praticados pelo poder público. Os juristas brasileiros, que se esforçavam e promoviam a ampliação do *habeas corpus* para alcançar também outros direitos do indivíduo, subverteram, a seu modo, a própria lógica de proteção jurídica de direitos que até então

¹ Professor Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Ciências Jurídicas (currículo História do Direito) pela Universidade de Macerata (Itália). Mestre em Teoria e Filosofia do Direito e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Líder do "Ordo iuris" - Grupo de pesquisa em História da Cultura Jurídica. Florianópolis, Santa Catarina. E-mail: diegonunes@ufu.br

² Mestrando do Programa de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Estagiário de Pós-graduação no Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Uberlândia, Minas Gerais. E-mail: gabriel.faustino17@gmail.com

prevalecia. Fundou-se, assim, as bases para o posterior reconhecimento e positivação da ação do mandado de segurança, em termos bastante semelhantes e conexos àqueles defendidos nos tribunais.

Sendo assim, é importante analisar os antecedentes históricos do mandado de segurança e como ocorreu, na prática jurisdicional, o processo de alteração da própria dimensão de justiça a ponto de se criar, a partir da estreita base tradicional do *habeas corpus*, instrumental jurídico novo e apto a proteger o indivíduo em situações muito mais amplas de violação de seus direitos.

Falta ainda à história do direito brasileiro uma análise minimamente compreensiva e rigorosa quanto ao momento em que foi criado e ao contexto de sua elaboração. Raros são os trabalhos que abordam o tema e, mesmo entre os textos produzidos, nenhum o faz de modo verdadeiramente satisfatório.

O estudo do tema baseou-se no uso de fontes nacionais doutrinárias, notadamente autores que concentraram sua atenção no direito do início do século XX e na primeira Constituição republicana brasileira, de 1891. A investigação especial feita sobre a "doutrina brasileira do *habeas corpus*" e as origens do mandado de segurança realizou-se a partir de obras de constitucionalistas que se preocupavam em analisar o maior alcance dado ao *habeas corpus* no Brasil. Dentre os principais autores utilizados, destacam-se Rui Barbosa, Pedro Lessa, Carlos Maximiliano e Aliomar Baleeiro.

A partir dos dados coletados e das fontes doutrinárias analisadas, propõe-se um estudo histórico sobre o surgimento e sobre os primeiros impactos no ordenamento nacional do movimento doutrinal e jurisprudencial de criação do instituto do mandado de segurança. O trabalho se restringirá, assim, ao momento que antecedeu à efetiva criação desta ação constitucional, indo até meados da década de 1920, quando a "doutrina do *habeas corpus*" ainda dominava o cenário jurídico do país.

O que se pretende é demonstrar que, com o desenvolvimento peculiar das ideias sobre um novo e mais amplo mecanismo de tutela dos direitos e liberdades individuais, desenrolou-se no Brasil um jogo de ações e reações que remodelaram a própria dimensão legalista e abstrata da justiça brasileira à época.

1. A PROTEÇÃO JURÍDICA NOS ESTADOS MODERNOS: ENTRE REDUCTIONISMOS E PAROXISMOS

Ainda que despretensiosamente, a primeira parte deste artigo científico dedica-se a retomar a análise da historiografia jurídica sobre o modelo de direito e, mais especificamente, de justiça que vigorou nos Estados modernos com bastante força durante todo o século XIX e primeiras décadas do século XX. O objetivo das próximas páginas é demonstrar como era a lógica de atribuição de direitos e de proteção jurídica desses mesmos direitos num Estado marcado pelo formalismo e pela rigidez da lei.

A relevância desta retomada está em situar o cenário político e institucional em que o Brasil da virada do século XX se inseria para que, mais adiante, torne-se claro o contexto em que se desenvolveu a "doutrina do *habeas corpus*" e se entenda a peculiaridade de um movimento que defendeu e, efetivamente, criou as bases do mandado de segurança, como um novo mecanismo de proteção dos direitos individuais no país.

1.1 A lei no Estado moderno de direito

O direito moderno constitui importante contraponto à ordem jurídica medieval. Numa realidade marcada pela diferença institucionalizada e pela divisão em grupos bem marcados, a principal característica da ordem medieval era a pluralidade. Hespanha³ define isso muito bem, quando

³ HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia**. Coimbra: Edições Almedina, 2012, p. 131-132.

afirma:

[n]os jovens reinos medievais, nas cidades (sobretudo em Itália), nos senhorios, nas comunidades camponesas e noutras corporações de base pessoal (universidades, corporações religiosas, corporações de artífices), existiam e continuavam em pleno desenvolvimento direitos próprios, fundados em tradições jurídicas romano-vulgares, canônicas e germânicas, na vontade dos seus senhores de criarem um direito próprio ou, simplesmente, nos estilos locais de governo, de regulação e de resolução de litígios.

A descontinuidade é marcante se se considera que o direito, na modernidade, confunde-se e se identifica com o próprio Estado. A partir de então, o que se observa é justamente a predominância da política e a verticalidade da sociedade, organizada sobre as bases de um Estado que passa a monopolizar o direito. A legitimidade para impor normas resultava de ser o Estado um produto da vontade dos cidadãos, expressa pelos órgãos que oficialmente os representavam. De fato, Grossi⁴ vai dizer que "identificada a vontade geral na lei, isso tornava possível a identificação do direito na lei e possibilitava sua completa estatização".

Nesse contexto, quando "a generalidade dos juristas pensava que o direito tinha que ser uma criação do Estado, um reflexo da sua soberania, um resultado da sua vontade"⁵, ganha força a ideia da lei, não apenas como instrumento da vontade geral, mas como a própria essência do direito e como a fonte absoluta dos ordenamentos jurídicos modernos. "*The old chaos of legal pluralism is replaced by an extremely rigid legal monism: the law is now bound to the apparatus of state power and tends to become conflated with legislation*"⁶

⁴ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 4

⁵ HESPANHA, António Manuel. O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 25.

⁶ GROSSI, Paolo. **A history of European Law**. Translated by Laurence Hooper. 1st. ed. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010, p. 69.

A nova forma política desse Estado moderno será, por excelência, a do Estado de direito, cuja lei, nas palavras de Maurizio Fioravanti:

[...] es a la vez expresión de soberanía y garantía de los derechos, frente a la antigua pluralidade que había impedido la primera pero también los segundos em su forma, ahora posible, de derechos individuales, iguales para todos al desligarse de la pertinência estamental, de la condición de noble, de ciudadano burguês, de campesino. El derecho de la ley del Estado y al mismo tiempo el derecho de los individuos en vez de los múltiples poderes y privilegios del orden antiguo: el derecho es el gran hilo conductor, y el Estado de derecho es por tanto la nueva forma política que buscábamos, la que la revolución afirma frente ao precedente Estado jurisdiccional.

É aqui, no âmbito do Estado de direito, que a lei assume suas modernas características de generalidade, abstração e rigidez. E é nesse momento também, quando a luta contra o absolutismo era aberta, que o Estado de direito se propõe, com suas leis, a limitar o poder. Duas são as medidas propostas: primeiramente, a divisão do poder, mediante um sistema institucional de freios e contrapesos; e, em segundo lugar, o aparecimento de declarações de direitos, mais tarde materializadas nas constituições, que buscavam afirmar expressamente os direitos individuais, considerados naquela época pós-revolucionária como direitos inerentes à própria pessoa humana e que deveriam, necessariamente, servir de limites ao exercício do poder público.

A história da montagem do Estado de direito é, portanto, também a história da afirmação dos direitos individuais de matriz burguesa e liberal. Nesse sentido, Pietro Costa⁷ vai dizer:

A passagem à modernidade é assinalada pela difusão de uma nova visão antropológica. É o protagonismo do sujeito que reclama a satisfação de duas exigências complementares: a submissão do poder a vínculos

⁷ COSTA, Pietro. Estado de direito e direitos do sujeito. Trad. Luiz Ernani Fritoli. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (coord.). **História do direito em perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 59.

insuperáveis e a atribuição ao sujeito de direitos fundamentais. Na perspectiva lockiana, e mais tarde também iluminista e revolucionária, os direitos são a expressão imediata do ser humano como tal.

No entanto, apesar da divisão do poder e das declarações dos direitos pelas constituições, faltava ainda alguma coisa para a efetivação desses direitos. Era necessário que eles fossem garantidos por remédios jurídicos capazes de reverter situações em que fossem violados. E se foi o Poder Judiciário que recebeu a incumbência de guardião dos direitos, a obrigação de garanti-los naturalmente se materializa numa medida judiciária. Essa ideia de proteção através de medidas judiciárias, concretas e eficazes, foi muito bem trabalhada pelo clássico Dicey⁸, quando salientou a necessidade de que existam no sistema constitucional meios legais que assegurem a preservação dos direitos que foram declarados.

Um direito fortemente legalista e formal, destinado a proteger os valores do liberalismo e do individualismo na sociedade moderna: é esse o caminho pelo qual se dá a proteção dos direitos no Brasil da Primeira República. E é com base nessas premissas teóricas que os juristas das primeiras décadas do século XX vão buscar não só o reconhecimento dos direitos individuais, como também sua garantia pelo Poder Judiciário contra violações praticadas pelo poder público. Não à toa, é nesse momento que os tribunais nacionais vão se destacar pela primeira vez em razão de suas decisões, garantindo, repetidas vezes, a reparação aos direitos individuais das pessoas que foram prejudicadas por atos do próprio Estado, ainda que, como veremos mais adiante, o ordenamento jurídico não fosse plenamente adaptado e não previsse expressa e especificamente os instrumentos mais adequados para esse imperativo de tutela mais amplo que a época pedia.

Resta ainda, no entanto, compreender melhor e mais detalhadamente o modelo de justiça que prevalecia num Estado tipicamente moderno e liberal. Só a partir de então, quando esclarecidas as bases sobre as quais foi

⁸ DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Reprint. Originally published: 8th. ed. London: Macmillan, 1915, p. 117-118.

construído o edifício da modernidade jurídica, é que se tornará mais clara também a estrutura teórica dos instrumentos de proteção jurídica dos direitos individuais da pessoa humana.

1.2 O sentido da justiça no Estado de direito

Promovida a separação da política e finalizado o monumento à lei, o direito, através desse poderoso expediente jurídico, conquista sua autossuficiência no plano formal e se desvincula de qualquer conteúdo ou significado de legitimação social. Nas palavras sempre críticas de Grossi⁹, "a lei torna-se uma forma pura, ou seja, um ato sem conteúdo, um ato ao qual nunca será um determinado conteúdo a dar o crisma da legalidade, mas sempre e somente a proveniência do único sujeito soberano". E nesse sentido mais formalista e desvinculado de sentidos, uma noção estrita do direito, de fato, "fundamenta-se sem dúvida na consciência da obrigação de cada um adequar-se à lei"¹⁰, o que Radbruch¹¹, em outras palavras, vai chamar de "retidão", uma espécie de justiça pela qual "tanto pode dizer-se 'justa' a aplicação ou observância duma lei, como a própria lei em si mesma".

Ao direito caberia, através da lei, enquanto meio por excelência de manifestação do Estado, garantir essa liberdade individual contra eventuais violações. Nos termos narrados por Hespanha¹², quando fala da montagem desse Estado moderno, podemos entender melhor o lugar do direito e do poder político em tal contexto:

⁹ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 39.

¹⁰ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 407.

¹¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 88.

¹² HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia**. Coimbra: Edições Almedina, 2012, p. 317-318.

Na verdade, o estado político apenas garantiria uma melhor administração dos direitos naturais, substituindo a autodefesa e a vingança privada pela tutela de uma autoridade pública. Por isso mesmo, o soberano, que não era a fonte nem do direito de natureza, nem dos direitos individuais daí decorrentes, estava obrigado a respeitar o direito natural e os direitos políticos dos cidadãos.

Essa noção de que o direito se presta a uma função bastante específica nas sociedades modernas de garantia das liberdades contra os abusos do poder político influenciou fortemente a cultura jurídica brasileira da Primeira República. Escrevendo sobre o liberalismo constitucional, que predominou entre os principais juristas e artífices do projeto republicano brasileiro – dentre os quais costuma-se destacar, principalmente, Rui Barbosa – Koerner¹³ explica que:

Na sua concepção, estabelece-se uma distinção rigorosa entre o direito e a política, enquanto duas esferas opostas, regidas por lógicas diferentes. A esfera da política tenderia fatalmente à opressão e ao abuso, se seu jogo não encontrasse limites estritos na legalidade. E o direito, enquanto exercício da legalidade, seria uma prática necessariamente externa à política e destinado precipuamente à defesa dos direitos individuais.

Portanto, imbuído de todas essas considerações, fica agora mais claro interpretar o cenário jurídico em que se desenvolveu a "doutrina do *habeas corpus*". Os juristas responsáveis pela construção das bases republicanas, influenciados majoritariamente pelo liberalismo constitucional, promoveram esforços para criar, a partir das necessidades sociais e de demandas da vida concreta, verdadeiro novo remédio constitucional, a partir das bases do tradicional *habeas corpus*, capaz de proteger o indivíduo de modo muito mais amplo em sua esfera de direitos e liberdades individuais, redimensionando, assim, a própria lógica da justiça brasileira de então.

¹³ KOERNER, Andrei. **Habeas-corpus, prática judicial e controle social no Brasil** (1841-1920). São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 174-175.

Resta, por fim, compreender, com maiores detalhes, o que foi a "doutrina do *habeas corpus*" e como ela se insere nesse contexto de redimensionamento jurídico da justiça brasileira nas primeiras décadas do século XX, ao propor uma nova ferramenta de proteção de direitos a partir de necessidades concretas e de uma base jurisprudencial de reconhecimento.

2. A ORIGEM TRANSVERSA DO MANDADO DE SEGURANÇA

No Brasil do início do século XX, por influência não só do Texto Constitucional de 1891, mas também de alguns dos mais proeminentes e destacados juristas da época, o modelo de funcionamento da justiça era um modelo de matriz tipicamente moderna e liberal. Baseava-se, assim, na abstração e na rigidez da lei e era fortemente influenciado pelo individualismo e pelas práticas e teorias da Europa continental e dos Estados Unidos do século XIX.

No seio desse extenso cenário cultural, desenvolveu-se por aqui a chamada "doutrina do *habeas corpus*" que, como o próprio nome sugere, foi o resultado de um esforço doutrinário e jurisprudencial, responsável por ampliar o alcance do tradicional remédio do *habeas corpus* para alcançar e reparar, também, violações a direitos que não o da mera liberdade de locomoção.

Como explicar, portanto, o aparente paradoxo de concretização do Estado de direito liberal e das promessas constitucionais de tutela dos direitos individuais, mediante um novo instrumento de acesso à jurisdição estatal originado do meio social e da prática dos tribunais, numa época em que o formalismo e o legalismo do Estado de direito não haviam ainda sido mitigados pela expansão do sentido de uma Constituição dirigente? A resposta parece estar num esforço de redimensionamento jurídico da justiça, que, ainda que brevemente, rompe com a própria lógica do sistema para consagrar novo sentido e novo alcance para uma ação

tradicionalmente tão estreita como o *habeas corpus*.

Para compreender, assim, este complexo fenômeno que se desenvolveu no país há mais de um século, é preciso realizar uma detida análise historiográfica de fontes, recorrendo também a outras obras mais recentes de juristas que escreveram sobre a "doutrina do *habeas corpus*" e seus efeitos no sistema judiciário brasileiro. O tópico a seguir destina-se justamente a este propósito, quando se poderá estudar, com maiores detalhes, as origens e as bases teóricas daquela doutrina, bem como sua aceitação e as controvérsias associadas ao seu uso.

2.1 A doutrina brasileira do *habeas corpus* e suas peculiaridades

O *habeas corpus* foi introduzido no Brasil ainda no Império, pelo primeiro Código de Processo Criminal, de 1832¹⁴. Entretanto, só em 1891, com a Constituição da Primeira República, é que o remédio ascendeu à posição de ação constitucional.

O *habeas corpus*, tal como definido por essa Constituição, em seu art. 72, §22, protegeria o indivíduo que sofresse ou se achasse no iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder. Essa redação mais ampla do que a prevista na lei processual foi o ponto de partida para a resignificação do instituto.

Nesse sentido, Rui Barbosa¹⁶ afirmava:

¹⁴ "Art. 340. Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor."

¹⁵ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 61.

¹⁶ BARBOSA, Rui. **República: teoria e prática**. Sel. e coord. de Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1978, p. 172-173.

Não se fala em prisão, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um destes meios, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas-corporis*. Quais são os meios indicados? Quais são as origens da coação e da violência, que devem concorrer para que se estabeleça o caso legítimo de *habeas-corporis*? Ilegalidade ou abuso de poder. [...] Coação, definirei eu, é a pressão empregada em condições de eficácia contra a liberdade do exercício de um direito, qualquer que esse seja. (grifo nosso)

Rui Barbosa, aliás, foi o principal defensor dessa expansão do alcance do *habeas corpus*. Ele foi o primeiro a explorar, em todas as suas consequências, as possibilidades de interpretação permitidas pela redação genérica do artigo constitucional do *habeas-corporis*. De fato, o advogado baiano "lutou para que o Judiciário brasileiro usasse o *habeas corpus* como recurso amplo, que protegesse para além da liberdade de ir e vir qualquer ameaça ou violência ao campo genérico da liberdade civil".¹⁷

Seus esforços, pelo menos num primeiro momento, foram muito bem-sucedidos. De fato, logo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a ecoar esse entendimento mais largo e generoso do *habeas corpus*, como atesta a literatura nacional recente¹⁸:

[...] no tocante ao "habeas corpus", teve extraordinária importância a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que passou a interpretar com muita largueza e generosidade o art. 72, § 22, da Constituição de 1891. E essa interpretação deu extensão enorme ao "habeas corpus", fazendo com que muitos doutrinadores afirmassem mesmo que se havia criado uma *doutrina brasileira do "habeas corpus"*, exatamente pela razão de que o "habeas corpus" era utilizado numa amplitude

¹⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 341.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. O mandado de segurança na Constituição brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (coord.). **Instrumentos e garantias de proteção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v. 5), p. 160.

que não se verificava em nenhum outro país. Qualquer lesão de direito individual, procurava-se corrigir através do "habeas corpus" e o Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência, dava guarida a essa pretensão de se estender o âmbito do instituto.

Carlos Maximiliano¹⁹ também dá seu testemunho sobre a repercussão da "doutrina do *habeas corpus*" nos tribunais brasileiros, sublinhando até mesmo o uso político que ela recebeu ao longo dos anos:

Vasta ampliação do remédio judiciário manifestou-se depois de 1910. Alguns juízes singulares e a maioria do Supremo Tribunal Federal passaram a considerar o habeas corpus como garantia de direito em geral; substituía, portanto, a ação. Foram mais longe: aplicaram-no para resolver questões políticas, em casos de dualidade de governadores, de assembleias regionais e de conselhos municipais, inutilizar processos de *impeachment*, restituir aos cargos funcionários exonerados, e assim por diante.

Interessante notar, por outro lado, que, mesmo tendo sido amplamente aceita no STF, houve entre os próprios ministros da Suprema Corte quem discordasse da interpretação mais ampla dada ao *habeas corpus*. O então ministro Pedro Lessa²⁰, por exemplo, desenvolveu entendimento intermediário que, embora discordante, tendia à confirmação da ordem pedida sempre que, na sua opinião, o direito violado vinculava-se em seu exercício ao direito de liberdade de locomoção:

A quem requer um *habeas-corpus*, alegando que lhe é tolhida a liberdade de locomoção, quando quer usar desse direito para praticar um determinado ato, para exercer um direito de qualquer espécie, não é lícito negar a ordem pedida, desde que o direito – escopo, o direito para o qual se precisa da liberdade de locomoção, não seja contestado ou não possa razoavelmente ser contestado.

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 130.

²⁰ LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 309.

A relevante transformação operada sobre o instituto do *habeas corpus* tornou-o, na realidade, um instrumento de verdadeira revisão dos atos do poder público pelo Poder Judiciário. Embora o controle judicial dos atos da Administração já fosse possível com o advento do controle difuso de constitucionalidade pela Constituição de 1891, o *habeas corpus*, pela sua própria natureza mais célere, tornava possível um controle imediato e, por isso, garantia uma proteção mais eficaz contra os abusos das autoridades.

Essa é a conclusão de Koerner²¹, quando escreve:

Em suma, todo ato da autoridade pública que lesasse algum direito individual por meio de violência ou coação estaria sujeito à revisão judicial imediata pelo *habeas-corpus*, para que se verificasse se haviam sido excedidos os limites legais de sua autoridade, por ilegalidade ou abuso de poder.

E, talvez em razão desta função tão importante assumida pelo *habeas corpus* na estrutura da justiça brasileira das primeiras décadas do século XX, Aliomar Baleeiro²² – comentando sobre a reação do Congresso em 1926, quando foi aprovada uma emenda à Constituição restringindo, expressamente, o âmbito de cobertura do *habeas corpus* ao direito de locomoção – tenha registrado que, nos moldes defendidos pela "doutrina do *habeas corpus*", a ação servira ao propósito maior de estabilidade do regime e mitigação dos abusos cometidos pelo Poder Executivo:

Não cabe aqui conjeturar acerca da influência da reforma reacionária de 1926 sobre os destinos da República Velha que, à maneira brasileira, tinha na interpretação libérrima do Supremo Tribunal Federal, uma válvula de desafogo contra o autoritarismo do regime presidencial. O resultado foi a revolução de 1930, para a qual o próprio presidente Bernardes contribuiu.

²¹ KOERNER, Andrei. **Habeas-corpus, prática judicial e controle social no Brasil** (1841-1920). São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 181.

²² BALEEIRO. Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 69.

O fato é que serão essas as bases principais sobre as quais se edificará um pouco mais tarde o instituto do mandado de segurança. Esse último remédio surge com o propósito específico de suprir o vácuo deixado no cotidiano forense com a aprovação da Emenda de 1926, a qual inviabilizava o uso mais alargado do *habeas corpus*.

No entanto, considera-se que a apresentação dos moldes mais gerais da "doutrina do *habeas corpus*", tal como pensados pelos juristas à época, comprova o esforço de pensar uma alternativa à falta de instrumentos de tutela dos direitos individuais e de construção de uma técnica baseada, portanto, na necessidade concreta das pessoas cujos direitos foram violados.

2.2 O mandado de segurança como produto do redimensionamento da justiça no Brasil

O mandado de segurança é remédio constitucional previsto, especificamente, pela primeira vez em 1934, com a Constituição promulgada naquele ano. Nas suas raízes, como já podemos deduzir, o instituto deve muito dos seus contornos aos avanços da teoria da proteção dos direitos individuais propostos pela "doutrina do *habeas corpus*". De fato, Castro Nunes²³ vai dizer o seguinte:

As origens do mandado de segurança estão naquele memorável esforço de adaptação realizado pela jurisprudência, sob a égide do Supremo Tribunal, em torno do *habeas corpus*, para não deixar sem remédio certas situações jurídicas que não encontravam no quadro das nossas ações a proteção adequada.

Na origem, o objetivo do mandado de segurança, tal como pensado pelos defensores da "doutrina do *habeas corpus*", vinculava-se estreitamente à ideia de justiça do Estado moderno. Tratava-se de um novo instrumento

²³ NUNES, Castro. Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 1.

jurídico a favor das liberdades e dos direitos individuais, impondo limites ao arbítrio do poder público. Arnold Wald²⁴, escrevendo muito sucintamente sobre a intenção principal daqueles juristas que defenderam o uso mais largo do *habeas corpus*, revela exatamente esse espírito de garantia das liberdades frente aos abusos do Estado:

A ampliação do remédio processual [...] estava muito intimamente ligado ao desenvolvimento político do nosso povo. Visava assegurar ao Brasil, dentro de certos limites, o respeito aos direitos individuais, restringindo o arbítrio do executivo e dando ao judiciário a função fiscalizadora da aplicação da Constituição e das leis, que lhe pertence dentro do nosso sistema.

Por outro lado, a peculiaridade do momento de criação do mandado de segurança está em que, na sua essência, a doutrina do *habeas corpus* desafia a estrutura formalista da justiça do Estado de direito liberal. Anteriormente, afirmamos que o maior legado para o campo jurídico do período pós-revolucionário é sua separação da política. A autossuficiência do direito o reduziu a um marco dogmático e formalista, estruturando a relação entre direitos e sujeitos de forma abstrata e indeterminada.

Isso significa, como explica Meccarelli²⁵, que na modernidade jurídica "*los derechos producen protección jurídica, atribuyendo un poder sobre la realidad a un sujeto abstractamente pensado con referencia a situaciones abstractamente representadas. Los derechos existen antes de que se manifieste la concreta necesidad de protección*".

Ainda que restrito a um momento muito específico e delimitado da experiência jurídica brasileira, parece correto dizer que, em meio a

²⁴ WALD, Arnold. **O mandado de segurança na prática judiciária**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958, p. 44.

²⁵ MECCARELLI, Massimo. La protección jurídica como tutela de los derechos: reducciones modernas del problema de la dimensión jurídica de la justicia. In: **Debate entries Rights, Justice, Cultural Diversity: Dynamics of Legal Protection in Times of Transition. European and Brazilian Perspectives**. Forum historiae iuris: 2014. Disponível em: <<http://www.forhisiur.de/en/2014-08-meccarelli/?l=es>>. Acesso em: 9 de dezembro de 2016, § 8º.

significativo esforço jurisprudencial e doutrinal, foram introduzidas dinâmicas de inversão na relação entre realidade e direitos e, portanto, entre instâncias de proteção e direitos.

Meccarelli, ainda que estivesse pensando em mudanças mais recentes do cenário jurídico e institucional da Europa contemporânea, desenvolveu uma ideia que ajuda bastante a compreender essa origem transversa do mandado de segurança. Isso porque ele foi pensado e colocado em prática antes mesmo de sequer existir expressamente no ordenamento, enquanto garantia literalmente prevista na Constituição. Essa ideia, nas palavras do professor italiano, desenvolve-se a partir da seguinte premissa:

Se trata de una inversión en la cual la exigencia de protección jurídica se transforma en vector de la construcción de una forma de protección, o dicho en otras palabras, se trata de una dinámica en la cual la manifestación de necesidad de protección social incide sobre la forma que assume la protección jurídica.²⁶

Finalmente, a conformação do mandado de segurança, fincada na "doutrina do *habeas corpus*", representa um esforço de redimensionamento e um momento de ruptura estrutural da justiça no Brasil da Primeira República. O discurso dos juristas verificado nas fontes mostra que, com o uso transversal do *habeas corpus* "se reconoce un espacio de protección jurídica a partir de situaciones concretas, que reinvidican justicia [...] La atribución de derechos aquí es el resultado de un proceso de dimensionamiento jurídico de la justicia" Meccarelli²⁷.

²⁶ MECCARELLI, Massimo. La protección jurídica como tutela de los derechos: reducciones modernas del problema de la dimensión jurídica de la justicia. In: **Debate entries Rights, Justice, Cultural Diversity: Dynamics of Legal Protection in Times of Transition. European and Brazilian Perspectives**. Forum historiae iuris: 2014. Disponível em: <<http://www.forhisiur.de/en/2014-08-meccarelli/?l=es>>. Acesso em: 9 de dezembro de 2016, § 13.

²⁷ MECCARELLI, Massimo. La protección jurídica como tutela de los derechos: reducciones modernas del problema de la dimensión jurídica de la justicia. In: **Debate entries Rights, Justice, Cultural Diversity: Dynamics of Legal Protection in Times of Transition. European and Brazilian Perspectives**. Forum historiae iuris: 2014. Disponível em: <<http://www.forhisiur.de/en/2014-08-meccarelli/?l=es>>. Acesso em: 9 de dezembro de 2016, § 19.

O imperativo de abstração na determinação do campo de ação da justiça, típico da modernidade jurídica, mantém-se. Afinal, os direitos são verificados na constituição e nas leis. Porém, a partir de necessidades e situações concretas, a administração da justiça torna-se maleável para tutelar esses direitos. E, como visto, a doutrina exerceu papel relevante em autorizar a jurisprudência a avançar, por meio de uma interpretação que estaria contida na *mens legis*. O que se demonstrou controverso com a reação parlamentar em 1926 com a reforma constitucional que alterou o art. 72, §22, inviabilizando, por completo, qualquer interpretação mais expansiva do *habeas corpus* do direito brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conformação do mandado de segurança na história constitucional brasileira coincide com um período singular da história das dimensões jurídicas da justiça no Brasil. De fato, quando se pensa na "doutrina do *habeas corpus*", os juristas e historiadores do direito apontam para o seu ineditismo, pois em nenhum outro país há notícia de que tenha sido dada interpretação mais ampla ao instituto do *habeas corpus* que no Brasil da Primeira República.

O avanço do autoritarismo e dos abusos cometidos pelo poder público pressionava por novas alternativas que garantissem um espectro muito maior e mais amplo de proteção dos direitos e liberdades individuais. Diante da ausência de instrumentos jurídicos de garantia desses direitos na Constituição de 1891 e nas leis, desenvolveu-se no país a teoria de que o *habeas corpus*, tal como previsto pela referida Constituição, suportava também a defesa de outros direitos que não o da mera liberdade de locomoção. Essa teoria, reunida no que foi chamado de "doutrina do *habeas corpus*", foi muito bem recebida pelo Poder Judiciário à época, que sustentou, até pelo menos meados da década de 1920, o uso alargado do remédio para restaurar direitos e liberdades individuais e políticas violados por atos de autoridades públicas.

A "doutrina do *habeas corpus*" foi a base de criação do mandado de segurança. Trata-se de exemplo peculiar em que a doutrina veio antes do próprio instituto. E é por isso que, na origem, o mandado de segurança está atrelado, essencialmente, a um esforço de redimensionamento jurídico da justiça no Brasil das primeiras décadas do século XX, pois subverte a lógica moderna da abstração e da generalidade. A necessidade de novas formas de proteção, principalmente contra os abusos da Administração Pública, serviu de vetor para a construção dessa nova técnica jurídica voltada para a garantia de direitos e liberdades fundamentais. Maior prova disso é a origem jurisprudencial e doutrinária da nova ação de proteção, pois se reconhece um espaço de proteção jurídica a partir de situações concretas, que reivindicam justiça.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BALEEIRO. Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA, Rui. **República: teoria e prática**. Sel. e coord. de Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1978.

COSTA, Pietro. Estado de direito e direitos do sujeito. Trad. Luiz Ernani Fritoli. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (coord.). **História do direito em perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O mandado de segurança na Constituição brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (coord.). **Instrumentos e garantias de proteção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v. 5)

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Reprint. Originally published: 8th. ed. London: Macmillan, 1915.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **A history of European Law**. Translated by Laurence Hooper. 1st. ed. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

_____. **A Cultura Jurídica Europeia**. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KOERNER, Andrei. **Habeas-corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)**. São Paulo: IBCCrim, 1999.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

MECCARELLI, Massimo. La protección jurídica como tutela de los derechos: reducciones modernas del problema de la dimensión jurídica de la justicia. In: **Debate entries Rights, Justice, Cultural Diversity: Dynamics of Legal Protection in Times of Transition. European and Brazilian Perspectives**. Forum historiae iuris: 2014. Disponível em: <<http://www.forhistiur.de/en/2014-08-meccarelli/?l=es>>. Acesso em: 9 de dezembro de 2016.

NUNES, Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense,

1980.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. 6.
ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

WALD, Arnold. **O mandado de segurança na prática judiciária**. Rio de
Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958.

CONSTITUCIONALISMO E DECISÃO PENAL

Patrícia Pasqualini Philippi¹

Saul José Busnello²

INTRODUÇÃO

O artigo que se apresenta tem por objetivo a análise do Constitucionalismo e seu visceral entrelaçamento com a decisões judiciais, detidamente aqui enredada, a Decisão Penal, a qual impõe ao julgador na arte da retórica e da argumentação jurídica, motivar e fundamentar tudo o que vier a decidir. Aliás, esta é uma ordem mundial daqueles a quem interessa a supremacia da Constituição.

Parte-se do pressuposto de que não há juiz neutro e que todas as decisões, além do aspecto formal e racional que apresentam, ou que se obrigam a apresentar, tem no seu fundo, a interferência moral e ideológica de quem decide.

¹ Advogada; Professora de Direito Penal, Direito Processual Penal e Introdução ao Estudo do Direito da UNIDAVI – Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, Rio do Sul, Santa Catarina, Brasil; Mestre e Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, Brasil. E-mail: philippi@unidavi.edu.br

² Advogado atuante em Blumenau/SC - OAB/SC 25091; Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, Brasil; Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Catarinense de Pós-Graduação – ICPG; Graduado em Direito pelo Centro de Educação Superior de Blumenau – CESBLU; Graduado em Tecnólogo em Processamento de Dados a Nível Superior pela Universidade Regional de Blumenau – FURB; Professor Universitário, Titular no Curso de Direito do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI, Rio do Sul, Santa Catarina, Brasil; Coordenador e Orientador junto ao Laboratório Piloto de Mediação de Conflitos do Núcleo de Práticas Jurídicas do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI; Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Constitucionalismo e Produção do Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Coordenador Editorial da Revista Julgados Turmas de Recursos e Tribunal de Justiça de Santa Catarina [ISSN 1415-529X]; Editor Responsável e Membro do Conselho Editorial da Revista Direito UNIDAVI [ISSN 2177-2991]; Autor de Livro e de Artigos Jurídicos publicados em periódicos impressos de circulação nacional e On-line. E-mail: saulbusnello@hotmail.com

Para o escamoteamento destes escapes de interferência moral e ideológica, muitos julgadores têm fundamentado suas decisões apoiados no Princípio da Proporcionalidade, o que certamente, dado seu grau de abstração, poderá resultar em variadas percepções, além do que, pode também interferir na harmonia e indenpendência dos Poderes.

Daí a importância da necessidade de se motivar e fundamentar a decisão, sobretudo a decisão no processo penal, da forma mais adequada possível e a amoldar-se à luz da Constituição.

A par disso, trata-se no item um do Constitucionalismo e de como este fenômeno fortaleceu o Estado Democrático de Direito, evoluindo para um Estado Democrático e Constitucional de Direito, no qual a Constituição é força motriz de todo o ordenamento jurídico e do próprio Estado.

O item dois se dedica ao Princípio da Proporcionalidade, sua origem no direito germânico, da razoabilidade de origem anglo-saxão e sua implicação na ordem constitucional brasileira, com toda a subjetividade que pode acompanhá-lo quando da Decisão Penal.

No terceiro e último item, analisa-se a necessidade argumentativa e retórica da Decisão Penal e o Princípio da Proporcionalidade, cuja motivação e fundamentação denotam a observância da legalidade, a percepção axiológica e o filtro de respeito à Constituição.

Na elaboração do artigo foi utilizado o Método Indutivo³, tanto na Fase de Investigação quanto na apresentação do relato dos seus resultados e, conjuntamente, foram adotadas as Técnicas do Referente⁴, da Categoria⁵,

³ De acordo com PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 213, "**MÉTODO INDUTIVO**: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral." (maiúsculos e negritos no original)

⁴ Para PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. p. 65, "REFERENTE é a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma Pesquisa." (maiúsculos e negritos no original).

do Conceito Operacional⁶ e da Pesquisa Bibliográfica.⁷

1. CONSTITUCIONALISMO⁸

Na releitura da história, percebe-se que o direito é um poderoso instrumento de transformação da Sociedade⁹ e da sua ordem política, econômica e social. Tal fenômeno inserido nos amálgamas da Sociedade Moderna e fincado no Estado de Direito – Democrático e Social, ganha maior força com o paradigma do Constitucionalismo, ou Estado Constitucional de Direito¹⁰ surgido nas últimas décadas do século XX.

⁵ Segundo PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. p. 36, "Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia." (negritos no original).

⁶ No entendimento de PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. p. 54, "Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos". (negritos e itálicos no original).

⁷ Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. p. 215, "**PESQUISA BIBLIOGRÁFICA**: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais." (maiúsculos e negritos no original)

⁸ O presente capítulo – denominado de Constitucionalismo, é uma versão revisada do primeiro capítulo do artigo científico Constitucionalismo e a Decisão Produzida no Processo Penal: retórica e fundamentação. desenvolvido pelos mesmos autores, em prelo.

⁹ A palavra Sociedade, quando não estiver em transcrições literais, será grafada com o S em letra maiúscula. A opção dos autores do presente Artigo para a adoção deste tipo de grafia se sustenta no seguinte argumento: "[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E em maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!". Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. p. 175-176. (negritos e maiúsculas no original)

¹⁰ Conforme Ferrajoli, pode-se utilizar "jus-constitucionalismo" ou "constitucionalismo jurídico" ou ainda melhor, "Estado Constitucional de Direito" ou, simplesmente, "constitucionalismo" para designar – em oposição ao "Estado Legal" ou Estado legislativo de Direito", privado de Constituição ou dotado de Constituição flexível – o constitucionalismo rígido das atuais democracias constitucionais, qualquer que seja sua acepção filosófica e metodológica. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 17.

Na leitura de Streck, "Seu ponto de partida é a existência de uma Constituição com característica compromissória e dirigente, que atravessa vertical e horizontalmente as relações sociais."¹¹

Para Atienza, o Constitucionalismo, traz a partir da Segunda Guerra Mundial um modelo de constitucionalização dos direitos baseado na existência de Constituições rígidas, povoada de direitos, capazes de condicionar a legislação e a jurisprudência à ação dos atores políticos ou as relações sociais, ou a sua teorização.¹²

Os significados deste novo paradigma vão desde a equivalência a um sistema jurídico até uma teoria do direito. Como sistema jurídico, o Constitucionalismo equivaleria a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a toda e qualquer fonte normativa subordinada à Constituição e como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não está mais aportada apenas na conformidade das suas formas de produção e formas procedimentais de elaboração, mas também à coerência de seus conteúdos com os princípios de justiça previstos na Constituição.¹³

Sua força motriz é identificada na existência da Constituição como uma lei superior a ser adotada à legislação ordinária, independente das técnicas que garantam a sua superioridade.

E neste viés, emanam do Constitucionalismo duas concepções contrapostas quanto à referida técnica de aplicação: a ideia do constitucionalismo jusnaturalista, onde os princípios são utilizados na motivação da decisão

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermetica e Solipsismo: ainda e sempre o problema do positivismo*. In: PASOLD, Cesar; SANTO, Davi do Espírito. **Reflexões sobre a Teria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 11.

¹² ATIENZA, Manuel. Seminário realizado de 10 a 12 de agosto de 2015, na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí-SC, com o tema **A argumentação jurídica e o direito contemporâneo**.

¹³ FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. p. 13.

como objeto e mediante ponderação e o constitucionalismo juspositivista, onde a motivação se dá por regras, mediante subsunção.¹⁴

Ao lado desta distinção, o que Ferrajoli chama de constitucionalismo argumentativo principialista e constitucionalismo normativo ou garantista, diz-se que o primeiro é marcado pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de normatividade mais branda, confiada não à subsunção, mas à ponderação legislativa e judicial. Já o segundo, caracteriza-se pela normatividade forte, que pressupõe que a maior parte dos princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comporta-se como regras.¹⁵

Sob este novo paradigma, a argumentação segue acompanhando a decisão, que não pode ser apenas descritiva ou explicativa, mas, antes e acima de tudo, justificada.

Nas exatas palavras de Atienza¹⁶ lê-se:

A forma de Estado Constitucional é a que exige também um maior uso de argumentação. Digamos que a ideia regulativa do Estado Constitucional supõe a submissão completa do poder à razão e, portanto, a exigência de que as decisões jurídicas devem ser decisões justificadas com razão, decisões argumentadas. Pode-se compreender, a partir disso, que cada vez mais exista uma maior pressão para que os juízos motivem, devidamente, as suas decisões, o que tem uma extraordinária importância, não só do ponto de vista estritamente jurídico (para o bom funcionamento de um sistema de recursos), senão também em um plano político.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. p.17.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. p. 18.

¹⁶ CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia Rosane (Org). **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.134.

O Estado Constitucional e Democrático de Direito supõe um equilíbrio entre o caráter determinante da vontade popular e a garantia de direitos ou situações jurídicas fundamentais do indivíduo, intocáveis, inclusive por esta mesma vontade.¹⁷

O papel da Constituição ganhou, com o passar dos tempos, paulatinamente força e excelência, sendo instrumento jurídico e político fundamental de organização do próprio Estado e de transformação social, além de funcionar como limite pela legislação ordinária. O Constitucionalismo é marcado assim pelo Direito, pela Democracia e pela força da Constituição.

Portanto, neste momento que permeia a história, compreende-se que o direito não é mais ordenador, como na fase liberal, tampouco é promovedor, como na fase do *welfare state*; em tempos de Estado Democrático de Direito, é este mais do que um *plus* normativo em relação às fases anteriores, constituindo-se em elemento qualificativo para sua própria legitimidade, uma vez que é o provedor do processo de transformação da realidade.¹⁸

Como consequência do Constitucionalismo, adverte Atienza que há uma tendência em se aumentar os poderes dos juízes - dos aplicadores do Direito. E por isso a necessidade de se desenvolver uma cultura de motivação das decisões judiciais.¹⁹

Registre-se que o Constitucionalismo defendido por Atienza, ao menos é o que declara Ferrajoli, é o que se revela no modelo de constitucionalismo argumentativo principialista o que produziria, inclusive, uma maior

¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 212-214.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Solipsismo: ainda e sempre o problema do positivismo. *In*: PASOLD, Cesar; SANTO, Davi do Espírito. **Reflexões sobre a Teria da Constituição e do Estado**. p. 17.

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia Rosane (Org). **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. p. 137.

discricionarieidade.²⁰

Isto porque no Estado Constitucional de Direito os princípios ostentam uma particular relevância, dando aos juízes mais poderes do que tiveram no Estado anterior, Estado Legislativo. Isto se daria porque os princípios têm uma maior abertura semântica que as regras, e deste modo, podem conduzir a uma maior discricionarieidade das decisões judiciais.²¹

Sem nem mesmo adentrar-se na discussão de casos fáceis ou de casos difíceis (easy e heard cases), ou ainda, como diz Atienza, em casos trágicos²², este artigo procura evidenciar a aplicação do Princípio da Proporcionalidade e a necessidade de motivar (e não apenas descrever ou explicar) as decisões judiciais, fenômeno também conhecido como Constitucionalismo.

Como adverte Dworkin, "O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente."²³

Não se pode olvidar, porém, conforme já alertado por Brandão e Spengler, que nem sempre isso se mostra possível, porquanto, nesta fábrica de leis, nem sempre há obediência ao dito e prescrito pela Constituição:

Percebe-se, assim, que a contínua falta de percepção legislativa de que leis penais e processuais penais têm por destinatários seres humanos, assim como o esquecimento de que está declarado na Constituição Federal, ser o Brasil um Estado Democrático e de

²⁰ FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. p. 20.

²¹ CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia Rosane (Org). **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. p. 137.

²² Expressão utilizada por Manuel Atienza em Seminário realizado de 10 a 12 de agosto de 2015, na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí-SC, com o tema **A argumentação jurídica e o direito contemporâneo**.

²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 127.

Direito, afasta a elaboração das leis do leito do rio que deveria desaguar nos limites e garantais que se aplicam a todos, indistintamente, para encontrar a foz do arbítrio e da seletividade²⁴.

No Brasil, a exemplo dos países europeus continentais, onde o direito aparece integrado fundamentalmente por códigos e normas legisladas ou regulamentares formais, é descabido afirmar e defender o modelo de um juiz que seja mera "boca da lei", pois depende a norma jurídica e escrita de interpretação e ajustes. Nesta perspectiva, o juiz ao selecionar um dos muitos sentidos possíveis da norma, levando em conta a equidade, atuará na criação do Direito, cujo limite da tarefa é a própria lei.²⁵

Essa nova concepção matizada pelo Constitucionalismo mostra que o Direito não é uma realidade pronta, já dada como um produto de uma autoridade ou vontade. O Direito é uma prática social, que exige realismo e no que implica aferição de valor.

Nesta perspectiva, a argumentação no Direito é tarefa obrigatória, sobretudo, nas decisões judiciais, que exigem motivação adequada e à luz da Constituição, pois se constitui a decisão não apenas em uma resposta formal às partes e à Sociedade, mas num instrumento de criação, mutação e garantia do próprio Direito.

2. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Vários são os princípios de interpretação constitucional²⁶. O princípio da

²⁴ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. Os descaminhos da prestação jurisdicional no âmbito punitivo. Algumas considerações sobre as reformas do código do Código de Processo Penal Brasileiro. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion. **Os (des)caminhos da jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 104.

²⁵ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos do Direito Constitucional. p. 141.

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p.155-156.

proporcionalidade é um deles. A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais, acarretando daí extrema importância e difusão, como nomeadamente ocorre com o princípio da igualdade²⁷.

Muitas das decisões proferidas têm seu fundamento ou sopesamento no Princípio da Proporcionalidade, daí sua necessidade de análise como instrumento de justificação ou motivação.

Incursionando pela história, o Princípio da Proporcionalidade tem origem romano-germânica e tanto a doutrina como a jurisprudência hodierna, tanto na Europa Continental, como no Brasil, fazem referência do mesmo também como princípio da razoabilidade, conceito que em linhas gerais se mantém pela fungibilidade²⁸.

O fato é que o princípio da razoabilidade tem origem no direito anglo-saxão, enquanto que o Princípio da Proporcionalidade é de origem germânica. São princípios que se assemelham e dada a fungibilidade, no Brasil, tratados de forma a alcançar um mesmo fim.

Neste sentido, anota Barros²⁹:

Os alemães utilizam, indiscriminadamente o termo proporcionalidade ou proibição de excesso (Ubermass) para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade. [...] A expressão proporcionalidade tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há nela, a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 395.

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 224.

²⁹ BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 69.

adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito.

O Princípio da Proporcionalidade é um princípio jurídico-material de justa medida, pois ao proibir o excesso, não só proíbe o arbítrio, impõe positivamente a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles perseguem³⁰.

Tal princípio tem como seu principal campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para consecução dos seus fins. Ou seja, impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias, excessivas e que causem danos ao cidadãos maiores que o indispensável para a proteção dos interesses públicos³¹.

Nesta mesma linha, sublinha-se que o princípio tem caráter extremo de força interpretativa. Para Bonavides³²:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitalmente apropriado. As Cortes constitucionais europeias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso frequente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.

Grau afirma que a proporcionalidade e razoabilidade são postulados interpretativos: "[...] proporcionalidade e razoabilidade são, destarte, postulados normativos da interpretação/aplicação do Direito - um nome

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 177.

³¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 35.

³² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 425.

dado aos velhos desprezados cânones da interpretação."³³.

Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionais previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo, revelando-se a violação ao princípio da proporcionalidade na contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre os meios e os fins³⁴.

Seus elementos são: a adequação dos meios utilizados pelo legislador na consecução dos fins pretendidos; a necessidade da utilização daqueles meios e de nenhum outro, menos gravoso, em seu lugar; e a efetiva razoabilidade da medida (proporcionalidade em sentido estrito), aferida pela ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador³⁵.

Já de acordo com Alexy, necessidade, adequação e proporcionalidade são "parcelas" do princípio da proporcionalidade, onde *necessidade* implica dizer se um princípio tem mais ou menos peso em certa situação conforme as circunstâncias da situação tornem o valor que ele tutela ou promove mais ou menos necessário; *adequação* significa dizer que um princípio deve ser aplicado a uma situação quando é adequado para ela; e proporcionalidade em sentido estrito, onde "os ganhos devem superar as perdas".³⁶

Convém, contudo, ressaltar a respeito da amplitude, abstração e generalidade deste princípio e por vezes, seu uso desmedido a justificar toda e qualquer decisão/compreensão, levando a uma invasão ou

³³ GRAU, Eros Roberto. **A Interpretação/Aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 181.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, a. I, v. 5, 2001. p. 1-2.

³⁵ BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.124.

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 161.

interferência de Poderes.

Isso se dá também porque os princípios possuem um grau de abstração relativamente elevado e que permitem o balanceamento de valores e interesses, ao contrário das regras que, devem cumprir a exata medida de suas prescrições.

[...] é uma tendência predominante no Direito Constitucional brasileiro, e, ao que parece, no Direito Constitucional contemporâneo também: falar de princípios em termos estruturantes – dos princípios mais abertos aos mais densos, chegando-se ao patamar normativo das regras, reconduzindo-se, em via de retorno destas, progressiva e sucessivamente, até os princípios mais abstratos (de maior estrutura e de menos densidade). Essa concepção reforça, como se pode deduzir, a ideia de normatividade dos princípios constitucionais, ao emprestar-lhe um sentido articulado-estruturante, [...] já que torna mais plausível a compreensão, a interpretação e a aplicação dos princípios de maior abertura pelos princípios de maior densidade e pelas regras constitucionais.³⁷

Sob a égide da proporcionalidade, é realizada a aplicação do método da ponderação em uma situação de conflito entre princípios.

Os princípios *prima facie* possuem sempre pesos relativos e pela necessidade de otimizar as possibilidades jurídicas, eles só podem ser restringidos à medida que não sejam afetados mais do que o necessário para a aplicação do outro. A lei da ponderação possui dois momentos: no primeiro, importa a satisfação do princípio oposto e no segundo, há a formulação de um mandado [...] em que se expressa através de regras. A ponderação não é um procedimento abstrato ou geral [...], ao contrário, é um trabalho de otimização que atende ao princípio da concordância prática.³⁸

³⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 185.

³⁸ BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição. p. 133.

Acontece que ao realizar pelo princípio da proporcionalidade tal controle de leis, é preciso que a judicatura conferida aos tribunais mantenha-se equânime na distribuição dos poderes e na ponderação de valores.

A aplicação intensiva e extensiva do princípio da proporcionalidade em grau constitucional como instrumento de garantia dos direitos fundamentais para frear a ação restritiva que o Estado impõe a esses direitos, por via das reservas de lei consagradas pela própria ordem constitucional, gera um grave problema de equilíbrio entre o legislativo e o judiciário. Logo, o excesso e inadvertido emprego desse princípio poderá desequilibrar a ordem dos poderes.³⁹

3. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A DECISÃO PENAL

Ao contrário da Alemanha, como também de Portugal, que preveem expressamente o princípio da proporcionalidade em seu texto constitucional, no ordenamento jurídico brasileiro, há divergência acerca da norma constitucional supedâneo da proporcionalidade. Segundo Buechele, "essa previsão é implícita."⁴⁰

Para Barroso, que trata do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade sob o mesmo enfoque, "no Brasil, o apego excessivo a certos dogmas da separação de Poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada."⁴¹

Interpretando importantes decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, Mendes, conclui:

³⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 420.

⁴⁰ BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição. p. 144.

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 133.

[...] o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido). Vê-se, pois, que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evolui para reconhecer que esse princípio tem hoje sua *sedes materiae* no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal.⁴²

O trabalho realizado pela Assembleia Nacional Constituinte, que resultou na Constituição de 1988 excluiu a menção expressa ao Princípio da Proporcionalidade ou da razoabilidade, inscrevendo por outro lado, no inciso LIV do art. 5º, a cláusula do devido processo legal.⁴³

Duas linhas interpretativas se abrem acerca do assunto: uma mais inspirada na doutrina alemã, de que o princípio integra o sistema de modo implícito e como um princípio constitucional não escrito. Outra, inspirada na doutrina de influência norte-americana, onde se pretende extraí-lo da cláusula do devido processo legal e onde se sustenta que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve atribuir à cláusula.

O Princípio da Proporcionalidade, tanto sob o critério da interpretação constitucional, como ainda, sob o critério limitador do poder punitivo estatal, carrega em si a natureza do equilíbrio entre a sanção penal e o injusto penal e a culpabilidade do autor.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, 1994. p. 469.

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 237.

Na palavra de Merolli⁴⁴:

Resumidamente, portanto, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade da pena condensa a ideia de 'adequação da pena', traduzindo-se, por conta desta característica, no principal reflexo da isonomia no âmbito do Direito Penal. Além disso o princípio da proporcionalidade da pena também deve ser considerado como uma decorrência direta de outros princípios penais expressamente admitidos pela Constituição Federal [...].

Em suma, pelo Princípio da Proporcionalidade da pena (proibição do excesso), seja no momento das cominações abstratas das sanções penais, seja no momento da aplicação judicial das mesmas, o que se deve fazer é um juízo de equivalência entre o bem que é lesionado e o bem de que pode alguém ser privado. É neste ponto que se vê nitidamente aplicado o princípio da proporcionalidade.

Como já dito em outra ocasião⁴⁵, a prática jurídica envolve a arte de convencer e comover através de provas, fatos e argumentos. Num Estado Constitucional e democrático de direito esta atividade tem relevância fundamental, porquanto, a atividade jurisdicional exige fundamentação em todas as suas operações.⁴⁶

Muito mais que uma deliberação individual, o ato de decidir é um procedimento dentro de um processo, um sistema interativo global, em diferentes níveis recorrentes.⁴⁷

⁴⁴ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 379-380.

⁴⁵ Esta passagem que se lança até o encerramento deste o capítulo é parte revisada do terceiro capítulo do artigo científico Constitucionalismo e a Decisão Produzida no Processo Penal: retórica e fundamentação. desenvolvido pelos mesmos autores, em prelo.

⁴⁶ FETZNER, Néli Luiza Cavalieri (Coord); VALVERDE, Alda da Graça Marques; TAVARES JUNIOR, Nelson Carlos. **Lições de argumentação jurídica**: da teoria à prática. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 16.

⁴⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 307.

O julgador em qualquer processo, mas aqui com enfoque no processo penal, ao decidir pela condenação ou absolvição do réu, chegará a esta conclusão por vários motivos, muitas vezes por suas percepções pessoais, sua ideologia, sua história, seu temperamento, seus valores e suas emoções, os quais certamente não seriam aceitos pela comunidade jurídica.⁴⁸

Assim, é evidente que o ato decisório final, especialmente quando condenatório, sem fundamentação ou quando se apresente esta contraditória ou ambígua, resta mutilado, não só no tocante à forma, mas também quanto ao seu conteúdo. Isto porque a garantia da motivação exige seja a decisão condenatória fundamentada, sem contradição e que não propicie a mínima perplexidade.⁴⁹

O Direito e também o processo dependem de uma compreensão hermenêutica, compromissada com a facticidade e que encara o fenômeno, exigindo um juiz intérprete que se posicione, que crie e que justifique enquanto intérprete.⁵⁰

E é justamente como arma de coibição destes abusos que a Constituição surge e se faz como um eficiente remédio contra arbitrariedades, autoritarismos e tiranias.

A propósito, como afirmou Streck⁵¹

Das teorias do discurso à fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas (que deslocaram o polo da tensão interpretativa em direção ao intérprete),

⁴⁸ BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 72.

⁴⁹ TUCCI, Lauria Rogério. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 202.

⁵⁰ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 119.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Solipsismo: ainda e sempre o problema do positivismo. *In*: PASOLD, Cesar; SANTO, Davi do Espírito. **Reflexões sobre a Teoria da Constituição e do Estado**. p. 11.

os últimos cinquenta anos viram florescer teses que tinham um objetivo comum no campo jurídico: superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, solucionar os casos difíceis (não abarcados pelas regras) e a (in)efetividade dos textos constitucionais (compromissórias e dirigentes).

Sucedem que em sede de direito penal, para tornar tudo mais complicado, a separação entre direito e moral é apenas formal. Continua-se uma espécie de jogo de máscaras⁵², pois o inconsciente judicial participa do ato decisório, deixando de lado o crime para mirar a pessoa do criminoso.

Se o ato de interpretar e aplicar do Direito é subjetivo, e necessita antes de tudo de sua compreensão ou pré-compreensão, e se fazer ciência social é antes de tudo fazer ciência sobre si mesmo, deve o jurista assumir-se ideologicamente.⁵³ É preciso abrir, reconhecer esse ser, que antes de juiz, é homem comum.

Ou seja, como defende Barroso toda a atividade de interpretação é necessariamente parcial, uma vez que, em sentido pleno, não há neutralidade possível. Isto porque, "não há como idealizar um intérprete sem memória e sem desejos."⁵⁴

Aliás, como já disse Alexy: "Às vezes se sugere na literatura que os julgamentos de valor exigidos para se tomar decisões jurídicas devem ser entendidos como avaliações morais."⁵⁵

Para Abreu, o judiciário, seja como ator coletivo, seja por meio individual do trabalho do juiz, está por abandonar o canto neutro, identificando-se com a

⁵² ROSA, Alexandre Morais da. **Jurisdição do Real x Controle Penal**: direito & psicanálise via literatura. Petrópolis: Delibera/KindleBookBr, 2011. p. 49.

⁵³ MEROLLI, Guilherme. Fundamentos Críticos de Direito Penal. p. 253.

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 281-282.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001. p. 21.

preservação de valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece em seu estado e no seu sistema de representação.⁵⁶

Assuntos antes objeto da arena política, passaram a pertencer a arena das decisões judiciais, cunhando a expansão do Poder Judiciário e o fenômeno do ativismo judicial. Só desse fenômeno, já toca o alarme da discricionariedade e da arbitrariedade, que tais decisões possam conter.

Enfim, é notável a importância do Princípio da Proporcionalidade na produção de decisões equânimes, tratadas neste estudo, no âmbito do direito penal, restando-se apenas saber dentro de todo este contexto principiológico até que ponto o uso deste instrumento, por vezes, excessivamente aplicado na consolidação de verdadeiro ativismo judicial, onde se busca por via do poder judiciário rever no mérito, as posições adotadas pelo poder público no plano legislativo e executivo, não irromperá a harmonia dos próprios poderes.

O constituir da Constituição é a obrigação suprema do direito.⁵⁷ É por essa veia que a decisão processual penal deve permear. É nela que se baseia a mais valia do próprio Direito.

Dito de outro modo, não há como garantir neutralidade, mas há como garantir decisões motivadas e fundamentadas na e pela Constituição, cuja coerência e integridade faz parte da tradição do Direito. Nada soa mais justo e garantista, sobretudo, no processo penal, a decisão cuja tarefa retórica argumentativa e justificativa é feita à luz da Constituição.

⁵⁶ ABREU, Pedro Manuel. *Processo e Democracia com locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 269.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. p. 77.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é possível identificar no desenvolvimento deste artigo, parafraseando Ruy Barbosa "Não há salvação fora da Constituição". Muito embora, no contexto do Constitucionalismo e na esfera contemporânea do Estado Constitucional de Direito, seja incontestado a necessidade da motivação adequada da sentença se dar conforme a leitura da Constituição, há elementos retóricos que por vezes escapam a esse fenômeno ou então, são produzidos em um ambiente de pan-princípioalismo, onde pode imperar subjetivismos, ideologias ou sentimentos morais.

Assim, muitas das vezes as razões da decisão proferida são inconfessáveis, obrigando o juiz a escamoteá-la para que pareça uma decisão efetivamente fundamentada.

O Princípio da Proporcionalidade, como princípio constitucional, pode cumprir sua função de bem justificar, contudo, pode também aos incautos, aparecer como um instrumento da retórica que no seu uso demasiado ou impróprio, pode levar à crise de Poderes.

É certo que se erra menos ou se julga bem ou bem melhor, quando se interpreta e se aplica ao rigor da Constituição. É na e pela Constituição que deve o juiz motivar suas decisões, ainda que não se mostre ou se aperceba neutro.

Em todos os seus argumentos e na análise dos requisitos retóricos que emanam da Decisão Penal, não há margem de dúvidas que decidir e motivar adequadamente permeia o leito constitucional. Fora isso, o que sobra são arbitrariedades e autoritarismos, que não podem mais ser tolerados em Sociedades e Estados Democráticos e Republicanos.

Por fim é de considerar que, embora o tema não se esgote e mereça de muito mais estudo e aprofundamento, por esta breve reflexão já é possível afirmar que pelas regras do jogo, a única aposta possível é na Constituição.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manuel. **Processo e Democracia com *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito.** v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. Seminário realizado de 10 a 12 de agosto de 2015, na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí-SC, com o tema **A argumentação jurídica e o direito contemporâneo.**

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia Rosane (Org). **Direito e**

Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Expressão utilizada por Manuel Atienza em Seminário realizado de 10 a 12 de agosto de 2015, na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí-SC, com o tema **A argumentação jurídica e o direito contemporâneo.**

FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FETZNER, Néli Luiza Cavalieri (Coord); VALVERDE, Alda da Graça Marques; TAVARES JUNIOR, Nelson Carlos. **Lições de argumentação jurídica:** da teoria à prática. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Interpretação/Aplicação do Direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. Os descaminhos da prestação jurisdicional no âmbito punitivo. Algumas considerações sobre as reformas do código do Código de Processo Penal

Brasileiro. *In*: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion. **Os (des)caminhos da jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, 1994.

_____. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, a. I, v. 5, 2001.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

RAMOS, Paulo; RAMOS, Magda Maria; BUSNELLO, Saul José. **Manual prático de metodologia da pesquisa**: artigo, resenha, projeto, TCC, monografia, dissertação e tese. Blumenau: Acadêmica, 2003, 84p.

ROSA, Alexandre Morais da. **Jurisdição do Real x Controle Penal**: direito & psicanálise via literatura. Petrópolis: Delibera/KindleBookBr, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Solipsismo: ainda e sempre o problema do positivismo. *In*: PASOLD, Cesar; SANTO, Davi do Espírito. **Reflexões sobre a Teria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.

TUCCI, Lauria Rogério. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

**O FENÔMENO DA "COMMONLAWLIZAÇÃO" NO DIREITO
BRASILEIRO: A SUPERVALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E O
ATIVISMO JUDICIAL**

Karla Cristine Reginato¹

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro fora concebido, em sua gênese, em conformação ao modelo romano-germânico de jurisdição. Homenageia, em sua estrutura, o Direito em sua forma positivada, em clara oposição ao padrão idealizado em famílias de "*Common Law*". Não obstante seu ajustamento originário, o que se vê, na contemporaneidade, é uma nítida aproximação entre os sistemas, perfectibilizada na figura denominada "*Commonlawlização*". Aludido fenômeno jurídico, inserido no contexto brasileiro, tem provocado profundas e recorrentes inquietações doutrinárias – mormente quando pensado sob a luz do ativismo judicial.

A composição jurídica brasileira fora estruturada, em sua origem, sob as bases da "*Civil Law*", tendo no Direito positivado sua fonte primária. A vivência jurídica contemporânea, contudo, tem revelado contornos bastante distintos; é o que se contempla pela análise da aludida figura jurídica denominada "*Commonlawlização*" – em que verificada a supremacia jurisprudencial.

Mencionado cenário verificado na prática forense atual tem provocado profundas reflexões acerca de suas implicações no contexto jurídico brasileiro. A importação dos conceitos em que estruturada a "*Common Law*"

¹ Advogada, Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu/Mestrado em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional/IMED Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes-Anhanguera Uniderp. E-mail: karlacreginato@hotmail.com

é motivadora de certa preocupação, haja vista a diversa conformação apresentada pelo Direito pátrio. Referida introdução do Direito comum no âmbito do Direito brasileiro importa em reflexão, nomeadamente, no que tange à configuração do ativismo judicial. É nesse sentido que se legitima a indagação formulada pela pesquisa: a "*Commonlawlização*" estaria atuando de forma a avaliar o protagonismo judicial, de modo a, inclusive, promovê-lo?

A hipótese considerada como adequada à resolução do problema jurídico proposto se fixa – exatamente – na afirmação de que, efetivamente, a prevalência jurisprudencial e sua demasiada valorização são propulsoras de uma postura ativista por parte do Judiciário. Nessa medida, de maneira a ratificar a hipótese formulada, objetiva-se, em linhas gerais, demonstrar como a "*Commonlawlização*" pode servir de instrumento para o incremento do ativismo judicial.

Relativamente aos objetivos específicos, pretende-se, em um primeiro momento, evidenciar essa aproximação entre os sistemas jurídicos da "*Civil Law*" e da "*Common Law*" – de maneira a estruturar um conceito para o fenômeno jurídico conhecido como "*Commonlawlização*". O segundo capítulo, por sua vez, apresenta breve contextualização da temática atinente ao ativismo judicial, no intuito de introduzir seu estudo como fenômeno decorrente da supervalorização da jurisprudência.

O terceiro capítulo se dedica, especificamente, à problemática contida no âmago da pesquisa. O empreendimento aqui verificado se fixa, justamente, na pretensão de se confirmar a materialização da proposição inicial pelo estudo do posicionamento da mais diversa doutrina autorizada na temática. Nessa medida, conclui-se pela confirmação da hipótese ventilada, configurando-se, verdadeiramente, a "*Commonlawlização*" como instrumento promotor do ativismo judicial.

No que toca à metodologia, importa mencionar, a confecção do presente

ensaio valeu-se do método indutivo², utilizando-se da investigação bibliográfica³relativamente ao instrumento procedimental.

1. A APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS "CIVIL LAW" E "COMMON LAW": O DENOMINADO FENÔMENO DA "COMMONLAWLIZAÇÃO"

As tradições da "Civil Law" e da "Common Law" compõem o que Soares denomina como "Os grandes sistemas de Direito"⁴. O primeiro, sistema romano-germânico - de direito positivado - é o âmbito no qual se insere o Direito Brasileiro. O segundo, denominado "direito comum" é retrato dos países em que presente a tradição consuetudinária, mormente no que toca ao Direito Inglês.

O conceito que se atribui à "Civil Law" e sua própria estrutura derivam da influência exercida pelo Direito Romano⁵ na criação de um verdadeiro *sistema* de direito - "um conjunto de preceitos que deveriam estar agrupados, tal qual um organismo vivo".⁶

A família romano-germânica, na expressão de David, como mencionado anteriormente, tem suas raízes calcadas sob a base do Direito Romano.

² [...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

³ [...] técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, p. 207.

⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25.

⁵ E, por isso, a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico. VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007, p. 270.

⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 27.

Caracteriza-se, nessa medida, - essencialmente - pelo fato de que suas regras de direito se revestem de regras de conduta que possuem como escopo precípua a regulação das relações sociais.⁷

Na estrutura da "Civil Law", nesse contexto, aos fatos constantes do caso concreto, nunca se atribuiu grande relevo. É o que leciona Marinoni ao discorrer sobre a matéria ora em apreço:

A tradição do civil law acreditou que os casos sempre encontrariam solução na lei. A lei preveria os fatos do caso, restando ao juiz, depois de enquadrar os fatos na norma, a tarefa de apenas decidir se desta decorreria o efeito jurídico almejado pelo autor.⁸

Nesse contexto, exatamente como se verifica nas lições do autor supramencionado, não era dado ao juiz considerar as circunstâncias em que ocorridos os fatos, tampouco valorar as particularidades deste, lhe sendo outorgado - tão somente - subsumir o fato à norma previamente estabelecida de modo a aferir se, efetivamente, desta decorreria a pretensão do autor.⁹

A "Common Law"¹⁰, por sua vez, apresenta ideário em completa dissonância

⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978, p. 23.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de ratio decidendi (fundamentos determinantes da decisão) e obiter dictum no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

⁹ É claro que a suposição de que os fatos sempre estariam enquadrados na lei tem relação com a ideia de subordinar o Judiciário ao Legislativo. *Com isto se pretendia evitar que o juiz declarasse qualquer outra coisa que não as palavras contidas na lei*. MARINONI, Luiz Guilherme. (Grifos nossos).

¹⁰ No common law, próprio da Inglaterra e dos EUA, a fonte primária do Direito está nos juízes, nos precedentes judiciais, havendo uma legitimação procedimental do direito, orientado pelo senso natural do justo em concreto. Pode-se registrar que o direito nascido neste sistema funda-se essencialmente na tradição, a ponto de forjar entre seus operadores um senso histórico que lhe rendeu a adjetivação de direito costumeiro. A ideia de prestígio superlativo das decisões jurisdicionais é da essência da common law, em face de o direito, nesta família jurídica, se formar preferencialmente com base na experiência e não apenas na lógica abstrata antecedente ao fato. CARVALHO, Juan Pablo Couto de. **O processo civil no estado constitucional e o fenômeno da commonlawlização do direito brasileiro**. Revista Direito e Liberdade, v.6, n.2. Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, 2007, p. 6.

àquele propagado pela "*Civil Law*". Decidindo a partir dos fatos concretos o sistema de direito, ora em comento, atribui máxima relevância aos fatos pertencentes aos casos, não se mostrando óbice à apreciação a ausência da lei ou do precedente.¹¹ Na esteira do pensamento de Soares, a "*Common Law*" – em tradução literal, "direito comum" – retrata, assim, o direito criado pelos juízes, a partir da análise do caso concreto.¹²

Não obstante a evidente dissonância presente na estrutura sob a qual se fundam os dois institutos, o que se pode contemplar, na contemporaneidade, é a clara aproximação¹³ entre esses dois diversos sistemas jurídicos. Aludida proximidade¹⁴ de que se fala entre os diferentes sistemas de direito retrata o fenômeno jurídico, pela doutrina denominado, "*Commonlawlização*".¹⁵

A ocorrência da "*Commonlawlização*"¹⁶ refere Carvalho, pode ser atestada,

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de ratio decidendi (fundamentos determinantes da decisão) e obiter dictum no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

¹² SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 37.

¹³ Costuma-se afirmar que o Direito brasileiro é filiado à família jurídica do civil law. Embora não se possa negar a forte e preponderante influência do Direito romano-germânico na formação das características do Direito brasileiro, cremos que a referida colocação não se mostra a mais adequada, sobretudo quando se investiga a origem americana do nosso direito constitucional, *a revelar o caráter híbrido do sistema nacional*. CARVALHO, 2007, p. 6. (Grifos nossos).

¹⁴ Com efeito, o que a primeira vista pode parecer uma realidade completamente distante, com um olhar mais centrado no nosso próprio ordenamento jurídico, pode-se afirmar, com segurança, que há circulação de soluções e propostas entre a família romano-germânica, da qual faz parte o Direito brasileiro, e a família da common law. PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

¹⁵ A gradativa aproximação metodológica ocorrida entre o common law e o civil law, ou seja, o sistema do precedente judiciário e o sistema da norma legal, bem se encaixa no cenário contemporâneo de sociedade globalizada formando uma vasta aldeia, onde desvanecem as antigas diferenças e muito se aproximam os anseios e necessidades de soluções para os conflitos. LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. **Common Law à brasileira**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3035, 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20262>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

¹⁶ Dessa forma, quando se afirma que ocorre uma commonlawlização do direito nacional, se quer dizer que há uma tendência a valorizar a jurisprudência criativa como fonte de direito.

com facilidade, ao se analisar o prestígio apresentado pela jurisprudência na contemporaneidade – “particularmente por meio do crescente prestigiamento da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz”.¹⁷ Em mesmo raciocínio o ministro Teori Zavascki, em palestra ministrada no 18º Congresso Internacional de Direito Constitucional, afirma que “nosso sistema caminha a passos largos para o Common Law”.¹⁸

Nas palavras do ministro Zavascki, a estrutura brasileira de jurisdição constitucional, cada vez mais, tem valorizado os precedentes judiciais e a jurisprudência – “para além do que dita a doutrina clássica”.¹⁹ A doutrina fala, inclusive, que aludido fenômeno jurídico de aproximação pode ser denominado “hibridização”²⁰ – verdadeira abertura à jurisprudência em um sistema caracterizado como “*Civil Law*”.²¹

Mencionado cenário se verifica, com clareza, ao se avaliar uma cultura de precedentes. “Não raro, as decisões judiciárias são respaldadas em súmulas

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law , civil law e o precedente judicial.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 16 jul. 2016, p. 17.

¹⁷ CARVALHO, Juan Pablo Couto de. O processo civil no estado constitucional e o fenômeno da commonlawlização do direito brasileiro. **Revista Direito e Liberdade**, v.6, n.2. Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, 2007, p. 8.

¹⁸ ZAVASCKI, Teori. **“Caminhamos a passos largos para o Common Law”**. Disponível em: <<http://www.emporiiodireito.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

¹⁹ ZAVASCKI, Teori. **“Caminhamos a passos largos para o Common Law”**. Disponível em: <<http://www.emporiiodireito.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

²⁰ No atual cenário jurídico, a atuação do Poder Judiciário aparece como um dos temas que cada vez mais ganha destaque. Sob os mais diferentes enfoques, o exercício da jurisdição assumiu, gradativamente, o centro do debate jurídico por todo mundo. Em outras palavras, a abordagem que outrora poderia ser observada (e considerada) como própria das experiências norte-americana e inglesa (ou, ainda, específica do sistema da *Common Law*), na contemporaneidade, atinge abrangência muito maior, constituindo o cerne da questão envolvendo a concretização de direitos nas tradições de diversos países, inclusive daqueles fundados sob os pilares da *Civil Law*. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19. (Grifos da autora).

²¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise de convergência entre o Civil Law e o Common Law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, ano 35, n. 189. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 40.

e processos anteriormente julgados. Da mesma forma, o juiz assume uma função criadora do Direito, em tese, incompatível com o sistema puro de Civil Law".²²

A valorização jurisprudencial, como se constata pelas lições da doutrina mencionada, é o que enseja essa aproximação nominada "*Commonlawlização*". A postura apresentada pelo judiciário, nessa medida, é muito mais proativa, ao passo que ao juiz é dado ponderar as minúcias do caso concreto.

Importa, nesse sentido, avaliar essa postura dita criadora adotada pelo judiciário, no intuito de se fixar as diretrizes desse novo panorama que se apresenta. É nesse exato cenário que se entende como pertinente a apreciação da possível configuração daquilo que a doutrina denomina "ativismo judicial", objeto central de exame do capítulo seguinte.

2. O ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO E CONTEXTO

A temática relativa ao protagonismo judicial, intensamente discutida pela doutrina, inegavelmente, é causadora de manifesta desarmonia entre os estudiosos da matéria. Muito se fala em ativismo judicial;²³ os conceitos que

²² POLASTRI, Leonardo. FERREIRA, Pedro Rocha. POSSAS Wagner. **Tradições jurídicas contemporâneas**: comparativo entre a tradição jurídica europeia continental e o common law. Revista Mineira de Direito Internacional e Negócios Internacionais (RMDINI), v. 2, n. 1, Minas Gerais, 2015, p. 98-99.

²³ As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dred Scott X Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (West Coast X Parrish, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (Brown X Board of Education, 1954), acusados em processo criminal (Miranda X Arizona, 1966) e mulheres (Richardson X Frontiero, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (Griswold X Connecticut, 1965) e de interrupção da gestação (Roe X Wade, 1973). BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.direitofranca.br/direitonovo>>. Acesso em: 19 jul. 2016, p.7.

lhes são atribuídos, inclusive, se mostram bastantes fragmentados, justamente, por se tratar de objeto avaliado sob as mais diferentes perspectivas.²⁴

Na expressão de Clarissa Tassinari, o que, ocorre, efetivamente, é uma grande confusão acerca dos conceitos atribuídos ao que seja "ativismo judicial"²⁵ e "judicialização da política"²⁶. Refere a autora que, não obstante haja certa conexão entre os institutos nomeados, ambos não se confundem.²⁷

O primeiro, nessa medida, é concebido no âmago do Judiciário, trata-se de postura adotada pelos julgadores no exercício da jurisdição. O segundo, contrariamente, não se trata de um problema que se origina do Direito – é, em verdade, um fenômeno social e político que transcende suas próprias fronteiras adentrando no âmbito de atuação do Poder Judiciário.²⁸ Na

²⁴ Na verdade, o que se pretende referir é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 33.

²⁵ Conforme Tassinari, o termo ativismo judicial possui suas raízes no sistema jurídico norte-americano. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 65-66.

²⁶ Com isso, pretende-se dar evidência ao fato de que a judicialização não tem seu nascedouro propriamente no interior do sistema jurídico. Em outras palavras, isso significa dizer que, embora seja um fenômeno que se manifeste no âmbito jurídico (especialmente porque abarca a atuação do Judiciário), ele não é próprio do Direito, no sentido de que envolve toda a construção de um imaginário social e político que transcende as fronteiras daquilo que se pode considerar sob seu domínio. Indo além, este é um problema que se apresenta como inexorável na exata medida de que sua superação não depende exclusivamente de uma estratégia jurídica que lhe ofereça controle, isto é, que seja capaz de, por si só, conter a crescente judicialização. [...] Entretanto, à distinção do que se compreende por ativismo judicial, a judicialização não é resultado da atuação de juízes e tribunais, mas ocorre independentemente disso, de modo contingencial, porque necessária à provocação das instâncias judiciais. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 55-56.

²⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 34-35.

²⁸ [...] A judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. Ocorre na maioria das democracias. O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in) competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um *problema de comportamento*, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de *decisões solipsistas*). STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em**

expressão exata de Tassinari "o ativismo judicial revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, *criado pelo Direito*, mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas)".²⁹

Barroso, ao enfrentar o tema, afirma que "a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes".³⁰ Nesse âmbito, na expressão do autor, o sentido que se pode atribuir ao ideário contemplado pelo ativismo seria correspondente a uma verdadeira expansão da atividade jurisdicional e não a própria criação do direito.³¹

Em concepção que se assemelha àquela perfilhada por Barroso, Nalini se posiciona no sentido de que "o juiz exerce uma função em que a concretização dos direitos fundamentais é rotina e precisa estar consciente de que dele depende a etapa mais séria dessa doutrina: a sua efetiva implementação".³² Trindade e Moraes, no entanto, atentam para uma faceta menos otimista da temática, na qual se insere a grande maioria da

números? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 16 jul. 2016. (Grifos nossos).

²⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56.

³⁰ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <<http://www.direitofranca.br/direitonovo>>. Acesso em: 19 jul. 2016, p. 6.

³¹ A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. BARROSO, p. 6.

³² NALINI, José Renato. **Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI.** Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, ano 98, vol. 889, 2009.p. 21.

doutrina.³³

Há um problema na forma como ocorre a atividade jurisdicional, alude Trindade; problema este, que permite, nos limites desse estudo, afirmar que o ativismo judicial, em verdade, se reveste na recusa dos tribunais em se manterem adstritos aos limites de sua jurisdição.³⁴ É o que se depreende, também, das lições de Tassinari, quando concebe o ativismo judicial como "ato de vontade"³⁵ do julgador", em referência ao conceito Kelseniano de ato de vontade.³⁶

Dworkin afirma, em exata correlação, que a interpretação importa na definição exata do objeto interpretado – "exatamente como ele é, e *não como você sugere*, visto através de uma lenta cor-de-rosa ou em sua melhor luz".³⁷ (Grifos nossos).

As lições, ora transcritas, remetem aos ensinamentos de Motta que – em exame detalhado da questão – assevera acerca da vedação aos decisionismos arbitrários, justamente em razão de que não é dado ao juiz o protagonismo da conjuntura jurídica, mas sim, ao próprio Direito – "o protagonista da dinâmica instaurada neste Estado Democrático de Direito é o *Direito*". (Grifos nossos).³⁸

³³ TRINDADE, André Karam. MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo judicial**: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, 2011, p. 156.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, et. al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 111.

³⁵ Ver nesse sentido: KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56-57.

³⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 66.

³⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Editora Conceito Editorial, 2010, p. 30.

O ativismo judicial, nessa medida, se insere em um contexto muito mais interligado à íntima convicção do julgador,³⁹ o que lhe afasta do conceito que se atribui à judicialização, que, na exata expressão de Streck,⁴⁰ é, em verdade, contingencial. Tassinari sintetiza o objeto de estudo ao afirmar que se concebe o ativismo como a "configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente".⁴¹

Veja-se que é possível concluir, ponderadas as diferentes definições atribuídas pela doutrina ao ativismo judicial, que este se desenvolve em um contexto que transcende as competências legítimas conferidas ao Judiciário pela Constituição Federal.

A postura ativista, ora descrita, deixa transparecer o entendimento pessoal do julgador que insere sua própria impressão do caso na decisão proferida. É, exatamente, nesse sentido que se apresenta a indagação da pesquisa: a supervalorização da jurisprudência que se verifica pelo retratado fenômeno da "*Commonlawlização*" pode ser concebido como instrumento promotor do ativismo judicial?

A resposta da indagação, ora formulada, se constitui no objeto de estudo do tópico seguinte. Neste, efetivamente, se adentra à problemática introduzida pelos capítulos anteriores, de modo a responder, considerados os posicionamentos doutrinários pertinentes, se positiva ou negativa a hipótese considerada.

³⁹ Um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, *quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)*. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.589. (Grifos nossos).

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

⁴¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 34.

3. "COMMONLAWLIZAÇÃO" NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: INCREMENTO AO ATIVISMO JUDICIAL?

A supervalorização que se tem conferido à jurisprudência na contemporaneidade acabou por cominar no surgimento do fenômeno jurídico denominado "*Commonlawlização*".⁴² Pensamento muito comum, nos dias de hoje, é se atribuir ao conceito de Direito aquilo que o Poder Judiciário, por meio de sua jurisprudência, afirma ser.⁴³

Esse patamar elevado que ocupa – hoje – o posicionamento jurisprudencial tem subjugado outras fontes do Direito, como se percebe com a doutrina e por vezes, até mesmo no tocante à lei.⁴⁴ O termo "*Commonlawlização*", empregado pelos teóricos doutrinários para classificar esse fenômeno de supervalorização jurisprudencial, remete, justamente – à forma como se resolvem os conflitos nos sistemas em que presente a tradição da "*Common Law*".⁴⁵

Aludida relevância demasiada que se tem atribuído à jurisprudência, é motivadora de inegáveis inquietações, notadamente, quando se pensa em sua relação com o instituto do ativismo judicial. A perquirição presente no

⁴² É inevitável, e cada vez mais acentuada, da assunção, pelo Judiciário, de inovador da ordem jurídica, atuando criativamente na solução das questões que lhe são apresentadas. PITA, Flávia Almeida. **A jurisprudência como fonte do Direito. Qual é hoje o seu papel no Sistema Jurídico Brasileiro?** Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal de Pernambuco UFPE, Feira de Santana, BA, 2002, p. 58.

⁴³ Estamos diante de uma loteria, ou seja, a sorte dos jurisdicionados está relacionada com o juiz ou tribunal que irá julgar o caso, pois diante de uma mesma regra jurídica ou princípio existem diversas interpretações diferentes. RAMOS, Vinícius Estefaneli. **Teoria dos Precedentes Judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual.** Jus Navigandi. Teresina, ano 18, 31 de maio de 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em 20 jul. 2016.

⁴⁴ Conforme Trindade; Moraes: Ocorre que, para concretizar os direitos fundamentais, conferiu-se aos juízes discricionariedade para invocar *o justo* contra a lei. TRINDADE, André Karam. MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira.** **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.47, 2011, p. 160. (Grifos dos autores).

⁴⁵ HEIL, Danielle Mariel. **Ativismo judicial: Brasil vivenciando o common law?** Disponível em: <<http://www.emporiiododireito.com.br>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

cotidiano doutrinário se concentra – exatamente – nesse âmbito, ora retratado: a "*Commonlawlização*", nesse sentido, estaria atuando de forma a avaliar esse protagonismo judicial, de modo a, inclusive, fomentá-lo? ⁴⁶

O questionamento ora ventilado já fora, em outra ocasião, objeto de análise. Danielle Heil, em coluna de sua autoria, atenta à relevância conferida à jurisprudência, aprofunda a temática ao indagar: "*está o Brasil adotando as diretrizes do sistema "Common Law" e com isso tornando um Judiciário ativista, como por exemplo, através da jurisprudência e súmulas vinculantes?*" (Grifos nossos).⁴⁷

Resposta à mencionada indagação se pode contemplar quando, nos moldes do pensamento de Trindade e Moraes, os juízes deixam, simplesmente, de interpretar as leis, passando a, verdadeiramente, *reescrevê-las*, em exata subsunção ao modelo prescrito pela "*Common Law*", sistema no qual o direito aplicável é criado a partir do caso "*sub judice*".⁴⁸ (Grifos nossos).

O ativismo, como se depreende do raciocínio formulado pelos autores, é característico dos sistemas de direito comum, haja vista a supervalorização conferida à jurisprudência. Nesse contexto, a hipótese que se ventila para a indagação ora posta, se fixa – nos limites desse estudo – justamente - na afirmação de que, efetivamente, essa proximidade, presente na atual conformação do ordenamento jurídico brasileiro, com a tradição da "*Common Law*" -- tem contribuído, deveras, para a promoção do ativismo

⁴⁶ Nesse sentido: para a common law, o ativismo encontra sua origem histórica *na própria importância que assume a jurisprudência como fonte primária de direitos*. PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. **O ativismo judicial e a influência da common law**. Revista Eletrônica da Unifebe, p. 6. Disponível em: <<http://www.periodicos.unifebe.edu.br>>. Acesso em: 22 jul. 2016. (Grifos nossos).

⁴⁷ HEIL, Danielle Mariel. **Ativismo judicial: Brasil vivenciando o common law?** Disponível em: <<http://www.emporiiodireito.com.br>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

⁴⁸ TRINDADE, André Karam. MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira*. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.47, 2011, p. 140.

judicial.⁴⁹

Referido retrato justifica atenção quando se verifica que o sistema brasileiro possui, em sua gênese, conformação com o sistema dito "*Civil Law*". Essa importação à *brasileira* do direito comum⁵⁰ para o contexto jurídico brasileiro pode, realmente, se mostrar "perigosa".⁵¹ Veríssimo, ao diagnosticar o problema, constata a inegável prejudicialidade ao sistema jurídico brasileiro, originária dessa tentativa de conciliação entre as diferentes tradições de "*Civil Law*" e "*Common Law*".⁵²

Mencionada periculosidade⁵³ ao sistema jurídico brasileiro - ora mencionada

⁴⁹ Há uma crescente simpatia pelo common law o que pode ser taxado de commonlawlização do direito brasileiro, principalmente a partir da constatação da importância da jurisprudência, prestigiando a função criadora do juiz. LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. Common Law à brasileira. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3035, 23 out. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20262>>. Acesso em: 16 jul. 2016. (Grifos nossos).

⁵⁰ Nesse sentido segue parte de entrevista concedida por Nelson Nery ao Conjur: Conjur — O Brasil não está caminhando para o Common Law? Nelson Nery — Não. Isso é um mito. O Common Law trabalha com precedentes. A gente não tem essa fórmula aqui no Brasil. Um precedente só será encarado como tal no futuro. Ou seja: o justice da Supreme Court of United States julgou, em 1700, o caso Fulano X Cicrano. Julgou normalmente. Em 1850, alguém pega e fala: "O justice julgou de um jeito que eu concordo. Vou aplicar nesse caso também". Pronto, o caso virou precedente 150 anos depois. Não é a corte que diz o que vai servir como precedente no futuro. NERY JUNIOR, Nelson. **Ativismo judicial é uma imbecilidade que inventaram**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

⁵¹ No Brasil, o ativismo jurídico pode ser observado na aplicação da Constituição pelo Supremo a situações não previstas de modo expreso em seu texto e de modo independente da manifestação do legislador ordinário acerca do assunto. Também é verificado por meio da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos editados pelo legislador, baseados em critérios menos rígidos que os verificados quando da ocorrência de uma clara violação à Lei Maior. A imposição e determinação de abstenções nas condutas do Poder Público é outro aspecto que demonstra o ativismo judicial. Essas características geram o distanciamento de juízes e de tribunais das competências que originariamente lhes são atribuídas pela Constituição, os aproximando da atividade de criação do direito, esta, no entanto, diversa àquela exercida pelo Poder Legislativo. TEIXEIRA, João Paulo Allain; PONTES, Juliana de Brito Giovanetti. **A crise do direito legislado e o ativismo judicial como modelo de efetividade constitucional**: entre promessas e riscos. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

⁵² VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois**: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". Revista Direito GV vol.4 n.2 São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

⁵³ Necessário que se faça uma análise acerca do crescente movimento de fortalecimento do Judiciário, que juntamente com o ativismo judicial aparece como uma "praga" que precisa ser contido e utilizado de forma moderada, para não se tornar uma acentuada e discricionária atuação do Poder Judiciário, sendo necessário neste momento repensar a

- fora muito bem captada pelo raciocínio de Cappelletti, ao advertir sobre os riscos ínsitos à introdução de um sistema difuso de controle de constitucionalidade em sistemas ligados à família "*Civil Law*", tal como ocorre no Brasil:

A introdução, nos sistemas de civil law, do método 'americano' de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. [...] a consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado.⁵⁴

O cenário retratado por Cappelletti demonstra sua perniciosidade quando – legitimado pelo controle difuso de constitucionalidade, um mesmo dispositivo legal pode ser interpretado como colidente aos ditames da Constituição Federal por um juiz e, concomitantemente, entendido como consonante aos preceitos constitucionais por outro julgador.

A chave de interpretação, nesse sentido, considerados os diferentes posicionamentos na pesquisa expostos, entende-se como sendo – efetivamente – o caráter de incremento ao ativismo judicial proporcionado pela supervalorização da jurisprudência no cenário jurídico brasileiro hodierno.

Em exata conformação aos moldes delineados pela doutrina, ora colacionada, contempla-se, em ratificação à hipótese inicialmente formulada, o ativismo judicial como estimulado pelo fenômeno denominado "*Commonlawlização*". O papel relevante que desempenha a jurisprudência na estrutura do direito comum, inserido no contexto jurídico brasileiro –

função e atuação do Poder Judiciário, para não burlar princípios básicos, tal como o da separação de poderes. HEIL, Danielle Mariel, 2015.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984, p. 77-78.

que, originariamente se filia à família do direito legislado, inegavelmente, avaliza uma postura proativa do Poder Judiciário.

A supervalorização da jurisprudência – produto da importação dos conceitos da "*Common Law*" para o cenário jurídico brasileiro sugere uma maior discricionariedade aos julgadores em suas decisões – que, não raras vezes, ultrapassa os limites da devida imparcialidade judicial para se mostrar eivadas de convicções pessoais, em configuração de verdadeiros "decisionismos", na expressão de Streck.⁵⁵ O fenômeno jurídico contemporâneo nominado "*Commonlawlização*" – nessa medida - revela-se como ferramenta motivadora à consecução do ativismo judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente aproximação entre as diferentes tradições jurídicas da "*Common Law*" e "*Civil Law*" tem gerado significativa mudança na forma como o Direito pátrio é concebido. De origem calcada no Direito positivado, o ordenamento jurídico brasileiro, na contemporaneidade, tem cedido expressivo espaço para a jurisprudência.

Referido retrato, ora descrito, se materializa na figura jurídica, pela doutrina nominada, "*Commonlawlização*". Reflete, nessa medida, a supervalorização atribuída à jurisprudência quando da resolução dos casos "*sub judice*".

A demasiada relevância conferida à jurisprudência na atualidade, tem cominado numa maior discricionariedade dos julgadores em suas decisões. Mencionada discricionariedade, transmuta-se, não raro, na impressão de convicções pessoais do julgador na confecção de seu veredito, conferindo ensejo àquilo que Streck convém chamar de "decisionismo". É nesse exato sentido que se encaixa a perquirição presente na pesquisa: a "*Commonlawlização*" estaria atuando de forma a avalizar o protagonismo

⁵⁵ STRECK, Lênio Luiz. **E o professor me disse:** "Isso é assim mesmo!". Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

judicial, de modo a, inclusive, promovê-lo?

A hipótese para a pesquisa ventilada se concentra na afirmação de que, de veras, a supervalorização jurisprudencial, materializada pelo fenômeno jurídico da "*Commonlawlização*" é sim passível de promover o incremento ao ativismo judicial.

Como mencionado em trecho anterior do texto, a importação dos conceitos e procedimentos do Direito comum para o contexto jurídico brasileiro pode se revelar um empreendimento arriscado. O Direito pátrio nasceu sob a égide do Direito legislado, tendo na lei positivada sua fonte primária. A introdução do Direito estrangeiro demanda atenção, requer – mormente – adaptação aos contornos do ordenamento receptor.

Nesse cenário, conclui-se, considerados os diversos posicionamentos doutrinários na pesquisa colacionados, pela confirmação da proposição inicialmente aventada, entendendo-se pela plausibilidade da hipótese que fixa a "*Commonlawlização*" como instrumento apto à promoção do ativismo judicial no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <<http://www.direitofranca.br/direitonovo>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

CARVALHO, Juan Pablo Couto de. **O processo civil no estado constitucional e o fenômeno da commonlawlização do direito brasileiro.** Revista Direito e Liberdade, v.6, n.2. Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, 2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi, et. al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HEIL, Danielle Mariel. **Ativismo judicial**: Brasil vivenciando o common law? Disponível em: <<http://www.emporiiododireito.com.br>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise de convergência entre o Civil Law e o Common Law e dos problemas da padronização decisória**. Revista de Processo, ano 35, n. 189. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. **Common Law à brasileira**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3035, 23 out. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20262>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Elaboração dos conceitos de ratio decidendi (fundamentos determinantes da decisão) e obiter dictum no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Editora Conceito Editorial, 2010.

NALINI, José Renato. **Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI**. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, ano 98, vol. 889, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Ativismo judicial é uma imbecilidade que inventaram**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. **O ativismo judicial e a influência da common law**. Revista Eletrônica da Unifebe, p. 6. Disponível em: <<http://www.periodicos.unifebe.edu.br>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

PITA, Flávia Almeida. **A jurisprudência como fonte do Direito. Qual é hoje o seu papel no Sistema Jurídico Brasileiro?** Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal de Pernambuco UFPE, Feira de Santana, BA, 2002.

POLASTRI, Leonardo. FERREIRA, Pedro Rocha. POSSAS Wagner. **Tradições jurídicas contemporâneas: comparativo entre a tradição jurídica europeia continental e o common law**. Revista Mineira de Direito Internacional e Negócios Internacionais (RMDINI), v. 2, n. 1, Minas Gerais, 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. **Teoria dos Precedentes Judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual**. Jus Navigandi. Teresina, ano 18, 31 de maio de 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em 20 jul. 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **E o professor me disse**: "Isso é assim mesmo!". Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 27 jul. 2016

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRINDADE, André Karam. MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo judicial**: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, 2011.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois**: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". Revista Direito GV vol.4 n.2 São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

ZAVASCKI, Teori. **"Caminhamos a passos largos para o Common Law"**. Disponível em: <<http://www.emporiododireito.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Kaira Cristina da Silva¹

Paola Fernanda de Souza Cunha²

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa possui como objeto a democracia constitucional e os direitos fundamentais, bem como a correlação do constitucionalismo e da democracia visando o acesso aos direitos fundamentais na era da transnacionalidade.

Seu objetivo geral é analisar a democracia constitucional como instrumento de acesso aos direitos fundamentais, a partir do paradigma do constitucionalismo instituído especificamente após a Segunda Guerra Mundial.

O mundo globalizado trouxe com ele aspectos que impactam negativamente na concretização dos direitos fundamentais, inclusive devido à forte influência do neoliberalismo, que prioriza o poder econômico em detrimento das pessoas vulneráveis³. Portanto questiona-se: em que contexto de democracia é possível desenvolver os direitos fundamentais?

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Bolsista do PROSUP-CAPEES. Pós-Graduada pela Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Advogada regularmente inscrita na OAB/SC sob n. 38.539. *E-mail*: kairasilva@outlook.com

² Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Campus Itajaí, Santa Catarina, Brasil; Especialista em Direito Material e Processual Civil pela Faculdade CESUSC. Assessora de Gabinete junto ao 1º Juizado Especial Cível da Comarca de Balneário Camboriú, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Endereço eletrônico: paola@tjsc.jus.br

³ Para efeitos desta pesquisa, considera-se pessoas vulneráveis aquelas que por fatores culturais encontram-se em situação de desigualdade, seja econômica ou social.

A necessidade de concretização dos direitos fundamentais é emergente na atualidade, tal afirmação pode ser constatada até mesmo pela observância dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável determinados pela Organização das Nações Unidas⁴.

O estudo divide-se em três momentos: primeiramente, compreender como surgiu o paradigma do constitucionalismo, o que significa, e como é identificado no atual contexto histórico; segundo, identificar os aspectos históricos e conceituais da democracia; e, por fim, analisar a democracia constitucional como instrumento de acesso aos direitos fundamentais, tendo em vista o paradigma do constitucionalismo.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo⁵, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e o Relatório dos Resultados expresso na presente pesquisa é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da pesquisa serão utilizadas as Técnicas do Referente, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷, e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

⁴ PNUD, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Os objetivos de desenvolvimento sustentável**. Disponível em: < <http://www.pnud.org.br/ods.aspx>> Acesso em: 23 abr. 2016.

⁵ “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. ampl. atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 213.

⁶ Nas palavras de Pasold “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 36.

⁷ Segundo Pasold “Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra ou expressão com o desejo de que tal definição seja aceita para efeitos das ideias que expomos”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 54.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 215.

1. COMPREENDENDO O CONSTITUCIONALISMO

O Constitucionalismo vai além de ser uma conquista e legado do século passado, mas também é uma orientação para o futuro, no sentido de garantir os direitos fundamentais incorporados nas Constituições e igualmente considerando o paradigma da Democracia Constitucional.⁹

A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, após a derrocada dos regimes nazista e fascista na Europa, houve uma mudança paradigmática, nascendo o Constitucionalismo atual. Por corolário, isso compreendeu uma transformação no imaginário coletivo e na cultura jurídica e política, marcada pela proclamação de Convenções e Tratados de Direitos Internacionais sobre direitos humanos¹⁰. Redescobre-se, nessa oportunidade, o valor da Constituição como norma rígida e direcionada a garantir a divisão de poderes e os direitos fundamentais.¹¹

É certo que desde o início do século XX, havia ordenamentos constitucionais, como por exemplo, a Constituição de Alemanha de 1919 (Weimar) e a Constituição Mexicana de 1917, que traziam discursos de liberdade e buscavam a afirmação desses direitos. Por outro lado, o novo constitucionalismo democrático possui características próprias e norteiam substancialmente o ordenamento jurídico daquele país.¹²

⁹ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: _____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trota, 2008, p. 35.

¹⁰ Como exemplos têm-se a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Constituição Italiana de 1948, A Lei Fundamental da República da Alemanha de 1948. In: FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trota, 2008, p. 28.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 28.

¹² CHAVES JÚNIOR, Airto; GUASQUE, Bárbara. **O modelo combinado de regras e princípios que tratam de direitos fundamentais**. In: SOARES, Josemar Sidinei; DAL RI, Luciene; PADILHA, Rafael; QUINTERO, Jaqueline Moretti (Org.). **Elementos de Constitucionalidade e Transnacionalidade**. Estudos realizados no âmbito do convênio para pesquisas conjuntas entre Univali/Brasil e a Universidade de Perugia/Itália. V. 1.

Até então, as fontes do Direito no Estado Liberal estavam centralizadas na lei e, por corolário, sujeitavam-se à atividade política. Com a mudança para o Estado Constitucional, a política ficou condicionada ao direito¹³. Uma vez que, diversas matérias que eram relegadas ao processo político majoritário e para a legislação ordinária foram inseridas no texto constitucional.¹⁴

Para Guastini¹⁵, inaugura-se um modelo jurídico insuflado pelas normas constitucionais e constitucionalizado, qualificado por Constituições invasivas, a ponto de condicionar o legislador, a jurisprudência e o modo de doutrinar o direito, bem assim as relações sociais. Reconhece-se a Constituição como norma suprema, de sorte que as demais estarão rigorosamente subordinadas. A legalidade, então, está condicionada e disciplinada não apenas por vínculos formais, mas também substantivos.¹⁶

Essa subordinação está intimamente relacionada com a rigidez constitucional, mormente porque para que seu conteúdo possa atar-se ao restante do ordenamento jurídico, imprescindível que a Constituição não possa ser alterada por meios ordinários.¹⁷ A propósito, a rigidez

Perugia: Università Degli Studi Di Perugia; Itajaí: Univali, 2015, p. 71-99. Disponível em: <WWW.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 22/04/2016.

¹³ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 220.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Atualidades Jurídicas Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Janeiro a fevereiro de 2009, n. 4, Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016. p. 03-04.

¹⁵ GUASTINI, Ricardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 49.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 30.

¹⁷ CHAVES JÚNIOR, Airto; GUASQUE, Bárbara. O modelo combinado de regras e princípios que tratam de direitos fundamentais. In: SOARES, Josemar Sidinei; DAL RI, Luciene; PADILHA, Rafael; QUINTERO, Jaqueline Moretti (Org.). **Elementos de constitucionalidade e transnacionalidade**. Estudos realizados no âmbito do convênio para pesquisas conjuntas entre Univali/Brasil e a Universidade de Perugia/Itália. V. 1. Perugia: Università Degli Studi Di Perugia; Itajaí: Univali, 2015, p. 71-99. Disponível em: <WWW.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 22 abr. 2016.

constitucional para Ferrajoli¹⁸, significa o reconhecimento de que as Constituições são normas supraordenadas à legislação ordinária, em razão da previsão de procedimento especiais para sua reforma e pela instituição do controle de legalidade das leis por parte dos tribunais constitucionais. Nessa perspectiva, vislumbra-se que a rigidez constitucional enaltece a superação do Estado Legal para o Constitucional.

Assim, a partir do Estado Democrático de Direito e da admissão do caráter normativo das constituições, reconhece-se a força normativa das normas que engendram um modelo social, que promovem objetivos coletivos, ou que protegem valores contrapostos, substanciais à proteção das minorias.¹⁹

Para Ferrajoli²⁰, essas normas são Direitos Fundamentais, estabelecidos como *ley del más débil* e como sistema de freios e contrapesos, a fim de limitar a ação de outros poderes absolutos. Tais direitos, encontram-se dentro do que o autor chama de esfera do indecidível, isto é, dentro do "que nenhuma maioria pode validamente decidir, ou seja, a violação ou a restrição dos direitos de liberdade [...]"²¹.

Na evolução desenvolvida pelo professor Peces-Barba, verifica-se que os Direitos Fundamentais surgem do denominado trânsito à modernidade, especialmente porque se originam e se fundam na moralidade, fluindo a partir da positivação da lei pelo Estado. Afinal, sem o apoio do Estado esses valores morais não converter-se-iam em direito positivo e, conseqüentemente, não teriam força para orientar a vida social. De toda sorte, depois do processo de positivação, marcado pela revolução burguesa

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 29.

¹⁹ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. p. 215.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 58.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2014, p. 9.

e pelo liberalismo, os Direitos Fundamentais continuam a sofrer mudanças e a incluir novas reivindicações da Sociedade que, igualmente, está em mutação. Portanto, os Direitos Fundamentais não podem ser considerados como um conceito estagnado no tempo e suas transformações acompanham a Sociedade e as necessidades de proteção.²²

À vista disso, para Ferrajoli²³ os direitos fundamentais como ensinam a experiência, não caem do alto, consagram-se em virtude das lutas dos excluídos (das minorias) sobre os incluídos (da maioria). Admite, a partir disso, que não há outra alternativa senão a universalização efetiva desse direitos. Os direitos fundamentais devem ser, portanto, universais, indisponíveis e inalienáveis, aplicáveis indistintamente a todas as pessoas.

Aliás, as Constituições contemporâneas primam pela estrutura que contenha um rol de direitos fundamentais e instrumentos que visem garantir a sua aplicabilidade.²⁴ Esta tendência mundial, iniciou-se com as Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978) e, foi intensificada com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.²⁵

O constitucionalismo rígido, à vista disso, tem produzido mudanças

²² GARCIA, Marcos Leite. "Novos" Direitos Fundamentais: características básicas. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654>. Acesso em: 23 abr. 2016.

²³ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 39-42.

²⁴ CHAVES JÚNIOR, Airto; GUASQUE, Bárbara. **O modelo combinado de regras e princípios que tratam de direitos fundamentais**. In: SOARES, Josemar Sidinei; DAL RI, Luciene; PADILHA, Rafael; QUINTERO, Jaqueline Moretti (Org.). **Elementos de Constitucionalidade e Transnacionalidade**. Estudos realizados no âmbito do convênio para pesquisas conjuntas entre Univali/Brasil e a Universidade de Perugia/Itália. V. 1. Perugia: Università Degli Studi Di Perugia; Itajaí: Univali, 2015, p. 71-99. Disponível em: <WWW.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 22 abr. 2016.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Atualidades Jurídicas Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Janeiro a fevereiro de 2009, n. 4, Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10.01.2016. p. 03-04.

estruturais tanto no direito como na democracia; porque as constituições rígidas têm mudado as condições de validade das leis, que se encontram submetidas às normas constitucionais formais e substantivas que regulam a sua produção. Esta complexidade das condições de validade repercute nas condições da democracia, no sentido de que as condições de validade formal das normas são as da democracia formal e, como também o constitucionalismo rígido exige a validade substancial das normas, tem-se a democracia substancial. Portanto, o paradigma constitucional, exige uma redefinição tanto de validade como da democracia, diante da necessidade de coerência das normas produzidas com os princípios e os direitos constitucionalmente firmados.²⁶

2. DEMOCRACIA: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

Na antiguidade, entre os séculos VI e IV a.C., especificamente na Grécia antiga, a democracia "podia ser interpretada literalmente como o poder do povo, do *demos*, a despeito de muitas pessoas serem excluídas das decisões políticas e do exercício da cidadania, a exemplo dos escravos, das mulheres e dos estrangeiros"²⁷.

Para Platão, a democracia surge após a vitória dos pobres, já que "[...] estes matam uns, expulsam outros, e partilham igualmente com os que restam o governo e as magistraturas, e esses cargos são, na maior parte, tirados à sorte"²⁸. Desta forma, caracteriza a democracia da seguinte maneira:

²⁶ CÓRDOBA, Gema Marcilla. *In: Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá: Editora Gema Marcilla Córdoba. Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 11-12.

²⁷ GUASQUE, Barbara; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. Constitucionalismo e democracia. *In: YOCOHAMA, Celso Hiroshi; DIAS, Bruno Smolarek (Orgs.). O acesso à justiça e os direitos fundamentais em debate*. Umuarama: Unipar, 2014. v. 1. p. 81.

²⁸ PLATÃO. *A república*. Texto integral. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 253.

Tal como um manto de muitas cores, matizado com toda a espécie de tonalidades, também ela, matizada com toda a espécie de caracteres, apresentará o mais famoso aspecto. E talvez que, embevecidas pela variedade do colorido, tal como as crianças e as mulheres, muitas pessoas julguem esta forma de governo a mais bela²⁹.

Na *polis* a democracia era exercida de forma direta pelos cidadãos, o que se tornou inviável, passando então a ser exercida em sua forma representativa a partir do século XX³⁰.

Bobbio³¹ estabelece um "conceito mínimo" de democracia, definindo-a como "um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados". Nas palavras de Bobbio³²:

[...] a democracia é uma das três possíveis formas de governo na tipologia em que as várias formas de governo são classificadas com base no diverso número dos governantes. Em particular, é a forma de governo na qual o poder é exercido por todo o povo, ou pelo maior número, ou por muitos, e enquanto tal se distingue da monarquia e da aristocracia, nas quais o poder é exercido, respectivamente, por um ou por poucos.

Na visão de Kelsen³³, "Democracia significa que a 'vontade' representada na ordem jurídica do Estado é idêntica às vontades dos sujeitos. O seu oposto é a escravidão da aristocracia".

²⁹ PLATÃO. **A república**. p. 254.

³⁰ GUASQUE, Barbara; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. Constitucionalismo e democracia. In: YOCOHAMA, Celso Hiroshi; DIAS, Bruno Smolarek (Orgs.). **O acesso à justiça e os direitos fundamentais em debate**. p. 77.

³¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 9. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2004. p. 22.

³² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Para uma teoria geral da política. 10. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003. p. 137.

³³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 406.

Kelsen defende a ideia de democracia como um procedimento político, para ele, "é o valor da liberdade e não o de igualdade que determina, em primeiro lugar, a ideia de democracia"³⁴.

A essência do fenômeno designado pelo termo democracia "era a participação dos governados no governo, o princípio da liberdade no sentido de autodeterminação política", sendo este "o significado adotado pela teoria política da civilização ocidental", afirma Kelsen³⁵.

Para Cruz³⁶, a finalidade da democracia consiste no "[...] controle, intervenção e a definição, pelos cidadãos, de objetivos do poder político, cuja titularidade lhes corresponderia em parcelas iguais, de acordo com o princípio de que o Governo deve refletir a vontade do povo, sempre com base num padrão ético determinado".

A partir do século XX, iniciou-se um processo de transformação social e jurídico, no qual a democracia vista apenas como um procedimento tornou-se insuficiente para a tomada de decisões. O reconhecimento da validade da norma apenas em seu aspecto formal já não proporcionava respostas adequadas aos problemas existentes com o passar do tempo.

Com a instituição dos direitos fundamentais na ordem jurídica, a democracia passa a ser vista sob uma outra perspectiva, que não mais a produção de decisões firmadas pelo interesse da maioria, mas sim, a produção das decisões com conteúdo estritamente vinculado e limitado pelos direitos fundamentais.

A democracia tem se redefinido e tomado nova consciência de si mesma,

³⁴ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 99.

³⁵ KELSEN, Hans. **A democracia**. p. 140.

³⁶ CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e cidadania. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 5, n. 10, 2000. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1539>>. p. 109.

conforme assenta Ferrajoli³⁷, por meio da negação de regimes fascistas, absorvendo o valor da paz, a divisão de poderes, a igualdade dos homens e das mulheres do mundo, a tutela dos direitos fundamentais.

3. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE ACESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para compreender em que contexto é possível desenvolver os direitos fundamentais, Ferrajoli apresenta sua ideia de democracia, na qual prevalece a lição de que a democracia deve ser voltada à proteção e defesa dos direitos fundamentais das pessoas mais débeis, e não aquela democracia majoritária, na qual não há limites nem vínculos aos poderes, tal como ocorre na atualidade devido ao consumismo excessivo, ao compulsivo acúmulo de bens e riquezas, e à aquisição de poder a qualquer custo, que ultrapassam a esfera do indecível e infringem os direitos fundamentais sociais e de liberdade.

Segundo o jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, existem duas concepções da democracia: uma primeira concepção, impulsionada pela direita, embora também compartilhada por um setor da esquerda, a qual o autor chama de democracia majoritária ou plebiscitária, e uma segunda concepção denominada pelo autor de democracia constitucional³⁸.

A democracia majoritária ou plebiscitária caracteriza-se especificamente pela onipotência da maioria, ou seja, da soberania popular. Deste modelo democrático no qual impera a vontade da maioria decorrem uma série de fatores contrários aos direitos fundamentais e que enfraquecem o modelo

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. *In*: _____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, *et al.* Madrid: Trotta, 2008. p. 28

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. *In*: _____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, *et al.* Madrid: Trotta, 2008. p. 25

de democracia constitucional. Conforme explica Ferrajoli³⁹, estes fatores que influenciam negativamente na concretização da democracia constitucional são:

a desqualificação das regras e dos limites ao poder executivo, que é expressão da maioria, e em consequência, da divisão dos poderes e das funções de controle a garantia da magistratura e do próprio parlamento; a ideia de que o consenso da maioria legitima qualquer abuso; em resumo, a refutação do sistema de mediações, de limites, de contrapesos e de controles que formam a substância daquilo que constitui, pelo contrário, o que podemos denominar de democracia constitucional. (Tradução livre)

Neste contexto, Ferrajoli denuncia que a democracia majoritária ou plebiscitária é flagrantemente inconstitucional, tendo em vista que "a constituição é justamente um sistema de limites e vínculos a todo poder"⁴⁰.

Sendo assim, a democracia majoritária ou plebiscitária tem conseqüente correlação com o liberalismo que prepondera na atualidade, e consoante menciona Ferrajoli⁴¹:

Esta concepção tem uma inevitável conotação absolutista, e está relacionada com a concepção hoje dominante do liberalismo que tem se identificado cada vez mais para o senso comum com a ausência de regras e limites a liberdade de empresa. Atualmente a democracia liberal significa ausência de limites tanto a liberdade de mercado como aos poderes da maioria, e em consequência, a convergência dos absolutismos; o absolutismo da política, e o absolutismo do mercado; a onipotência da maioria e a ausência de limites a liberdade de empresa, o desrespeito pelas regras e pelos controles tanto na esfera pública como na esfera econômica. (Tradução livre)

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 25.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 26.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 26-27.

Portanto, como forma de democracia compatível com a constituição e com a garantia dos direitos fundamentais, prevalece a democracia constitucional, que consiste num sistema de "limites e vínculos impostos pelas constituições a todo poder"⁴², o qual conseqüentemente requer:

[...] uma concepção da democracia como sistema frágil e complexo de separação e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e de substância ao seu exercício, de garantias dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e de reparação contra suas violações.

Com este desiderato, Ferrajoli propaga o paradigma da democracia constitucional, ou como bem enuncia o jusfilósofo italiano, o paradigma do garantismo ou constitucionalismo.

De acordo com este paradigma, Ferrajoli associa duas fontes de legitimação jurídica à dimensão nomodinâmica e à dimensão nomoestática do direito e da validade jurídica, quais sejam: "a formal, imposta pelas normas procedimentais sobre o "quem" e sobre o "como" das decisões, e aquela substancial, ditada pelas normas substanciais que versam sobre "aquilo que" não pode ou não pode não ser decidido"⁴³.

Ferrajoli estabelece assim um conceito formal de paradigma constitucional ou garantista, no qual menciona que este paradigma "equivale, sob o plano teórico, ao sistema dos limites e dos vínculos substanciais, quaisquer que sejam, impostos a todos os poderes públicos por normas de grau superior àquelas produzidas pelo seu exercício"⁴⁴.

De acordo com a tese defendida por Ferrajoli, para uma definição completa e adequada da democracia, além de se impor condições formais relativas à forma e ao método (ao "quem" e ao "como") das decisões, elas devem

⁴² FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. In: _____. **Democracia y garantismo**. p. 27.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Tradução de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 8.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. p. 27.

submeter-se também às condições substanciais ou dos conteúdos ("aquilo que") em relação aos quais a nenhuma maioria é lícito decidir⁴⁵.

A democracia constitucional se origina de uma mudança radical de paradigma acerca do papel do direito produzido nos últimos cinquenta anos, uma mudança da qual ainda não se tem tomado consciência plena, e por este motivo suas formas e técnicas de garantia ainda estão longe de ser elaboradas e asseguradas⁴⁶.

Conforme salientam Guasque e Oliveira Neto⁴⁷, "O constitucionalismo preserva, protege e oportuniza a democracia, retirando-lhe o caráter autodestrutivo de uma democracia constitucionalmente ilimitada à mercê da tirania da maioria". Desta forma, oportuniza "uma maior liberdade e igualdade entre todos os cidadãos – cânones democráticos".

Demonstra-se, portanto, que desde a antiguidade até os dias atuais houve uma considerável transformação na estrutura da democracia. Considerada somente como um procedimento político, a democracia passou a ser analisada como uma forma de proteção e defesa dos direitos fundamentais, garantindo-se desta maneira o acesso das minorias a estes direitos.

Conforme explica Ferrajoli, a concepção dominante de democracia consistiria unicamente em um método de formação das decisões coletivas: "concretamente no conjunto de regras que atribuem ao povo, e portanto, a maioria de seus membros, o poder de tomar tais decisões, seja de forma direta, ou por seus representantes"⁴⁸.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. p. 76.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional. *In*: _____. **Democracia y garantismo**. p. 27-28.

⁴⁷ GUASQUE, Barbara; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. Constitucionalismo e democracia. *In*: YOCOHAMA, Celso Hiroshi; DIAS, Bruno Smolarek (Orgs.). **O acesso à justiça e os direitos fundamentais em debate**. p. 88.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. El paradigma normativo de la democracia constitucional. *In*: ABELLÁN, Marina Gascón *et al.* **Constitucionalismo y garantismo**. Bogotá: Gema Marcilla Córdoba, 2009. p. 15.

Segundo o jusfilósofo italiano, esta não é considerada somente a concepção etimológica da democracia, mas também a concepção compartilhada pela maior parte dos teóricos, tais como Kelsen e Bobbio, dentre outros⁴⁹.

Esta concepção de democracia é insuficiente, pois à luz do constitucionalismo contemporâneo exige-se que a democracia possua também uma dimensão material ou de conteúdo.

Neste contexto, Ferrajoli aduz que não é certo que somente a vontade da maioria represente a única fonte de legitimação das decisões e que resulte, portanto, ilimitado⁵⁰.

A democracia sob seu aspecto material ou substancial decorre da pretensão de universalização dos direitos fundamentais, a qual permite introduzir um modelo jurídico que busca a aplicação não somente dentro das tradicionais fronteiras marcadas pelo conceito clássico de Estado e de soberania, mas também em um contexto internacional, com a intenção de definir uma rota para o estabelecimento de uma ordem constitucional mundial, hoje em fase embrionária, conforme afirma Vianello⁵¹.

A concepção material da democracia introduz, ainda, uma nova visão sobre a validade e a vigência da norma, pois a norma passa a ser considerada válida pelo fato de ajustar-se ao conteúdo de uma norma que estabelece um direito fundamental. Sendo assim, o procedimento pelo qual perpassa a criação de uma norma não seria suficiente para determinar sua validade, pois seu conteúdo deve estar de acordo com as normas que estabelecem os direitos fundamentais, sendo a sua vigência apenas um pressuposto para a

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. El paradigma normativo de la democracia constitucional. *In*: ABELLÁN, Marina Gascón *et al.* **Constitucionalismo y garantismo**. Bogotá: Gema Marcilla Córdoba, 2009. p. 15.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. El paradigma normativo de la democracia constitucional. *In*: ABELLÁN, Marina Gascón *et al.* **Constitucionalismo y garantismo**. Bogotá: Gema Marcilla Córdoba, 2009. p. 15.

⁵¹ VIANELLO, Lorenzo Córdoba. Constitucionalismo democrático e ordem global em Luigi Ferrajoli. *In*: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 447.

sua validade⁵².

Portanto, a democracia constitucional se traduz em um instrumento concreto de acesso aos direitos fundamentais, principalmente diante da proposta de constitucionalismo global, em razão da universalidade dos direitos fundamentais já consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos.

Diante desta situação, a soberania está submetida ao sistema de limites e vínculos impostos pelos direitos fundamentais, os quais devem ser alvo de proteção e defesa em todas as decisões a serem tomadas democraticamente.

Nas palavras de Cruz⁵³, "A Democracia globalizada e promotora de uma justiça social muito mais ampla do que a existente atualmente" será passível de "impedir que os milhões de pobres, miseráveis e excluídos, espalhados pelo planeta, acabem reivindicando melhores condições de vida através da violência e do terrorismo".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O paradigma do constitucionalismo começou a tomar corpo a partir do segundo pós-guerra. A evolução dos direitos fundamentais se dá historicamente, sendo que somente a partir do trânsito à modernidade, conforme ensina Gregório Peces-Barba, é possível falar em direitos fundamentais.

A constituição é, portanto, um sistema de limites e vínculos aos poderes, sendo eles públicos ou privados, nacionais ou internacionais, que pressupõe

⁵² VIANELLO, Lorenzo Córdova. Constitucionalismo democrático e ordem global em Luigi Ferrajoli. *In*: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. p. 454.

⁵³ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 246.

a proteção e defesa dos direitos fundamentais, sejam eles de liberdade ou sociais.

No que se refere à democracia, constata-se que desde a Grécia antiga já se falava nessa forma de governo, a qual era concebida em seu significado etimológico. A democracia neste contexto era considerada apenas um procedimento a ser observado na tomada de decisões em que prevalecia o interesse da coletividade.

Com o surgimento do constitucionalismo contemporâneo, no qual os direitos fundamentais passam a ser o fio condutor de todas a humanidade, o aspecto formal da democracia já não era mais suficiente para garantir o acesso a esses direitos. Em que pese a observação do procedimento ainda ser de suma importância, instituiu-se o aspecto substancial da democracia, no qual os direitos fundamentais passam a ser objeto de seu conteúdo.

Sendo assim, afirma-se que somente através da democracia constitucional é possível desenvolver os direitos fundamentais, tendo em vista que não somente os interesses da maioria devem ser tutelados, mas também os interesses das minorias em busca da harmonia entre a liberdade e a igualdade em seus aspectos formais e materiais.

Por assim ser, verifica-se ainda que os direitos fundamentais sempre foram conquistados através da luta das pessoas mais fragilizadas, sendo inconcebível um sistema democrático incompatível com esses direitos na era da globalização, na qual o poder econômico tende a suprimir esses direitos em busca de maior lucro e progresso a qualquer custo.

A democracia consubstanciada em seu aspecto material busca introduzir uma nova ordem constitucional mundial, o que se traduz em uma forte preponderância dos direitos fundamentais no mundo globalizado.

REFERÊNCIAS DAS FONTAS CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades jurídicas. **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Janeiro a fevereiro de 2009, n. 4, Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 9. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2004.

CHAVES JÚNIOR, Airto; GUASQUE, Bárbara. O modelo combinado de regras e princípios que tratam de direitos fundamentais. *In*: SOARES, Josemar Sidinei; DAL RI, Luciene; PADILHA, Rafael; QUINTERO, Jaqueline Moretti (Org.). **Elementos de Constitucionalidade e Transnacionalidade**. Estudos realizados no âmbito do convênio para pesquisas conjuntas entre Univali/Brasil e a Universidade de Perugia/Itália. Perugia: Università Degli Studi Di Perugia; Itajaí: Univali, 2015, p. 71-99. v. 1. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 22 abr. 2016.

CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e cidadania. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 5, n. 10, 2000. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1539>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

_____. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Tradução de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. El paradigma normativo de la democracia constitucional. *In*: ABELLÁN, Marina Gascón *et al.* **Constitucionalismo y garantismo**. Bogotá: Gema Marcilla Córdoba, 2009.

_____. Democracia constitucional y derechos fundamentales. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008.

_____. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2014.

GARCIA, Marcos Leite. "Novos" direitos fundamentais: características básicas. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654>. Acesso em: 23 abr. 2016.

GUASQUE, Barbara; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. Constitucionalismo e democracia. *In*: YOCOHAMA, Celso Hiroshi; DIAS, Bruno Smolarek (Orgs.). **O acesso à justiça e os direitos fundamentais em debate**. Umuarama: Unipar, 2014. v. 1.

GUASTINI, Ricardo. **La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico**: el caso italiano. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. ampl. atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PLATÃO. **A república**. Texto integral. Tradução de Pietro Nassetti. São

Paulo: Martin Claret, 2003.

PNUD, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Os objetivos de desenvolvimento sustentável.** Disponível em: <
<http://www.pnud.org.br/ods.aspx>> Acesso em: 23 abr. 2016.

VIANELLO, Lorenzo Córdova. Constitucionalismo democrático e ordem global em Luigi Ferrajoli. *In*: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo:** estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

**A VIDA RELIGIOSA FEMININA E SEUS DIREITOS NO BRASIL
COLÔNIA: UMA QUESTÃO DE GÊNERO**

Clélia Peretti¹

Danilo Vitor Pena²

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute questões em torno da vida religiosa feminina no Brasil, em especial da sua constituição no período colonial. No interior de uma sociedade na qual o poder era exercido pelos homens, as experiências comunitárias de vida religiosa feminina (inicialmente os "recolhimentos" e posteriormente os conventos) começaram a se configurar como uma instituição que integrava a sociedade da época, atendendo na linha difusa da passividade e da subversão, as questões de gênero, internamente impressas na mentalidade das mulheres da época.

Homens e mulheres sempre ocuparam espaços e itinerários muito diferentes na vivência religiosa. Ainda hoje, essa diferença permanece, o que também pode ser avaliado como o reflexo das heterogêneas relações de gênero, presentes na sociedade como um todo. Mesmo sujeitas a um cabedal normativo rígido e preconceituoso, nem sempre as religiosas podem ser tomadas por passivas receptoras do discurso masculino e seguidoras fieis de práticas determinadas por eles. Ao longo da história houve (e há) reações que tentam ajustar o ideal de comportamento às demandas de superação e abertura. O que, contudo, permite uma análise mais específica

¹ Pós-Doutorado e Doutorado em Teologia. Professora no Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Teologia Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, PR. Email: cpkperetti@gmail.com.

² Doutorando em teologia pela PUCPR; mestre em filosofia pela mesma instituição; especialista em Direitos Humanos pela PUC-GO. E-mail: nilovitor@gmail.com

da reclusão feminina no período colonial, e não apenas sobre a vida religiosa das mulheres, é o fato desses estabelecimentos aceitarem mulheres e meninas por motivos alheios à religião. Os conventos e recolhimentos congregavam mulheres de várias origens que buscavam uma opção de vida definitiva, mas não recusavam as estadias passageiras.

Busca-se com este texto, identificar alguns elementos que dão significado para as instituições religiosas femininas do Brasil Colônia, enquanto expressão dos anseios da sociedade e o que eles representavam para essas mulheres, detectando aspectos comuns da vida das reclusas, sem perder de vista as diferenças e distâncias que mantinham entre si.

1. PELO DIREITO À CONSAGRAÇÃO: INSTITUIÇÃO DAS BEATAS

Desde o início da história do cristianismo, mulheres devotaram-se a Cristo e aceitaram consagrar suas vidas à oração, à humildade e à reclusão. Desde os cenários bíblicos do Novo Testamento, passando pelo mundo Romano, até aos nossos dias, essa aspiração religiosa é um fato concreto, nem sempre abordado com a devida acuidade pelo conjunto das ciências humanas.

Historiadores, filósofos e antropólogos enfatizam que a corrente teoria e pesquisa acadêmicas são deficientes porque deixam de considerar as vidas e contribuições das mulheres e constroem uma humanidade e uma história humana enquanto varões. O estudo feminista em todas as áreas busca, pois, construir modelos e conceitos heurísticos que nos permitam perceber que a realidade humana se acha insuficientemente articulada em textos e pesquisa androcêntricos.³

A instalação de conventos e instituições religiosas femininas em terras de missões, é um fenômeno que se desenvolveu não apenas por motivações e valores religiosos, mas também impulsionada pela ideia de conquista e

³ FLORENZA, Elisabeth S. **As origens cristãs a partir da mulher**: uma nova hermenêutica. São Paulo: Edições Paulinas, 1992, p. 12.

manutenção do patriarcado. Viver em um convento supunha aceitar em suas vidas as regras, os costumes e as leis que restringiam a liberdade das mulheres para atuarem fora dos muros conventuais.

Segundo Algrati⁴, a primeira regra especialmente composta para monjas de que se tem notícia foi a do bispo Cesaire d'Arles (542) escrita para o convento feminino de sua vila. Até então, as religiosas valiam-se daquelas escritas para os homens. Em 43 capítulos breves, ele traçou as qualidades requisitadas às abadessas e porteiras e prescreveu normas da vida comunitária, com ênfase na reclusão.

Na maioria das situações, a vida religiosa feminina caminhou lado a lado com o desenvolvimento das ordens masculinas. Partindo de regras originalmente destinadas aos homens, as mulheres estiveram quase sempre próximas das orientações destes. Importante ressaltar que fundadores de grandes congregações tiveram a seu lado figuras femininas fortes, interlocutoras fieis destes ensinamentos, colocando em prática itinerários de consagração, originalmente previstos para os homens.

A primeira regra escrita por mulher foi aprovada no dia 9 de agosto de 1253, pelo Papa Inocêncio IV definida como a *Regra de Santa Clara*. Atraída pelo modo de vida de São Francisco, Clara ampliou o testemunho da pobreza franciscana a outras searas. "o movimento iniciado por Francisco passou a atrair não apenas varões celibatários, mas também outros segmentos sociais como as mulheres" (DUARTE, 2001 p.53). Clara renunciou sua vida de riquezas e uma noite fugiu de casa e foi ao encontro de Francisco de Assis, ele cortou seus cabelos e lhe deu o primeiro hábito religioso. Após este "ritual" ela foi consagrada "Esposa de Cristo" e iniciou sua peregrinação proferindo os ensinamentos de seu inspirador. Embora alguns religiosos oferecessem resistência, Clara escreveu sua Regra Monástica onde falava sobre as ideias franciscanas e ensinava as suas irmãs

⁴ ALGRANTI, Leila Mezan. **Honradas e devotas: mulheres da colônia**. Condição feminina nos conventos e recolhimento do Sudeste do Brasil, 1750-1822. Rio de Janeiro: José Olympio, Brasília, Edunb, 1992, p. 42.

sua forma de vida.⁵

Como é sabido, Clara de Assis foi a fundadora do ramo feminino da Ordem Franciscana. Tendo sobrevivido a São Francisco, lutou contra a imposição do Papa de enclausuramento, mas no final, as Irmãs Clarissas acabaram se submetendo ao modelo de vida religiosa da época: a reclusão e a contemplação. Santa Escolástica, por sua vez, assumiu papel semelhante junto às beneditinas implantando a regra de São Bento a suas seguidoras. Também Santa Joana de Chantal, guiada por S. Francisco de Sales concordou em cooperar com o projeto de uma nova ordem para mulheres: as visitandinas. Guiadas por homens, sujeitas a um bispo, ou outra autoridade eclesiástica masculina - as mulheres tiveram que buscar muitas vezes na indisciplina, um caminho próprio para a vida consagrada.

Mais do que um elemento importante da vida contemplativa feminina, a clausura acabou por se tomar um fator de sujeição da mulher ao homem e de total dependência das comunidades à hierarquia eclesiástica masculina, fosse em relação aos bispos ou diretamente ao papa. No caso dos conventos mistos que existiram na Idade Média, foi encontrada uma solução para a manutenção da clausura, uma vez que os monges ocupavam-se das tarefas externas.⁶

A ideia de que sem o despojamento material e das influências nefastas do século não seria possível atingir-se alto nível de espiritualidade estava profundamente enraizada no universo mental dos cristãos do século XVIII. A reclusão havia se tornado sem dúvida o princípio básico da vida religiosa feminina. O mesmo, contudo, não sucedera aos homens, quer representassem o clero regular ou secular. Misturando-se aos fiéis comuns, os religiosos desempenharam papéis importantes num mundo onde a

⁵ JERÔNIMO, Laiane Fernandes. **Santa Clara De Assis: O Feminino Da Ordem Franciscana.** Disponível em: <http://www.abhr.org.br/wp-content/uploads/2013/01/art_JER%C3%94NIMO_santa_clara.pdf>. Acessado em 10/04/2017, p. 1.

⁶ ALGRANTI, Leila Mezan. **Honradas e devotas: mulheres da colônia.** Condição feminina nos conventos e recolhimento do Sudeste do Brasil, 1750-1822. Rio de Janeiro: José Olympio, Brasília, Edunb, 1992, p. 103.

religião marcava e acompanhava a vida das pessoas do início ao fim. Além da dimensão sacramental, não raras vezes estiveram no centro de discussões da vida política e econômica das sociedades onde as comunidades religiosas estavam instaladas.

Enquanto aos homens coube a evangelização das populações, às mulheres restou apenas um espaço restrito: os claustros, o confinamento nas celas, os cantos e récitas de lamentação no coro. Através da meditação algumas conseguiram transpor os muros da clausura e atingir a perfeição em Deus. Para outras, o silêncio, a observação de estatutos conventuais e as muralhas monacais significaram apenas barreiras intransponíveis impostas pela Igreja dos homens, dedicados zeladores da virtude e da castidade das mulheres.

Nos primeiros séculos da história do Brasil, atender ao chamado vocacional era tarefa quase impossível às mulheres das colônias portuguesas. O primeiro mosteiro de mulheres somente surgiu no século XVII (Convento de Santa Clara do Desterro, na Bahia – 1677). A título de comparação, na América espanhola, neste mesmo período, havia 70 comunidades religiosas femininas estabelecidas canonicamente, segundo Nunes.⁷

Três razões justificam, essa ausência. A primeira é cultural, pois já havia nos ambientes europeus nessa época um descrédito da vida contemplativa e a crítica à ociosidade do clero. Outra motivação é a econômica, pois a política econômica de Portugal em relação à colônia não previa gastos com a manutenção de conventos. Somente com o advento da indústria açucareira, no século XVII que emergem a necessidade de mosteiros, cujos senhores de engenho se tornariam os provedores das novas instituições. Em seguida havia o argumento populacional, motivado pela escassez de mulheres brancas "disponíveis" para casamento, que também foi apresentada como um obstáculo para a construção de conventos femininos. O povoamento rarefeito da colônia no século XVIII preocupava o governo

⁷ NUNES, Maria José Rosado. "Freiras no Brasil". In: DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 483.

português, que precisava de povoar o território da colônia, protegendo suas fronteiras dos possíveis ataques de inimigos políticos. Outro problema era o étnico, que indicava o crescimento exponencial de uma população mestiça sem o contrapeso de uma população branca. Daí a necessidade de que mulheres brancas das classes altas, ou até mesmo prostitutas viessem de Portugal, cumprir aqui o papel de reprodutoras biológicas e sociais. Era necessário procriar para garantir a hegemonia branca da metrópole, como vemos nesse fragmento de uma Carta do Rei de Portugal à Colônia em 1603:

Encorajo que a colônia seja habitada por pessoas ricas e nobres [...]. Assim, não é conveniente erigir conventos de freiras nessas regiões, uma vez que as terras a ser povoadas são tão vastas que são necessários mais habitantes do que os que vivem aí no momento.⁸

Diante da negativa sistemática à abertura de conventos na Colônia ou para o envio de mulheres às comunidades religiosas da Europa, uma alternativa foi a criação das "casas de recolhimento". Tratavam-se, como o próprio nome indica, locais organizados comunitariamente, que acolhiam mulheres para uma vida reclusa de oração, em sintonia da fé da Igreja, sem possuírem, entretanto, uma chancela canônica oficial. Eram casas organizadas à maneira de convento, mas sem votos solenes, o que não impedia às recolhidas fazer votos simples de castidade. Estas mulheres, sob a orientação do bispo local, usavam o hábito, viviam em comum com os bens disponíveis, participavam do ofício divino e das celebrações. Por outro lado, eram regidas por estatutos inspirados nas regras religiosas clássicas e viviam em regime de clausura. Enfim, adotavam uma vida conventual a exemplo das freiras de qualquer mosteiro.

Importante observar que o termo recolhimento não era exclusivo para essa proposta de vida. Tal denominação também era atribuída para as casas de

⁸ SOEIRO *apud* NUNES, Maria José Rosado. "Freiras no Brasil". In: DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 484.

caráter assistencial e de repouso, principalmente em Portugal, onde existiam vários conventos. No Brasil Colônia, também foram construídos estabelecimentos leigos para órfãs ou mulheres decaídas que foram chamados de recolhimentos, como ocorria em Portugal. Nestas instituições, apesar dos estatutos rígidos de conduta, as mulheres eram proibidas de fazer votos e podiam entrar e sair com a autorização de seus familiares ou das autoridades civis.⁹

Nos recolhimentos religiosos, ao contrário, necessitava-se do aval dos bispos para os mesmos fins. Utilizava-se, portanto, o termo recolhimento para identificar todas as instituições femininas de reclusão que não tivessem sido fundadas com o apoio do papa, mas erguidas com fins devocionistas, caritativos ou educacionais. Esse movimento, que também pode ser denominado por uma espécie de "beatismo feminino", favoreceu uma importante presença religiosa das mulheres em um período de recusa conventual pela coroa, constituindo-se em fenômenos de relevância para as ciências sociais e para as ciências da religião. Vivendo, geralmente em uma estrutura patriarcal e machista, as mulheres encontraram no espaço do sagrado uma alternativa de liberdade e exercício de suas convicções religiosas. Segundo Eduardo Hoornaert¹⁰,

a criatividade da mulher brasileira se manifesta na maneira como ela aproveitou a única saída que o domínio social, sexual e familiar lhe possibilitava: a saída para a Igreja. Só a religião estava franqueada à mulher. Ela aproveitou ao máximo esta possibilidade para manter viva a chama da fé, da esperança e do amor [...]. Numa sociedade centrada nos homens e governada pelos homens, a religião constituiu uma

⁹ VENÂNCIO (VENÂNCIO, Renato Pinto. **Famílias abandonadas**: assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e em Salvador – século XVIII e XIX. Campinas, SP: Papirus, 1999) retrata bem a questão da assistência às crianças pelas instituições religiosas femininas no Brasil, principalmente, no Rio de Janeiro e Salvador, relacionando-a às casas de recolhimento e irmandades de beatas, origem de muitas "Santas Casas de Misericórdia". O autor inclusive aborda o aspecto das famílias e das instituições destinadas a auxiliar crianças abandonadas no Brasil colonial, reconstruindo, o modelo de assistência naquele momento.

¹⁰ HOORNAERT, Eduardo; et all. **História da Igreja no Brasil** (tomo II/1). 3. ed. São Paulo/Petrópolis, Paulinas/Vozes: 1983, p. 372-373.

alternativa respeitável para a mulher, no sentido de libertá-la do controle masculino que na realidade era o controle do sistema, já que a mulher servia para gerar e criar filhos para o sistema.

Nesse contexto é que surgem as beatas. Essas mulheres, independente dos obstáculos presentes pelo contexto de negação, não abandonaram seus anseios vocacionais e viveram recolhidas e reclusas numa vida de oração e penitência. Embora na Europa experiências de consagração feminina em congregações de cunho mendicante já estivesse consolidado, as beatas aceitaram viver sua devoção nas margens da eclesialidade oficial, num espaço alternativo criado por elas mesmas. Tornou-se uma região limítrofe de depósitos culturais que lhes permitiam novos cultivos e híbridos surpreendentes.¹¹ Desta forma, as beatas não tinham um modo único de vida religiosa. Embora apoiadas em uma plataforma comum, a fé católica, cada uma vivia sua devoção com traços particularizados, buscando ser o mais fiel à noção que tinham do modelo tradicional de vida contemplativa (o que por sua vez já era bastante difuso).

De acordo com Riolando Azzi¹² o desejo delas era "cultivar o ideal de perfeição cristã", e embora não tivessem ligação alguma com as instituições eclesiásticas oficiais, elas não buscavam criar um novo tipo de vida religiosa". Para o pesquisador,

as beatas viveram no Brasil excluídas das instituições oficiais, faziam votos particulares, mantinham a virgindade, [...] submetendo-se a rigorosas penitências, fazendo a caridade aos que batiam a sua porta [...]. Seu gênero de vida era certamente muito mais rigoroso do que o dos conventos [...] e a proporção das verdadeiras vocações entre essas beatas

¹¹ DAVIS, Natalie Zemon. **Nas Margens:** Três mulheres do século XVII. São Paulo: Cia das Letras, 1997, p. 196.

¹² AZZI, Riolando. **Beatas e penitentes:** uma forma de vida religiosa do Brasil Antigo. Revista Grande Sinal, Rio de Janeiro, 1976, p. 655.

devia ser maior do que entre as religiosas conventuais.¹³

Foram mulheres que não sentiam necessidade de se internarem numa instituição religiosa para viverem uma vida mais próxima de Deus, aceitando sua condição por meio de irmandades ou ordens terceiras, seguindo o exemplo de mulheres santas e piedosas que povoavam seu universo místico.¹⁴ Essas mulheres simples e piedosas, ao tornarem-se beatas, procuravam ocupar um espaço que lhes fora negado

Tardiamente fundados os conventos e mosteiros femininos no Brasil, muito mais raros e dispersos do que os encontrados no Peru ou México, inúmeras donzelas católicas fervorosas, não encontrando instituições religiosas onde pudessem se consagrar de corpo e alma ao Divino Esposo, fizeram de suas próprias casas uma espécie de claustro ou recolhimento.¹⁵

As beatas, por sua condição, ao insistirem num modelo alternativo de vida religiosa, rompendo inclusive com os obstáculos apresentados pelas duas maiores forças de governo da época (o Império e a Igreja), experimentaram um modelo de vida religiosa que, embora "não oficial" foi posteriormente incorporado ao modelo de vida dos conventos aprovados canonicamente¹⁶. É neste contexto, de diálogo e enfrentamento desses modelos (o oficial e o não oficial), presente durante a colônia e império, que se situa o início da vida religiosa consagrada feminina no Brasil.

¹³ AZZI, Rioldo. **A Vida Religiosa no Brasil, enfoques históricos**. São Paulo: Paulinas, 1983, p. 56-57.

¹⁴ ALGRANTI, Leila Mezan. **Honradas e devotas: mulheres da colônia**. Condição feminina nos conventos e recolhimento do Sudeste do Brasil, 1750-1822. Rio de Janeiro: José Olympio, Brasília, Edunb, 1992.

¹⁵ MOTT, Luiz. Cotidiano e vivência religiosa: entre a capela e o calundu. In: SOUZA, Laura de Mello e (org.). **História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa** (volume 1). São Paulo, Companhia das Letras: 1997, p. 178.

¹⁶ AZZI, Rioldo. **A Vida Religiosa no Brasil, enfoques históricos**. São Paulo: Paulinas, 1983, p. 24.

2. OS PRIMEIROS CONVENTOS NO BRASIL COLÔNIA

A vida religiosa feminina no Brasil foi restrita e tardia, principalmente se comparada com outras regiões, como a América espanhola, por exemplo, onde a fundação das primeiras casas religiosas femininas datam do século XVI. Também se ressalta o fato da adesão feminina a estes conventos ocorrer de forma lenta e gradual, já que havia interditos por parte da coroa portuguesa.¹⁷

As primeiras fundações de casas femininas de reclusão surgem nas capitanias do Sudeste brasileiro entre o final do século XVII e meados do XVIII. Isto é, quando após dois séculos de colonização, o polo econômico do Brasil deslocava-se do Nordeste para as zonas ligadas à mineração. As populações de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais viram-se envolvidas de formas diferentes neste novo setor da economia colonial. Além do enriquecimento, várias transformações ocorreram em termos populacionais e social nessas regiões, provocadas pelo surto da mineração.

Enquanto se povoavam as áreas de extração do ouro, que se ressentiam da falta de mulheres, em São Paulo, o desequilíbrio entre homens e mulheres se acentuava, apontando exatamente para uma posição inversa. A proporção de mulheres em relação aos homens era maior, o que alterava o quadro geral da população da Colônia. Nada mais compreensível, uma vez que os paulistas partiam para o sertão deixando suas esposas para trás. É na soma da prosperidade do período forte da mineração, com a presença de mulheres, muitas vezes invisibilizadas pelas estruturas de patriarcado e machismo vigentes, que a realidade dos conventos ganha força nas terras brasileiras.

Além das questões de ordem econômica e social que poderiam provocar uma alteração na política de Portugal em relação a essas capitanias, as primeiras instituições femininas desenvolveram-se num período de

¹⁷ NUNES, Maria José Rosado. "Freiras no Brasil". In: DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2015.

mudanças na demarcação geográfica dos limites eclesiásticos. Segundo pesquisa de Algranti¹⁸ enquanto no início do período as três capitanias estavam sujeitas a um único bispado, em meados do século XVIII elas se encontravam subdivididas em três sedes episcopais distintas: Rio de Janeiro, São Paulo e Mariana. A maior parte das instituições religiosas femininas - quer fossem conventos ou recolhimentos foram colocadas sob a jurisdição e proteção do bispo, e surgiram com seu apoio. Quanto aos recolhimentos leigos, que foram fundados sem o objetivo de se tomarem casas de religiosas, dependiam do bispo apenas no que toca ao espiritual, cabendo às irmandades, às câmaras, ou a empreendedores particulares sua administração e sustento. Vários fatores contribuíram para as fundações. A política da Coroa, o desenvolvimento das regiões, as necessidades das populações e a ação da Igreja são alguns deles.

O principal motivo da fundação dos estabelecimentos femininos na Colônia era proporcionar um local apropriado para as mulheres que desejassem entrar para a religião. Entretanto, muitas vocações surgiram no interior dos conventos depois de algum tempo de dedicação à vida contemplativa. Inicialmente, outros motivos podiam levar as mulheres para a clausura, o que não significa que elas tivessem necessariamente passado suas vidas lamentando seu estado. Conforme Nunes¹⁹:

Nem todos os conventos podiam ser apresentados como modelos de vida virtuosa e de piedade; nem sempre se respeitavam as normas internas de austeridade e pobreza. A visão de um convento animado por sons noturnos de um ruidoso baile, onde galantes jovens fazem a corte a religiosas ricamente vestidas não é parte de um sonho ou de um filme escandaloso. As atas redigidas por ocasião dos inquéritos das autoridades religiosos sobre a vida no

¹⁸ ALGRANTI, Leila Mezan. **Honradas e devotas: mulheres da colônia**. Condição feminina nos conventos e recolhimento do Sudeste do Brasil, 1750-1822. Rio de Janeiro: José Olympio, Brasília, Edunb, 1992, p. 92.

¹⁹ NUNES, Maria José Rosado. "Freiras no Brasil". In: DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 488.

Convento do Desterro, na Bahia, dão conta dessas e de outras transgressões das religiosas.

A entrada na vida religiosa podia, portanto, ser marcada por dificuldades financeiras ou mesmo por falta de opção da candidata e, posteriormente, a escolha revela-se gratificante. Quando as câmaras ou os prelados invocavam a proteção real para a fundação de um convento na Colônia procediam nos limites da lei que impunha a autorização do monarca e do papa. Os argumentos utilizados eram assim os mais variados possíveis e refletiam as necessidades das populações locais. O convento era visto como uma solução para múltiplos problemas enfrentados pelos pais de família, desde dotar, ou dar estado à suas filhas, e até mesmo como um local para uma estadia passageira que proporcionasse asilo, educação e proteção. Sem conventos não havia espaço para as vocações. Segundo Alegranti²⁰:

Nas últimas décadas do século XVII, despontam no Rio de Janeiro e em São Paulo os primeiros pedidos encaminhados à Coroa para a fundação de conventos. Os procedimentos adotados e os argumentos utilizados são semelhantes, embora tenham resultado em atitudes distintas por parte das autoridades metropolitanas. Apesar de uma espera prolongada, os habitantes do Rio receberam permissão para fundar o Convento de Nossa Senhora da Conceição da Ajuda, enquanto os destemidos paulistas a quem Portugal devia a exploração do sertão brasileiro, tiveram que se contentar em ver o grande edifício do Recolhimento de Santa Teresa permanecer sendo um convento de 'freiras seculares' por mais dois séculos.

A presença de uma vida religiosa feminina, organizada em moldes institucionais, acabou ocorrendo, portanto, numa fase adiantada da colonização das novas terras. O fato levou os estudiosos da história da Igreja no Brasil a considerarem que a vida religiosa feminina na sua forma canônica teve pouca expressão. Sem dúvida, os poucos espaços existentes dificultados pela política metropolitana abriram outros caminhos para a

²⁰ ALGRANTI, Leila Mezan. **Honradas e devotas: mulheres da colônia**. Condição feminina nos conventos e recolhimento do Sudeste do Brasil, 1750-1822. Rio de Janeiro: José Olympio, Brasília, Edunb, 1992, p. 94.

devoção feminina, como o beatismo e as experiências individuais, distantes algumas vezes da vida comunitária. O que não impediu, contudo que, nos raros estabelecimentos criados, os fiéis manifestassem a piedade e a devoção cristã.

A falta de entusiasmo pela vida contemplativa não se deve somente às medidas tomadas por vários monarcas contra os conventos, mas está presente no interior da própria Igreja. Evitava-se o misticismo, temendo-se as sentenças de excomunhão, e a devoção se transformou aos poucos em pequenas obrigações. Na Colônia, as dificuldades impostas para o estabelecimento de congregações femininas podem dar a impressão de que somente no final do século XVII os fiéis começaram a se preocupar com a fundação de casas religiosas para mulheres. Não é exatamente o que sucedeu. O que parece ter mudado na América portuguesa no início dos anos setecentos é o fato das populações encontrarem respaldo nos seus bispos para seus desejos devocionistas. Até então, a desorganização na estrutura eclesiástica obstruía muitas vezes, o surgimento de casas pias sob a proteção do Ordinário, que pudessem posteriormente pleitear sua regularização junto à Metrópole.

3. DAS CLAUSURAS ÀS ESCOLAS: AS PRIMEIRAS FREIRAS DE VIDA ATIVA NO BRASIL

Uma profunda mudança na compreensão e na prática da vida consagrada feminina aconteceu com o advento da proclamação da República em 1899. A questão principal girava diante a exigência da separação legal da Igreja em relação ao Estado. Além disso, a fragilidade do tecido institucional católico, no vastíssimo território brasileiro, já começava a mostrar seu diagnóstico, desenvolvendo uma religiosidade pouco ortodoxa e pouco clerical. "Um ditado popular expressa bem o catolicismo da época: "muito Deus e pouco padre; muito céu e pouca Igreja; muita reza e pouca

missa"²¹.

Esse rompimento lançou a Igreja a um processo de recomposição. No espírito das normas do Concílio de Trento (1545-1563)²² que supervalorizava a dimensão sacramental e o clericalismo, foi necessário readequar o papel das mulheres nesse contexto, que antes enclausuradas em suas beatices, tornaram-se o alvo privilegiado da ação da Igreja, fomentando um rebanho dócil e fiel. Foi um marco para assegurar os caminhos dos conventos, como expressões seguras do que o "espírito tridentino" esperava a partir daquele momento. No caso das mulheres, o Concílio instituiu que as enclausuradas deveriam confessar e receber a eucaristia uma vez por mês, podendo então abrir suas portas para o confessor que seria encarregado de administrar também o sacramento. Quanto à vocação feminina para a vida religiosa, esta deveria ser observada a partir dos 12 anos de idade e, também, após a verificação da virgindade da postulante. Ainda, assegurava que ninguém proibiria ou obrigaria a mulher para a vida religiosa, já que esta seria uma vocação e apenas desejada por Deus (CONCÍLIO DE TRENTO, Cap. XVI, Sessão XXV, 1563).

Segundo Filipe Costa (2006), os séculos XVI e XVII são considerados como aqueles que propiciaram a maior ampliação da abertura de conventos femininos. Já a segunda metade do século XVIII será marcada por um resfriamento do fenômeno e um declínio da vida conventual, marcada especialmente pelas adaptações das instituições às necessidades e aos anseios das sociedades locais, aos tipos diferenciados de mulheres que procuravam recolher-se e das práticas desviantes daquelas regras instituídas pelas ordens religiosas. Outro elemento é a questão da educação feminina, que deveria necessariamente estar pautado sobre um novo

²¹ NUNES, Maria José Rosado. "Freiras no Brasil". In: DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 490.

²² O Concílio de Trento foi um importante movimento reformador da Igreja Romana, diante questões doutrinárias e eclesiais, suscitadas principalmente em função da Reforma Protestante. A Igreja reafirmou a sua hierarquia, a autoridade absoluta do papa, reafirmou todos os sacramentos como substanciais à vida dos cristãos, reafirmou, em síntese, sua teologia que fora inicialmente formalizada na Idade Média.

modelo educativo confessional: os colégios administrados pelas congregações católicas, realidade em ascensão na Europa e de excelente aceitação no Brasil, em voga com a acolhida de imigrantes europeus.

Para Claude Langlois (1984), a Revolução Francesa modificou o predomínio do modelo conventual clássico. A revolução destruiu abadias, conventos, mosteiros, mas permitiu, por outro lado, o fortalecimento e o surgimento de congregações femininas, que respondessem às necessidades da sociedade naquele momento, onde o cuidado com os doentes de guerra, os órfãos e os exilados pelos conflitos parecia mais urgente que uma vida limitada à austeridade e oração. Passadas as adversidades da revolução, as congregações femininas francesas conheceram um processo de expansão, especialmente na primeira metade do século XIX. Conforme Nunes²³ afirma que:

no fim do século XIX, as freiras já se encarregavam de inúmeras tarefas necessárias à sociedade, particularmente no campo da educação, da saúde e da assistência social. Afora as mulheres pobres, as freiras foram as primeiras a exercerem uma profissão, quando ainda a maioria da população feminina era "do lar".

As Filhas de Caridade de São Vicente de Paulo, que fundaram o primeiro colégio de freiras em solo brasileiro (1849), foram grandes mediadoras do discurso católico, principalmente por meio da educação feminina.²⁴ A Congregação das Filhas de Caridade de São Vicente de Paulo, considerada a primeira congregação feminina a chegar ao Brasil, fundou a sua obra em 1849, na cidade mineira de Mariana. Entre as suas diversas atividades, estabeleceram o Colégio Providência, além de obras a assistência aos idosos, a enfermos e desamparados de toda sorte.

As congregações religiosas que viviam para a vida ativa e instituíram os

²³ NUNES, Maria José Rosado. "Freiras no Brasil". In: DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 482.

²⁴ LAGE, Ana Cristina Pereira. Dos conventos e recolhimentos para os colégios de freiras: as diferenças da educação feminina católica nos séculos XVIII e XIX. In: **Educação em Revista**. Belo Horizonte. v.32, n.03, 2016. p. 47-69.

colégios de freiras educavam um número maior de alunas com a necessidade de prepará-las para o mundo externo, de acordo com os anseios da sociedade da época, uma vez que propunham currículos voltados para uma educação literária, musical, moral e de prendas domésticas. Era uma educação para mulheres, mas a serviço de uma realidade sexista, cujo modelo de perfeição feminina, passava pelos "bons modos" e pelo zelo doméstico. O desejo é que tais alunas pudessem se tornar mulheres católicas fervorosas, futuras esposas e mães. Observa-se que o discurso da Igreja católica com relação à educação feminina no século XIX distancia-se daquele do século anterior, uma vez que interliga os anseios da sociedade de escolarização das meninas, com a perda dos fiéis católicos para as políticas liberais.

Assim, a utilização das educandas como agentes do discurso católico torna-se um grande instrumento nas mãos da Igreja. Tanto nos conventos e recolhimentos quanto no interior das congregações e suas escolas, é possível observar práticas educativas diferenciadas para as suas educandas, especialmente quando analisamos as classes sociais. Assim, quando se observam as diferenças entre as irmãs que portam véu preto ou véu branco no interior dos conventos, verifica-se uma diferença de classes e de funções entre as enclausuradas, especialmente com relação ao domínio da escrita e da leitura. Na mesma direção, é possível detectar as diferenças curriculares para as educandas das congregações religiosas do século XIX: órfãs, pobres ou meninas ricas.

Por fim, embora essa breve análise refira-se a tempos e ações diferenciadas por mulheres no interior da Igreja Católica, não é possível deixar de refletir acerca de algo que os estudos em gênero transitam já a algum tempo e que perpassa os modelos vida religiosa consagrada ao longo da história do Brasil: o controle da Igreja com relação à educação feminina, quer seja por meio de conventos, recolhimentos ou colégios de freiras. Tal controle passa sem exceção pelas mãos do mundo masculino, o que torna tardia o protagonismo da mulher e seu empoderamento também na vida eclesial e na inculcação de valores morais e devocionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da reclusão feminina só pode ser compreendido a partir do seu enfrentamento com a sociedade como um todo, levando à baila os sentimentos, aspirações e desejos dos homens e mulheres que fazem a História, reveladores das representações, dos valores morais e religiosos e do universo vivencial desses indivíduos. O enclausuramento das mulheres na época moderna desempenhou um papel importante na sociedade tomando-se alternativa para situações diversas. Trata-se de um movimento originalmente religioso que com o passar dos séculos se laiciza como toda a sociedade, porém, sem perder totalmente suas raízes religiosas. A Idade Moderna assiste à perda paulatina dos direitos das mulheres, a um discurso cada vez mais controlador das condutas femininas, ao desenvolvimento das ordens religiosas e conseqüentemente à ampliação dos espaços destinados ao enclausuramento das mulheres, seja através de conventos ou da criação de institutos leigos.

As instituições femininas acolhem, portanto, o produto dessas representações: beatas, "santas", meninas para serem educadas nos princípios morais da época, viúvas virtuosas, mulheres desonradas e prostitutas. A acolhida das mulheres na Igreja, seja para o claustro, seja a educação formal, possui um itinerário alinhado à concepção machista sobre o papel da mulher na sociedade.

O Brasil, enquanto colônia portuguesa erguerá também as muralhas protetoras de seus claustros para abrigar, de acordo com as necessidades, seu contingente de devotas ou desonradas. Mas enquanto em Portugal as instituições femininas de reclusão caminhavam para uma definição mais clara de seus contornos, estabelecendo os limites entre a vida feminina laica e religiosa, a realidade colonial transformará, muitas vezes, religiosas seculares sem votos solenes em "professas".

Foi preocupação da metrópole, desde cedo definir os papéis femininos reduzindo as opções das mulheres. Não havia espaço para a vida religiosa feminina. Era preciso povoar a Colônia, enchê-la de filhos, e de preferência

legítimos. As mulheres brancas tinham a função de reprodutoras biológicas. O casamento sacramentado sempre foi a meta estabelecida pelos governantes portugueses para as mulheres da Colônia, mesmo após os primeiros séculos, quando a falta de mulheres brancas já havia sido em parte sanada.

O que torna a questão ainda mais desafiadora é que, ao mesmo tempo em que os conventos e recolhimentos acolhiam o "refugio" da sociedade, eles eram também o local escolhido pelas devotas para viverem e morrerem sob o signo da devoção. Os claustros coloniais se transformam, portanto, num espaço de libertação ou de encerramento, no qual se captam múltiplas experiências femininas e permitem identificar muitos vieses da história privada das mulheres nesse momento.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALGRANTI, Leila Mezan. **Honradas e devotas: mulheres da colônia.** Condição feminina nos conventos e recolhimento do Sudeste do Brasil, 1750-1822. Rio de Janeiro: José Olympio, Brasília, Edunb, 1992.

AZZI, Riolando; REZENDE, Valéria V. **A vida religiosa feminina no Brasil colonial.** In: A vida religiosa no Brasil. Enfoques históricos. São Paulo: Paulinas, 1983, p. 24-60.

AZZI, Riolando. **A Vida Religiosa no Brasil, enfoques históricos.** São Paulo: Paulinas, 1983.

AZZI, Riolando. **Beatas e penitentes:** uma forma de vida religiosa do Brasil Antigo. Revista Grande Sinal, Rio de Janeiro, 1976.

DAVIS, Natalie Zemon. **Nas Margens:** Três mulheres do século XVII. São Paulo: Cia das Letras, 1997

FLORENZA, Elisabeth S. **As origens cristãs a partir da mulher: uma nova hermenêutica.** São Paulo: Edições Paulinas, 1992.

HOORNAERT, Eduardo; et all. **História da Igreja no Brasil** (tomo II/1). 3. ed. São Paulo/Petrópolis, Paulinas/Vozes: 1983.

HOORNAERT, Eduardo; et all. **Formação do catolicismo brasileiro**. 2. ed. Petrópolis, Vozes: 1978.

JERÔNIMO, Laiane Fernandes. **Santa Clara De Assis: O Feminino Da Ordem Franciscana**. Disponível em: <http://www.abhr.org.br/wp-content/uploads/2013/01/art_JER%C3%94NIMO_santa_clara.pdf>.

Acessado em 10/04/2017

LAGE, Ana Cristina Pereira. Dos conventos e recolhimentos para os colégios de freiras: as diferenças da educação feminina católica nos séculos XVIII e XIX. In: **Educação em Revista**. Belo Horizonte. v.32, n.03, 2016. p. 47-69

MOTT, Luiz. Cotidiano e vivência religiosa: entre a capela e o calundu. In: SOUZA, Laura de Mello e (org.). **História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa** (volume 1). São Paulo, Companhia das Letras: 1997.

NUNES, Maria José Rosado. "Freiras no Brasil". In: DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2015.

PRIORE, Mary Del (Org.). **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2015.

VENÂNCIO, Renato Pinto. **Famílias abandonadas: assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e em Salvador – século XVIII e XIX**. Campinas, SP: Papyrus, 1999.

A DEMOCRACIA NO SISTEMA GLOBALIZADO

Fabício Wloch¹

Elisandra Riffel Cimadon²

INTRODUÇÃO

O problema enfrentado é que o Estado Moderno como originalmente pensado não mais atende aos problemas atuais. Depois da derrocada do socialismo, o capitalismo é onipresente nos campos sociais, políticos e culturais.

Parte-se da hipótese que a Globalização interfere nas decisões políticas e faz a Soberania estatal vergar para prover as necessidades do Estado. A Democracia em crise passa de Representativa a Transnacional e Solidária com vistas a resolver as demandas globais.

A importância do presente artigo é refletir se e quanto a Globalização flexibiliza a Soberania estatal e leva à crise da Democracia e ao fenecimento da atual modelo de Estado-nação.

O objeto deste estudo é a Globalização – entendida como um processo de intensificação das relações trocas, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais – e sua interferência no sistema democrático do Estado moderno nacional.

O objetivo específico deste artigo é debater sobre o atual modelo de Estado

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ da Univali – Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Assessor de Gabinete de Magistrado. E-mail: fwloch@edu.univali.br

² Doutoranda e Mestre em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ da Univali – Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Advogada. E-mail: eliscimadon@yahoo.com.br

que não está comportando a circulação de informação, serviços e bens patrocinada pela Globalização sem abrir mão da Soberania. O poder popular não mais consegue ser plenamente exercido por meio da Democracia Representativa. Buscar uma solução razoável para melhor administrar o Estado e as demandas transnacionais, sem abrir mão da Soberania, é o mote da Democracia Transnacional e Solidária.

Na primeira fase de pesquisa, especificou-se o referente³ como: descrever o contexto histórico e os conceitos a serem abordados. Na segunda fase da investigação, realizou-se a busca de dados, bem como de citações doutrinárias. Já na terceira fase de pesquisa foram correlacionados os fatos e fundamentos da fase de investigação. A quarta fase da pesquisa é o presente relatório, que aponta para um exame do referente abordado.

O artigo apresenta quatro itens, a saber: inicialmente trata-se do contexto histórico, processo e modelos de Democracia; em seguida, analisa-se os fundamentos teóricos do Estado moderno; ao avançar, debate-se o conceito de Globalização; e, finalmente, discute-se a crise da Democracia nos Estados modernos.

No que se refere ao procedimento metodológico⁴, a investigação concentrou-se na pesquisa da área de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. O trabalho foi desenvolvido sob o método indutivo. A pesquisa foi bibliográfica e documental.

1. HISTÓRIA E CONCEITO DE DEMOCRACIA

A inicial ideia democrática surge no século IV a.C., quando famílias proprietárias de terras da Grécia antiga começam a se juntar em cidades

³ A perspectiva conceitual da Técnica do Referente foi extraída de: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 57-66.

⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa**: teoria e prática, p. 85.

nas quais as deliberações sobre a vida da *polis* (cidade) passam a ser realizadas na praça pública. Era a Democracia direta.

Já na Idade Média praticamente extinguiu-se qualquer expressão de Democracia e Liberdade. A questão volta com os Iluministas em uma Sociedade mais complexa.

A nova Democracia surge com os movimentos revolucionários e são três os eventos que a marcam: a Revolução Gloriosa, Revolução Norte-Americana e a Revolução Francesa.

Na Revolução Gloriosa (Revolução Inglesa), ocorrida no século XVII, desdobram-se as bases jurídicas dos direitos individuais assim como as restrições às ações dos Estados, quando se invoca o direito de resistência (direito de revolução) e a desobediência civil. Ainda, como embrião do Estado de Direito, o robustecimento do parlamento e do parlamentarismo.

Com a Revolução Americana conhece-se a estruturação do Estado Constitucional, a supremacia da lei constitucional e o regime presidencialista. Emerge um pensamento federalista e uma República Federativa.

A Revolução Francesa⁵ em 1789, fim do século XVIII, é o mais representativo dos acontecimentos que deu início aos chamados Estados Constitucionais. Com ela põe-se em prática a afirmação teórica do direito à revolução por meio da qual se realiza a destituição violenta do Poder.

A sequência é concluída pela Comuna de Paris que, mantendo as tradições revolucionárias francesas, instala em 18 de março de 1871, um governo popular marcado por tendências ideológicas distintas, populares e

⁵ A revolução francesa de 1789 ocorreu entre outros pontos pelas ideologias dos pensadores iluministas que propunham a vigência de um Estado laico e representativo. O governo, de acordo com o iluminismo, deveria basear-se em instituições legitimadas por toda a população. Os cidadãos deveriam desfrutar de igualdade jurídica e tributária. Igualdade e liberdade deveriam ser as bases de um Estado apto para atender as necessidades de seu povo. SOUSA, Rainer. **Revolução Francesa: Causas da Revolução**. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/historiag/revolucao-francesa2.htm>. Acesso em: 16-dez-2015.

operários, contra a restauração da monarquia.

Tais revoluções fomentaram a Democracia que aos poucos foi se implantando e consolidando nos Estados Constitucionais Liberais, de Bem-Estar Social e, finalmente, Democráticos Representativos e Participativos.

O conceito inicial de Democracia que se pretende trabalhar é aquele que, de acordo com sua natureza mais profunda, significa liberdade, e liberdade significa tolerância, pois nenhuma outra forma de governo é mais favorável à ciência que a Democracia⁶.

Robert Dahl⁷ ensina que

Democracy consists of rule by the people, or rather the demos, with a government of the state that is responsive and accountable to the demos, a sovereign authority that decides important political matters either directly in popular assemblies or indirectly through representatives.

David Held⁸ trouxe a ideia de Democracia que deriva seu poder e contrasta com a ideia de autodeterminação, isto é, a noção de que os membros de uma comunidade política (os cidadãos) devem poder eleger livremente as condições para a sua própria associação, e que essas eleições devem constituir a legitimação básica de forma e de direção da coletividade política.

Se Democracia significa governo do povo e para o povo e as decisões públicas devem ser tomadas por membros livres de uma comunidade

⁶ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de: Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 25. Título original: *What is justice?*

⁷ "Democracia consiste no governo pelo povo, ou melhor, para o povo, com um governo de Estado que é sensível e responsável para o povo, uma autoridade soberana que decide questões políticas importantes, quer diretamente em assembleias populares, quer indiretamente por meio de representantes" (tradução livre) DAHL, Robert. Can international organizations be democratic? A skeptic's view. **Ian Shapiro and Casiano Hacker-Cordon, eds., Democracy's Edges** (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999). p. 19-36.

⁸ HELD, David. **La Democracia y el orden global:** Del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Traducción de Sebastián Mazzuca. Barcelona: Paidós, 2002. p. 182.

política, então a base de sua justificação será a implementação e o esforço da autonomia, tanto dos indivíduos quanto da coletividade.

Assim, vê-se que Democracia designa a capacidade de com autonomia deliberar, eleger e atuar seguindo diferentes cursos de ação possível, tanto na esfera privada quanto na pública, tendo por objetivo primordial o bem da coletividade.

1.1 Modelos de Democracia

O processo histórico de consolidação democrática estabeleceu-se desde os pensadores políticos da Grécia antiga até hoje. Havia aqueles que a conceberam como certo tipo de poder popular, que caracteriza uma forma de vida política, no qual os cidadãos se autogovernam e se autorregulam. E havia aqueles outros que a compreendiam como um mecanismo que facilita o processo de elaboração das decisões, como um meio de conferir autoridade àqueles que são periodicamente eleitos para ocupar cargos públicos.

Isso deu origem a três modelos básicos de Democracia.

O primeiro é a chamada Democracia Direta ou Participativa consistente em um sistema de elaboração de decisões referentes a assuntos públicos, sob o qual os cidadãos estão diretamente envolvidos (modelo original da Democracia da Grécia antiga, entre outros lugares)⁹.

O segundo é a Democracia Indireta ou Representativa, na qual o sistema de governo é baseado em servidores eleitos que se comprometem a representar os interesses dos cidadãos, dentro de um determinado território delimitado, e que devem assegurar o império da lei, modelo do ocidente¹⁰.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 268.

¹⁰ FRIEDE, Reis. **Ciência Política e teoria geral do estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 87.

O terceiro, por fim, é a Democrática Semidireta, que é mais recente e ganhou notoriedade apenas no século XX. Caracteriza-se pela aproximação do modelo de democracia direta, porém com formas clássicas da democracia representativa, isto é, o povo participa diretamente nas questões mais importantes, que tocam ao corpo político e público¹¹. Nesse sistema semidireto, o povo participa muitas vezes diretamente no corpo legislativo, em determinadas matérias, o que não acontece no sistema representativo.

Não obstante a evolução histórica e conceitual, deve-se elevar a Democracia para uma discussão acima do Estado de modo a abstrair espaço e tempo, uma vez que envolve valores e princípios conquistados num contexto multicultural de dignidade, tolerância, igualdade, liberdade, respeito às minorias e pluralismo religioso.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO ESTADO

O Estado pode ser imaginado e entendido a partir de vários contextos, segundo a teoria que o definiu ou lhe deu atribuição. Mais ainda: o Estado seria o resultado da forma de organização da Sociedade, seria a "Sociedade política"¹². "Não é produto da natureza, mas sim fruto do trabalho do homem"¹³. O Estado não surge como uma dádiva divina, ou como algo espontâneo, mas, sim, uma criação da comunidade humana para servir à comunidade humana e não para a comunidade humana ser a serventúria do Estado¹⁴.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, p. 275.

¹² CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 4 ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1963. p. 109.

¹³ BLUNTSHLI, J. Johann Kaspar. **The theory of the State**. Oxford: Clarendon Press, 1898. p. 19.

¹⁴ MALTEZ, José Adelino. **Ensaio sobre o problema do Estado**. Lisboa: Academia Internacional da Cultura Portuguesa, 1991. t. 1. p. 109.

2.1 A natureza e constituição do Estado

Adota-se aqui o critério histórico¹⁵, isto é, pela análise cronológica, para distinguir a dinâmica de desenvolvimento do Estado no decorrer do tempo.

Cronologicamente, Jellinek¹⁶ apresenta a seguinte tipologia: oriental, Grego, Romano, Medieval e o Moderno. Já Dallari¹⁷ apresenta a seguinte sequência histórica: Antigo, Grego, Romano, Medieval, Moderno. Pasold¹⁸ acrescenta um sexto tipo que é o Estado Contemporâneo.

No Estado Antigo a marca é a ideia de natureza unitária e de religiosidade. A característica central é o "Estado Teocêntrico, e o governo unipessoal. O governante considerado um representante do poder divino"¹⁹. É "o desempenho teocrático do poder absoluto e normas religiosas, mescladas com as jurídicas"²⁰.

O Estado Grego²¹ é marcado pela cidade-Estado, ou seja, a polis. Só os cidadãos é que participavam das decisões da cidade. Cidadão, para Aristóteles²² "é o homem investido de certo poder". No sentido comum, define-se o "cidadão como sendo aquele que é filho de pai e mãe cidadãos, e que não o seja apenas de um dos dois". Assim, o Estado "é a comunidade

¹⁵ "O Estado deve ser encarado como processo histórico [...] o Estado não se cristaliza nunca numa fórmula acabada" MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 7.

¹⁶ JELLINEK, Georg. **Teoría General Del Estado**. Tradução de Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatroz, 1978. p. 215-220. Título original: *Allgemeine Staatslehre*.

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

¹⁸ PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*, p. 29.

¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria geral do Estado*, p. 53.

²⁰ BRANCO, Elcir Castello. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 56

²¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 2002. p. 40-43.

²² ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. 5.ed. São Paulo: Atena Editora, 1957. p. 90-91.

dos cidadãos, embora não sejam estes os seus únicos habitantes"²³.

No Estado Romano uma das mais importantes peculiaridades "é a base familiar da organização. Muitos consideram que a *civitas* – primeira forma de Estado surgiu da união de grupos familiares (*gens*)"²⁴. Conforme Miranda²⁵ destacam-se peculiaridades do Estado romano: centralização do poder político; separação entre público e privado; aumento dos direitos básicos do cidadão; direito aos estrangeiros; expansão da cidadania a um largo espaço territorial.

O Estado Medieval²⁶ surge com a queda de Roma e a conseqüente mudança no poder durante o início da idade média. Tal Estado é formado por uma conjugação de fatores entre eles "o cristianismo, as invasões dos bárbaros e o feudalismo"²⁷. Estes fatores são de características diferentes e contraditórios, vindo a causar instabilidade política, econômica e social, o que gerou a necessidade de uma organização com maior ordem e autoridade.

A luta entre o poder temporal e o poder espiritual foi determinante para a nova visão sobre o Estado. Surge daí a formação de um Estado com caráter absolutista, calcado nas monarquias. Foram as dificuldades do Estado Medieval que fizeram surgir o Estado Moderno. O desmoronamento do feudalismo e a visão antropocêntrica das ideias em contradição à visão teocêntrica possibilitaram o movimento e fortalecimento do Estado

²³ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição, p. 09.

²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria geral do Estado, p. 55.

²⁵ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição, p. 44-45.

²⁶ Para Heller não se pode falar em Estado Medieval. HELLER, Hermann **Teoría del Estado**. 2 ed. Tradução de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 50/166. Título original: *Staatslehre*. Miranda também entende que na Idade Média não houve Estado. "[...] com o feudalismo dissolve-se a ideia de Estado. [...] neste período o poder privatiza-se, do *imperium* para o *dominium* [...] a ordem hierárquica da Sociedade traduz-se numa hierarquia de titularidade de exercício de poder político ligados por vínculos contratuais[...]" MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, p. 39-49.

²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria geral do Estado, p. 56

Moderno.

Para Soares²⁸:

O marco teórico para compreensão do Estado absoluto advém, pois, da leitura dos clássicos, como Maquiavel, Hobbes e Bodin, que justificaram jurídica e ideologicamente o absolutismo, ao captarem o triunfo do Estado sobre os poderes intermediários.

O Estado absoluto, como estágio inicial do Estado Moderno, é que aparece analisado nas obras de Maquiavel, Bodin, Hobbes e Filmer.

Na busca de modificar essa situação, e baseadas em princípios liberais, democráticos e nacionalistas, a classe burguesa iniciou a primeira das revoluções modernas, os revolucionários passaram a defender o princípio da Soberania popular e igualdade de direitos. Estas revoluções foram o ponto de partida para o Estado Moderno, surgido da evolução do Estado absoluto²⁹. Essa busca pela unidade do Estado foi corroborada com a assinatura do tratado de paz de Vestfália³⁰.

Nessa cronologia, observa-se que hoje o que se discute, se escreve, se lê, se produz sobre o Estado, apresenta como referência o Estado Moderno. Todas as formas de organização ou convivência política se acham, "ou antes, ou ao lado, ou para além do Estado Moderno, não sendo este senão um tipo ou grau mais evoluído dentro de uma extensa escala de formas

²⁸ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da Globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 78.

²⁹ CRUZ, Paulo Márcio Cruz. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Florianópolis, Diploma Legal. 2001. p. 61.

³⁰A Paz de Vestefália, ou acordo de Vestefália, foi o acordo feito entre os países europeus envolvidos na Guerra dos Trinta Anos e engloba uma série de acordos entre países europeus - o conflito envolveu desde Alemanha, países escandinavos até a Espanha, e o modelo de acordos e tratados entre essas nações é considerado por muitos um dos marcos da diplomacia e do direito internacional moderno. As conversações de paz, iniciadas em 1644 em Münster e Osnabrück. Foi assinado em 30 de janeiro de 1648; em 24 de outubro do mesmo ano foi assinado o tratado de paz entre Sacro Império Romano-Germânico, os outros príncipes alemães, a França e a Suécia. Os tratados foram concluídos nessas duas cidades da Westefália. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, p. 25.

políticas"³¹.

Como dito, Pasold³² propõe um sexto tipo de Estado: o Contemporâneo. O que caracteriza o Estado Contemporâneo é a garantia constitucional dos direitos sociais, que "pode ser precisado na segunda década do presente século: em 1917, com a Constituição Mexicana e, em 1919, com a Constituição de Weimar³³". Soares acrescenta que:

Primordialmente, constata-se que o Estado contemporâneo corresponde, em essência, ao modelo de Estado emergente da Paz de Westfália (1648), logicamente adequando-se aos novos paradigmas de Estado de direito construídos desde as revoluções burguesas³⁴.

O Estado aprimorou-se e chega, hoje, a caracterizar a ordem jurídica que possui a finalidade de atender ao bem comum dos seus partícipes dentro de uma realidade geográfica, respeitando e defendendo o interesse coletivo.

A análise histórica permite entender em que estágio o Estado se encontra. Embora seja possível caracterizá-lo no tempo como Moderno ou Contemporâneo, as suas características fundamentais ainda são discutidas em busca de uma reconstrução constante de conceito.

2.2 O conceito de Estado

Por mais que os autores se esforcem para chegar a um conceito objetivo, haverá sempre subjetividade. De acordo com Cruz,³⁵ o Estado é a

³¹ MONCADA, Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**: doutrina e crítica, p. 162.

³² PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, p. 32.

³³ CRUZ, Paulo Márcio Cruz. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**, p. 223.

³⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da Globalização, p. 86.

³⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 39-50.

organização territorial de uma comunidade, dotada de um poder soberano e de um ordenamento jurídico próprio. São esses elementos de ordem formal e de ordem material que compõem o Estado.

Dallari³⁶ defende que "a denominação Estado, significando situação permanente de convivência e ligada à Sociedade política aparece pela primeira vez em 'o Príncipe' de Maquiavel, escrito em 1513". Nessa linha mesma linha, Bobbio³⁷ diz: "É fora de discussão que a palavra 'Estado' se impôs através da difusão e pelo prestígio do Príncipe de Maquiavel". E Heller³⁸ quando declara: "'o Príncipe' introduz na literatura o termo Estado para designar um novo *status* político".

Gradativamente o Estado foi assumindo as feições que possui hoje. Na definição de Kelsen³⁹: "Uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência soberana ou imediata relativamente ao Direito Internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz".

Ou, ainda, na visão de Dallari⁴⁰: "A ordem jurídica soberana que tem por fim o Bem Comum de um povo situado em determinado território". Observa-se que Dallari está preocupado em definir o Estado caracterizando a sua função social, fato que não preocupa a análise de Kelsen.

O Estado, assim, tem uma ordem jurídica que possui a finalidade de regular e assim organizar as diferentes relações entre os indivíduos em determinado espaço geográfico para valorizar e defender o interesse

³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 43.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado governo e Sociedade**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4.Ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1992. p. 65.

³⁸ HELLER, Hermann **Teoría del Estado**. 2.Ed. Tradução de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 170. Título original: *Staatslehre*.

³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 321.

⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado**, p. 101.

coletivo.

Nessa lógica, a ideia de fim do Estado se torna possível seguida da possibilidade de se realizar outra forma de organização política; ou seja, outra forma de convivência que não a que se possui hoje. Podem-se admitir, então, alterações, novos rumos e rotas por parte da Sociedade, que vão implicar na reconstrução do Estado em um novo contexto.

2.3 Estado moderno e Democracia constitucional

O Estado moderno, caracterizado pela unidade territorial dotada de um poder soberano, é fruto direto das ideias e ideais da Revolução Francesa. Este Estado Moderno é baseado no conceito abstrato de um contrato social a gerir a relação entre o homem e o Estado, no qual este se obriga a organizar, proteger e desenvolver as condições ideais para o progresso da Sociedade; e aquele na figura do cidadão abre mão de sua parcela de liberdade aceitando assim as imposições derivadas deste mandato.

As modernas Constituições resultam de princípios republicanos, liberais e socialistas, sintetizadas na separação de poderes, limitação de poder e garantia de direitos.

Modernamente, a separação dos poderes é talvez o que as Constituições modernas tenham de mais caro, inclusive, historicamente, por ser garantia básica do cidadão contra o exercício arbitrário do poder da autoridade pública.

Bester exemplifica:

A separação dos poderes no fundo foi o meio encontrado para conter o poder unitário do governante nas suas investidas contra a liberdade dos governados (em tal época, súditos), vale dizer, contra os direitos destes. Logo, a separação de poderes existe primordialmente para limitar o poder em relação aos

direitos dos cidadãos, isto é, contra sua razão de existir no possibilitar o respeito a esses direito⁴¹.

A separação tripartite das funções do Estado (em Executivo, Legislativo e Judiciário) advém da teoria originalmente desenvolvida por Locke e posteriormente aperfeiçoada por Montesquieu, na França, mas sempre tendo como modelo a organização constitucional inglesa⁴².

Igualmente a existência de uma esfera de proteção dos direitos humanos é outro traço indelével das constituições do Estado moderno. Seyla Benhabib ilustra: "Without the basic rights of the person, republican sovereignty would be blind; and without the exercise of collective autonomy, rights of the person would be empty"⁴³.

Outro fator imprescindível do Estado moderno é a Soberania, que permite ao povo (governados) a efetiva participação no processo de formação da vontade política (governo e legisladores), direta ou indiretamente.

Soberania, para Dallari⁴⁴, é o centro unificador da ordem, o núcleo de vontade e controle do Estado, que dirige a Sociedade aos seus fins comuns dentro da ordem. Como ao Estado não se devem sobrepor outros poderes ou centros de comando, diz-se que a Soberania é o poder incontestável do Estado. Caetano⁴⁵ utiliza a ideia de que Soberania é o "poder político supremo independente". A Soberania seria para ele a "plenitude do poder político" por entender que pode existir Estado não soberano. Isso se passa, segundo ele, com os "Estados federados e os Estados protegidos".

⁴¹ BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**. V.I. São Paulo: Manole, 2005. p. 299-300.

⁴² BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**, p. 300.

⁴³ "Sem os direitos fundamentais da pessoa, a soberania republicana seria cega; e sem o exercício da autonomia coletiva, os direitos da pessoa estariam vazios" (tradução livre) BENHABIB, Seyla. **The Future of Democratic Sovereignty and Transnational Law**, p. 14.

⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria geral do Estado, p. 68-69.

⁴⁵ CAETANO, Marcello. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, p. 108-109.

Já Sassen escreve: "State sovereignty is usually understood as the State's monopoly of authority over a particular territory, demarcated by reasonably established geographic borders"⁴⁶.

A Soberania traz como elemento essencial a identificação de uma autoridade suprema. Suas alterações estão no modo de exercício da autoridade, adaptado às diferentes formas de organização de poder⁴⁷.

É um relevante e influente fator a ser observado na preservação da Soberania nacional é o fenômeno da Globalização, já mencionado e sobre o qual se aprofundará no tópico posterior. Tal fenômeno eliminou barreiras políticas e culturais, possibilitou o crescimento das empresas transnacionais, fomentou o comércio intercontinental. Com ela vieram incontáveis benefícios e inevitáveis dificuldades.

Pimenta⁴⁸ registra que "um dos problemas oriundos da Globalização é a eliminação de fronteiras de criação de mercados comuns. Esse processo de integração entre as nações passa necessariamente pela criação de uma legislação comum a todos os países participantes".

Nesse sentido, Seyla Benhabib destaca: "The sovereign-debt crisis of the last years is the most vivid illustration of states' dependence upon international organizations, networks, and processes"⁴⁹.

⁴⁶ "Soberania do Estado é geralmente entendida como o monopólio de autoridade do Estado sobre um determinado território, demarcado por fronteiras geográficas razoavelmente estabelecidas" (tradução livre) SASSEN, Saskia. *Bordering Capabilities versus Borders: Implications for National Borders*. **30 Michigan Journal of International Law** (2008-2009). p. 567-597.

⁴⁷ MATTEUCCI, Nicola. (Comentários ao verbete "Soberania") In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varrialle et alli. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Título original: *Dizionario di Política*. v. 2. p. 1179-1188.

⁴⁸ PIMENTA, Eduardo Goulart; MIRANDA, Lúlian. Princípios e valores fundamentais da ordem econômica na Constituição de 1988. In: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. (org.) **Constituição e Democracia: aplicações**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 51- 52.

⁴⁹ "A crise da soberana dos últimos anos é a mais vívida ilustração de dependência dos Estados sobre organizações internacionais, redes e processos" (tradução livre) BENHABIB,

Então, a dúvida que se segue é conseguir meios eficazes de preservar a Soberania nacional favorecendo toda a Sociedade sem ser vítima da Globalização, nem refém de nações mais desenvolvidas.

3. GLOBALIZAÇÃO

Como na maioria das transformações não há unanimidade na sua caracterização, o mesmo acontece com relação à Globalização. O que parece ser inquestionável é que a Sociedade encontra-se envolvida neste processo cada vez com mais intensidade.

Castells⁵⁰ afirma que quando se tratar de Globalização a sua ideia estará associada, principalmente, à economia nas mais diversas relações e inter-relações. Isso porque a base econômica é responsável pelas transformações nas decisões políticas, nas relações comerciais entre as empresas criando mais competitividade assim como alterando níveis de comportamento do comércio regional e internacional.

Globalização, então, designa um fenômeno de abertura das economias e das respectivas fronteiras como resultado do crescimento das trocas internacionais de mercadorias, dos movimentos de capitais, da circulação de pessoas, de conhecimento e de informação.

No mesmo sentido, Peer Zumbansen⁵¹ ilustra: "In other words, the advent of globalisation prompts an investigation into the theory or theories of

Seyla. The Future of Democratic Sovereignty and Transnational Law. **Max Weber Lecture Series**, n. 4, 2012, p. 7.

⁵⁰ CASTELLS, Manuel. **Fim do milênio**. A era da informação: economia, Sociedade e cultura. 5.ed. v.3. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e terra, 2009. p. 393.

⁵¹ "Em outras palavras, o advento da globalização pede uma investigação sobre a teoria ou teorias da sociedade que informa ou informam o nosso entendimento da lei" (tradução livre) ZUMBANSEN, Peer. Transnational Law. In: SMITS, J. (ed.). **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**. Elgar, 2006. p. 738-754. p. 2. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1105576 >. Acesso em 17 set. 2015.

society which informs or inform our - and competing - understandings of law".

Não é novidade que a ideia de Globalização esteja associada à expansão cultural ocidental, bem como com a Sociedade capitalista. Independente de quem elabora o conceito, não se pensa fora deste contexto.

Para Santos⁵², "a Globalização é, de certa forma, o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista". Assim, entende-se que a Globalização é econômica e, como suas raízes sugerem, envolve conexões que abrangem o mundo.

Faria afirma que por Globalização se entende como:

A integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente aplicação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial atuando cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional⁵³.

Giddens⁵⁴ pondera que a Globalização é "a intensificação de relações sociais em escala mundial que ligam localidades distantes de tal maneira, que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorridos a muitas milhas de distância e vice-versa". Desta forma, não se pode entendê-la como uníssona, mas como "uma complexa variedade de processos, movidos por uma mistura de influências políticas e econômicas"⁵⁵.

⁵² SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**. Do pensamento único à consciência universal. 6 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 22.

⁵³ FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada, p. 52

⁵⁴ GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Tradução de Maria Luiza X. De A. Borges. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 38.

⁵⁵ GIDDENS, Antony. As Consequências da Modernidade, p. 45.

Já Boaventura Santos⁵⁶ admite que o processo de Globalização é "um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo". Trata-se de um processo complexo e por ser complexo perpassa as mais diversas áreas da vida social.

Para Gibbons⁵⁷ a Globalização pode ser descrita como "a imitação, adaptação e difusão das inovações tecnológicas, à medida que o processo de industrialização se alastra de um país para outro".

Para Habermas⁵⁸ a Globalização encontra-se caracterizada como um processo em que se intensificam as relações para além das fronteiras nacionais. Estas relações se dão em nível de comunicação, de trânsito e de transações econômicas. Isto provoca reflexos que se manifestam na forma de se ver o Estado nacional clássico, o entendimento sobre a ideia de Soberania e a legitimidade.

É de opinião unívoca que a Globalização é um fenômeno que envolve o ser humano em todos os contextos de sua vida, intensificando as relações e encurtando as distâncias, de forma criar uma nova dinâmica econômica e política entre os Estados e diminuindo as distâncias entre as pessoas.

Diante da intensificação das relações econômicas, sociais e políticas além das fronteiras, vê-se que "o Estado que as elites modernas moldaram, inclusive os próprios princípios em que se basearam, está cada vez mais obsoleto, cada vez mais opressivo e perigoso para o bem-estar geral"⁵⁹. E

⁵⁶ SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002. p. 26.

⁵⁷ GIBBONS, Michael. Globalização, competitividade e o futuro da Educação superior. In: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN. **Globalização, ciência, cultura e religiões**. Lisboa: Dom Quixote, 2003. p. 241.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**, p. 87.

⁵⁹ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **Os novos cenários transnacionais e a Democracia assimétrica** - Porto Alegre - RECHTD - UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 2, p. 96-111, 2010. p. 108

isso tem um custo: a crise do Estado-nação e da própria Democracia diante da Globalização, o que se tratará no tópico seguinte.

4. A CRISE DA DEMOCRACIA NO SISTEMA GLOBALIZADO

Da idade clássica até hoje, o termo "Democracia" foi empregado para designar, conforme estudos de Norberto Bobbio umas das formas de governo, ou melhor, "um dos diversos modos, com que pode ser exercido o poder político". Especialmente, o termo designa "[...] a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo"⁶⁰.

Jürgen Habermas assevera que a ideia de uma Sociedade democrática que pode agir sobre si mesma (modo comunicativo), só foi implementada de modo fidedigno até agora no âmbito nacional⁶¹.

Então, questiona-se qual seria a melhor forma de organização política para este mundo globalizado? Não se tem resposta ainda para isso, mas se tem uma constatação: o Estado-Nação, da forma que se encontra organizado não responde aos anseios da Globalização. O Estado-Nação e a Democracia estão em crise.

O que se mantém ainda são as fronteiras. "Estas fronteiras estão a ser subvertidas por bens culturais transcendentes que não as respeitam"⁶².

A realidade da Globalização no aspecto econômico subverte esta ordem, faz com que a parte se subordine ao todo. Igualmente a Globalização no aspecto político, isto é, de nação, com base no cidadão também subverte esta ordem ao considerar os princípios e fundamentos que são gerais como,

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade:** Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 135. Título original: *Stato, governo, società. Per una teoria generale dela política.*

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-nacional:** ensaios políticos, p. 78.

⁶² WATERS, Malcolm. **Globalização,** p. 118.

por exemplo, a segurança, o meio ambiente, direitos humanos e redução da violência em necessidades humanas globais.

O enorme desafio do Estado, no estágio em que se encontra é como atuar externamente frente à perda de espaço em termos econômicos, pela não possibilidade de controle das transações trans e internacionais e por outro lado como atuar internamente, com o cidadão, nas questões que são globais.

Abreu consigna que:

Refletir a questão democrática contemporaneamente implica introduzir a Sociedade no debate. Isso equivale à própria ideia de Democracia atrelada à de cidadania, que precisa ser contextualizada. [...] Quanto ao conteúdo, é necessário ter em conta que a questão da Democracia e da cidadania há muito ultrapassaram seu viés político, ingressando em outros setores, como o social, de gênero, do trabalho, da escola, do consumo, dos afetos, das relações jurídicas e jurisdicionais, embora com menor intensidade tenha infiltrado neste último⁶³.

Diante deste contexto complexo, pensa-se cidadania e Democracia cosmopolitas por se constituírem em deveres éticos para com os outros e para além das fronteiras geográficas, ideológicas, raciais, culturais. É uma verdadeira instância de atribuição de legitimidade global.

Cruz e Ferrer avançam na crítica ao Estado Constitucional Moderno e aos nacionalismos como parte da crítica ao Capitalismo:

Uma das propostas mais consistentes é aquela que sugere a reinvenção da tensão entre Democracia e capitalismo, para que alguma vez o objeto da Democracia seja fazer com que o mundo seja cada vez menos confortável para o capitalismo e que um dia se

⁶³ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como *um locus* da Democracia Participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de direito, p. 320.

possa ter uma alternativa ou, ao menos, um capitalismo democrático⁶⁴.

A Democracia Indireta ou Representativa enfrenta Sociedades muito complexas, com forte divisão de classes e demandas sociais cada vez maiores e mais variadas. A Democracia Representativa transformou-se quase que num procedimento e não mais reflete um valor que possa representar as expectativas verdadeiras.

A dinâmica do processo democrático, enquanto Sociedade que influi sobre si mesmo, somente foi sucesso porque o político e o jurídico o encamparam durante a construção do Estado pós-guerra. E de certa forma a Democracia se adapta a essa nova formação moderna de Estado territorial, nacional e social. No entanto, percebe-se que essa ideia, a partir do momento em que o Estado se vê modificado por uma economia transnacional e uma Sociedade de ordem mundial, também se vê em crise⁶⁵.

Partindo da ideia da imagem de uma economia globalizada, os Estados nacionais só podem melhorar a capacidade competitiva de suas posições trilhando o caminho de uma autolimitação da capacidade de realização estatal e que põe em prova a estabilidade democrática da Sociedade⁶⁶.

É indubitável que

A Globalização está se convertendo na essência de um novo Direito Econômico Internacional, o qual suprime a participação democrática em benefício de um descarado decisionismo tecnocrático, como indica Del Cabo (2000), uma vez que sepulta os mais elementares

⁶⁴ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. Os novos cenários transnacionais e a Democracia assimétrica, p. 109.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução e introdução de Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.103. p. 102.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**, p. 67.

princípios de publicidade sob o império da opacidade e do segredo⁶⁷.

Hodiernamente a própria Democracia está em jogo: a Globalização rompe o território delimitado por fronteiras, dentro dos quais vivem determinados cidadãos, e gera exclusão social, minando a Democracia e recusando a cidadania.

Esse, pois, o ponto de crise que aqui se trata e que está a alcançar o Estado que, gize-se, "[...] cada vez mais emaranhado nas interdependências da economia e da Sociedade mundial perde, não somente em termos de autonomia e de competência para a ação, mas também em termos de substância democrática"⁶⁸.

Maria Chiara Locchi obtempera: "En este sentido estímulos apreciados provienen del multiforme concepto de 'democracia participativa', cuyos instrumentos operativos, sustentados siempre más amenudo por prácticas de mediación lingüística y cultural [...]"⁶⁹.

Vista assim a questão, a Democracia está acima do Estado como um conjunto de princípio e valores culturais, tais como: dignidade, tolerância, igualdade, liberdade, respeito às minorias, pluralismo religioso. Nesse contexto multicultural deve-se abstrair o espaço e o tempo para se admitir o multiculturalismo como interferência na tomada de decisão.

Uma das propostas é a Democracia Transnacional para inserir o país nos espaços centrais da Sociedade global, ou incorporá-los ao núcleo de sua

⁶⁷ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. Os novos cenários transnacionais e a Democracia assimétrica, p. 100.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **A Era das Transições**, p. 106.

⁶⁹ "Neste sentido, estímulos vêm do conceito multiforme de 'democracia participativa', cujas ferramentas operacionais são sustentadas cada vez com mais frequência por práticas de mediação linguística e cultural" (tradução livre) LOCCHI, Maria Chiara. **La Complejidad del Ius Soli: Una Contribución al Debate sobre la Ciudadanía En los Estados Democrático-Pluralistas Contemporâneos**. Revista General de Derecho Público Comparado 15 (2014). p. 26.

estrutura multiforme e mutante⁷⁰.

Dentro do gênero Transnacional incluir-se-ia a Democracia Ecológica, a Ciberdemocracia e a Democracia Econômica como possibilidade de uma cidadania democrática mundial. A internacionalização da Democracia e do Estado é inevitável para mediar as relações políticas, sociais e econômicas locais e regionais com aquelas globalizadas e mundializadas.

Democracia ecológica incluiria o direito de participar do debate ambiental, de modo a garantir a "sustentabilidade ambiental", isto é, as condições sistêmicas em virtude das quais, em escala planetária ou regional, as atividades humanas não podem chegar a estressar o ecossistema além do limite a partir do qual se ativam fenômenos irreversíveis de degradação⁷¹.

A Ciberdemocracia implicaria em mecanismos representativos que possibilitariam Estado estar conectado com as possibilidades originadas com o surgimento da telefonia, da televisão digital, da informática e do conjunto de novos mecanismos de comunicação a distância, especialmente, a internet. Atualmente é singelo organizar consultas rápidas à população sobre temas de interesse imediato e que requeiram um pronunciamento de relativa urgência. Plebiscitos e referendos seriam exceções na vida social e política 41⁷².

A Democracia Econômica implicaria uma democratização do capitalismo, que continuaria focado na produção de riqueza, mas com especial ênfase para a distribuição de riqueza com base numa estrutura ética concebida de valores indispensáveis para a convivência, como são os da gratuidade e da

⁷⁰ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. Os novos cenários transnacionais e a Democracia assimétrica, p. 106.

⁷¹ MANZINI, Ezio & BIGUES, Jordi. **Ecologia y democracia**. Barcelona: Icaria, 2000. p.13

⁷² VILLASANTE, Tomás R. **Las democracia participativas**. Madrid: Ediciones HOAC.. p.139.

generosidade⁷³.

Assim, a ordem democrática não precisa necessariamente de um enraizamento mental na nação, ela pode agir em uma relação que se estende para além das fronteiras territoriais da Sociedade nacional⁷⁴.

No mesmo sentido, Maria Chiara Locchi afirma:

En un plano más propiamente normativo, la idea de una ciudadanía transnacional evoca la esquina frente a la cual parecen paradas las reflexiones de los teóricos del derecho y de la justicia en la búsqueda de la cohesión interior de un Estado democrático que se habre a identidades y nacionalidades múltiples y superpuestas: por un lado, los que defienden el principio de la soberanía estatal en la determinación de las condiciones de acceso al territorio y a la comunidad política, también de manera coherente con una concepción de solidaridad social que implique una identidad nacional compartida e instituciones políticas a quienes se puedan encargar las instancias redistributivas; por otro, los que subrayan la tendencia a la interdependencia entre Estados soberanos y la importancia de los regímenes reguladores internacionales y globales, con la consiguiente comparticipación a las responsabilidades por parte de los ciudadanos de los Estados más ricos frente a las poblaciones de las áreas más desfavorecidas del planeta⁷⁵.

⁷³ SIRVENT, José Francisco Chofre. CRUZ, Paulo Márcio. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para superação democrática do Estado Constitucional Moderno**. Novos Estudos Jurídicos - ISSN Eletrônico 2175-0491. v. 11, n. 1 (2006). p. 41-62.

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-nacional: ensaios políticos**, p.28.

⁷⁵ "Em um plano propriamente normativo, a ideia de uma cidadania transnacional evoca encontro de reflexões dos teóricos do direito e da justiça na busca da coesão interna de um Estado democrático que se abre a identidades e nacionalidade múltiplas e sobrepostas: por um lado, aqueles que defendem o princípio da soberania do Estado na determinação das condições de acesso ao território e a comunidade política, também de maneira coherente com uma concepção de solidariedade social que implica uma identidade nacional compartilhada e instituições políticas a quem eles podem confiar as estâncias redistributiva; por outro lado, os que destacam(sublinham) a tendência para a interdependência entre Estados soberanos e a importância dos regimes regulatórios internacionais e globais, com a subsequente partilha das responsabilidades por parte dos cidadãos dos Estados mais ricos contra as populações das áreas mais desfavorecidos do planeta" (tradução livre) LOCCHI, Maria Chiara. **La Complejidad del Ius Soli: Una Contribución al Debate sobre la Ciudadanía En los Estados Democrático-Pluralistas Contemporâneos**, p. 34.

Jürgen Habermas conclui que "só poderemos enfrentar de modo razoável os desafios da Globalização se conseguirmos desenvolver na Sociedade novas formas de autocondução democrática dentro da constelação pós-nacional"⁷⁶.

Nesse sentido, Cruz e Ferrer propõem a Democracia Transnacional para depois da modernidade, decorrente de "um novo mundo que surgiu da coincidência histórica de três processos independentes: a revolução da tecnologia da informação; a crise econômica tanto do capitalismo como do socialismo de Estado; e o florescimento de novos movimentos sociais e culturais"⁷⁷.

Essa Democracia Transnacional deve ser sustentada pelos pilares da erradicação da pobreza, da preservação do meio ambiente, da garantia de educação a todos e da ética⁷⁸.

O Estado está a exigir nova estruturação, nova roupagem, de modo a exigir também adequação das suas instituições. A preocupação está com relação ao Direito neste novo contexto. Haverá uma nova forma de produção da norma, dos instrumentos de coação, de garantir os contratos e controlar (resolver) os conflitos⁷⁹. Esta nova realidade global que transforma a Sociedade e o Estado transforma também o Direito em si, assim como as relações de poder dentro de cada Estado.

Uma das proposições mais firmes sugere a reinvenção da tensão entre Democracia e capitalismo, para que o intuito da Democracia seja implementar um desconforto ao capitalismo para gerar a possibilidade de um capitalismo democrático e uma Democracia Transnacional.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: Ensaios políticos, p. 112.

⁷⁷ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. Os novos cenários transnacionais e a Democracia assimétrica, p. 108

⁷⁸ MAYOR ZARAGOZA, Federico & BINDÉ, Gerome. **Un mundo nuevo**. Barcelona: Centro UNESCO de Cataluña, 2000, p.27 e seguintes, citado por OLLER I SALA, M. DOLORS. in **Un futuro para la democracia**: una democracia para la gobernabilidad mundial. p.4.

⁷⁹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**, p. 26.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se depreende, a Democracia já não mais comporta o conceito e aplicação dada pela tradição. Não é mais possível compreender a Democracia como mero procedimento. As Sociedades antigas eram simétricas. As pós-modernas são assimétricas.

A Globalização é um dos fatores que suprime a participação democrática e faz preponderar um decisionismo tecnocrático. E neste meio perpassa também o capitalismo e sua agressividade de mercado.

A crise da Democracia exterioriza-se, notadamente, pela falta de diálogo, dose de autoritarismo desmedido, desobediência à Constituição, falta de consciência política do povo, desequilíbrio entre os poderes, falta de credibilidade nas instituições, déficit financeiro, falta de ideologia de oposição.

Na história, a Democracia liberal venceu, porém, será difícil administrá-la. Questiona-se a superação do Estado Constitucional Moderno, de modo a exigir a utilização de um *conceptual stretching* para Democracia, ou seja, um afrouxamento de conceito.

A Democracia deve ser pensada acima do Estado como um conjunto de princípio e valores culturais. Nesse contexto multicultural deve-se abstrair o espaço-tempo para se admitir o multiculturalismo como interferência na tomada de decisão.

A Democracia Representativa serve apenas para autorizar. É preciso, completá-la por meio da Democracia Transnacional e Solidária, como um novo campo, uma nova alternativa a representar um estágio mais avançado, como um valor social e não apenas como procedimento.

A Democracia Transnacional e Solidária conjectura, por um lado, uma limitação do poder das organizações e, por outro, uma extensão dos direitos dos membros dessas organizações. É uma ideia de solidariedade, de igualdade complexa assimétrica, de defesa de direitos iguais, de uma

responsabilidade cívica e de guarda dos interesses coletivos.

Retoma-se aqui o problema enfrentado de que o Estado Moderno vem sendo superado diante do fenômeno da Globalização. Confirma-se a hipótese de que a Globalização interfere na Soberania estatal e a Democracia em crise passa de Representativa a Transnacional com vistas a resolver as demandas mundializadas.

É necessário pensar de forma global, não só em uma Democracia Representativa e Participativa, mas Transnacional e Solidária, pois o conceito de estado, nação, povo, especialmente soberania e, como já dito, Democracia vem sendo superado.

Diante da nova arquitetura que surgiu, a pós-modernidade exige uma nova política-jurídica, sobretudo, para existência efetiva e universal da Democracia que ultrapasse as fronteiras, que resignifique os paradigmas da modernidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um locus da Democracia Participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de direito. Vol. 3. Coleção Ensaio de Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. 5 ed. São Paulo: Atena Editora, 1957.

BENHABIB, Seyla. The Future of Democratic Sovereignty and Transnational Law. **Max Weber Lecture Series**, n. 4, 2012.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**. V.I. São Paulo: Manole, 2005.

BLUNTSHLI, J. Johann Kaspar. **The theory of the State**. Oxford:

Clarendon Press, 1898.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade:** Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 135. Título original: *Stato, governo, società. Per una teoria generale dela política.*

BOBBIO, Norberto. **Estado governo e Sociedade.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4.Ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** 3 ed. São Paulo: Malheiros editores, 1995.

BRANCO. Elcir Castello. **Teoria geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 1988.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional.** 4 ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1963.

CASTELLS, Manuel. **Fim do milênio.** A era da informação: economia, Sociedade e cultura. 5.ed. v.3. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e terra, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio Cruz. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo.** Florianópolis, Diploma Legal. 2001.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito constitucional.** Curitiba: Juruá, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **Os novos cenários transnacionais e a Democracia assimétrica** - Porto Alegre - RECHTD - UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 2, p. 96-111, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. Os novos cenários transnacionais e a Democracia assimétrica - Porto Alegre - RECHTD - UNISINOS. RECHTD.

Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 2, p. 96-111, 2010.

DAHL, Robert. Can international organizations be democratic? A skeptic's view. **Ian Shapiro and Casiano Hacker-Cordon, eds., Democracy's Edges** (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999).

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 4 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRIEDE, Reis. **Ciência Política e teoria geral do estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GIBBONS, Michael. Globalização, competitividade e o futuro da Educação superior. In: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN. **Globalização, ciência, cultura e religiões**. Lisboa: Dom Quixote, 2003.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Tradução de Maria Luiza X. De A. Borges. 3 tiragem. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 2 ed. Tradução de Fernando Luís Machado e Maria Manuela Rocha. Oeiras, Portugal: Celta Editora, 1995. Título original: *The consequences of modernity*.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRILLO, Vera de Araújo. **A separação dos poderes no Brasil: Legislativo versus Executivo**. Blumenau/ Itajaí: Editora Edifurb e Editora Univali, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: Ensaio políticos**. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução e introdução de Flávio

Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HELD, David. **La Democracia y el orden global**: Del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Traducción de Sebastián Mazzuca. Barcelona: Paidós, 2002.

HELLER, Hermann **Teoría del Estado**. 2.ed. Tradução de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 50/ 166. Título original: *Staatslehre*.

JELLINEK, Georg. **Teoría General Del Estado**. Tradução de Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatroz, 1978. p. 215-220. Título original: *Allgemeine Staatslehre*.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de: Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 25. Título original: *What is justice?*

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOCCHI, Maria Chiara. **La Complejidad del Ius Soli: Una Contribución al Debate sobre la Ciudadanía En los Estados Democrático-Pluralistas Contemporâneos**. Revista General de Derecho Público Comparado 15 (2014).

MAYOR ZARAGOZA, Federico & BINDÉ, Gerome. **Un mundo nuevo**. Barcelona: Centro UNESCO de Cataluña, 2000. p. 27.

MALTEZ, José Adelino. **Ensaio sobre o problema do Estado**. Lisboa: Academia Internacional da Cultura Portuguesa, 1991. t. 1.

MANZINI, Ezio & BIGUES, Jordi. **Ecología y democracia**. Barcelona: Icaria, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONCADA, Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**: doutrina e crítica. Coimbra: Atlântida Editora, 1947. v.1.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3 ed. Florianópolis: Diploma Legal e OAB-SC, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PIMENTA, Eduardo Goulart; MIRANDA, Lúlian. Princípios e valores fundamentais da ordem econômica na Constituição de 1988. In: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. (org.) **Constituição e Democracia: aplicações**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**. Do pensamento único à consciência universal. 6 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SASSEN, Saskia. Bordering Capabilities versus Borders: Implications for National Borders. 30 **Michigan Journal of International Law** (2008-2009). p. 567-597.

SIRVENT, José Francisco Chofre. CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para superação democrática do Estado Constitucional Moderno. **Novos Estudos Jurídicos** - ISSN Eletrônico 2175-0491. v. 11, n. 1 (2006). p. 41-62.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da Globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUSA, Rainer. **Revolução Francesa**: Causas da Revolução. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/historiag/revolucao-francesa2.htm>. Acesso em: 16-dez-2015.

VILLASANTE, Tomás R. **Las democracias participativas**. Madrid: Ediciones

HOAC.

WATERS, Malcolm. **Globalização**. Tradução de Magnólia Costa e Ana Bela Rocha. Oeiras, Portugal: Celta, 1999. p. 03. Título Original: *Globalization*.

ZUMBANSEN, Peer. Transnational Law. In: SMITS, J. (ed.). **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**. Elgar, 2006. p. 738-754. p. 2.
Disponível em: <
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1105576 >. Acesso
em 17 set. 2015.

RACIONALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS NA POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA A JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO ESTADO DE RONDÔNIA

Bruno Vinícius Machado Parreira¹

Pedro Abib Hecktheuer²

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 resgatou direitos que outrora eram usurpados do povo. O direito à saúde foi introduzido no rol de direitos sociais, estabelecendo normas gerais e posteriormente, leis infraconstitucionais com a finalidade de regulamenta-lo, como ocorre, por exemplo, na Lei do Sistema Único de Saúde (Lei nº 8.080/90).

Grande parte da doutrina entende que o direito a saúde é uma norma programática. No entanto, a jurisprudência pátria entende que por ser um direito fundamental, sua aplicação é de natureza imediata, não podendo ser suporte para os entes federados descumprirem seus deveres de assegurar à saúde aos cidadãos.

Porém, é de entendimento da doutrina também, que ao dar provimento a decisões que determinem a concessão de procedimentos na área da saúde, o Poder Judiciário deve verificar a disponibilidade fática de recursos para cumprimento das ordens judiciais, haja vista que todos os gastos dos Estados Federados devem obedecer a Lei Orçamentária Anual à luz do Art.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia; Pós-Graduando *latu senso* em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia. E-mail: brunoparreiradv@gmail.com

² Graduado em Direito pela Faculdade Palotina de Santa Maria, Rio Grande do Sul; Pós-Graduação em Direito Civil, com ênfase na Constitucionalização do Direito pela Universidade Gama Filhos; Aluno especial do Doutorado Interinstitucional em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Professor Titular de Direito Constitucional no Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia; Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia. E-mail: pedro@fcr.edu.br

165 da CR/88, todavia, mencionada tese, como se verá, não vem sendo acolhida em nossos Tribunais.

Ressalta-se que, embora o art. 196 da CF/88 preconize que é dever do Estado fornecer o acesso a saúde, referida situação não é ilimitada, tendo em vista, o princípio da reserva do possível, tal como, as limitações financeiras e materiais de cada Ente.

Ocorre que o Estado de Rondônia vem sendo reiteradamente compelido a cumprir decisões judiciais, as quais não estão previstas em seu orçamento.

Diante dessa realidade, vale mencionar que o art. 167 da Carta Magna, diz ser proibido, o início de programas ou projetos não incluídos na Lei Orçamentária Anual, bem como a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. No mesmo sentido, aduz o art. 136 da Constituição do Estado de Rondônia.

Outra problemática que referidas decisões podem trazer, é o fato de essas decisões virem ferir o princípio constitucional da isonomia, com fulcro no art. 5º, da CF/88. Pois, ao julgar que o Estado de Rondônia cumpra decisões judiciais em determinado tempo, sob pena de multa, cria uma desigualdade com os demais pacientes.

Destarte, embora na Constituição haja previsão ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, essa não pode ser utilizada de maneira demasiada, sob o risco de ser criado um ativismo excessivo, já que as decisões judiciais podem e estão interferindo em questões de políticas públicas.

Além disso, se faz necessário averiguar se as decisões judiciais de procedimentos não padronizados pelo SUS ferem o princípio basilar constitucional da separação dos poderes, do mesmo modo, o princípio da isonomia entre os usuários do SUS. Para isso, se buscará uma base em pesquisa bibliográfica descritiva e explicativa acerca do tema proposto.

Por fim, serão analisados dados adquiridos junto a Procuradoria Geral do

Estado de Rondônia, ao Núcleo de Mandados Judiciais e Núcleo de Planejamento e Orçamento da Secretaria de Estado da Saúde de Rondônia, fazendo questionamentos a respeito da questão da judicialização do fornecimento de medicamentos.

1. A SAÚDE COMO UM DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

A saúde juntamente com a previdência e a assistência social constitui um sistema integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, denominado Seguridade Social, vigente na atualidade por conta de expressa disposição na CF88. No seu artigo 196, a Constituição Federal de 1988 deixa claro que a saúde "é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação"³.

No entanto, a seguridade social, de forma como está apresentada hoje no texto constitucional, não foi uma realidade nas Constituições brasileiras, embora desde a Constituição Federal de 1824 já se fizesse menção aos chamados socorros públicos⁴, o direito à saúde, efetivamente, só foi introduzido expressamente na Constituição Federal de 1988, também chamada – Constituição Cidadã⁵.

Advinda de um período logo após um regime ditatorial, buscou o constituinte originário estabelecer um rol extensivo de direitos fundamentais, dentre os quais, foi inserido expressamente, o direito à

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁴ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824.

⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

saúde, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, de grande relevância em nossa Carta Política.

Destaca-se que os debates relacionados à previsão direito à saúde são de longa data, todavia, somente com a edição da Lei 8.080/90, dois anos após a promulgação da Constituição Federal, que se criou o Sistema Único de Saúde (SUS), e esse direito atingiu sua plenitude⁶.

Posto isto, vale mencionar que antes da implementação da supracitada lei, a saúde pública tinha um caráter restritivo, visto que somente os pagantes poderiam usufruir desses benefícios. Assim, aquele que possuísse um vínculo formal de emprego e contribuísse para Previdência Social poderia fazer uso do sistema⁷.

Logo, verifica-se que grande parte da sociedade era excluída, já que o Estado não possuía esse caráter protetivo atual, bem como não obtinha condições de arcar com a despesa pela via privada.

Nessa época, o atendimento pelo setor público dava-se exclusivamente pela Previdência Social, que por intermédio do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), realizava os serviços ambulatoriais e hospitalares contratados⁸.

As ações da saúde tinham caráter centralizado, cabendo as Secretarias Municipais e Estaduais de Saúde a realização de ações de promoção da saúde e prevenção das doenças⁹. No entanto, com advento da CRFB/88,

⁶ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**, Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Seção 1 - 20/9/1990, p. 18055.

⁷ OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo & TEIXEIRA, Sônia M. F. Teixeira. **(Im)previdência social: 60 anos de história da Previdência no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1985.

⁸ OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo & TEIXEIRA, Sônia M. F. Teixeira. **(Im)previdência social: 60 anos de história da Previdência no Brasil**, 1985.

⁹ BARROS, Fernando P. Cupertino de. A incorporação dos conhecimentos em saúde coletiva nas políticas e práticas municipais do SUS - a perspectiva do CONASS. BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.), São Paulo, v. 13, n. 3, jul. 2012. Disponível em

que estabeleceu como dever do Estado a disponibilização da saúde, implementou-se a descentralização das políticas públicas nesse âmbito, concedendo autonomia de gestão e de execução para as Secretarias de Saúde.

1.1 O direito à saúde à luz da constituição federal de 1988

Conforme já mencionado, a CRFB/88 é constituída de marco histórico político, já que o Brasil vinha de um regime ditatorial militar que perdurou por mais de 20 anos. Dessa forma, alinhado ao processo de redemocratização do Brasil o constituinte originário buscou estabelecer direitos e garantias fundamentais, os quais podem ser evidenciados no Art. 1º, III da CRFB/88, que traz como ponto crucial a dignidade da pessoa humana.

Destarte, verifica-se que a nova Constituição de 1988 buscou romper de todas as formas com os resquícios deixados pelo regime da ditadura militar instalado no país em meados de 1964, o qual havia causado tortura e restrições de direitos para os cidadãos que eram opositores ao mencionado regime. Nesse contexto é que nasce o "clamor social" pela proteção dos direitos fundamentais, como à vida, à educação, à liberdade de expressão e a saúde, objeto do presente estudo.

A Constituição democrática de 1988, diferentemente das anteriores, se apresenta de forma aberta e plural, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo expressamente o direito à saúde no rol dos direitos sociais, em seu título II, Art. 6º da CRFB/88 e ainda no Título VIII, que trata "Da ordem social", nos artigos 196 a 200 que traça regramentos gerais a serem observados na criação e implementação do sistema público de saúde. Conforme se extrai do texto constitucional.

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

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 recuperação¹⁰.

A norma apresentada no artigo 6º da CF/88, ao prever os direitos sociais, trata de direitos fundamentais, possuindo aplicabilidade imediata, conforme preconiza o artigo 5º, § 1º. De outro giro, a previsão do artigo 196, por versar sobre direito social, a maioria da doutrina entende ser ela uma norma de conteúdo programático. Nesse sentido já lecionou o doutrinador¹¹:

[...] as normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios programáticos, veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando a realização de fins sociais (arts. 6º - direito à alimentação; 196 - direito à saúde; 205 - direito à educação; 215 - cultura; 218, caput - ciência e tecnologia; 227 - proteção da criança...).

Embora o Art. 196 da CRFB/88 seja considerado uma norma de natureza programática existem julgados que firmam entendimento contrário, reconhecendo ser essa norma de aplicabilidade imediata, nesse sentido mencionamos a decisão do Ministro Celso de Mello citado por Gilmar Mendes, que assim dispõe:

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, relator do AgR-RE n. 271.286-8/RS, ao

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

¹¹LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. revista, ampliada, e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221.

reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que "a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional", impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que "a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (art. 197)", legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço (BRASIL, 2000).

Nesse contexto, a Constituição Federal buscou estabelecer em seu Art. 23, II, a competência comum entre os entes da Federação a fornecerem de forma hierarquizada e descentralizada o acesso à saúde aos cidadãos, assim, todos respondem solidariamente em questão de saúde pública. Quanto a competência para efetivar o direito à saúde Sarlet¹² acrescenta que:

Quem vai definir o que é direito à saúde, quem vai, nesse sentido, concretizar esse direito é o legislador Federal, Estadual e/ou Municipal, dependendo da competência legislativa prevista na própria constituição. Da mesma forma, será o Poder Judiciário (ao menos, assim o sustentamos), quando acionado, é quem irá interpretar as normas da Constituição e as normas infraconstitucionais que a concretizam.

Além disso, os direitos sociais devem ser garantidos pelo Estado por intermédio de políticas públicas que assegurem à sua efetivação para atender o maior número possível de cidadãos. Nesse sentido, José Afonso da Silva define os direitos sociais como "prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 10, 2002, p. 12.

fracos" ¹³.

Ressalta-se, ainda, que a competência da administração pública em disponibilizar meios de acessos à saúde aos cidadãos, não afasta a possibilidade do setor privado por intermédio de convênios e contratos atuar no acesso à saúde à luz do Art. 199 da CRFB/88.

Finalizando a seção do direito à saúde junto ao texto constitucional o artigo 200 traça as competências e atribuições do Sistema Único de Saúde. Desta forma, observa-se a preocupação do legislador constituinte originário em assegurar a plena efetividade e aplicabilidade aos direitos fundamentais e sociais, com intuito de conceder a proteção e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana ¹⁴.

Para melhor elucidar o entendimento de ser o direito social à saúde um direito público subjetivo do cidadão, necessário se faz perpassar pela legislação infraconstitucional no que diz respeito a efetivação legislativa do acesso à saúde no Brasil.

1.2 Legislações infraconstitucionais regulamentadoras do direito à saúde

Embora a Constituição Federal tenha estabelecido expressamente em seu texto o direito à saúde como um direito social, esses artigos não foram suficientes para normatizar todos os regramentos do sistema de saúde.

Para tanto, a CF/88, instituiu um Sistema Único de Saúde (SUS), com a finalidade de organizar através de uma rede regionalizada e hierarquizada as ações e serviços públicos relacionados à saúde, de acordo com as

13 SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 282.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade¹⁵.

Outrossim, a partir da Emenda Constitucional 29/2000, o § 2º do art. 198 passou a dispor sobre a obrigatoriedade da aplicação dos recursos mínimos provenientes das três esferas de gestão para o financiamento das ações e dos serviços de saúde transformando essa reserva de recursos norma de observância obrigatória, sob pena de intervenção no caso de descumprimento¹⁶.

A Lei do SUS e as demais alterações sofridas ao longo dos seus 25 anos, acompanham as mudanças sociais e econômicas, que buscam o aprimoramento das políticas públicas de saúde tornando-as mais eficientes e fortalecendo o controle social. Para isso conta com princípios norteadores como a universalidade de acesso; integralidade de assistência; preservação da autonomia das pessoas; igualdade de assistência; direito a informação; divulgação de informações; estabelecimento de prioridades utilizando-se da epidemiologia e participação da comunidade¹⁷.

Ademais, no tocante as diversas regulamentações relacionadas ao acesso a saúde, está a que diz respeito à Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) e, relativamente ao acesso a medicamentos no SUS, é importante mencionar os avanços trazidos pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011 que altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990,

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. revista, ampliada, e atualizada. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 704.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988 (Acrescido no ADCT pelo Art. 77, que estabelece até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde).

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**, Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Seção 1 - 20/9/1990, p. 18055.

estabelecendo a assistência terapêutica integral, que consiste na dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja alinhada com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a patologia ou o agravo à saúde a ser tratado ou, no caso destes não estarem disponíveis, com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS.

No contexto da incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, a referida Lei estabelece que o Ministério da Saúde seja assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS ¹⁸.

O Brasil elabora listas oficiais de medicamentos desde 1964, inicialmente as atualizações foram realizadas pela Central de Medicamentos (CEME), que a partir da versão elaborada em 1975 passou a ser denominada de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) ¹⁹. A Portaria nº. 3.916/98 foi o primeiro documento norteador da assistência farmacêutica e política de medicamentos após a criação do SUS, nela se institucionalizou a revisão permanente da RENAME e ainda a promoção do uso racional de medicamentos em âmbito nacional ²⁰.

Apesar de existir uma política nacional de atualização e regulamentação no âmbito do SUS, visando à garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, há por parte dos Tribunais, principalmente os superiores, discussão acerca do recebimento de medicamentos aplicados a casos concretos, passando a não reconhecer o caráter programático da norma.

¹⁸ CONITEC. Comissão nacional de incorporação de tecnologias no SUS. Disponível em: <http://conitec.gov.br>. Acessado em: 15/01/2017.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação nacional de medicamentos essenciais 2014**. Brasília-DF, 2015.

²⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação nacional de medicamentos essenciais 2014**. Brasília-DF, 2015.

Assim, o Supremo Tribunal Federal (STF), desde 1999, tem demonstrado assumir um posicionamento favorável ao deferimento de pretensões a medicamentos²¹. Nestes moldes, temos um julgado recente, com fundamento no art. 23, II da CF/88, que afirma a responsabilidade solidária dos entes da Federação no que tange ao direito fundamental a saúde. Nesse sentido, foi a decisão tomada na análise do Recurso Extraordinário (RE) de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 05.03.2015: "[...] Recurso Extraordinário. Constitucional e Administrativo. Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência[...]"²².

Diante do que se apresenta ao analisar as legislações infraconstitucionais acerca do direito a saúde garantida como um direito constitucional a ser preservado, convém trazer a baila outros determinantes no cumprimento desse direito fundamental.

2. DO MÍNIMO EXISTENCIAL À RESERVA DO POSSÍVEL E A RESPONSABILIDADE ESTATAL

Os direitos sociais incluídos na Constituição de 1988 como direitos fundamentais, representou um avanço substancial na busca pela igualdade social, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. O princípio da dignidade da pessoa humana como preceito ético constitucional exige do Estado não só sua aplicação e defesa, mas a garantia de efetivação dos direitos dela decorrentes. Em vista disso, entendendo que para que se possa usufruir desses direitos, muitos autores desenvolveram uma teoria chamada de "mínimo existencial"²³, que está

²¹ Ver o RE nº 257.109, RE nº 242.859, RE nº 247.900, RE nº 279.519.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178 RG/SE**. Relator Ministro Luiz Fux, 2015.

²³ TORRES, Sílvia Faber. **Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: Breves Considerações e Críticas**. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). Direitos

pautada na implementação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna.

Para Ana Paula de Barcellos²⁴, o mínimo existencial seria como um núcleo irreduzível do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual incluiria um mínimo de quatro elementos de natureza prestacional: a educação, a saúde básica, assistência em caso de necessidade e acesso à justiça.

Já Sarlet e Figueiredo²⁵ observam que o conteúdo do mínimo existencial não se confunde com o "mínimo vital" ou "mínimo de sobrevivência", afirmando que o segundo conceito é mais estrito, referindo apenas a proteção às condições de garantia da vida humana, sem adjetivar qualquer outra preocupação, ou mesmo inquietar-se com a dignidade dessa vida. Conclui que por isso essa ideia deve ser abandonada, por se mostrar reducionista e simplória.

Para outros autores como Daniel Sarmento²⁶, o conteúdo relativizado da tese do mínimo existencial, não poderia ser definido primeiramente, sem uma análise de uma situação concreta e específica, e independente de uma perspectiva absoluta ou relativa adotada, se trabalharia com duas dimensões para seu real exercício: A dimensão negativa – em que o mínimo existencial opera como um limite, para impedir a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as condições materiais indispensáveis a uma vida digna; E a Dimensão positiva – que

Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 252.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-50.

²⁶ DANIEL, Sarmento. **Por um constitucionalismo Inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.204-205.

seria um conjunto essencial de direitos prestacionais a serem implementados e concretizados que possibilitariam uma vida digna.

Conforme leciona Torres²⁷, visando garantir as condições da liberdade individual, o patamar estabelecido pelo mínimo existencial quanto ao exercício dos direitos sociais como direito de aplicabilidade imediata, para um grupo de doutrinadores, dispensaria a atuação legislativa com seu elemento concretizador.

Os direitos sociais, conforme mencionado anteriormente, dentre os quais o direito a saúde que está intimamente ligado ao direito à vida, são direitos que exigem uma concretude de imediato, para tanto o poder estatal deverá considerar a limitação material, orçamentária e orgânica do próprio Estado, que conta com recursos muitas vezes escassos.

Stephen Holmes e Cass Susteins²⁸, há tempos já advertiam que para a efetivação e defesa de qualquer direito positivado constitucionalmente, deverá existir dispêndio econômico e financeiro. E quando o assunto são direitos sociais, esses gastos são ainda maiores. Frente a isso, estão às inúmeras demandas sociais derivadas de um país marcado pela ampla desigualdade que se perpetua no tempo e espaço, enquanto que o Estado pautado pela legalidade para dispor de seu orçamento e ações se vale do princípio da reserva do possível elucidada em nossos Tribunais como limite à prestação jurisdicional de medicamentos.

De origem do Tribunal Constitucional Alemão o princípio da reserva do possível (*Des Vorbehalt des Möglichen*), compreende a possibilidade de custeio dos direitos sociais positivados pela ordem constitucional, sendo esses elementos prestacionais dependentes de recursos originários dos

²⁷ TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: Breves Considerações e Críticas. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 778.

²⁸ HOLMES, S; SUSTEIN, C. **The Cost of Rights**. Why Libertu Depend on Taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999, p.443.

cofres públicos²⁹.

Foi a partir do caso *numerus clausus*³⁰, decidido pela Corte Constitucional Alemã³¹, que o entendimento sobre a implementação de certos serviços públicos estaria condicionada a disponibilidade de recursos do próprio Estado, passou a ser revisto, razão pela qual não se poderia exigir prestações desarrazoadas do Estado, fazendo com que a pretensão do indivíduo fosse considerada improcedente.

O princípio da reserva do possível foi assimilado pelo direito brasileiro, sendo o responsável por limitar a responsabilidade estatal conforme a possibilidade material do ente, servindo para justificar o atraso do Estado no cumprimento de políticas públicas envolvendo, sobretudo, os direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde pública e de qualidade.

No entanto, o princípio da reserva do possível sofreu grande influência do princípio da razoabilidade, pois tal prerrogativa não deve ser motivo de esquivia à realização dos direitos sociais. O que se almeja na realidade é conciliar a responsabilidade do Estado com a limitação orçamentária, econômica e orgânica do ente político. Quanto ao uso da razoabilidade e proporcionalidade pelo Poder Judiciário, aduzem Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo que³²:

É diante de situações concretas, sempre no contexto de uma relação meio-fim, que devem ser aferidos os

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**, 2010, p. 22.

³⁰ **Numerus clausus** é a denominação de uma política adotada na Alemanha, em 1960, para limitar numericamente os ingressos de estudantes em determinados cursos universitários face à grande quantidade de interessados em áreas como direito, medicina, farmácia e outras. Estudantes que não lograram ser admitidos nas escolas de medicina das Universidades de Hamburgo e Munique contestaram a limitação com base no art. 12 da Lei Fundamental, que prevê o direito de todo alemão à livre escolha de sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação". LEIVAS, 2006, P.98.

³¹ ALEMANHA, 1960.

³² ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 205-206.

critérios de razoabilidade e proporcionalidade, podendo o Poder Judiciário, desde que provocado, apreciar se as restrições impostas pela Administração Públicas são adequadas, necessárias e justificadas pelo interesse público; se o ato implicar limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (além da medida) deverá ser anulado.

Que os recursos dos quais o Estado dispõe são escassos, é fato e foi demonstrando. Porém, deve-se tentar harmonizar essa condição, com a responsabilidade estatal, o mínimo existencial e a reserva do possível, o que poderá ser revelado no caso concreto, devendo ser aplicado a ideia de razoabilidade e proporcionalidade. Assim, leciona Ana Paula de Barcellos³³:

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. [...] Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Dessa forma, é através do caso concreto que se poderá resgatar o mínimo existencial, respeitando a discricionariedade do ente público na aplicação de seus recursos, cumprindo com sua responsabilidade na realização de políticas que atendam as necessidades da coletividade.

Observa-se, por exemplo, o direito à saúde, que pode se apresentar sob

³³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Renovar, 2002, p. 245-246.

diversas nuances. Destarte, se em um determinado caso a pessoa pleitear que o Estado custeie o seu tratamento de comprovada eficácia e que realmente funcione no combate de sua enfermidade, negar o tratamento, nessa hipótese, seria notadamente desumano. Porém, outro caso, é a pessoa querer que o Estado custeie o tratamento de eficácia duvidosa ou sequer em fase de experimentação. Se, por um lado, é compreensível que o indivíduo queira fazer uso desse tratamento, o Estado, contudo, não pode arcá-lo na incerteza, no improvável.

Portanto, as políticas públicas em benefício da tutela individual devem ser preteridas em face da tutela coletiva, já que no caso do direito a saúde, as normas regulamentadoras são estabelecidas pela administração pública buscando parâmetros em aprofundados estudos técnicos e científicos para atender os cidadãos. Embora as portarias não abarquem medicamentos para todos os tipos de doenças, deve existir uma ponderação nas medidas judiciais, haja vista que a maioria das vezes são proferidas decisões sem o devido conhecimento técnico, baseando-se muitas vezes em um único laudo médico.

Diante desta constatação é que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, orientou a implantação dos Núcleos de Apoio Técnico (NAT's). A norma recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais a celebração de convênios para que médicos e farmacêuticos ofereçam suporte técnico aos magistrados³⁴.

Ressalta-se, ainda, que segundo a Organização Mundial de Saúde, 50% dos medicamentos receitados pelos médicos, são ministrados de forma equivocada³⁵, posto que, esses em muitos casos, não se atualizam e não

³⁴BRASIL, Conselho Nacional de Justiça do. **CNJ – Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010**, Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde..

³⁵BRASIL. Ministério da Saúde. **Uso racional de medicamentos – temas selecionados**. Brasília-DF, 2012.

possuem especialização em fármacos, prescrevendo com intuito de fazer testes, ministrando de maneira errônea os medicamentos.

Diante de tais situações, constatam-se duas balizas que norteiam o princípio da reserva do possível: a) Os direitos fundamentais não são absolutos, sejam eles de qualquer natureza (individual ou social), razão pela qual a sua exigibilidade individual e imediata requer o crivo da razoabilidade (a reserva do possível); b) a tarefa de aplicação dos direitos fundamentais, dentro dos quais se encontram os direitos sociais, deve ser realizada conciliando o sistema constitucional protegendo sempre, um patamar mínimo civilizatório de dignidade³⁶.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE A DIVISÃO DOS TRÊS PODERES

Conforme preconiza o Art. 2º da Constituição Brasileira, cláusula pétrea à luz do Art. 60 §4º, III, não podendo ter sua aplicabilidade afastada, "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

São poderes independentes; pois não se submetem entre si, não se curvam à vontade um do outro³⁷; e são harmônicos, pois tem de verificar as "normas de cortesia e trato recíproco"³⁸. Importante frisar que todos esses poderes têm suas funções que lhe são típicas, e as funções atípicas, a fim de que seja objetivada a interdependência de um em relação aos outros.

A gênese da teoria da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles

³⁶DANIEL, Sarmiento. **Por um constitucionalismo Inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 200.

³⁷SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**, 2006, p. 110.

(382-322 a.C.), em sua obra, "A Política", porém outros pensadores como Maquiavel, Jhon Locke e por fim Montesquieu tiveram importante contribuição para a atual definição.

O modelo que se aplica no Brasil de sistematização do poder fora idealizado por Montesquieu, compreendendo a separação das funções estatais em três esferas. Montesquieu não foi o fundador, mas o divulgador da teoria como se conhece nos dias atuais e foi quem lhe atribuiu contornos mais precisos. André Ramos Tavares diz que: "a ideia que prevaleceu foi a de que a Separação dos Poderes, como doutrina política, teve sua origem na obra de Montesquieu."³⁹ Veio ele a acrescentar a Função Judicial, atribuindo-lhe caráter nulo e independente. Para Montesquieu, todo aquele que está no poder tende a dele abusar. Aduz que:

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.⁴⁰

Assim, essa Teoria de Freios e Contrapesos buscou resguardar a pretensão da coletividade, afastando assim as arbitrariedades de regimes ditatoriais anteriores⁴¹.

Desta forma, referida teoria é de suma importância no contexto mundial, tanto é que, a Declaração Universal dos Direitos Humanos do Homem e Cidadão (1789) estabeleceu em seu artigo 16, a seguinte redação: "a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem

³⁹TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 859.

⁴⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 165.

⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1991, p.184-185.

estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição"⁴². Destarte, buscou-se estabelecer que os poderes do Estado fossem independentes e autônomos entre si, garantindo a democracia, sistema de separação dos poderes garantido no texto magno da República Federativa Brasileira⁴³.

Jose Afonso da Silva, um dos grandes constitucionalistas brasileiro, levando em consideração a independência dos poderes consagrados na Constituição Federal/88, explanou o seu significado, *in albis*:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.⁴⁴

Posto isto, verifica-se que a nossa Carta Magna estabeleceu de forma típica as funções de cada poder, sendo que coube ao Legislativo a função de legislar, estabelecendo normas e regramentos gerais, por meio da edição de leis e emendas constitucionais.

Por sua vez, ao Poder Executivo coube a incumbência de administrar e dá fiel execução as políticas públicas.

Ao judiciário coube a responsabilidade de proteger a Constituição, bem como resolver quaisquer demandas levada em questão, posto o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no Art. 5º, XXXV da CRFB/88⁴⁵.

⁴² FRANÇA (1789). Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Traduzido por FERREIRA Filho, Manoel G. et. All in. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Saraiva, 1978.

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 110.

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Vale ressaltar, que embora nossa Carta Maior tenha delimitado as funções típicas dos poderes, não afasta a possibilidade desses Poderes exercerem de forma atípica as funções dos demais. Visto que, referida exceção está inserida de forma aleatória na CF/88, como ocorre por exemplo nos artigos 52, I, 62, 96, I, "a" e "f"⁴⁶.

E no que diz respeito a saúde, o Art. 23, II da CRFB/88, prevê a competência dos entes federados em cuidar desse direito de maneira solidária. Logo, as políticas públicas na saúde são implementadas por intermédio do Poder Executivo, cabendo ao Poder Legislativo editar leis determinando competências, bem como atribuição dos entes da federação e ao judiciário cabe o dever de garantir o direito tutelado, caso haja alguma violação.

Nesse contexto, fazemos menção aos ditos de Barroso, onde cita as digressões de Marcos Maselli Gouvêa, o qual, em um estudo sobre o tema, traz importante contribuição.

Nesse sentido, o Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder Judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade- incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público (MASELLI, 2003 apud BARROSO, 2013, p. 179).

Nessa perspectiva, a busca pelo acesso a saúde por meio do Poder Judiciário deveria ser exceção, haja vista que o Poder Executivo implementa os critérios para acesso à saúde conforme normas estabelecidas pelo Poder Legislativo, cada um dentro do poder que lhe confere a Constituição Federal

⁴⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

de 1988⁴⁷.

Alinhado a esse discurso, podemos mencionar o enunciado de nº. 3 da I Jornada de Direito da Saúde, que "recomenda ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária⁴⁸".

De outro giro, vale destacar que o fenômeno da judicialização da saúde busca beneficiar a tutela individual em face da tutela coletiva.

Portanto, ao conceder medicamentos não previstos em portarias do Sistema Único de Saúde, deve ocorrer uma análise aprofundada do caso concreto, já que a administração pública ao inserir fármacos em uma de suas portarias, assim o faz baseando-se em conhecimentos técnicos. Contudo, o enunciado de nº. 4 da I Jornada de Direito da Saúde, orienta:

4 - Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado⁴⁹.

Desta feita, a intervenção do judiciário nas políticas públicas da assistência farmacêutica deve ser exceção, posto que os entes federados tem discricionariedade no que se refere as políticas públicas, obedecendo a sua previsão orçamentária.

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁴⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação nacional de medicamentos essenciais 2014**. Brasília-DF, 2015.

⁴⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação nacional de medicamentos essenciais 2014**. Brasília-DF, 2015.

4. A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DE RONDÔNIA

O artigo 5º, XXXV da Constituição de 1988, dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"⁵⁰. Sendo assim, sempre que houver violação do direito, ou mesmo ameaça de lesão a direitos, o Judiciário, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, será chamado a intervir, pois a defesa de direitos fundamentais constitui sua atividade basilar.

Certamente, o direito de ação é direito fundamental, subjetivo, que garante aos cidadãos a possibilidade de obter por meio da justiça provimento acerca de determinado caso concreto. Portanto, o Poder Judiciário possui competência para julgar questões relativas à saúde pública, no que tange a omissão estatal em prestar o serviço, também nos casos de demora demasiada sem justificativa plausível, bem como na negativa em disponibilizar ao cidadão serviços que possam garantia-la.

Porém, referida medida deve ser uma exceção, posto que, embora seja dever do Estado priorizar o atendimento dos direitos fundamentais, concretizando dessa forma o bem e a finalidade pública, este possui limitações quanto ao seu orçamento e recursos financeiros, devendo estabelecer previamente critérios para o acesso de determinados procedimentos.

Todavia, o entendimento dos Tribunais em condenar o ente público a cumprir decisões judiciais de fornecimento de medicamentos, por exemplo, acaba interferindo na discricionariedade da aplicação dos recursos, previstos em lei orçamentária, ferindo dessa forma a hermenêutica constitucional, nesse caso, o princípio da justeza ou da conformidade funcional. Acerca de tais princípios, assim dispõe a doutrina:

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Atua no sentido de não permitir que os órgãos encarregados da interpretação constitucional cheguem a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional estabelecido pela Constituição, devendo-se manter no quadro das funções a eles atribuídas. Sua finalidade é impedir a violação da repartição de funções estabelecidas na Constituição.⁵¹

Dessa forma, atribuir ao Judiciário a função de definir as políticas públicas a serem implementadas por meio de decisões, fere veementemente o princípio Constitucional da separação dos poderes. Por isso não se deve confundir fiscalização com usurpação do espaço, criando uma espécie de espectro de decisões dos demais poderes constituídos⁵².

Nesse contexto, a judicialização do fornecimento de medicamentos que tem ocorrido em todo o país, gera diversas discussões em torno dos critérios limitadores da atuação do Poder Judiciário e o eventual ferimento ao princípio da igualdade, diante da constatação de que somente àqueles que têm acesso à justiça e se socorrem do Judiciário estão sendo contemplados com prestações positivas do Estado.

Essa afirmativa pode ser constatada em pesquisa realizada nos arquivos da Procuradoria Geral do Estado de Rondônia, onde se verificou que os processos de ações de Mandados de Segurança na saúde em 2014, obtiveram um total de 20 (vinte) processos, dentre os quais, 12 (doze) foram impetrados por advogado particular, e 8 (oito) pela Defensoria Pública do Estado de Rondônia.

Ressalta-se, ainda, que desses 20 (vinte) processos, somente em 3 (três) foi constatado a hipossuficiência.

Outro dado importante que não pode deixar de ser mencionado é o da Secretaria de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão (SEPOG), de

⁵¹ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 180.

⁵² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. revista, ampliada, e atualizada. Bahia: Juspodivm, 2013.

Rondônia, que destinou R\$2.500.000 (dois milhões e quinhentos mil reais) através da Lei 3.313 de 20 dezembro de 2013 (Lei Orçamentária Anual - 2014) para atender usuários do SUS em situações excepcionais (tratamento fora de domicílio, decisões judiciais), e receitas com essa finalidade, ou seja, tratamento fora de domicílio e decisões judiciais, até o término desta pesquisa, em setembro de 2015, já ultrapassa a casa dos R\$2. 220.000,00 (dos milhões e duzentos e vinte mil reais), de gastos gerados a partir de sentenças judiciais.

Além disso, de setembro de 2013 a setembro de 2015, as demandas judiciais na área de fornecimento de medicamentos somente oncológicos no Estado de Rondônia, giraram em torno de 71(setenta e uma) ações. Desses requerentes 08 (oito) foram a óbito; 04 (quatro) tiveram seu tratamento completo; 11(onze) tiveram seus processos arquivados; 32 (trinta e dois) tiveram a liminar deferida e estão em tratamento e 16 (dezesseis) estão aguardando decisão. Vale ressaltar que o valor gasto com o sequestro de valores e multas no período de 2014/2015, foi em torno de R\$326.506,90 (trezentos e vinte seis mil quinhentos e seis reais e noventa centavos), dados obtidos no Núcleo de Mandados Judiciais da Secretaria de Estado da Saúde de Rondônia.

Logo, verifica-se que em muitos casos a solicitação de medicamentos por intermédio do Judiciário beneficia parte da sociedade, a qual, postulando uma demanda judicial pleiteando medicamento, recebe o fármaco antes mesmo daquele que o requisitou pela via administrativa, haja vista que, na maioria das vezes, as decisões judiciais vêm cumuladas com pena de multa ao Secretário Estadual de Saúde. É o que se extrai da seguinte decisão:

Expeça-se MANDADO de intimação pessoal ao Secretário Estadual de Saúde para informar o cumprimento da liminar, no prazo de 48 horas, quanto a dispensação do medicamento Enxoparina a favor do autor, sob pena de fixação de multa diária e pessoal, sem prejuízo das demais cominações legais, nos termos do art. 14, par. único do CPC.E por economia processual, desde já fixo a multa no valor de R\$5.000,00, por descumprimento da medida, contados

a partir do prazo acima mencionado. Expeça-se o necessário, com urgência⁵³.

Similarmente, verifica-se que por vezes, as decisões proferidas pelos magistrados do Estado de Rondônia, determinam o fornecimento de medicamentos beneficiando uma parte privilegiada da sociedade, a que detém um nível mais elevado de conhecimento de seus direitos.

Ainda nessa seara, destaca-se o levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça, onde aponta que o Egrégio Tribunal de Justiça de Rondônia foi alvo de 595 (quinhentas e noventa e cinco) ações envolvendo a área da saúde, o que demonstra a preocupante perspectiva, que se coaduna pelos dados obtidos nesta pesquisa no Estado de Rondônia, ou seja, uma realidade de judicialização excessiva do direito social à saúde⁵⁴.

No mesmo sentido retiramos uma pesquisa introduzida no livro do Professor Gilmar Mendes. Vejamos:

[...] geralmente, as pessoas beneficiadas pela intervenção do Poder Judiciário são as que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação, o que resulta em uma verdadeira assimetria do sistema. Essa constatação foi feita levando-se em consideração dados como o local de residência dos autores das demandas e o elevado número de ações propostas por advogados particulares – 74% dos casos analisados.

Finalmente, verifica-se que obrigar a administração pública a agir fora dos limites previstos nas leis orçamentárias é ferir frontalmente a legalidade e, indiretamente, a segurança jurídica. Antes de se atribuir ao Executivo o cumprimento de decisões cujas repercussões financeiras não se encontram devidamente previstas, deve-se observar os recursos de que dispõe o

⁵³ RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Processo Ordinário nº 0019706-89.2014.8.22.0001 da 2ª Vara da Fazenda Pública**. Juiz Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa Juiz de Direito. Diário de Justiça do dia 13 de julho de 2015.

⁵⁴ PEDIDOS de medicamentos: com 113,9 mil processos, TJ-RS lidera demandas envolvendo a área da saúde. **CONJUR**, 2014.

Estado, mormente a sua disponibilidade fática, jurídica e a razoabilidade e proporcionalidade da prestação requerida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial, que busca muitas vezes concretizar o direito violado, por meio de uma ação é um tema salutar na atualidade, principalmente quando o assunto em debate é o fornecimento de medicamentos, onde os Tribunais do país baseados no princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, garantem o acesso.

O direito a saúde, é considerando um direito fundamental, pois está intrinsecamente ligado ao direito à vida, porém só conseguiu esta relevância a partir da Constituição Federal de 1988. No entanto, apesar dessa conquista, para que o Estado possa efetivar esse direito constitucional de disponibilizar o acesso à saúde pública aos cidadãos, conta com recursos muitas vezes escassos e com limitação legal, tornando necessária a interferência do Poder Judiciário.

No entanto, referida medida deve ser uma exceção, já que as políticas públicas que beneficiam toda coletividade não devem ser preteridas, em detrimento da tutela individual. Evitando que a tutela individual possa ferir o princípio da isonomia, haja vista que em sua maioria é utilizada por pessoas com mais conhecimentos, como pode ser observado nos Mandados de Segurança de 2014, postulados majoritariamente por pessoas com maior poder aquisitivo, já que mais da metade foram impetrados por advogado particular.

Além disso, constatou-se que a maioria das decisões judiciais são proferidas sem a análise dos critérios estabelecidos pela administração pública, entretanto, para resolver a questão o Conselho Nacional de Justiça, por meio dos seus enunciados, orientou a criação dos Núcleos de Apoio Técnico, que ainda estão em implantação.

Assim, vale mencionar que a judicialização da saúde, para que o Estado possa fornecer medicamentos, pode se tornar um problema de toda a sociedade, pois os recursos financeiros que com planejamento administrativo deve ser revertido em favor de todos, pode vir a ser investido em casos isolados, sem a observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Prova disso é que entre o ano de 2013 e 2015 o Estado de Rondônia foi condenado em fornecer 16 (dezesesseis) medicamentos para tratamento oncológico, dentre os quais somente 6 (seis) são portariados com provas técnicas/científicas dos seus benefícios, situação demonstrada nessa pesquisa.

Portanto, embora o cidadão tenha direito de acionar o judiciário toda vez que entender possuir um direito violado, deve haver ponderações em decisões judiciais, já que a longo prazo a atuação do Judiciário nesse sentido poderá causar prejuízos a toda a coletividade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Renovar, 2002.

BARROS, Fernando P. Cupertino de. A incorporação dos conhecimentos em saúde coletiva nas políticas e práticas municipais do SUS - a perspectiva do CONASS. **BIS, Bol. Inst. Saúde** (Impr.), São Paulo, v. 13, n. 3, jul. 2012. Disponível em:
<http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122012000300005&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 09 abr. 2017

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 31, de 30 de**

março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>. Acessado em: 15/01/2017.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil.** Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 15/01/2017.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990,** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Seção 1 - 20/9/1990, p. 18055.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação nacional de medicamentos essenciais 2014.** Brasília-DF, 2015. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_essenciais_rename_2014.pdf. Acessado em: 09/01/2017)

BRASIL. Ministério da Saúde. **Uso racional de medicamentos – temas selecionados.** Brasília-DF, 2012. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/uso_racional_medicamentos_temas_selecionados.pdf. Acessado em: 12/01/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178 RG/SE.** Relator Ministro Luiz Fux. , 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15319097113&tipoApp=.pdf>. Acessado em: 13/01/2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em: em 08/01/2017.

CONITEC. Comissão nacional de incorporação de tecnologias no SUS. Disponível em: <http://conitec.gov.br>. Acessado em: 15/01/2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relação de enunciados aprovados pela plenária da I Jornada de Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014. São Paulo-SP, 2014. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JO

RNADA_DE_DIREITO_DA_SAÚDE.pdf. Acessado em: 16/01/2017)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. revista, ampliada, e atualizada. Bahia: Juspodivm, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. revista, ampliada, e atualizada. Bahia: Juspodivm, 2013.

FRANÇA (1789). **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Traduzido por FERREIRA Filho, Manoel G. et. All *in*. Liberdades Públicas. São Paulo: Saraiva, 1978.

HOLMES, S; SUSTEIN, C. **The Cost of Rights**. Why Libertu Depend on Taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. revista, ampliada, e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

Novelino, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo & TEIXEIRA, Sônia M. F. Teixeira. **(Im)previdência social: 60 anos de história da Previdência no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1985.

PEDIDOS DE MEDICAMENTOS: Com 113,9 mil processos, TJ-RS lidera demandas envolvendo a área da saúde. **CONJUR**. São Paulo-SP, 11/08/2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-11/1139-mil-processos-tj-rs-lidera-demandas-area-saude>. Acessado em: 07/01/2017.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Processo Ordinário nº 0019706-89.2014.8.22.0001 da 2ª Vara da Fazenda Pública**. Juiz Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa. Diário da Justiça do dia 13 de julho de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do**

conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, n. 10, 2002, p.12.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-50.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 282.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Saraiva, 2006.

TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: Breves Considerações e Críticas. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos Fundamentais:** Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 778-779.

A DEMOCRACIA COMPETITIVA DE ROBERT ALAN DAHL¹

Alexandre Estefani²

Douglas Roberto Martins³

INTRODUÇÃO

Robert Alan Dahl foi um dos grandes estudiosos da democracia de nosso século. Construiu toda sua carreira como cientista político na Universidade de Yale e, até sua morte em 2014, vivenciou fases distintas na compreensão da democracia.

Desde a juventude socialista utópica, passando pela postura conservadora durante a guerra fria, até retornar às origens críticas a partir da década de 70, Dahl procurou sempre defender o pluralismo, que encontra nos governos democráticos seu terreno mais fértil.

Para os objetivos do presente trabalho, abordaremos alguns aspectos da teoria democrática de Dahl em sua fase mais madura, em especial as ideias de Princípio da Igualdade Intrínseca, critérios característicos das Democracias, Poliarquia, as instituições de uma Democracia real e os desafios para a Democracia na atualidade.

¹ Artigo escrito como requisito de conclusão Da disciplina Teoria Jurídica e Transnacionalidade do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, ministrado pelo Prof. Dr. Maurizio Oliviero.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação *Estricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, na linha de pesquisa Direito e Jurisdição. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos, pela Escola Superior do Ministério Público/Univali, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. *E-mail: alexandreestefani@yahoo.com.br.*

³ Mestrando do Programa de Pós-Graduação *Estricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, na linha de pesquisa Direito e Jurisdição. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Natural de Itajaí/SC – Brasil. *E-mail: drmartins1985@gmail.com.*

A pesquisa foi desenvolvida com a utilização do Método Indutivo tanto na Fase de Investigação quanto no relato de seus resultados. Lançou-se mão das Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica em conjunto com a Técnica do Fichamento⁴.

1. A IDEIA DA DEMOCRACIA, EVOLUÇÃO E TRANSFORMAÇÕES

Robert Dahl observa que a ideia de Democracia, hoje, é universalmente popular e aceita. Ele reconhece que há uma não aceitação universal de qualquer governo que não ostente o rótulo de democrático. Daí a razão pela qual a maioria dos regimes, senão todos, reclama algum tipo de direito ao título de Democracia, mesmo aqueles com viés tipicamente autoritário. Aqueles que assim não o fazem, insistem que seu exemplo particular de governo não democrático é um estágio necessário no caminho para a Democracia definitiva. Como adverte Dahl, "em nosso tempo, até ditadores parecem crer que um ingrediente indispensável de sua legitimidade é uma pitada ou duas da linguagem da Democracia"⁵.

Todavia, a par de aceitar a ideia universal de Democracia, Dahl lembra que para atingir o estágio atual, a Democracia acompanhou a evolução da ordem mundial e com ela sofreu distintas transformações. Ele divide em duas as grandes transformações da Democracia no mundo, embora ensaie uma prévia de uma terceira transformação. A primeira transformação com a formação das cidades-estado gregas, e depois a mutação das cidades-estado para o estado nacional.

O que une essas diferentes formas de Democracia, constituindo seu cerne, é a ideia sempre presente de que as pessoas imaginam um sistema político

⁴ O presente trabalho toma como base os conceitos e recomendações extraídos da obra: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2015. 232p.

⁵ DAHL, Robert Allan. **A Democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo; Martins Fontes, 2012. p. 2.

no qual os participantes consideram uns aos outros como politicamente iguais, coletivamente soberanos e com todas as capacidades, recursos e instituições que necessitam para governar a si próprios.⁶

Da primeira transformação, advinda das cidades-estado, Dahl identifica a premissa transformadora do governo de poucos para a ideia e prática do governo de muitos. Os gregos definiram a ideia do povo da cidade-estado, ainda que houvesse setores privados daquela Democracia - como os escravos. Uma Democracia, nesse tempo, só era considerada com a participação direta dos cidadãos, já que, para os gregos, Democracia não significava apenas tomar decisões, mas também servir nos cargos públicos. A ideia de representação, até então, não era aceita. Na prática, contudo, era razoável verificar que, embora não houvessem partidos, havia séquitos familiares com seus próprios interesses. Oradores, na verdade, saíam como líderes. A Democracia para os gregos era exclusiva, porque ela existia apenas entre os membros da *polis*. Não havia reconhecimento de pretensões universais a liberdade, igualdade, etc.

Entretanto, das críticas à cidade-estado adveio a concepção da república, com a ideia da representação, em busca de um bem público comum. Dahl lembra que, basicamente, a representação foi aceita porque eliminou os antigos limites à participação e ampliação dos estados democráticos e transformou a Democracia, de uma doutrina adequada apenas às cidades-estado pequenas e em rápida extinção, para uma doutrina aplicada a grandes estados.⁷

Mas a representação também criou problemas, porque enquanto na antiga visão o conflito na busca do bem comum era considerado destrutivo, agora o conflito passou a ser parte normal de uma ordem democrática. Consequentemente, lembra Dahl, a antiga crença de que os cidadãos podem e devem buscar o bem público tornou-se mais difícil à medida em

⁶ DAHL, Robert Allan. **A Democracia e seus críticos**. p. 11.

⁷ DAHL, Robert Allan. *A Democracia e seus críticos*. p. 44.

que o bem público se fragmentou em interesses individuais e grupais.⁸

A partir daí, Dahl identifica o *princípio forte da igualdade*, segundo o qual todos creem que todos os membros da associação são adequadamente qualificados para participar em pé de igualdade com outros no processo. Não era assim em Veneza (que só permitia a participação da aristocracia) ou mesmo em Atenas (que excluía os escravos e estrangeiros do corpo de cidadãos).

2. CARACTERÍSTICAS E VANTAGENS DA DEMOCRACIA – POR UMA TEORIA DE UM PROCESSO DEMOCRÁTICO

Para Robert Dahl, a Democracia parte do pressuposto da necessidade de um processo de tomada de decisões, que são vinculativas, chamado processo político. Democracia como *demos*, um corpo de cidadãos iguais no que se refere ao objetivo. A Democracia, comparada com os demais processos políticos, é considerada a melhor forma de governo. Mas o que significa melhor? Democracia como ideal ou realidade? O autor utiliza, inicialmente, a idéia de Jonh Locke, para quem há uma igualdade intrínseca, que significa que ninguém tem o direito natural de sujeitar outras pessoas à sua vontade ou autoridade. Nessa linha, Igualdade significa que o bem de cada pessoa deve receber igual consideração.⁹

Daí advêm a relação da Democracia com a liberdade. Afinal, certos tipos de direitos, liberdades e oportunidades são essenciais para o processo democrático em si, livre expressão, organização política etc. Liberdade pessoal maior que em qualquer outro regime, além da liberdade de autodeterminação, já que a Democracia expande as oportunidades de uma pessoa viver sob as leis de sua própria escolha. Mas, para viver em sociedade, às vezes se obedece a decisões coletivas e vinculativas.

⁸ DAHL, Robert Allan. **A Democracia e seus críticos**. p. 45.

⁹ DAHL, Robert Allan. **A Democracia e seus críticos**. p. 133.

A composição mais célebre desse argumento está no contrato social. Só na Democracia a decisão sobre as constituições e as leis são tomadas por maioria. O resultado disso, segundo Dahl, é que a minoria não será governada por leis de sua escolha, e as maiorias, não raro, ficam nas mãos das minorias.

Robert Dahl não foge das dificuldades cotidianas da discussão da Democracia. O que significa dizer que o povo é soberano, que um povo governa a si próprio, se há o reconhecimento da minoria como governo sobre a maioria? Para responder a esse questionamento, Dahl aduz que o processo de tomada de decisões pressupõe dois estágios distintos: o estabelecimento de uma agenda (discussão) e uma decisão quanto ao resultado (só ao final). Uma constituição é sempre um resultado, após a agenda de decisões, por exemplo.¹⁰

As decisões vinculativas devem ser tomadas apenas pelas pessoas sujeitas às decisões, e não pelas pessoas fora delas - nenhum legislador está acima das leis. O bem de cada membro merece igual consideração (igualdade intrínseca). Cada membro deve ter a competência necessária para seus próprios interesses. As coisas raras e valiosas devem ser distribuídas de maneira justa, ou que cada pessoa receba oportunidades iguais de obter o item.¹¹

No livro "Sobre a Democracia", partindo do exemplo simplificado de uma associação cujas decisões são tomadas democraticamente, Dahl afirma que um governo democrático ideal deve proporcionar oportunidades para: 1. Participação efetiva; 2. Igualdade de voto; 3. Aquisição de entendimento esclarecido (cada membro deve ter a oportunidade de aprender sobre as alternativas possíveis e suas prováveis consequências); 4. Exercer o controle definitivo do programa de planejamento; e 5. Inclusão dos

¹⁰ DAHL, Robert Allan. **A Democracia e seus críticos**. p. 169.

¹¹ DAHL, Robert Allan. **A Democracia e seus críticos**. p. 168.

adultos.¹²

A ideia central desenvolvida é reforçada no livro "Poliarquia", no qual o autor afirma que um governo democrático, responsivo às demandas de seus cidadãos, deve assegurar-lhes oportunidades plenas:

1. De formular suas preferências.
2. De expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva.
3. De ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência.¹³

É necessário observar que não existe, existiu e provavelmente jamais existirá um governo que atenda a todos esses critérios, porém servem de parâmetro para medir o quanto um governo é democrático; de orientação para a moldagem e remoldagem de instituições políticas, constituições, práticas e arranjos concretos e podem auxiliar na busca por respostas.

O governo democrático, a despeito das contradições e falhas que aponta o crítico autor estudado, é por ele defendido como superior a qualquer alternativa viável a ele. São dez as vantagens da Democracia sobre os regimes não-democráticos enumeradas por Dahl na obra "sobre a democracia"¹⁴:

1. A Democracia ajuda a evitar o governo de autocratas cruéis e corruptos.
2. A Democracia garante a seus cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não concedem e não

¹² DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 49-50.

¹³ DAHL, Robert Allan. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015. Título original: *Polyarchy: Participation and Opposition*. p. 26.

¹⁴ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 58-74.

podem conceder. Esses direitos precisam ser vividos e quistos pelos cidadãos, não somente como uma necessidade, mas como algo inerente à Democracia.

3. A Democracia garante a seus cidadãos uma liberdade pessoal mais ampla do que qualquer alternativa viável a ela.

4. A Democracia ajuda as pessoas a proteger seus próprios interesses fundamentais.

5. Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para as pessoas exercitarem a liberdade da autodeterminação – ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha. Neste caso, é o processo de criação das normas, assegurando-se a participação de todos, com ampla exposição e defesa dos diversos pontos de vista e posterior decisão por consenso ou maioria, que garante a autodeterminação, ao menos a maior possível, dentro de uma Democracia.

6. Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima de exercer a responsabilidade moral.

7. A Democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente do que qualquer opção viável.

8. Apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente elevado de igualdade política.

9. As Democracias representativas modernas não guerreiam umas com as outras.

10. Países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos do que países com governos não-democráticos. Nesse ponto Dahl exalta como os países democráticos tendem a ser mais ricos, por aderir à economia de mercado, bem como investirem mais na educação de seu povo, possuírem tribunais independentes que fazem valer as leis, assegurarem os direitos de propriedade e sofrerem menos com intervenções arbitrárias do governo e

políticos.

E o principal aspecto de uma Democracia, segundo o autor, que faz ser preferível aos demais regimes de governo, é o que chama de *Princípio da Igualdade Intrínseca*.

Dahl explica que, por vezes, quando falamos sobre a igualdade, não expressamos um julgamento concreto, mas um julgamento moral de dever ser, no sentido de que, intrinsecamente, devemos considerar o bem de um ser humano igual ao de qualquer outro. Aplicado ao governo de um estado, referido princípio importa em que "a chegar a decisões, o governo deve dar igual peso ao bem e aos interesses de todas as pessoas ligadas por tais decisões"¹⁵.

O Princípio da Igualdade Intrínseca deve ser adotado por possuir bases éticas e religiosas quase universais; por ser frágil qualquer princípio alternativo; por ser mais prudente em relação aos usos do poder do Estado; e por sua ampla aceitabilidade.

Um governo, portanto, que atenda aos critérios de uma Democracia, respeitando o Princípio da Igualdade Intrínseca, possibilitando a ampla participação esclarecida de todos os adultos, é preferível a qualquer alternativa não-democrática. E, na prática, tanto mais desejável e democrático é um estado quanto mais se aproxime dessa perspectiva ideal traçada por Dahl.

3. POLIARQUIA E INSTITUIÇÕES DA DEMOCRACIA

A Democracia como caracterizada no tópico antecedente é idealizada, um exercício de imaginação de dever ser. Os governos reais, tidos por democráticos, não as apresentam todas, tampouco da mesma forma nos diferentes Estados-nação, e nem por isso deixam de ser considerados

¹⁵ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 78.

democráticos, ainda que em diferentes níveis e intensidades.

A mudança de escala da cidade-estado para o estado-nação contribuiu para o desenvolvimento de um conjunto de instituições políticas que, como um todo, distinguem a Democracia representativa moderna de todos ou outros sistemas então existentes, democráticos ou não. Esse tipo de sistema é que se denominou Poliarquia, que pode ser compreendida de vários modos: como um processo histórico de esforços pela democratização das instituições do estado-nação, como um tipo peculiar de regime público; como um sistema de controle político no qual os funcionários do mais alto escalão do governo são induzidos a modificar suas condutas a fim de vencer eleições; como um conjunto de instituições necessárias ao processo democrático em grande escala. Essas várias formas de interpretar a Poliarquia são complementares.¹⁶

A expansão dos direitos individuais é uma das características mais visíveis da distinção entre a Poliarquia e outras formas de governo. A medida em que cresce a diversidade, o antagonismo nas posições políticas se acentua e é normalmente aceito.

É preciso, portanto, analisar quais instituições estão presentes nas Democracias reais, as Democracias em grande escala que conhecemos, dos Estados-nação. Quais instituições políticas requer a Democracia de um país para atender, de forma mais aproximada possível, os critérios estabelecidos por Dahl para caracterização de um governo democrático.

Instituições políticas, na definição de Dahl, "estão estabelecidas há muito tempo, passadas de geração a geração"¹⁷, são práticas habituais consolidadas, enraizadas.

Segundo analisa Dahl, a partir da observação de países com governos democráticos consolidados, uma Democracia em grande escala exige a

¹⁶ DAHL, Robert Allan. A Democracia e seus críticos. p. 363.

¹⁷ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 98.

presença de algumas instituições. A Poliarquia é uma ordem política que se distingue pela presença de sete instituições, todas as quais devem existir para que um governo possa ser classificado como uma Poliarquia:

1. Funcionários eleitos. A operacionalização da Democracia em grandes unidades territoriais, com elevada densidade populacional, exigiu a adoção de um modelo representativo, com funcionários eleitos para que se mantenha controle sistemático dos programas pela população. No contexto dos países ou Estados-nação é impossível a participação direta de toda a população nas decisões políticas, o que exige a adoção do modelo representativo.

2. Eleições livres, justas e frequentes. "*Livres* quer dizer que os cidadãos podem ir às urnas sem medo de repressão; para serem *justas*, todos os votos devem ser contados igualmente. [...] Se os cidadãos quiserem manter o *controle final sobre o planejamento*, as eleições também devem ser frequentes"¹⁸ (Itálico no original).

3. Liberdade de expressão. A liberdade de expressão é necessária à efetiva Participação Política e à compreensão esclarecida dos atos e políticas do governo.

4. Fontes de informação diversificadas. A Democracia é o terreno da pluralidade, que deve expressar-se na maior participação possível dos diferentes grupos de interesses nas decisões do governo, podendo nelas influenciar direta ou indiretamente, por isso a importância de diversas fontes de informação.

5. Autonomia para as associações, também como reflexo da necessária pluralidade.

6. Cidadania inclusiva. "A nenhum adulto com residência permanente no país e sujeito a suas leis podem ser negados os direitos disponíveis para os

¹⁸ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 109.

outros e necessários às cinco instituições políticas anteriormente listadas"¹⁹.

7. Informação alternativa. Os cidadãos têm o direito de buscar soluções alternativas de informação. Ademais, existem fontes de informação alternativa protegidas por lei.

No livro "Poliarquia", Dahl procede a uma divisão ligeiramente diferente. Mantendo a mesma essência, aponta oito ao invés de nove instituições, dessa feita as tratando por "requisitos para uma Democracia para um grande número de pessoas"²⁰:

1. Liberdade de formar e aderir a organizações
2. Liberdade de expressão
3. Direito de voto
4. Elegibilidade para cargos públicos
5. Direito de líderes políticos disputarem apoio
6. Direito de líderes políticos disputarem votos
7. Fontes alternativas de informação
8. Eleições livres e idôneas
9. Instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência.²¹

Dahl observa que as instituições apontadas não estão presentes em todas as Democracias tampouco foram instituídas em um único momento, trata-se de um processo progressivo.

O autor atribui ao tipo de governo representativo moderno, que apresenta o

¹⁹ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 100.

²⁰ DAHL, Robert Allan. **Poliarquia: Participação e Oposição**. p. 27.

²¹ DAHL, Robert Allan. **Poliarquia: Participação e Oposição**. p. 27.

conjunto das instituições democráticas antes numeradas, o nome de Poliarquia ou Democracia poliárquica.

Mas qual a relação entre Poliarquia e Democracia? As instituições da Poliarquia são necessárias à Democracia, todas elas, o que não significa que elas são suficientes, apenas necessárias. Até hoje, lembra Dahl, nenhum país transcendeu a Poliarquia e alcançou um estágio mais elevado da Democracia. As instituições da Poliarquia reduzem a possibilidade de que um governo vá insistir por muito tempo em políticas que ofendam profundamente a maioria dos cidadãos. A Poliarquia, contudo, fica aquém de realizar o processo democrático.²²

Uma Poliarquia, dessa forma, é caracterizada por maior autonomia dos indivíduos e sistemas (associações, sindicatos e outros grupos de interesses) em relação ao governo; os líderes políticos apoiam-se mais na persuasão, nos acordos políticos, no jogo de influências, do que na coerção; as políticas governamentais tendem a ser objeto de negociação e barganha; a intensidade dos conflitos políticos internos é minorada pela ampla Participação Política e possibilidade de todos os grupos de interesses, mesmo as minorias, terem influência nas decisões políticas, resolvendo os conflitos de forma pacífica e conciliatória.²³

Em síntese, as Poliarquias "são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública"²⁴. São regimes que, dentro dos limites que a realidade impõe, mais se aproximam do pleno direito de participação e da máxima possibilidade de Contestação Pública. São regimes nos quais se convive com a constante e ampla competição política.

Muito embora uma Democracia não necessite exatamente das 7 instituições

²² DAHL, Robert Allan. A Democracia e seus críticos. p. 24.

²³ DAHL, Robert Alan. **Análise política moderna**. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988. p. 79-85.

²⁴ DAHL, Robert Allan. **Poliarquia: Participação e Oposição**. p. 31.

apontadas anteriormente, tampouco de todas as características observadas no tópico anterior, alguma relação com elas, alguma variação delas, deve estar presente, medindo-se, com isso, o nível de Democracia de determinado sistema político.

Isso porque, conforme observa Dahl, "uma característica-chave da Democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais"²⁵. As diferentes instituições acima observadas relacionam-se, direta ou indiretamente, com essa características-chave.

Dahl considera o tamanho de uma Democracia, o número de pessoas e o território que abrange, de extrema importância para definir sua formatação: "A lei do tempo e dos números: quanto mais cidadãos uma unidade democrática contém, menos esses cidadãos podem participar diretamente das decisões do governo e mais eles têm de delegar a outros essa autoridade"²⁶.

Além das instituições características das Democracias, Dahl destaca as constituições, que podem ter papel importante, em especial em países com Democracias recentes.

Dahl aponta que uma constituição pode trazer diversas consequências a uma Democracia: dar estabilidade às instituições democráticas, sua organização e os direitos a ela relacionados; proteger os direitos fundamentais das minorias e das majorias; garantir a neutralidade entre os cidadãos de um país; responsabilizar os governantes por suas decisões; estimular as decisões por consenso, com base em informações aprofundadas sobre as leis e a constituição; estimular maior eficácia do governo, no sentido de pronta tomada de decisões importantes, impedindo que sejam proteladas; estimular decisões competentes; promover a

²⁵ DAHL, Robert Allan. **Poliarquia**: Participação e Oposição. p. 25.

²⁶ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 125.

transparência.²⁷

As constituições democráticas, assim como as diversas Poliarquias, podem conter as mais variadas formas, sendo que sua (ir)relevância para o governo e sua estabilidade depende das condições subjacentes, conforme explica do autor:

Se as condições subjacentes são altamente favoráveis, a estabilidade é provável com praticamente qualquer tipo de constituição que o país adotar. Se as condições forem altamente desfavoráveis, nenhuma constituição salvará a democracia.

[...]. Em suma: se as condições forem mistas em um país – algumas favoráveis e outras desfavoráveis –, uma constituição bem planejada ajudaria as instituições democráticas a sobreviver, ao passo que uma constituição mal elaborada poderia contribuir para o rompimento das instituições democráticas.²⁸

Sobre as condições subjacentes essenciais para a Democracia, Dahl assim as enumera:

1. Controle dos militares e da Polícia por funcionários eleitos. É necessário o controle dos militares e da Polícia pelos funcionários democraticamente eleitos, pois do contrário caracterizam uma ameaça interna à Democracia ainda maior do que a intervenção estrangeira.
2. Cultura política e convicções democráticas. Quanto maior a homogeneidade cultural, maiores as probabilidades das instituições políticas democráticas se desenvolverem. "As perspectivas para a democracia estável num país são melhores quando seus cidadãos e seus líderes apóiam vigorosamente as práticas, as idéias e os valores democráticos"²⁹, como uma cultura que se transmite de geração para geração.

²⁷ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 141-144.

²⁸ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 146.

²⁹ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 174.

3. Nenhum controle estrangeiro hostil à Democracia. A intervenção estrangeira, avessa à democratização dos países colonizados ou sob sua esfera de influência, é fator que impõe severa dificuldade à Democracia.

Além delas, o autor aponta, como condições subjacentes favoráveis à Democracia: 4. Uma sociedade e uma economia de mercado modernas; e 5. Fraco pluralismo subcultural.

4. DESAFIOS APONTADOS POR DAHL PARA A DEMOCRACIA DA ATUALIDADE

Caracterizada a Democracia ideal e analisado o conceito de Poliarquia, com a especificação das instituições que a compõem, cumpre proceder breve excuro sobre as quatro dificuldades da Democracia no século XXI apontadas por Dahl.

1. A ordem econômica. Não existe perspectiva ou ideia de uma economia planificada que possa substituir a economia de mercado, porque é previsível que perdure, com todas as contradições que lhe são inerentes.

Sobre a relação entre a Democracia e o capitalismo de mercado, Dahl destaca cinco fatores que os tornam uma espécie de "simbiose antagônica":

I – "A democracia poliárquica resistiu apenas nos países com uma economia predominantemente de mercado: jamais resistiu em algum país com a predominância de uma economia que não seja de mercado"³⁰.

II – "Esta relação estrita existe porque certos aspectos básicos do capitalismo de mercado o tornam favorável para as instituições democráticas. Inversamente, alguns aspectos de uma economia predominantemente planificada a tornam prejudicial às perspectivas

³⁰ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 183.

democráticas"³¹. Neste ponto Dahl destaca a competitividade intrínseca ao mercado capitalista e que também é característica da Poliarquia.

III – "A democracia e o capitalismo de mercado estão encerrados num conflito permanente em que cada um modifica e limita o outro"³².

Embora o capitalismo favoreça a Democracia, o capitalismo sem regulamentação (laissez-faire) é impossível em um país democrático, pela insatisfação que gera ao grupo desfavorecido, que possui voz e representatividade para opor-se. São dois os motivos apontados: as próprias instituições básicas do capitalismo exigem regulamentação (contratos legais, direito de propriedade, etc.) e a lógica egoísta do mercado traz desvantagens a muitas pessoas e grupos, que exigirão do governo intervenção.

IV – "Como inevitavelmente cria desigualdades, o capitalismo de mercado limita o potencial democrático da democracia poliárquica ao gerar desigualdades na distribuição dos recursos políticos"³³.

V – "O capitalismo de mercado favorece grandemente o desenvolvimento da democracia até o nível da democracia poliárquica. No entanto, devido às consequências adversas para a igualdade política, ela é desfavorável ao desenvolvimento da democracia além do nível da poliarquia"³⁴.

O desafio para a relação entre Democracia e ordem econômica atualmente está em preservar as vantagens do capitalismo de mercado e, concomitantemente, reduzir seus custos para a igualdade política. O futuro da Democracia depende das respostas que se dará a esse problema.

2. A internacionalização. Retomando os desafios apontados pelo autor para

³¹ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 184.

³² DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 191.

³³ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 195.

³⁴ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 196.

a Poliarquia na atualidade temos o enfraquecimento dos Estados-nação e desenvolvimento dos organismos internacionais, retirando o controle de decisões políticas importantes dos países, conseqüentemente dos cidadãos de determinada nação.

O processo pelo qual passou a Democracia na transição entre as Cidades-estados, com as suas assembleias, para o Estado-nação, com o modelo representativo, está atualmente ocorrendo entre os Estados-nação e os organismos internacionais.

Conforme observa Dahl, "a dificuldade não está em deter a internacionalização em suas trilhas, o que é impossível. A dificuldade é democratizar as organizações internacionais"³⁵.

As dificuldades de implementar o modelo representativo dos Estados-nação no âmbito internacional são imensas, de ordem prática e teórica. A forma operacional como os diferentes povos elegeriam seus representantes ou influenciariam nas decisões políticas; a circulação das informações necessárias a essa tomada de decisões; como evitar que os países com maior população tenham peso determinante nas escolhas, suprimindo o poder dos países de menor população de influenciar no resultado final.

3. A diversidade cultural. Em especial decorrente dos movimentos migratórios.

4. A educação cívica. Embora os países democráticos tenham avançado, a complexidade das questões políticas e a velocidade em que se desenvolvem, aliadas a amplitude dos meios de informação, têm tornado sempre mais difícil obter esclarecimentos suficientes sobre as decisões políticas.

³⁵ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. p. 130.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro item do presente trabalho abordou-se a evolução pela qual passou a ideia de Democracia ao longo dos séculos, das Cidades-estado aos Estados-nação, com configurações bastante distintas, porém mantendo uma essência em comum, caracterizada por ser um sistema político no qual os participantes consideram uns aos outros como politicamente iguais, coletivamente soberanos e com todas as capacidades, recursos e instituições que necessitam para governar a si próprios.

Na sequência tratou-se das características que, no pensamento de Dahl, identificam um governo democrático, com destaque para a ampla participação dos cidadãos nos processos decisório, com igualdade e universalidade de voto, liberdade de expressão e diversidade de informações. Elencou-se dez motivos pelos quais a Democracia é preferível a qualquer outro regime de governo, com destaque para o Princípio da Igualdade Intrínseca, segundo o qual na tomada de decisões um governo democrático deve dar igual peso ao bem e aos interesses de todas as pessoas ligadas por tais decisões.

No terceiro tópico enumerou-se, em observação aos países com Democracias reais já consolidadas, as instituições que, segundo o autor, devem estar presentes em um governo democrático, muito embora observe que a plenitude delas em um único governo não seja verificada na prática e, mesmo que venha a existir, não personifica nesse governo a máxima Democracia, mas uma Democracia possível, a que chamou de Poliarquia. Ou seja, aos governos democráticos reais que mais se aproximam da Democracia ideal, garantindo a competitividade política a partir da mais ampla participação e da máxima possibilidade de Contestação Pública, Dahl atribui o nome de Poliarquias. Nenhum governo real até hoje transcendeu a Poliarquia e atingiu um estágio mais elevado da Democracia.

Por fim, no quarto item abordou-se de forma breve os quatro desafios apontados por Dahl para as Democracias modernas, consistentes no relacionamento com a ordem econômica, a internacionalização (passagem

dos Estados-nação para o desenvolvimento dos organismos internacionais), a diversidade cultural e a educação cívica, com os quais as Democracias deverão confrontar-se nas próximas décadas e que definirão os contornos dos regimes democráticos no futuro.

Robert Alan Dahl prestou significativa contribuição ao estudo da Democracia, com análise centrada nas Democracias reais e em questões práticas, identificando na competitividade política, a partir do direito de oposição, ampla Participação Política e liberdade de expressão e fontes de informação, o cerne dos governos democráticos atuais.

Na atualidade a prática democrática tem exigido aproximação dos modelos de maior participação direta, com o fortalecimento da cidadania, sem abandonar o sistema representativo, necessário à formatação dos Estados-nação. A competitividade política, com respeito às instituições, processos e agendas democráticas, sem perder de vista princípio da igualdade intrínseca, são conceitos de grande aplicação às democracias atuais.

E parece-nos estar na base da Poliarquia conceituada por Dahl, e de aplicação natural às democracias modernas, uma cidadania forte, com a ampla liberdade de imprensa e fontes informação, expressão e participação, possibilitando influir nas decisões coletivas não apenas por meio da escolha de representantes, mas diretamente, em uma vivência democrática, uma espécie de empoderamento popular da democracia. Inclusive não é difícil, a partir destas afirmações, visualizar sua aplicação ao atual cenário político brasileiro, avaliando-se a partir dos conceitos fornecidos por Dahl o enfraquecimento recente de nossa democracia, o que, porém, foge aos limites do presente ensaio.

Como bem observa Dahl, se a Democracia não é o governo ideal, ao menos trata-se do melhor regime possível, motivo pelo qual deve ser estudada e defendida, em qualquer cenário prático vivido ou projetado.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

DAHL, Robert Alan. **A Democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. *Democracy and its critics*.

_____. **Análise política moderna**. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

_____. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015. Título original: *Polyarchy: Participation and Opposition*.

_____. **Sobre a Democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2015.

**ECONOMY, DEMOCRACY AND MIGRATION OF JUDICIAL MODELS IN
THE CONDITIONALITY OF INVESTMENT TREATIES AND
TRANSNATIONAL PUBLIC POLICIES**

Jacopo Paffarini¹

Márcio Ricardo Staffen²

**1. A TRANSNATIONAL PERSPECTIVE ON THE STUDY OF DEMOCRACY
AND IMITATION CASES**

The development of interaction dynamics between state legal systems – and between those and the normative standards settled by international organizations – is a common field of study for jurists of different legal branches. The post-soviet transitions of Eastern Europe stand as a demonstration of the ongoing dialogue focused on development of democratic institutions and effective sharing of normative provisions on fundamental rights. However, beyond the traditional collection of

¹ Pós-Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – IMED. Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Direito com a colaboração do Centro Tecnológico de Monterrey (Campus Ciudad de México). Bacharel em Direito pela Università degli Studi di Perugia. Pesquisador Visitante do Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado - Heidelberg (Alemanha). Membro pesquisador do Grupo Internacional de Pesquisa "Corte, Doutrina e Sociedade Inclusiva: o impacto das fontes doutrinárias nas Cortes Superiores", financiado pelo Ministério de Instrução, das Universidades e Pesquisa (Decreto n. 719/2012). Colaborador assistente na Cátedra de Direito Constitucional e Direito Público Comparado, de titularidade do Prof. Dr. Maurizio Oliviero, junto ao Curso de Direito da Università degli Studi di Perugia. Coorientador do módulo de Direito Transnacional no curso de Direito Público Comparado. Participante do Projeto de Lei Transnacional na London Law School of Economics (Inglaterra). Email: jacopo.paffarini@imed.edu.br

² Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – IMED, Passo Fundo/RS. Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Advogado (OAB/SC). Endereço: Rua Senador Pinheiro, 304, bl. B, sl 405. Vila Rodrigues, Passo Fundo, RS, Brasil, CEP 99070-220. Email: marcio.staffen@imed.edu.br

"assonance cases" between different legal orders, it seems opportune that the legal scientists concentrate their survey also on the directions acquired by the migration of legal ideas.

By the end of last century, comparative studies highlighted a significant increase in the reception cases of Western legal models by the remaining areas of the world³. Among developing countries the majority of the imitation of Western normative solutions have been grounded on the conditionality⁴ imposed by the developed nations – on the commercial treaties – and by the international organizations – on the cooperation and development programs – rather than on the «prestige» of those models.

The research that is going to be illustrated on the following pages assumes as reference point the promotion of arbitration as an instrument of democratization of the Judiciary in developing countries. The following exposure technique reflects a specific choice to distinguish the analysis of the "causes" that have stimulated to the migration of ADR (Alternative Disputes Resolution) models and the "results" occurred in recipient countries legal systems.

³ For a critical approach to the subject, see MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali**, Milano-Torino: Bruno Mondadori, 2010.

⁴ Since 1952, the principle of conditionality has been implicitly introduced by the International Monetary Fund (IMF) triennial grant policies to force the beneficiary states to adopt a specific balance approach, characterized by a restrictive orientation on public spending. The practice of financial conditionality has known a growing legitimation and diffusion among the lending policies due above all to its convergence function between the objectives of contracting parties: the beneficiary interest in obtaining the lending is bound to the implementation of the politics that the borrower considers more appropriate to ensure production growth and, with this, the successful conclusion of the relation with the restitution of the amount agreed. On this argument, see GUITIAN, Manuel. **Fund Conditionality Evolution of Principles and Practices**, Washington: IMF Pamphlet Series, 1981, pp.10-14.

After its extension to bilateral and multilateral archetype of non-lending agreements, the practice of conditionality was formalized by art. 60 of Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, which states that «the violation of a provision essential to the accomplishment or object or purpose of the treaty» represents a «material breach» that authorizes the parties to «terminate the treaty or suspending its operation in whole or in part». Not every infringement authorized the suspension of relationships, but only those that interest the essential clauses identified by the parties or identifiable through the interpretation of the provisions.

The case-study selected for this purpose is the experience of international cooperation that established the Arbitration Council of the United Kingdom of Cambodia, to which the jurisdiction on workers' fundamental rights and liberties has been progressively conferred. Initially, the article will focus on the two most significant aspects by the comparative point of view: on one hand, the link between the dynamics of finance and international trade and the spread of *rule of law* institutes; on the other hand, the role of international organizations in the monitoring transplant process and the provision of "technical supply" to lead the legal model toward the predefined function. The second part of the analysis will focus on some statistical data concerning the activity of the Arbitration Council, by comparing them with the original targets of the *Labour Dispute Resolution Project* that started and sustained the institution-building experience.

Through the study of this experience is intended to emphasize the double-effect related to the progressive reception of ADR models by the developing nations legal orders. On one hand, the increasing number of cases connected with arbitral procedure transplants determines the disposal of "individualizing" and "specifying" characters of arbitral function, by maturing a growing focus on the matters of legal and hermeneutic consistency in the decision-making process. On the other hand, by the effects of those advancements, the arbitral function has been incorporated inside a path for the construction transnational judicial models inspired to the Western Rule of Law Tradition.

Before proceeding with the illustration of facts, here it is important to point out that in the following pages the legal experience is considered as a part of a (more complex) **system for the production of an historically-predetermined model of social life**. For that purpose, to avoid ambiguity and clarify the consequences of that theoretic approach, it is preferable to study the circulation of legal models in the specific point of view of the development cooperation promoted by the international organizations as main actors of the ongoing globalizing process. From this perspective the concept of law **dismiss the usual neutral sense** – on the basis of which it

comes as a mechanism for the regulation of the social life – while emerges its function as an instrument for the domination of the multiplicity of reality available to an historically predetermined political power⁵.

2. THE PRINCIPLE OF CONDITIONALITY: FINANCIAL BALANCING AS A WAY FOR CULTURAL HEGEMONY

The connection between the circulation of Western legal models and international commerce ties in a considerable way since the second post-war. During this historical conjunction, the regulation of economic relationships is subject of two opposite tendencies that simultaneously involve the state legal orders. On the one hand, in the wake of the Keynesian theories, the constitutional law of European States restricted private liberty and added social provisions and so became the main stronghold for working class issues. On the other, immediately after the end of the conflict, a process of constitution of multilateral organizations started in order to offer legitimacy to the new international commerce and financial rules defined by winner States.

The increasing removal of obstacles to the full development of economic liberties beyond states boundaries – considered necessary for better working conditions⁶ – associate the statutory objectives of some of the most important institutions born in the early postwar: the International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), the International Monetary Fund (IMF), the General Agreement on Trade and Services (GATT) and, last, the European Economic Community (EEC).

By the way of those supranational bodies, the industrialized countries have

⁵ IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**, Roma-Bari: La Terza, 2003, p. 8-10.

⁶ One of the main objectives of the IBRD's **Articles of Agreement** (1944) is «to promote the long-range balanced growth of international trade and the maintenance of equilibrium in balances of payments by encouraging international investment for the development of the productive resources of members, thereby assisting in raising productivity, the standard of living and conditions of labor in their territories» (Article 1).

sought the construction of a uniform commercial law that has increasingly claimed its autonomy from the national political powers and generally the other «places intended for political and social negotiation where all the provisions of law take form»⁷.

The development path of *standby arrangements* of IMF represents good evidence of this tendency. The original version of this type of agreement found its scope in postwar-reconstruction lending to benefit of the most affected states which, in exchange, assumed the commitment to reform specific institutes concerning the regulation of commerce. The development target was associated, in particular, with the elimination of the existing limits to the freedom to conduct a business and external exchanges, to the institution of an internal market founded on the principles of competition with the removal of all the assistance measures for the national industry. The normative content of *standby arrangements*, moreover, became more complex in the seventies, when the consequences of the oil crisis on the balance of payments increased the member states' pressure for more cash to the International Monetary Fund. More specifically, an extension of the term of the financial assistance program was granted (from one to five years) linked to more restrictive requests on "aggregate demand" policies. Consequently, those imbalances had been, not only the economic, but also the political basis for cutting the state services' budget⁸.

⁷ GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**, Bologna: Il Mulino, 2011, p.12. This article shares the Authors point of view for which the «legal particularism» of commercial law is based both on the rule-making technique and on the limits of the area of human relationships covered by those rules. On the first side, the medieval and contemporary history of *lex mercatoria* testify to the continued ambition of commercial law to reach its autonomy from civil law «in order to be more rapidly and more easily amended, in correspondence to the changing needs of exchanges and to be a law, the most possible, a-national, in antithesis to the markedly national characterization of civil law» (p. 10). Respecting to the limits of commercial law, what in doctrine is commonly called «commercial law» effectively regulate neither the *whole*, nor *only* commerce (p.11). One the most important examples of this characteristic is the increasing number of relationships – and so, the subjective rights – ruled by contract statements or through procedures – such as arbitration – deriving from them.

⁸ ANUNOBI, Fredoline O. **The Implications of Conditionality**, Lehman: University Press of America, p.162. The economic theories affiliated to the IMF lending policies have always declared the existence of a implied link between the excess of goods demand, inflation and destabilization of the states' balance of payments. On this belief have found an explanation

In the aftermath of Soviet disaggregation, there was an increase of developing countries adhesions to the IMF cooperation programs, of which the Western states are the main donors and promoters. The primary objective pursued by global institutions in this historical context is the adjustment of the East Europe and Asiatic economies which have quit the state-planning experience. Usually, the role played by the law in global market construction and investment made by Western States in the exportation of their legal models is not adequately acknowledged. From those considerations is possible to assert that the adaptation of the national "legal infrastructure" of any country to the world competition does not starts "free" or "spontaneous", but is imposed as a requirement to be part of the international exchanges supported by global institutions⁹.

However, there is another totally original aspect that has arisen since the end of the last century: it is the acceptance of the theory asserting a connection between economic development and the constitutional principles promoted by liberalism. Under this influence, the content of conditionality is increasingly moving from the traditional area of commercial and financial law to the main representative aspects of the relationship between public authority and citizens¹⁰. For that reasons, at the start of the new millennium

the usual requests of cuts on public spending (especially, those related to the medical assistance) that have been advanced in exchange for the subsidized rates grant by the Fund.

When the *standby arrangements* have a long-term duration, the lending conditions are stated in a «*Letter of Intent*» drawn up by the IMF representatives and subscribed by the Minister of Economy of the beneficiary state. After a long period of absence from the international scene, this typology of agreements have found a new life in the aftermath of the 2008 financial crisis, which has brought many IMF member states to make further demand on the assistance programmes.

⁹ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Il saccheggio**. cit., p. 13. The Authors point out the different ways of legal models migration: apart from military domination and the «prestige» of a normative institute, can be traced another way, the «conditional imposition». This expression means that «the acceptance of a system of rules is not totally free. The interested countries are persuaded to adopt the legal structures which meet Western standards if they do not want to be excluded from the international market».

¹⁰ The global institutions policies try to synchronize economic development and legal system reforms: as is possible to read in the **Word Bank Development Report**, of 1999 «Without the protection of human and property rights, and a comprehensive framework of laws, no equitable development is possible». Available at: http://web.worldbank.org/archive/website01013/WEB/0__CO-87.HTM

the states accession to the main organizations of international commerce and finance is subject to the acceptance of specific standards of human rights protection¹¹. This implies two very important consequences. First, the trade organizations can express their rating both on the level of economic liberty and the efficiency of national legal systems. Second, the States that aim to enter the system of international relations ruled by World Trade Organization and International Monetary Fund shall reform their normative and institutional framework in order to match the legal models recommended by the latter. Reflecting on this process, legal science has introduced the notion of «political conditionality» to indicate the set of principles and norms – derived from customary international law (*jus cogens*) and the main international bodies' soft law – which shape the legal category of «human rights», «democracy» and «good governance»¹²

3. JUSTICE REFORM IN DEVELOPING COUNTRIES: LEGAL TRANSPLANTS MEET A PROBLEM-SOLVING APPROACH

The intervention of the International Labor Organization (ILO) in the industrial dynamics of Cambodia is not an isolated event, but it is a part of wider justice reform strategy started in the beginning of the new millennium by the common and coordinated action of the major international organizations¹³. Recently World Bank "activism" in financial and technical

¹¹ FERRARESE, Maria Rosaria. **Il diritto al presente**. Globalizzazione e tempo delle istituzioni, Bologna: Il Mulino, 2002, p. 116.

¹² UVIN, Peter; BIAGIOTTI, Isabelle. Global Governance and the "New" Political Conditionality, in **Global Governance**, 2 (1996), p. 377: «Yet political conditionality may also be more broadly defined as a set of specific state behaviors – respecting human rights, organizing multiparty elections, working in a good governance mode, and cutting military spending – that are internationally upheld as conducive to development and whose realization is promoted, *inter alia*, through that leverage instrument. The specific state behaviors that are promoted may be said to constitute a regime: sets of internationally dominant principles and norms around which expectations converge and that define acceptable state behavior for both recipient and donor countries».

¹³ In the nineties a decisive turning point occurred in the lending policies of the World Bank and IMF. It is a moment of general exaltation of the models of liberal constitutionalism – of which is celebrated the rational superiority to the principles of «socialist legality». For the

support of *judicial transplants* has conferred a preeminence to the theoretical approaches that pose the effectiveness of rights at the center of economic growth programs¹⁴.

The emergence of this trend is a reflection of a clear strategy prepared by the law offices of these organizations, who are asked to make an assessment of the impact of the law (public and private) on the economic performance. The results obtained are the basis for elaboration of the reforms required to initiate or continue a loan. Although the content of the agreements may therefore vary depending on the characteristics (political, social and legal) of the recipient country, the conditionality of the World Bank and the IMF follows **consistent criteria** that give to the support activity a certain uniformity in the results.

The «*New Directions on Justice Reform*» is the World Bank document that summarizes best the "*modus operandi*" of international organizations. In this publication, the Legal Vice Presidency explains in detail why the judicial system of a State carries out functions critical to economic growth, highlighting three different profiles. First, the proper functioning of justice is considered necessary to prevent crimes and mitigate the level of conflict and violence in society, identified as the main barriers to a sustainable development. Second, the democratization of the judiciary is necessary to fight against corruption, theft of public property by the ruling *elites* in

financial institutions it is an opportunity to reaffirm the link between economic growth and the rule of law, and open a way for reconsider the prohibition of interference with the political affairs of the borrower states prescribed at Article IV, Sec. 10, IBRD Articles of Agreement. This is confirmed by the studies on the firsts eight «*Justice Reform Projects*» (1995-2007), commissioned by the World Bank itself: see, **Justice Reform Projects in Latin America: Lessons Learned (1995-2010)**, *Working Paper No. 70755*, 2011, p. 7.

¹⁴ Between 1994 and 2012 there were 36 the projects which aimed to support justice reforms, for an annual commitment of \$24 million. To this figure must be added the presence in many investment projects (388, to be precise) of significant items of expenditure (on average, at least 10% of the total amount of the loan) dedicated to the issues of «*law and justice*» or the «*rule of law*». See, *New Directions on Justice Reform – A companion piece to the updated strategy and implementation plan on strengthening governance tackling corruption*, Working Paper no. 70640, 2012, p.3-4, available on line: <http://documents.worldbank.org/curated/en/2012/05/16706679/world-bank-new-directions-justice-reform-companion-piece-updated-strategy-implementation-plan-strengthening-governance-tackling-corruption>.

developing countries and, more generally, in the prosecution of crimes committed in the management of the economy by the public authorities of the State. Finally, the judicial system is recognized as an essential function of "driving" the economy, to the extent that it ensures the growth of the private sector in accordance with the framework traced by the political bodies of the country and the international bodies of the various business sectors. Therefore the Legal Vice Presidency believes that the predictability of the legal effects of contracts, the presence of legal protection of property rights and a system for resolving legal disputes are «key determinants of economic development»¹⁵.

The construction of a theoretical link between rule of law and economic growth has influenced legal science studies too. In fact, when the concept of «development» – as it has been declined during the decennial activity of report and technical assistance of the World Bank – entered in the reflections of comparative doctrine, the same classification of legal systems came out transformed. The traditional divisions are based mainly on the *rule-making process* (common law and civil law) or on the degree of influence of political, religious or cultural factors in the functioning of the legal system of the country (democratic state, socialist state, authoritarian state, theocratic state). However, there are long-established approaches to the comparison that tend to divide legal experiences according to their adherence to the principles of «**good governance**» and «**good government**» derived from international humanitarian law and democratic theories¹⁶. It can be traced back to these assumptions the distinction between «developed» and «developing nations» based on the presence or

¹⁵ See, **New Directions on Justice Reform**, cit., p.2.

¹⁶ JACKSON, Vicki. Comparative Constitutional Law: Methodologies, in ROSENFELD, Michel; SAJÒ Andres (edited by), **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Oxford, 2012, p. 55-56 e 60. The Author warns about the possibility of considering this type of study as real "classifiers", even when the formal presentation is such. It would be appropriate to distinguish, therefore, the case studies in which the real interest of the comparatist is the definition of constitutional models, rather than those in which the study of foreign law is aimed at the construction of a general theory capable of giving answers to the problems of contemporary democracies (such as the relationship between legality and equality, or between judicial review and democracy).

not of **fully evolved legal infrastructure** and able to efficiently regulate private trade¹⁷. This division plays a particularly important role in terms of migration of legal models. Attempts to transplant have a greater legitimacy from legal doctrine when affecting the countries with a low level of development, but are generally not considered appropriate when the country "receiver" has an evolved legal system. Thus, for example, the "strengthening" of private autonomy – even through the regulation of contractual legal relationships involving rights constitutionally established or, more generally, matters of public law – is presented as one of the most effective remedies in respect of inefficiency of government and public administration in developing countries¹⁸. In contrast, in a mature industrialized context, where administrative law and constitutional law have developed a proven system of protection of public interests, it is believed that a similar solution could question the predictability of the law and the very quality of regulation¹⁹.

That said, the presence of a "dialogue" between legal science and international institutions can be inferred from the detection of some key determinants in the cooperation projects initiated by the World Bank in the field of justice. First, it can be observed that "*conditionality*" has been directed mainly towards the newly industrialized countries and has served

¹⁷ Mc CONNAUGAY Philip J., The Scope of Autonomy in International Contracts and Its Relation to Economic Regulation and Development, in **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 39, december 2000, p. 601. It is interesting to read the Author's word: «This Article distinguishes "developed" from "developing" nations in a purely functional way. Developed nations are those nations that enjoy fully developed legal infrastructures and the ability to effectively regulate commercial activity-principally the major industrialized trading nations of the West, perhaps along with the few most advanced industrialized nations of Asia. Developing nations are those nations whose judicial and commercial regulatory institutions lack the capacity to perform their prescribed or intended functions effectively, whether because the institutions do not exist, because they are under-developed, because they are under-funded, or because of some other disabling attribute, such as corruption».

¹⁸ Mc CONNAUGAY Philip J., The Scope of Autonomy in International Contracts and Its Relation to Economic Regulation and Development, cit., p. 603.

¹⁹ Mc CONNAUGAY Philip J., The Scope of Autonomy in International Contracts and Its Relation to Economic Regulation and Development, cit., p. 602: «The risk of under-regulation occurs because, when a developed nation's otherwise applicable public law is allowed to be displaced by private contractual election, the likelihood is that the contracting parties will elect a lesser or even ineffective regulatory substitute».

to accomplish for the multiple actions of assistance and training personnel for the development of self-management skills of disputes and judicial services²⁰. The first "lesson" learned in the field by experts of the World Bank is that interventions to support reforms cannot aim at the "rewriting" of the constitutional principles of justice without taking account of their concrete application. The tendency is therefore to move from one action to support wide-ranging («*multi-faced approach*») to a cooperation to meet specific questions («*problem solving approach*»). Therefore, most of the expenses incurred by the Bank (on average, two-thirds of the investments allocated for each project) are used in the construction of physical infrastructure (buildings and equipment) and logistics (information services, legal publishing, management tools)²¹.

The Cambodian case stands to demonstrate that, when the "struggle for democracy" faces trade partnership requests, cooperation purposes often deviate from their original route. Furthermore, even the idea of justice come out transformed: the "open market society" asks shorter time for dispute settlement regardless any deep knowledge of a case. The aim is not to reach "substantive equity" in decision-making process but a "**fair**" and "**shared**" compromise between the interests involved in a dispute.

The conditionality of loans from the Bank in recent years has therefore shown a predilection for a "pragmatic" approach. In particular, the object of cooperation projects for justice democratization is restricted to specific questions («*the needs of end users*») emerged as a result of a "diagnosis" on the state of Judiciary in the country. In the World Bank idea of «sustainable development» that means choosing the area of intervention by using "economic criteria". As stated by the Legal Vice Presidency, the

²⁰ For a thorough review of the cooperation projects in the field of justice sponsored by the World Bank see LAYER, Roberto. The World Bank and Judicial Reform: Overcoming "Blind Spots" in the Approach to "Judicial Independence", in **Duke Journal of Comparative and International Law**, Vol.22, 2012.

²¹ LAYER, Roberto. The World Bank and Judicial Reform: Overcoming "Blind Spots" in the Approach to "Judicial Independence", cit., p.199

question is not how to reform the judicial system, but when and how the judicial system – with its inefficiencies – prevents proper development of the country²². Following this approach, the cooperative action of the Bank develops in three steps. The first phase aims to identify the regulatory area (for example, criminal law, copyright law, protection of vulnerable groups, etc.) on which it is intended to act and which must necessarily have some connection with economic growth to fall into the Bank "mandate". In the following step is required that the processing of the reform proposals is specific enough to produce significant results in the actual conduct of the legal relationship. The program of cooperation must focus an issue that represents a brake on economic growth of the country (for example, corruption or, as it has been for Cambodia, the high level of conflict in industrial relations) and suggest an efficient solution. Finally, after an initial phase of implementation of the program, it is necessary to make an assessment of the impact of innovations – according to the predetermined standards and criteria. Then, in compliance with the issues of participation, the cooperation shall provide the opportunity for the sector stakeholders (non-governmental organizations, local authorities, trade unions, etc..) to propose guidelines to amend the supporting actions.

Under this approach, focusing strongly on the themes of economic growth, there has been a decline in lending transactions with the sole objective of the development of judicial institutions in a country. The Bank's intervention in this area, in fact, continued through investment projects in the private sector – especially in the manufacturing and agricultural industry of developing countries. As has already been highlighted above, most of these loan agreements contains components relating to the realization of specific judicial infrastructure in order to make possible the success of the investment. However, in many of these cases – as can be seen by simply reading cooperation projects – when those agreements talk about "justice"

²² «Rather than beginning with the question of how to modernize the court system, such efforts should begin by asking where failings of the justice system are constraint to equitable development». See, **New Directions on Justice Reform**, cit., p. 9.

normally they do not refer to the national judiciary. The flight from the system of state institutions is justified in the light of the inadequacy and corruption of the ruling classes (including judicial): under the "umbrella" of a humanitarian intervention, is favored the creation of new institutions from involvement of civil society. In this way, on the one hand, it prevents the monetary aid granted from falling into the hands of the local governments and therefore diverted from purposes of cooperation projects, on the other hand, it try to remedy the lack of confidence of the population towards the courts.

The experience of the legal transplant which involved the field of industrial relations in Cambodia, fully summarizes the features mentioned above, and anticipates some possible scenarios that may derive from the activity of cooperation as it has developed in that case. First of all, the episode highlights how the principle of conditionality works in trade agreements between industrialized and developing countries: it provides an example of how the economic interest becomes the engine of the processes of implementation of human rights and justice reform. Second, the definition of competences and the powers of the Arbitration Council testifies the character at the same time pragmatic ("problem-solving") and consensual of the cooperation programs of international organizations. The effective performance of the functions of the AC is subject to acceptance by the parties, at first, of the jurisdiction (which is normal since it is an arbitration), subsequently, of the decision within eight days following its publication. Finally, the "Cambodian model", unlike other attempts of transplant funded in previous experiences from the World Bank, had a continuity that has allowed it to enter into the social dynamics of Cambodia (where the textile industry is the main source of economy and of employment for the population). This has contributed to the gradual transformation of the AC into a permanent organ of the Judiciary in Cambodia, with powers to intervene in the conduct of collective disputes, and basically "irresponsible" in relation to other powers of the Cambodian State (both executive and judicial).

The second part of this contribution focuses on the problematic of the sustainability of this model in the light of the ongoing process for a democratic transition undertaken by many developing nations.

4. THE CIRCULATION OF TRADE UNION RIGHTS THROUGH THE CONDITIONALITY OF COMMERCIAL TREATIES. THE LAUNCH OF A "REWARD MECHANISM" IN THE US-CAMBODIA TEXTILE AGREEMENT

During the nineties the reduction of manufacturing costs became one of the most important challenges for the companies facing global trade competition. With the mass exodus of Western companies to the Asian sweatshops, however, public attention was focused on working conditions in the textile sector in developing countries. Western companies were accused of supporting with their investments the dictatorships responsible for the repression of trade union struggles in the factories of the countries in the developing world. Consequently, there has been a spread of the practice of linking the opening of trade negotiations to the willingness of partner country governments to engage in the protection of workers' rights²³. The first significant example of this tendency is the North American Agreement on Labor Cooperation (NAALC)²⁴, a supplementary agreement to the treaty which regulates the commerce between the United States, Mexico and Canada from January 1, 1994 (North America Free Trade Agreement). The objective of NAALC is the promotion, «at the highest level possible», of some of the fundamental trade union and worker rights identified in the text

²³ The practice of including dispositions related to the promotion of working conditions in trade agreements does not remain isolated in the area of established democracies. As noted by POLASKI, Sandra. Protecting Labor Rights through Trade Agreements: an Analytical Guide, in **Journal of International Law and Policy**, July, 14, 2004, p. 14: «Canada and Chile have also included labor provisions in at least some of their bilateral trade agreements. Brazil, Argentina, Uruguay and Paraguay have included labor commitments and institutions as part of the architecture of the Mercosur common market».

²⁴ The text of the Agreement is available at: <http://www.worldtradelaw.net/nafta/naalc.pdf>.

of the agreement itself²⁵. The same formula was repeated in other bilateral agreements signed by the United States²⁶ and Canada²⁷ with some countries in the developing world, as a result of internal pressures exerted by the national unions, determined to put a stop to the relocation of production sites.

From a legal perspective, the weak point of trade agreements containing clauses for the promotion of determining standards of workers protection, is the lack of tools to ensure their effective implementation. The system of penalties normally used in international trade agreements is unfit to cover this task and, especially in cases in which it has been implemented, has been more detrimental to the populations of the developing countries – for which orders from the West are an important source of employment – than for the governments or the multinational corporations, which were actually responsible for the breach of the obligations to protect²⁸.

The dysfunctions of the "traditional conditionality" demonstrate the failure of the modern system of international relations to give an adequate response to the challenges posed by globalization of markets. First, in most of the experiences the cooperation relationship is non-existent because the

²⁵ Art.1: «*The objectives of the Agreement are to: [...] promote, to the maximum extent possible, the labor principles set out in Annex 1*».

²⁶ *U.S.-Jordan Free Trade Agreement; U.S.-Singapore Free Trade Agreement; U.S.-Chile Free Trade Agreement*

²⁷ The *Canada-Chile Agreement on Labor Cooperation* is a supplementary agreement to the free trade treaty between the two countries having similar objectives to the NAALC.

²⁸ POLASKI, Sandra. Protecting Labor Rights through Trade Agreements: an Analytical Guide, cit., p. 21: «A withdrawal of trade benefits could in some cases result in a diminution of employment that would harm the workers (the victims of the original non-compliance) as much or more than the employers (the perpetrators of labor law violations) and government (which tolerated the violations)». Similar remarks are made on the implementation of the provisions relating to the protection of workers in bilateral free trade agreements between the United States, on the one hand, Chile and Singapore, on the other, by WELLS, Don. "Best Practice" in the regulation of International Labor Standards: Lessons of the U.S.-Cambodia Textile Agreement, in **Comparative Labor Law and Policy Journal**, Vol. 27, 2006, p. 358: «In neither agreement is there is a process to enforce even the weak obligation that the countries take steps to comply with the International Labor Organization's (ILO) fundamental (or core) international labor rights».

implementation of the agreement depends almost exclusively on local institutions. A second problem can be traced to the limitations – in the name of the national sovereignty – of the commitment to protect labor rights according to national, rather than international standards.

The Cambodian case represents an exception to this trend. Firstly, because for the first time a "reward mechanism" was introduced consisting in the increase of quotas of products intended to have access to the American market in the event of proven improvements in the implementation of the provisions of the national Labor Code²⁹ and generally recognized international standards³⁰. Secondly, the program provides for regular monitoring of the progress made in working conditions and the effective enjoyment of trade union freedoms. It is carried out on an annual basis directly in the factories and, above all, it is not carried out by the parties to the agreement, but by the staff of International Labor Organization (ILO). Finally, the increase in export quotas is granted in the case of a positive performance of the entire manufacturing sector. Therefore, failure to adapt by one or more employers endangers the recognition of the trade benefits for the entire industry. The latter aspect activates a "horizontal mechanism of pressure" (from the workers and compliant companies to non-compliant ones) that has guaranteed, under the terms of the agreement, a general implementation of national and international provisions on workers' protection without the need for coercive intervention by state institutions³¹.

²⁹ Art. 10, lett. A) «*The Parties seek to [...]promote compliance with, and effective enforcement of, existing labour law, and promote the general labor rights embodied in the Cambodian labor code*». The commercial agreement is available at: http://cambodia.usembassy.gov/uploads/images/M9rzdrzMKGi6Ajf0SIuJRA/uskh_texttile.pdf

³⁰ Art. 10, lett. B): «*The Royal Government of Cambodia shall support the implementation of a program to improve working conditions in the textile and apparel sector, including internationally recognized core labour standards, through the application of Cambodian labor law*».

³¹ The connection between the system of premiums constituted by the increase in export quotas and the overall performance of the manufacturing sector is, according to keen observers, the "trump card" of the experience of trade between the United States and Cambodia. See, POLASKI, Sandra. Protecting Labor Rights through Trade Agreements: an Analytical Guide, cit., p. 22. For a deeper analysis of the export quotas experience see HALL, John Alexander. The ILO's Better Factories Cambodia Program: A Viable Blueprint for

Furthermore, as an implementation of the provisions of art. 10 of the Trade Agreement, there are two distinct programs of cooperation undertaken under the direction and control of the ILO: the «Garment Sector Working Conditions Improvement Project» and the «Labor Dispute Resolution Project». The first³² promotes a training program aimed at educating workers and employers in trade union activities in an attempt to channel towards legal practice social conflict that often resulted in murders and attacks against activists. The second program, however, has given rise to the legally more significant aspect of this cooperation: the creation of a permanent arbitration tribunal, independent of other Cambodian institutions, and with functions of judgment in matters of trade union rights and collective disputes. The Arbitration Council (AC) was set up in May 2003 and then, after some fundamental modifications, it was re-established in December 2005.

5. SUSTAINABLE JUSTICE IN LABOR DISPUTES? AIMS AND APORIAS OF A "PROBLEM-SOLVING" APPROACH

The AC model is unique in the international scene as it combines the key features of arbitration – the derivation from an investment agreement and the voluntary nature of jurisdiction – with a series of elements borrowed from the tradition of judiciary models of Western democracies – providing

Promoting International Labor Rights?, in *Stanford Law and Policy Review*, Vol.21, No.3, p. 427-460. It should be noted, finally, that in the first report prepared by the ILO, two years after the entry into force of the trade agreement, are recorded significant improvements in the enjoyment of trade union freedoms: see, **First Synthesis Report on Working Conditions in Cambodia's Garment Sector**, November 2001, available on the ILO website <http://betterfactories.org/?p=3044>. On the same page are available all the other following Reports.

³² The **Garment Sector Working Conditions Improvement Project**, also known by the name of «*Better Factories Cambodia*», is structured in training courses on the application of the labor law rules, addressed to employees, workers and other intermediate figures of the organizational structure of the industry in Cambodia. The program also provides for the establishment of a Committee responsible for consulting on how to implement the legislation, as well as monitoring and evaluation of progress in adapting to international standards, the positive outcome of which is subject to the issuance of the export license to the company.

legal guarantees for the independence of the components and the obligation to observe a consistent interpretation. The combination of these aspects is understandable in light of the major issues, which the introduction of the AC has tried to resolve.

The factual and legal context in which the project has been launched is, in fact, characterized by strong instability of social relations also caused – according to experts of the International Labor Organization³³ – by endemic corruption of judicial institutions and government that has fueled a general distrust towards the regulation of contractual business relationships and work. However, since the early years of the nineteenth century, Cambodia has become one of the leading nations in which Western companies of the textile sector invest, because, it is not part of the *Multi-Fibre Arrangement* (MFA) and there are no limitations on the amount of cotton that can be exported to Western markets (such as for China, Indonesia, Thailand and others).

With the increase in production volume, however, the problem of conflict in the workplace does not disappear. On the contrary, in the years following the signing of the US-Cambodia bilateral trade agreement the number of industrial disputes reached the maximum level³⁴. The need to bring the contrast inside the legal procedures and mutual recognition between the social parties – that is essential to engage in any form of negotiation – are the basis of the current features of the Arbitration Council. Its functions are set out in Article 310 and following of the Cambodian Labor Code, within the regulation of individual and collective labor disputes (Chapter XII) and of

³³ Van NOORD Hugo; HWANG, Hans; BUGEJA, Kate. **Cambodia's Arbitration Council: Institution-building in a developing country**, Geneva: ILO Working Papers, 2011, p. 2.

³⁴ By the study of the ILO documents and the Reports of the Arbitration Council may be inferred a direct relationship between the growth in the volume of business and number of collective disputes: while the first passed by an amount of \$ 26.5 million in 1995 to \$ 2.8 billion in 2007, the latter, from 17 to 80 during the same period. See Van NOORD Hugo; HWANG, Hans; BUGEJA, Kate. **Cambodia's Arbitration Council: Institution-building in a developing country**, cit., p. 3 and **The Arbitration Council Annual Report 2011**, p. 4, available, as the following and subsequent reports, at: <http://www.arbitrationcouncil.org/en/media/publications/annual-reports>

collective industrial action (Chapter XIII). The criteria for selection and training of the judging panel members, along with all aspects of the procedure and the issuance of the arbitration award, are subject to the regulation of Prakas 99 of 21 April 2004, issued by the Ministry of Labor³⁵.

The analysis of the legislation relating to the capabilities of the AC and the time of the arbitration procedure allows us to make an initial framework that highlights the unique character of this organism. First, despite the establishment of the Arbitration Council originated from a cotton trade treaty, its functions of judgment are not limited to this area, but have been extended, since the beginning, to all collective disputes regardless of the productive sector within which have arisen. Even more significant, however, is the wording of the second subparagraph of Article 312 which establishes the authority to decide not only disputes concerning trade union rights deriving from Cambodian and international law, but also «other disputes»³⁶, i.e. those disputes from which collective benefits could potentially arise for one or other of the parties to the conflict. The allocation of a decisive role in the control of labor relations, moreover, is reinforced by the provisions of Article 34 of Prakas, which gives to the Arbitration Panel «full powers of intervention» in the controversy. The latter is required to take appropriate action in order to stop violations of the rules and the negative effects that are derived: in particular, the AC may ask the reparation of the damages suffered by the parties, included the reinstatement of unfairly dismissed employees (point A) and the interruption of ongoing collective action (point C)³⁷.

³⁵ In the Cambodian legal system, the Prakas is a sublegislative source of law and one or more ministers jointly are competent for the emanation. Normally the Prakas contains provisions that specify the content of laws and therefore plays a vital role in addressing the choice of the court, especially in a country where the judicial class has not developed a "culture of independence" from political power.

³⁶ «The Council of Arbitration legally decides on disputes concerning the interpretation and enforcement of laws or regulations or of a collective agreement. The Council's decisions are in equity for all other disputes».

³⁷ Art. 34, *Prakas* no. 99: «In matters referred to the arbitration panel, the panel shall have the power and authority to fully remedy any violation of provisions provided in the Labour

The capacity to perform an effective task in litigation has undoubtedly helped to increase the credibility of the AC, paving the way to its settlement in the difficult context of Cambodia's industrial relations. It should be noted, however, that also other components of this experience of institution-building proved decisive for this purpose. Firstly, it was crucial that the path of the *Labor Dispute Resolution Project* was not limited to the establishment of a judicial body, but took into account the problem of the effective start-up and the range of its activities. For this purpose, in order to overcome the initial distrust of unions and employers, the legislative framework has established that the parties – before the judgment – can also choose not to be bound by the outcome of the arbitration proceedings. If within eight days from the notification of the Arbitration Panel's decision one of the parties notifies the Ministry its intention to file the opposition, the dispute would start a new course under the State justice (Article 313). A second feature of the arbitration process that has helped to make the AC "familiar" to the social partners is the free access, sanctioned at legislative range by Article 316 of the Labor Code.

The establishment of an Alternative Dispute Resolution body for collective disputes has been accompanied from the outset by the search for legitimacy, which, in a country where development has led to strong social polarization, could not be irrespective of themes such as the voluntariness of jurisdiction and the democratization of access to justice. These two components, however, do not seem to be enough to disprove the "economicist structure" of the institution-building operation, which emerges clearly in front of many more aspects of the arbitration procedure. The rapidity of the procedure is certainly one of the most significant: Article 313 of the Labor Code imposes a burden on the Panel to issue its decision within 15 days. It is not disputed that the brevity of this term contrasts strongly with the formulations that give full investigative powers to the arbitrators

Law, implementing regulations under the Labour Law, collective bargaining agreements or other obligations arising from the professional relationship between employer and employee. Within the limitations of the Labour Law and this Prakas, it has the power and authority to provide any civil remedy or relief which it deems just and fair [...]».

about the workplace conditions or that require them to examine all the documents brought by the counterparties in support of their demands³⁸.

The «problem-solving approach», which denotes the entire operation of transplant, is not clear only with regard of the delimitation of the judicial area – as has already stated above – but also with regard to the objectives. Therefore, if fifteen days are a clearly too short a period of time to “do justice”, it is not a coincidence that the legislative provisions requiring the Panel to examine only the issues that have led to the failure of previous attempts of conciliation³⁹ and to seek, before opening the judgment, a new basis for a mutual agreement between the parties.

As already known, the arbitral decision can find his foundation in principles of transnational justice rather than sources of law. As in Jan Paulsson's⁴⁰ *Idea of Arbitration*:

the law is a possible means, but not the only one, nor necessary the best. And so we discern that the purpose of arbitration is not to achieve compliance with the law. Legal justification may help because legitimacy may generate acceptability, but is not the primary objective [...] This does not mean that they are not attached, and profoundly so, to fundamental principles of law. There is no paradox. The principles in question are not invention of the law. To the contrary, they are antecedents of law. Ethics, utilitarian calculation, the hardwired influences of natural selection on behavioral biology — call them what we will; at some level we reach the granite of basic terms of social interaction

³⁸ Article 312, par. 3 e 4, of Labor Code: «The Council of Arbitration has a broad power to investigate the economic situation of the enterprises and the social situation of the workers involved in the dispute.

The Council has the power to make all inquiries into the enterprises or the professional organizations, as well as the power to require the parties to present any document or economic, accounting, statistical, financial, or administrative information that would be useful in accomplishing its mission. The Council may also solicit the assistance of experts».

³⁹ Article 312, par. 1, of Labor Code: «The Council of Arbitration has no duty to examine issues other than those specified in the non-conciliation report or matters, which arise from events subsequent to the report, that are the direct consequence of the current dispute».

⁴⁰ PAULSSON, Jan. **The Idea of Arbitration**, Oxford: Paperback, 2013, p.14-15.

that cannot be compromised and do not require explanation. Law must embody them; it cannot determine them.

Further confirmation of this reading can be traced in the annual-reports in which the Arbitration Council takes stock of its activities and their future developments: the insistence with which the statistics relating to the increase in cases submitted to the AC are contrasted with a substantial decrease of strikes aimed primarily to demonstrates a commitment to the pacification of industrial relations⁴¹.

This ideal of labor justice has never been questioned by the promoters of the two international projects that have given financial support to the activity of AC: the *Labor Dispute Resolution Project* – directed by the ILO – until 2009 and the *Demand for Good Governance Project* – directed by the World Bank – which was completed in March 2014. In contrast, the model of the Cambodian arbitration tribunal is sponsored by the Legal Vice Presidency of the World Bank, «[as] an example of the application of an iterative, problem-solving approach to justice reform»⁴².

6. STRENGTHENING THE FOUNDATIONS THROUGH SOCIAL-ISSUES MONOPOLIZATION: THE NEW PROCEDURAL RULES AND THE GENERALIZATION OF AC JURISDICTION

It is necessary add to the description above the important turning point marked by the signing of the *Memorandum of Understanding on Improving Industrial Relations in the Garment Industry (MoU)* on 28 September 2010. The agreement, signed by some of the most representative unions of the country, has been promoted by International Labor Organization and by

⁴¹ As recorded by the **Annual Report 2011**, p. 4: «As at the end of 2011, the correlation between the lowest strike record in the garment industry and the highest number of labour disputes received by AC suggests maturing of industrial relations in the Cambodian garment sector»

⁴² See, **New Directions on Justice Reform**, cit., p. 9.

World Bank in order to ensure greater predictability of results in the application of legislative provisions and to encourage dialogue between the social parties, especially in the mean of arbitration proceedings⁴³.

The signatories expressly recognize the importance of a *conciliatory approach* to the dispute in order to ensure an improvement in working conditions and to prevent unlawful conduct by the employees or the employers⁴⁴. Significant are the provisions on negotiations at the enterprise level. In particular, it has been stated that no association of workers may give rise to strikes against the agreement reached as a result of the conciliation procedure in front of the AC when it has been signed by the most representative trade unions in the workplace⁴⁵.

The statements that have most contributed to increasing centrality of the Arbitration Council in the Cambodian industrial system, however, are those contained in points 5 and 6 of the *MoU*. The former establish the compulsory nature of any conciliation agreement reached in front of the Panel and the latter is recognized as the exclusive judicial body for any disputes which arise about its implementation. Therefore, a «*Council Bilateral Agreement*» has a general effect inside the workplace and the parties are bound to implement any relevant decision from the Panel. Point 6 repeats the same commitment towards all the future controversies that would arise between the signatory parties, regardless of the existence of any prior conciliatory agreement. This provision, *de facto*, introduces a binding arbitration for most of the collective labor disputes that will arise in

⁴³ The text of the agreement, translated into English, is available on the ILO website: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo-phnom_penh/documents/genericdocument/wcms_145234.pdf.

⁴⁴ See point 2 of the **Memorandum of Understanding**: «Both parties support CBA [Council Bilateral Agreements] in order to achieve certainty and predictability and to protect rights and terms of work condition for both parties».

⁴⁵ See point 3 of the **Memorandum of Understanding**: «Both parties support the MRS [Most Representative Status] as the exclusive bargaining agent on behalf of all workers in the enterprise. Minority unions can participate in the process by choice but along with all employees must respect the authority of the MRS union, and have no right to initiate or disrupt bargaining or to object to any CBA reached by MRS union»

Cambodia by refraining the parties from any appeal to the State courts⁴⁶.

Reflecting on the potential consequences of the latter provision, perhaps even more than the formers, it is clear that main objective of the *MoU* is to guarantee that the benefits related to the rapidity of the arbitration (i.e. the smooth continuation of the production, the continuity of company's profits and employment contracts) are not compromised by the opening of a trial. Consequently, it seems to be clear a subordination of the objective of «good governance» and guaranteeing social rights – pursued by the international projects that have given support to the reform of justice – to the main interest for the industrial growth of the country. A relief that is not even mitigated by the AC, for which the assurance of a decision within 15 days is a transversal advantage, therefore, is not limited to one party of the conflict: «[...] This speedy standard of AC dispute resolution enables both enterprises and their workers to focus on the productivity and income»⁴⁷.

It is appropriate to consider part of this framework even the provisions that seem to introduce elements of eminently-legal rationality in the experience of institution-building in Cambodia. Thus, for example, the provisions of the Prakas 99/2004 requiring the arbitrators to indicate the edicts of the law or the collective agreement which form the basis its decision (Article 38)⁴⁸ do not seem to play a substantial role in the spread of the rule of law in the face of the conciliatory and economist tendency of the procedure within the AC.

These considerations can be repeated also in the light of the subsequent AC *Procedural Rules* adopted pursuant to Article 31 of the Prakas by the

⁴⁶ At point 6 of **Memorandum** it is settled, in fact: «[...] Where an arbitration decision on dispute of rights is given, the employer and workers and their representatives accept that the decision is final and binding on them.[...]»

⁴⁷ See **Arbitration Council Annual Report 2011**, p.7.

⁴⁸ The importance of this prediction can be grasped if we consider that the Cambodian courts traditionally do not usually justify their judgments in law. See, in this regard, Van NOORD, Hugo; HWANG, Hans; BUGEJA, Kate. **Cambodia's Arbitration Council: Institution-building in a Developing Country**, cit., p. 12.

Ministry of Labor on the advice of the Arbitration Council itself. These are divided into seven «Rules», each of which is in turn divided into subsections: they shows no trace of formulations that engage the arbitrators to ensure the predictability of contractual effects or certainty of fundamental rights, whereas particular attention is paid to the outcome of the procedure and to reduce costs. With regard to the first profile, is established that in carrying out their activities arbitrators are required to conform to considerations of «fairness»⁴⁹ and, in approaching the study of the dispute, they must take into account that reconciliation «is always the desirable option»⁵⁰. The second profile is the most mentioned objective in the *Procedural Rules* and is consistently associated in the text with the need to reach a rapid decision⁵¹. For this purpose, in order to ensure the effective short time limits for the composition of the Panel and the proper constitution of the party to the proceedings, is encourage the use of the telephone communication as legal notification⁵².

A further level of guarantees, aimed at strengthening the judicial vocation of the Arbitration Council, is detectable in the context of the provisions on the arbitrators appointment. The Article 311 of the Labor Code stated that they «shall be chosen from among judges, members of the Advisory Committee of Labor, and generally among prominent figures known for their moral qualities and their competence in economic and social matters». The appointment of the 15 arbitrators is formally accomplished by an act (Prakas) of the Ministry of Labor but the choice is accomplished one-third by

⁴⁹ Rule 4.8.

⁵⁰ Rule 4.10: «Settlement through conciliation is always the desirable option and the parties at all times retain the right to settle on their own terms including during the course of the arbitration».

⁵¹ Rule 4.9: «Postponements of arbitration hearings are costly and undesirable. Postponements will only be granted by the arbitration panel where all parties to the arbitration agree such postponement».

⁵² Rule 6.3: «Because time is of the essence in the conduct of proceedings of the Arbitration Council, the use of telephone communications is encouraged among all persons involved, unless the Labour Law, the Prakas or these Rules specifically require written communication. In any case, proof of such communication may be required».

the associations of workers, one-third by employer unions and one-third by the Ministry of Labor. Only the associations who are part of the Consultative Committee of Labor, however, take part in the elections. The reform introduced by Prakas 99/2004 has maintained the annual term of office (Article 2), but has added the further requirement that each member must be renewed by the Minister unless preclude occurring reasons of health, criminal convictions or incompatibility (indicated in Article 7). The arbitrators, in fact, serve for life («as they remain in good standing»⁵³), and this certainly contributes to the formation of an expertise in the field of dispute resolution. The latter provisions find a positive acknowledgement in the last Report of the AC, which shows both a substantial increase in the disputes examined by the Panel (from 145 cases in 2010 to 255 in 2012) and a high percentage of cases «successfully concluded»⁵⁴.

Finally, it is worth considering data on the use of the “*return-to-work orders*”, with which the AC has the ability to impact on the effective enjoyment of the rights enshrined at constitutional level⁵⁵. Also on this side, the Report 2012 points out that only 16% of the ordinances did not find implementation while in the rest of the cases the production continued normally pending the conclusion of the arbitration proceedings. The less data reassuring – and on which the Arbitration Council, however, does not seem to express any concern – is that the number of orders for interruption of strike issued has more than tripled since the signing of the *Memorandum of Understanding* (from 14 in 2010 to 45 in 2012)⁵⁶. This is an element that

⁵³ Van NOORD, Hugo; HWANG, Hans; BUGEJA, Kate. **Cambodia’s Arbitration Council: Institution-building in a developing country**, cit., p. 25.

⁵⁴ Disputes are considered “closed positively” when a settlement agreement has been reached before trial (34% of the disputes submitted) or where the arbitration decision had actually lead to the normalization of business relation (36% of cases). See **The Arbitration Council Annual Report 2012**, p. 4.

⁵⁵ Article 37 of the Constitution of the United Kingdom of Cambodia states that the right to strike and to demonstrate peacefully must be exercised within the limits defined by law. To this regard, Article 312 *et seq.* of the Labor Code dictate the general predictions regarding the strike, in which it is still considered illegal the strike accomplished when the arbitration procedure has not been completed yet (Art. 320).

⁵⁶ See **The Arbitration Council Annual Report 2012**, p. 4.

strengthens even more the consideration of this institution-building experience as a highly-intrusive attempt to intervene in the system of social relations of the country.

FINAL CONSIDERATIONS

In order to trace a balance of this dissertation is possible to assume the following sentence of Zambam⁵⁷ as a starting point:

Afirmamo que a estruturação das políticas de desenvolvimento è indispensavel para a fundamentação e concretização das condições de justiça. Um modelo de desenvolvimento justo precisa conceber os diferentes atores e instituições num plano de estruturação equitativa da sociedade contemplando a participação livre e efetiva dos seus membros na condição de agentes.

While economic growth opens new possibilities for the effectiveness of some fundamental rights at the same time – as the Cambodian case stands to demonstrate – it restricts others. The high interference of economic issues in the politics of developing countries demonstrate that any democratic transition is possible in absence of «economic democracy» and «due process of law». As long as «labor disputes» will be conceived as obstacles to the economic growth, national government and corporations will seek their "rapid" and "cheap" resolution through arbitration. On the contrary, the turning point is starting to separate «economic growth» and «business growth». While the second usually expresses a very quantitative data – on the amount of capital involved in contractual activities – the first is a more complex concept that cannot be represented by statistics. It involves evaluation of the general social conditions of a country, i.e. health and education systems and, last but not least, working environment.

⁵⁷ ZAMBAM, Neuro José. Desenvolvimento sustentável: direito dos cidadãos e compromisso de todos in **Direito, Democracia e Sustentabilidade**. *Anuário* do Programma de Pós-Graduação da Faculdade Meridional, Passo Fundo/RS, 2013, p. 94.

Justice reforms promoted on the basis of trade agreements' conditionality hardly meet those issues. Therefore – as it has been appropriately said⁵⁸ –, it is necessary to rethink the idea of sustainable development with an enlarged outlook that must include labor issues:

La colaboración y la solidaridad transnacional también son el lema de la sostenibilidad global. La intensificación del fenómeno de la globalización presenta desafíos importantes a los Estados y requiere un reajuste cualitativo y estratégico del derecho, ya que como instrumento de control social estatal, emana de una entidad soberana aislada en el planeta, y no produce respuestas eficaces para asegurar un futuro con una sostenibilidad progresiva para toda la comunidad de vida en una escala global.

BIBLIOGRAPHY

AGUILA GRADOS, Guido Cesar; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Marcio Ricardo. **Constitucionalismo em Mutaçãõ**. Reflexões sobre as influências do Neocostituzionalismo e da Globalização Jurídica, Blumenau: Nova Letra, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma del derecho en el siglo XXI. **Opinión Jurídica**, Vol. 10, N°20, 2011.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Il diritto al presente**. Globalizzazione e tempo delle istituzioni, Bologna: Il Mulino, 2002.

GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**, Bologna: Il Mulino, 2011.

HALL, John Alexander. The ILO's Better Factories Cambodia Program: A Viable Blueprint for Promoting International Labor Rights?, in **Stanford Law and Policy Review**, Vol.21, No.3, 2010.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**, Roma-Bari: La Terza, 2003.

⁵⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma del derecho en el siglo XXI in **Opinión Jurídica**, Vol. 10, N°20, 2011, p. 167.

JACKSON, Vicki. Comparative Constitutional Law: Methodologies, in ROSENFELD, Michel; SAJÒ, Andreas (edited by). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Oxford: Hardback, 2012.

LAVIER, Roberto. The World Bank and Judicial Reform: Overcoming "Blind Spots" in the Approach to "Judicial Independence", in **Duke Journal of Comparative and International Law**, Vol.22, 2012.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Il saccheggio**. *Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano-Torino: Mondadori, 2010.

Mc CONNAUGAY, Philip J. The Scope of Autonomy in International Contracts and Its Relation to Economic Regulation and Development, in **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 39, 2000.

Mc CONNAUGAY, Philip J. The Role of Arbitration in Economic Development and the Creation of Transnational Legal Principles in **Peking University School of Transnational Law Review**, Vol.1, 2013.

PAULSSON, Jan. **The Idea of Arbitration**, Oxford: Paperback, 2013.

POLASKI, Sandra. Protecting Labor Rights through Trade Agreements: an Analytical Guide, in **Journal of International Law and Policy**, July, 14, 2004.

VEZZANI, Simone, **Gli accordi delle Organizzazioni del Gruppo Banca Mondiale**, Torino: Giappichelli, 2011.

WELLS, Don. "Best Practice" in the regulation of International Labor Standards: Lessons of the U.S.-Cambodia Textile Agreement, in **Comparative Labor Law and Policy Journal**, Vol. 27, 2006.

Van NOORD, Hugo; HWANG Hans; BUGEJA Kate. **Cambodia's Arbitration Council: Institution-building in a developing country**, Geneva: ILO Working Paper, 2011.

ZAMBAM, Neuro José. Desenvolvimento sustentável: direito dos cidadãos e compromisso de todos in **Direito, Democracia e Sustentabilidade**. *Anuário do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional, Passo Fundo/RS*, 2013.

**ECOSSISTEMA SOCIAL E TRÂNSITO SUSTENTÁVEL: A PREOCUPAÇÃO
GLOBAL COM O BEM ESTAR, QUALIDADE DE VIDA, MOBILIDADE
URBANA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL**

Oscar Francisco Alves Junior¹

Franklin Vieira dos Santos²

INTRODUÇÃO

A tutela do meio ambiente está presente no constitucionalismo no mundo, sendo gênero que possui espécies, dentre elas o artificial com seu ecossistema social e características inerentes, cujos problemas emergentes despertam atuação de organismos internacionais quanto ao enfrentamento na era globalizada, o que se **coaduna com o pensamento de** Maria Claudia Souza³ na necessidade de estratégias de globalização diante da ordem ecológica globalizada.

Problemas permeiam a temática, implicando reflexão sobre as seguintes questões: Qual a relação do trânsito sustentável com o meio ambiente? O trânsito é um assunto de importância internacional? Se positivo, quais os indicadores?

¹ Doutorando pela UNIVALI, Mestre pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS), Mestre pela Fundação Getúlio Vargas (FGV RJ), Postgrado pela Universidad de Salamanca/España, MBA pela FGV RJ, Bacharel em Direito pela ITE Bauru/SP e em Teologia pela UMESP, Professor na Escola da Magistratura de Rondônia, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Rondônia. Ji-Paraná, Rondônia/Brasil, E-mail oscarprof@ibest.com.br

² Doutorando em Direito pela UNIVALI, Mestre em Poder Judiciário pela FGV-Rio, MBA em Poder Judiciário, pela FGV-Rio, Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela ULBRA de Porto Velho, Professor da Faculdade São Lucas de Rondônia, Juiz de direito no Estado de Rondônia, titular da 3ª Vara Criminal de Porto Velho. E-mail franklinvs27@gmail.com

³ SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. **20 anos de sustentabilidade: reflexões sobre avanços e desafios**. Brusque: Revista da Unifebe, 2012. p.5.

Ab initio, a expressão 'meio ambiente' causa controvérsia entre os pesquisadores brasileiros, sendo que alguns alegam não ser apropriada em razão de redundância, pois 'meio' e 'ambiente' seriam termos sinônimos. Neste debate etimológico cita-se Zsogon⁴ optando por uma palavra apenas (ambiente) e Luiz D'Agostini e Ana Cunha⁵ defendendo que não se trata de pleonismo ou tautologia utilizar a expressão composta (meio ambiente).

Todavia, é a expressão consagrada no Brasil, no nível constitucional e infraconstitucional, o mesmo ocorrendo com Espanha, Cuba, México e Chile utilizando a expressão composta 'medio ambiente' e Bulgária com o termo 'okolna sreda' ou 'околно среда'.

Outros países utilizam apenas uma palavra, como por exemplo Argentina, Itália e Portugal (ambiente), Alemanha (unwelt), França (mieu ou environnement) e EUA (environment), conforme pesquisa diretamente nas legislações dos países mencionados (vide próximo item). Observando a questão Luis Sirvinkas⁶ e Denise Garcia⁷ citam alguns destes países.

A expressão meio ambiente foi definida no Brasil pela Lei nº 6.938, de 31/08/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) nos seguintes termos: "Artigo 3º: "Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - Meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas"⁸.

⁴ ZSOGON, Silva. "**El derecho ambiental y sus principios rectores**". p. 37. In: MARQUES, José Roque Ramos. Direito ambiental: análise da exploração madeireira na Amazônia. São Paulo: LTr, 1999, p.87.

⁵ D'AGOSTINI, Luiz Renato & CUNHA, Ana Paula Pereira. **Ambiente**. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007, p.40-42.

⁶ SIRVINKAS, Luis Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**: breves considerações atinentes à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988. p.12.

⁷ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Governança Transnacional e Sustentabilidade**. A busca por um economia ambiental. 2014. Univali. Volume 1, p.32. E-book, disponível em <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 01 de fev. 2016.

⁸ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31/08/1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

O brasileiro José Afonso da Silva define meio ambiente como "a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas"⁹, observando o elemento artificial.

Neste mesmo viés Edis Milaré¹⁰ expõe o conceito jurídico de meio ambiente subdividindo-o sob uma visão estrita (relacionada aos recursos naturais e com limites propostos pela Ecologia tradicional, ecossistema natural) e outra ampla (meio ambiente artificial ou humano, ecossistema social).

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, reunida em Estocolmo de 5 a 16/06/1972 também reconhece a subdivisão e declara que "os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma"¹¹.

Também reconhecendo os vários aspectos, Arthur Migliari leciona que meio ambiente sadio só ocorrerá com a "integração e a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, culturais e do trabalho que propiciem o desenvolvimento equilibrado de todas as formas, sem exceções."¹².

O português Canotilho estudando o conceito de meio ambiente, destaca as dificuldades inerentes ao mesmo e revelam que se encontram disponíveis duas grandes alternativas:

A de optar por um conceito amplo de ambiente, que inclua não só os "componentes ambientais naturais",

⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.2.

¹⁰ MILARÉ, Edis. **Direito ambiental brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 52-53.

¹¹ ONU. Organização das Nações Unidas. Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano 1972, disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>> Acesso em: 15 de fev. 2016.

¹² MIGLIARI, Arthur. **Crimes Ambientais**. Brasília: Lex Editora, 2001, p.24.

mas também os "componentes ambientais humanos" (isto é, não apenas o ambiente "natural" mas também o "construído"); ou de optar por um conceito estrito de ambiente, que se centre nos primeiros componentes referidos [...] ¹³.

Aliás, Celso Fiorillo aponta que a Constituição brasileira de 1988 reconhece o meio ambiente artificial em diversos dispositivos (artigos 225, 182, 21, XX e 5º, XXII) ¹⁴.

As subdivisões ou modalidades do meio ambiente (natural, artificial, cultural e do trabalho) são reconhecidas por vários autores, tais como Rebelo & Bernardo¹⁵, Carla Pinheiro¹⁶, Celso Fiorillo & Marcelo Rodrigues¹⁷, em que pese a quarta não ser unânime, o que se harmoniza com a análise do trânsito sustentável que se desenvolve, conforme Sobral¹⁸, no ecossistema urbano.

1.1 A Tutela Internacional do Meio Ambiente e as Constituições no Mundo Contemporâneo Globalizado

A proteção ambiental é uma preocupação no mundo contemporâneo globalizado, podendo ser encontrada em diversas Constituições na América do Sul, América Central, América do Norte, Europa e Ásia, conforme se

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org). **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998. p.21-22.

¹⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 9ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p.21.

¹⁵ REBELLO FILHO, Wanderley, BERNARDO, Christianne. **Guia Prático de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen, 1998, p.18.

¹⁶ PINHEIRO, Carla. **Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.37.

¹⁷ FIORILLO, Celso A. P., RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental e Patrimônio Genético**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.111.

¹⁸ SOBRAL, H.R. **O meio ambiente e a cidade de São Paulo**. São Paulo: Makron Books, 1996, p.XIII.

apresentará abaixo, tais como Brasil, Argentina, Chile, Cuba, México, Alemanha, Bulgária, Espanha, França, Itália, Portugal, Japão e China.

Na América do Sul, no BRASIL destaca-se inicialmente a legislação infraconstitucional disposta no **Decreto nº 24.643/1934 [Código de Águas]**.

Em âmbito constitucional há a Constituição de 1946 estabelecendo como competência da União legislar sobre solo, águas, floresta, caça, pesca, dentre outras questões correlatas, alçando a preocupação com o meio ambiente no constitucionalismo ecológico brasileiro.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18/09/1946)¹⁹

Art 5º - Compete à União:

[...] XV - legislar sobre:

[...] I) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, floresta, caça e pesca;

Esse marco constitucional brasileiro foi importante porque a partir dele elaboraram-se diversas leis com enfoque ambiental e dentre elas destacam-se: Lei nº 4.771/1965 [Código Florestal], **Decreto-Lei nº 221/1967 [Código de Pesca]**, Lei nº 6.938/1981 [Lei da Política Nacional do Meio Ambiente], Lei nº 7.347/1985 [Ação Civil Pública], Lei nº 9.433/1997 [Política Nacional dos Recursos Hídricos - Lei das Águas], Lei nº 9.605/1998 [Lei dos Crimes Ambientais], Lei nº 9795/1999 [Lei da Educação Ambiental], Lei nº 9.985/2000 [Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação], Lei nº 10.257/2001 [Estatuto da Cidade], **Decreto nº 4.895/2003 [uso de água para a agricultura]** e Lei nº 11.959/2009 [Desenvolvimento Sustentável e Pesca].

Retornando à Era Constitucional Ecológica brasileira, a Constituição de

¹⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)**, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 15/2/2016.

1988, após hiato com a Constituição de 1967, dispôs sobre o meio ambiente, recepcionando as legislações infraconstitucionais promulgadas anteriormente.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil
(de 05/10/1988)²⁰

Capítulo VI: Do Meio Ambiente: 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. [...]

Na ARGENTINA a proteção ao meio ambiente em nível constitucional refere-se tanto as gerações presentes como as gerações futuras, dispendo sobre o prisma de direito e de dever, bem como sobre as leis gerais e complementares de proteção ao meio ambiente, conforme dispõe o artigo 41:

ARGENTINA. Constitución de La Nacion Argentina, de
22/08/1994²¹

Artículo 41: Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generara prioritariamente la obligacion de recomponer, segun lo establezca la ley.

No CHILE a previsão está no artigo 8º dispendo sobre direitos e deveres referentes ao meio ambiente, nos seguintes termos:

²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15/2/2016.

²¹ ARGENTINA. **Constitucion de La Nacion Argentina**, de 22 de agosto de 1994, disponível em <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>>. Acesso em: 15 de fev. 2016.

CHILE. Constitución Política de La República de Chile de 1980²²

Artículo 8º: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente;

Na América Central, a tutela do meio ambiente também é içada no âmbito constitucional em CUBA, com a Constituição de 1976, no artigo 27:

CUBA. Constitución de la República de Cuba de 1976²³

Artículo 27º: El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política.

Na América do Norte, no MÉXICO a Constituição de 1917, observada a Reforma Constitucional de 27/01/2016, declara nos artigos 4º, 25, 73 e 122 a proteção ambiental discorrendo sobre a sustentabilidade e conservação,

MÉXICO. Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5/02/1917, Última reforma publicada DOF 27/01/2016²⁴

Artículo 4º: Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado

²² CHILE. **Constitución Política de La República de Chile**, de 1980, disponível em <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>. Acesso em: 15 de fev. 2016.

²³ CUBA. **Constitución de La República de Cuba**, de 1976, disponível em <<http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>>. Acesso em: 16 de fev. 2016.

²⁴ MÉXICO. **Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos** de 1917 e recentes atualizações, disponível em <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Acesso em: 16 de fev. 2016.

garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley. (Párrafo adicionado DOF 28-06-1999. Reformado DOF 08-02-2012)

No Continente Europeu, na ALEMANHA a Constituição de 1946 dispôs no artigo 20 A sobre a proteção dos recursos naturais vitais e dos animais, inclusive demonstrando expressamente preocupação com as gerações futuras. No artigo 74, item 22, dispõe sobre a legislação referente ao meio ambiente artificial urbano, tratando sobre o trânsito nas vias públicas, sistema rodoviário, construção e conservação de estradas e utilização das vias públicas.

ALEMANHA. Constituição da Alemanha de 1946²⁵

II. Der Bund und die Länder

Artikel 20a: Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.

Artikel 74: (1) Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete:

[...] 22. den Straßenverkehr, das Kraftfahrwesen, den Bau und die Unterhaltung von Landstraßen für den Fernverkehr sowie die Erhebung und Verteilung von Gebühren oder Entgelten für die Benutzung öffentlicher Straßen mit Fahrzeugen;

Na BULGÁRIA a Constituição de 1971 estabelece que no artigo 31 a tutela do meio ambiente estabelecendo que a proteção e conservação da natureza e dos recursos naturais, água, ar e solo, como seus monumentos culturais é o dever das autoridades públicas e empresas, cooperativas e organizações públicas e dever de cada cidadão.

²⁵ ALEMANHA. **Constituição da Alemanha**, de 1946, disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 16 de fev. 2016.

BULGÁRIA. Конституция На Народна Република
България, 1971²⁶

КОНСТИТУЦИЯ. на Република България, от
18/05/1971 г.

Глава I. Обществено-Политическо Устройство

Член 31: Защитата и опазването на природата и
природните богатства, на водата, въздуха и почвата,
както и на културните паметници е задължение на
държавните органи и предприятия, кооперациите и
обществените организации и дълг на всеки
гражданин.

Na ESPANHA a tutela constitucional ao meio ambiente consubstancia-se na
Constituição de 1978, tratando no artigo 45 de direitos e deveres referentes
ao tema, princípio da solidariedade coletiva e sanções em caso de dano
ambiental, conforme segue:

ESPAÑA. La Constitución Española de 1978²⁷.

Título I. De los derechos y deberes fundamentales.
**Capítulo tercero. De los principios rectores de la
política social y económica.** Artículo 45: 1. Todos
tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente
adecuado para el desarrollo de la persona, así como el
deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán
por la utilización racional de todos los recursos
naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de
la vida y defender y restaurar el medio ambiente,
apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3.
Para quienes violen lo dispuesto en el apartado
anterior, en los términos que la ley fije se establecerán
sanciones penales o, en su caso, administrativas, así
como la obligación de reparar el daño causado.

Na FRANÇA, o artigo 34 da Constituição de 1958, conforme a Carta
Ambiental de 2004 e Revisão Constitucional de 23/07/2008, dispendo sobre

²⁶ BULGÁRIA. **Constituição da República da Bulgária**, por em 1971, disponível em
<<http://www.parliament.bg/bg/19>>. Acesso em: 20 de fev. 2016.

²⁷ ESPAÑA. **La Constitución Española** de 1978, disponível em
<<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/>>. Acesso em 20 de fev. 2016.

a regras relativas a vários direitos, dentre eles o ambiental, também insere a preservação ambiental.

FRANÇA. La Constitution du 4/10/1958 en vigueur, à jour de la révision constitutionnelle du 23/07/2008²⁸

Article 34: La loi fixe les règles concernant:

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; [...]

La loi détermine les principes fondamentaux : [...]

- de la préservation de l'environnement ; [...]

Na ITÁLIA a Constituição de 1947, em seu artigo 117, item 21, letra "s" dispendo que o Estado tem competência legislativa exclusiva quanto proteção do ambiente, o ecossistema e do patrimônio cultural.

ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana del 22/12/1947²⁹

ART. 117. 21 La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:

[...]

s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali

Em PORTUGAL a Constituição de 1974 tutela o meio ambiente no artigo 66

²⁸ FRANÇA. **Constitutionnel Francais** de 1958, disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html>>. Acesso em: 20 de fev. 2016.

²⁹ ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**, de 1947, disponível em <<https://www.senato.it/1024>>. Acesso em: 21 de fev. 2016.

e artigo 90 trazendo diversas disposições sobre o assunto

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 1974, atualizada pela **VII Revisão Constitucional de 2005**³⁰

Artigo 66º. Ambiente e qualidade de vida.

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:

a) Prevenir e controlar a poluição [...]; b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem; c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações; [...]

No Continente Asiático menciona-se a Constituição do JAPÃO, de 1946, que apesar de não falar explicitamente em meio ambiente, possui texto pacifista, em especial os artigos 11, 12, 13 e 14 declarando direitos humanos fundamentais disponíveis para a presente geração e para as futuras, dispondo sobre a responsabilidade para o bem-estar público comum e respeito ao individuo e direito à vida, dentre outras considerações pertinentes ao tema.

³⁰ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 1974, disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 20 de fev. 2016.

JAPÃO. Japan's Constitution, promulgated on
03/11/1946³¹

Chapter III: Rights and Duties of the People. Article 10: The conditions necessary for being a Japanese national shall be determined by law. Article 11: The people shall not be prevented from enjoying any of the fundamental human rights. These fundamental human rights guaranteed to the people by this Constitution shall be conferred upon the people of this and future generations as eternal and inviolate rights. Article 12: The freedoms and rights guaranteed to the people by this Constitution shall be maintained by the constant endeavor of the people, who shall refrain from any abuse of these freedoms and rights and shall always be responsible for utilizing them for the public welfare. Article 13: All of the people shall be respected as individuals. Their right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in other governmental affairs.

Ainda na Ásia, a Constituição da CHINA, de 1982, também estabelece a proteção ambiental relatando que o Estado e/ou a coletividade são proprietários dos recursos naturais e ambientais, bem como trata da proteção ao meio ambiente, prevenção, eliminação da poluição ambiental, reflorestamento e proteção de bosques e árvores.

CHINA. Constitution of the People's Republic of China,
Adopted on 4/12/1982³²

Article 9: Mineral resources, waters, forests, mountains, grassland, unreclaimed land, beaches and other natural resources are owned by the state, that is, by the whole people, with the exception of the forests, mountains, grassland, unreclaimed land and beaches that are owned by collectives in accordance with the law. The state ensures the rational use of natural

³¹ JAPÃO. **Constituição Japão**, de 1946, versão em inglês, disponível em <<http://www.solon.org/Constitutions/Japan/English/english-Constitution.html>>. Acesso em: 23 de fev. 2016.

³² CHINA. **Constituição da República da China**, com Revisão de 1982, versão em inglês, disponível em <<http://en.people.cn/constitution/constitution.html>>. Acesso em: 23 de fev. 2016.

resources and protects rare animals and plants. The appropriation or damage of natural resources by any organization or individual by whatever means is prohibited.

Article 26: The state protects and improves the living environment and the ecological environment, and prevents and controls pollution and other public hazards. The state organizes and encourages afforestation and the protection of forests.

Nos países mencionados nesta pesquisa a tutela ambiental constitucional também se consubstanciou nas legislações infraconstitucionais internas, sendo imprescindível para efetiva proteção do meio ambiente, tanto no aspecto de meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho. Portanto, a proteção ao meio ambiente possui abordagem nacional e internacional, demonstrando a importância do tema e a contemporaneidade de Constituições e legislações internas, sendo avanço no Constitucionalismo mundial.

1.2 A ONU e a Década (2011-2020) de Ação pela Segurança Viária no Mundo

O meio ambiente artificial possui um ecossistema próprio que está afetado em escala mundial, gerando inúmeras consequências negativas, despertando a atenção de organismos de abrangência internacional, sendo um deles a Organização das Nações Unidas (ONU), que inclusive proclamou os anos de 2011 a 2020 como Década de Ação pela Segurança Viária no Planeta na medida em que é um desafio a ser enfrentando nessa era globalizada.

Diante do emergente Estado Constitucional Ambiental os cidadãos desejam a paz não somente quanto a ausência de guerra, mas paz no trânsito, bem estar e felicidade por não ser vítima de acidentes. Assim, a ação local em cada país se complementa com a ação global proposta pela ONU, contribuindo neste cenário globalizado.

A união de esforços é almejada e pode ser acelerada com a utilização dos recursos da hodierna Sociedade tecnológica, porém sem demora para evitar o fenômeno *overshoot*: "atraso ou incapacidade para solução de um conflito antes do ponto no qual não há retorno", conforme Paulo Cruz³³.

A probabilidade de êxito na minimização de problemas ambientais em razão do trânsito não sustentável aumenta com a atuação da ONU que é vocacionada na busca pelo bem-estar e desenvolvimento dos povos, desde sua gênese em 1948, ou ainda, desde suas raízes na Liga das Nações.

Após a 1ª Guerra Mundial (28/07/1914 a 11/11/1918), que envolveu as grandes potências da época, houve uma preocupação em garantir a paz mundial, podendo visualizar aí o nascimento de pretensão de governança global, em que pese a referida expressão se consubstanciar efetivamente somente no final da década de 1980, conforme argumenta Jose Veiga³⁴:

A expressão "governança global" começou a se legitimar entre cientistas sociais e tomadores de decisões a partir do final da década de 1980, basicamente para designar atividades geradoras de instituições (regras do jogo) que garantem que um mundo formado por Estados-nação se governe sem que disponha de governo central. Atividades para as quais também contribuem muitos atores da sociedade civil, além de, é claro, governos nacionais e organizações internacionais.

Nessa esteira, a Conferência de Paz de Paris, em 1919, estabeleceu diversos tratados de paz às Nações-Potência envolvidas, dentre eles, Tratado de Versalhes, Tratado de Saint-Germain, Tratado de Trianon, Tratado de Neuilly e Tratado de Sèvres.

Todos os Tratados foram importantes e tiveram seu objetivo específico, mas para o fim da presente abordagem, destaca-se o Tratado de Versalhes, em

³³ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p.30.

³⁴ VEIGA, José Eli da. **Desgovernança mundial da sustentabilidade**. São Paulo: Editora 34, 2013, 1ª edição. p.13.

1919, que abordou os 14 Pontos do Presidente dos EUA Woodrow Wilson e, ainda, procurou reunir as nações no organismo mundial denominado Liga das Nações ou Sociedade das Nações, precursora da ONU.

O Tratado de Versalhes no Artigo 22 abordava explicitamente o bem-estar e o desenvolvimento de todos os povos, o que se constituiria em sagrado dever/missão da civilização, sendo um alvo ainda atual e desejável.

The Covenant of the League of Nations 1919³⁵
(Including Amendments adopted to December, 1924).
The High Contracting Parties, In order to promote international co-operation and to achieve international **peace** and **security** [...]

Agree to this Covenant of the **League of Nations**.
[...]

Article 22: [...] **by themselves under the strenuous conditions of the modern world, there should be applied the principle that** the well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilisation **and that securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant.**
(grifo do autor)

Como idéia importante mencionava-se a necessidade de cooperação entre as Nações, o que não difere do que se pretende hoje para enfrentamento das questões envolvendo o meio ambiente artificial e o trânsito.

Todavia, desde o Tratado de Versalhes (1919) e conseqüente estabelecimento da Liga das Nações em Genebra/Suíça (1920) não foram gerados os frutos pretendidos de bem-estar e desenvolvimento, sendo que só após o final da 2ª Guerra Mundial (1945) pode-se afirmar o nascimento de uma governança global do desenvolvimento, conforme defende José Veiga³⁶.

³⁵ Tratado de Versalhes, 1919, disponível em <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp>. Acesso em: 26 de fev. 2016.

³⁶ VEIGA, José Eli da. **Desgovernança mundial da sustentabilidade**, São Paulo, Editora 34, 2013, 1ª edição, página 14.

Nessa seara prosseguiu a Organização das Nações Unidas³⁷ (ONU) a partir de 1948, sendo uma organização intergovernamental criada para promover a cooperação internacional, trabalhando pela paz e desenvolvimento mundial. Assim, sendo o trânsito tema interesse em âmbito local e global, através da Resolução nº 2/2009 proclamou a Década de Ação pela Segurança no Trânsito no Mundo – 2011-2020.

Mediante a Resolução A/RES58/289 sob o título "Melhorar a segurança rodoviária global" a ONU envolveu a OMS em abril/maio/2004 na cooperação internacional e coordenação global e regional entre as agências da ONU e seus parceiros internacionais, fundamentada no Relatório Mundial sobre prevenção de lesões e segurança no tráfego (UN Road Safety Collaboration).

Assim, vários eventos e programas com espectro global foram realizados, tais como em 11/05/2011 o 1º UN Global Road Safety Week; de 06 a 12/05/2013 o 2º UN Global Road Safety Week; de 04 a 10/05/2015 o 3º UN Global Road Safety Week, já agendado para maio de 2017 o 4º UN Global.

Semelhante aos Movimentos "Outubro Rosa" (aborda o tema câncer de mama) e "Novembro Azul" (câncer de próstata), o Movimento Internacional "Maio Amarelo" também é uma ação de conscientização de preservação da vida, sendo o mês escolhido em razão da proclamação da ONU em 11/maio da Década de Ação pela segurança viária. Além disso, porque neste mês se realiza desde 2013 a Semana Mundial de Segurança do Pedestre (também denominada de Campanha Zenani Mandela, neta de Nelson Mandela falecida com 13 anos vítima de acidente de trânsito na África do Sul em 2010).

Outro desdobramento da ação da ONU foi a Meeting The Friends of the Decade of Action for Road Safety 2011-2020³⁸ (Encontro dos Amigos da

³⁷ ONU, disponível em <<https://nacoesunidas.org/conheca/>> e <<http://www.un.org/>>. Acesso em: 28 de fev. 2016.

³⁸ Meeting The Friends of the Decade of Action for Road Safety 2011-2020, disponível em <http://www.who.int/roadsafety/decade_of_action/en/>. Acesso em: 1º de mar. 2016.

Década de Ação) na Suécia em 08/06/2015 que reuniu governos e organismos internacionais empenhados em fazer a Década de Ação um sucesso e contou com a participação de Brasil, França, Marrocos, Omã, Filipinas, África do Sul, Espanha, Suécia, Tailândia, Turquia, Estados Unidos e Uruguai e 7 agências internacionais. Na ocasião também ocorreram os preparativos referentes a Conferência Mundial de Alto Nível sobre Segurança Rodoviária.

Parafraseando Cruz³⁹ e Fernandes⁴⁰ observa-se em todas essas ações a política nacional e a política internacional interagindo de forma que as forças internas de um país procuram influenciar o Poder visando interesses em busca do trânsito sustentável e as forças internacionais buscam influenciar o comportamento do conjunto dos órgãos na Sociedade para que outrem adotem esse comportamento de homeostase social na sustentabilidade do meio ambiente artificial e natural nesta era de globalização.

1.3 Institute for Transportation and Development Policy (ITDP) e o Trânsito

A sociedade contemporânea globalizada tem a necessidade de resolver as questões relacionadas ao trânsito, pois trazem desequilíbrio ao meio ambiente urbano artificial e também ao meio ambiente natural, em razão de emissão de gases, poluição e outras conseqüências, quanto ao segundo.

A população cresceu e se mudou para as cidades, as quais têm se desenvolvido nem sempre de forma sustentável e sem atingir suas funções sociais, mormente o bem estar que se espera proporcionar aos cidadãos, prejudicando a mobilidade urbana.

³⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. p. 47.

⁴⁰ FERNANDES, Antônio José. **Introdução à ciência política: teorias métodos e temáticas**. Porto: Porto, 1995. p.18.

Concomitantemente também aumentou o número de veículos na malha viária mundial, que por um lado demonstra conquista do cidadão e é possibilitada em ambientes próprios do capitalismo e liberalismo econômico, mas por outro gera várias conseqüências inerentes do mundo industrializado.

Para enfrentar esses desafios, mesmo com o meio ambiente sob a tutela do constitucionalismo mundial, é inegável que o Estado não possui condições de solucionar os problemas, necessitando da participação ativa de indivíduos, organismos e instituições nacionais e internacionais. Nesse prisma Paulo Cruz e Zenildo Bodnar apontam que "a indiferença e a passividade do cidadão, a impotência dos indivíduos frente ao universo kafkaniano do poder transversal do Estado Constitucional Moderno e do poder insensível de mercado e da economia"⁴¹ são inimigos mortais que ameaçam a Democracia.

Contudo, no ambiente mundial globalizado pessoas têm se organizado e não esperado passivamente do Estado, mas sim exercido seu poder fora, abaixo e fora do Estado, o que se amolda ao pensamento de Foucault.

Uma das primeiras coisas a compreender é que o poder não está localizado no aparelho de Estado e que nada mudará na sociedade se os mecanismos de poder que funcionam fora, abaixo, ao lado dos aparelhos de Estado a um nível muito mais elementar, cotidiano, não forem modificados⁴².

Nesse escopo e de caráter mundial visando minimizar os problemas no meio ambiente artificial, em especial o trânsito (in)sustentável que atinge milhões de pessoas no planeta, apresenta-se o Institute for Transportation and Development Policy (ITDP) que é uma organização que promove o transporte sustentável no mundo, focando esforços no sentido de reduzir o número de acidentes de trânsito, emissões de carbono e poluição

⁴¹ CRUZ, Paulo Márcio & BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012. p.28.

⁴² FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Paz e Terra S/A, 2006. p.149-150.

atmosférica⁴³.

Com mais de três décadas de atividades no que se refere ao Trânsito, o Instituto de Políticas de Transporte e Desenvolvimento foi fundado em 1985 e possui sede New York/EUA, com escritórios na Argentina, Brasil, China, Índia, Indonésia, México e Washington D.C./EUA, sendo que no Brasil o ITDP possui escritório no Rio de Janeiro, mas sua atuação é nacional.

Almejando o Desenvolvimento Orientado ao Transporte Sustentável (DOTS), após realizar pesquisa global sobre planejamento urbano e transportes sustentáveis, o ITDP apresenta 8 Princípios:

- 1) Compactar:** Reorganizar regiões para encurtar viagens.
- 2) Adensar:** Aumentar a densidade no entorno das estações de transporte de alta capacidade.
- 3) Conectar:** Criar redes densas e conectadas de vias e caminhos. Isso implica em melhorar a qualidade de vida do usuário possibilitando lazer, trabalho, estudo, dentre outras atividades.
- 4) Usar transporte público:** Oferecer sistemas de transporte rápidos, frequentes, confiáveis, integrados e de alta capacidade. Isso implica em não apenas oferecimento de qualquer transporte, mas de qualidade e que supra as necessidades dos usuários.
- 5) Misturar:** Estimular o uso misto do solo, para reduzir o número de viagens e estimular um cenário de rua mais vibrante.
- 6) Pedalar:** Dar prioridade o uso da bicicleta. Isso se relaciona com a história do ITDP em 1985 enviando bicicletas para a Nicarágua, mediante o Projeto Bikes non Bombs.
- 7) Mudar:** Promover mudanças para incentivar o uso de transporte público,

⁴³ Institute for Transportation & Development Policy (ITDP), disponível em <<https://www.itdp.org/>>. Acesso em: 03 de mar. 2016.

à pé ou bicicleta. Implica em utilização de transportes que contribuam para a diminuição da poluição e também o uso de transporte não poluente, bem como construção de ciclovias.

8) Caminhar: Criar ambientes que estimulem as pessoas a andar a pé. Isso implica em providenciar espaços seguros, desobstruídos e de qualidade.

A população mundial está cada vez mais urbanizada, o que concomitantemente ao aumento populacional e de veículos, falta de planejamento urbano tem contribuído na solução de problemas de mobilidade urbana e desenvolvimento sustentável.

Conforme Centro Regional de Informação das Nações Unidas (UNRIC) atualmente 54% da população mundial vive em zona urbanizada⁴⁴.

Em 1950 contabilizava-se 746 milhões de pessoas na zona urbana, o que tem sido acrescido anualmente, sendo que em 2014 a estimativa é de 3,9 bilhões de pessoas em áreas urbanizadas. A projeção para 2045 é mais de 6 bilhões de pessoas em áreas urbanizadas.

Persistindo o atual conjunto de fatores sociais, econômicos, jurídicos, políticos, ambientais, os impactos na mobilidade urbana, qualidade de vida, emissão de Gases do Efeito Estufa (GEE) será estrondoso e o Desenvolvimento Urbano Sustentável é via imprescindível para futuro.

Este estado de coisas gera também necessidade de aumento de transporte, sendo que em 2013 o setor gerou 23% das emissões globais de CO2 da queima de combustíveis e a tendência é de crescimento desta cifra⁴⁵.

⁴⁴ UNRIC, disponível em <<http://www.unric.org/pt/actualidade/31537-relatorio-da-onu-mostra-populacao-mundial-cada-vez-mais-urbanizada-mais-de-metade-vive-em-zonas-urbanizadas-ao-que-se-podem-juntar-25-mil-milhoes-em-2050>>. Acesso em: 05 de mar. 2016.

⁴⁵ ITF, a descarbonização dos transportes: ITF lança grande projeto novo, disponível em <<http://www.internationaltransportforum.org/>>. Acesso em: 05 de mar. 2016.

Atualmente, no Brasil a frota é mais é 61 milhões de veículos, o que tem crescido ano a ano desde a década de 1950 com o aumento da malha rodoviária.

Enfim, na perspectiva deste artigo, aponta-se o ITDP como um dos atores no complexo cenário mundial globalizado, como organismo internacional objetivando alcançar um trânsito sustentável e equilíbrio no ecossistema do meio ambiente artificial.

1.4 International Transport Forum (ITF) e Mobilidade Urbana

O International Transport Forum (ITF) é outra organização que direciona preocupação global com a matéria relacionada ao Trânsito e questões correlatas tais como Desenvolvimento urbano sustentável, Sustentabilidade ambiental, Mobilidade urbana, preservação da vida humana e seu bem-estar⁴⁶.

Suas raízes históricas remontam a 1953, ocasião em que ocorreu, com a participação de 16 países, a European Conference of Ministers of Transport (ECMT), que se constitui organização internacional destinada à coordenação e racionalização do transporte terrestre europeu de importância internacional.

Inicialmente era uma organização de âmbito regional, mas foi se projetando para o âmbito mundial, sendo em 1969 contava com o Japão como primeiro membro efetivo não europeu. Em 1975 EUA e em 1977 Canadá tornam-se membros, em que pese terem sido convidados para participarem a formação inicial. Em 1973 Austrália e em 1991 Nova Zelândia também se associam à ECMT. Após o fim da Guerra Fria, outros 22 países da Europa Oriental e da Rússia também se associam durante a década de 1990.

⁴⁶ ITF, disponível em <<http://www.internationaltransportforum.org/>>. Acesso em: 05 de mar. 2016.

Diante dessa progressiva globalização, que aliás foi expressamente reconhecida em 2006 na Conferência de Dublin e diante de novos convites para países não europeus se associarem, bem como abordagem aos transportes terrestres, marítimo e aéreo a ECMT faz um *up grade* de Conferência Européia para Fórum Internacional.

Assim, desdobramentos ocorridos a partir desta Conferência propiciaram a criação do Internacional Transport Forum (ITF), o qual já possui uma década de existência, tendo seu nascimento em 18/maio/2006, cuja composição inicial contou com a participação de 43 países. A transição de ECMT para ITF foi uma evolução natural, sendo que ainda atuante até a presente data, a ECMT constitui-se no núcleo legal do ITF.

Novas associações têm ocorridos, tais como Índia em 2009, China em 2011, Chile em 2012 (1º representante da América do Sul), Argentina e Marrocos em 2015.

O ITF, também denominado no Brasil de Fórum Internacional dos Transportes é uma organização internacional intergovernamental que está administrativamente integrado no âmbito do sistema da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴⁷.

Apesar a integração administrativa com a OCDE, o ITF é organização politicamente autônoma, até porque alguns países-membros da ITF não são membros da OCDE.

Atualmente o ITF é composto por 57 (cinquenta e sete) países membros, sendo o único órgão global que engloba todos os modos de transporte, atuando nas políticas públicas de transporte que promovam a melhoria de vida, respeitando a sustentabilidade ambiental.

Nesta perspectiva o ITF tendo sido uma plataforma global de discussão e pré-negociação de questões de política pública em todos os meios de

⁴⁷ OCDE, disponível em <<http://www.oecd.org/>>. Acesso em: 05 de mar. 2016.

transporte⁴⁸, bem como organizando diálogo global mediante reunião de ministros dos transportes, procurando analisar as tendências mundiais, compartilhando conhecimentos sobre a matéria e promovendo intercâmbio entre os diversos atores envolvidos.

A Conferência Européia e o Fórum Internacional têm obtido muitas conquistas, conforme a seguir explicitado:

ECMT and ITF resolutions, recommendations and reports have informed transport policy decisions on issues as diverse as railroad regulation and road safety, accessibility and environmental standards, or market liberalisation for international road haulage services. Seat belts, helmets for motorcyclists, speed limits, blood alcohol limits and targeted traffic education programmes were all pioneered by ECMT before becoming the norm.⁴⁹

Isso se confirma no Brasil com a normatização via Código de Trânsito Brasileiro (CTB), Resoluções e Recomendações referentes a segurança viária, uso do cinto de segurança e capacetes, limite de velocidade, limites de álcool no sangue e programas de educação para o trânsito, dentre outros.

Exemplificando algumas ações, o ITF⁵⁰ informa que em 2014 colaborou com o México na criação de um órgão regulador do transporte ferroviário. Também apoiou em Londres/Reino Unido a expansão da capacidade dos aeroportos. Tem ajudado no desenvolvimento de estratégias de transportes públicos na Finlândia. Está criando observatório de logística no Chile. Ajuda Jamaica, Vietnã e Argentina na redução de mortes na estrada.

Desde 2008 o ITF promove em Leipzig/Alemanha, no mês de maio, o

⁴⁸ International Transport Forum ITF, in **How we do it, disponível em** <<http://internationaltransportforum.org/about/about.html>>. Acesso em: 10 de mar. 2016.

⁴⁹ International Transport Forum ITF, in **Our achievements, disponível em** <<http://internationaltransportforum.org/about/about.html>>. Acesso em: 10 de mar. 2016.

⁵⁰ International Transport Forum, in **Our achievements** disponível em <<http://internationaltransportforum.org/about/about.html>>. Acesso em: 10 de mar. 2016.

Encontro Anual (Annual Summit) reunindo ministros dos 57 países-membro e, ainda, contando com a participação de mais de 1.000 pessoas procedentes de mais de 70 países.

A OMS tem reconhecido várias ações do ITF como modelo de esforço multi-país. Também a Global NCAP classificou o Programa Global New Car Assessment do ITF como entre os melhores do mundo.

Para desenvolver suas atividades o ITF possui estrutura composta por vários órgãos com funções específicas, porém interligadas, dentre eles Secretaria Geral, Presidência, Conselho dos Ministros dos Transportes (CMT), Conselho de Administração de Transporte (TMB), Task Force, Centro de Investigação, Grupo de Transporte Rodoviário, Conselho de Parceria Social/Corporativa (CEC).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a era Ford e com a massificação da produção automobilística e melhoria no poder aquisitivo da população, bem como cada vez maior uso da tecnologia possibilitaram determinados avanços na Sociedade.

Todavia, problemas advindos do aumento da população nas áreas urbanizadas e excessiva quantidade de veículos têm apresentados desafios no mundo contemporâneo globalizado que carecem de enfrentamento adequado, pois afetam o meio ambiente, de modo que os avanços conquistados não sejam uma Vitória de Pirro, haja vista problemas de sustentabilidade, desenvolvimento social e mobilidade urbana.

O constitucionalismo mundial tem mostrado historicamente a tendência de alçar a questão do meio ambiente para patamar diferente do infraconstitucional, o que tem constituído importante marco jurídico constitucional no planeta.

O crescente processo de globalização tem proporcionado a atuação de

vários organismos internacionais na seara ambiental relacionada ao trânsito e ecossistema ambiental, não só o natural, mas também o artificial urbano, tais como ONU, ITF, ITDP, entre outros, mediante a proclamação da Década de Ação pela Segurança Viária, bem como Encontros Mundiais, o que demonstra a importância do tema e o olhar globalizado sobre a questão que é de grande relevância social.

Conforme fundamentado essa atuação global tem sido complementar a atuação local e aumenta as chances de sucesso na minimização de consequências nocivas para o bem estar e felicidade do indivíduo e da coletividade. Os primeiros passos foram dados. Permanece o desafio.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org). **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998. p.21-22.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p.30.

CRUZ, Paulo Márcio & BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012. p.28.

D'AGOSTINI, Luiz Renato & CUNHA, Ana Paula Pereira. **Ambiente**. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2007, p.40-42.

FERNANDES, Antonio José. **Introdução à ciência política: teorias métodos e temáticas**. Porto: Porto, 1995. p.18.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 9ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p.21.

FIORILLO, Celso A. P., RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental e Patrimônio Genético**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.111.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Paz e Terra S/A, 2006. p.149-150.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Governança Transnacional e Sustentabilidade**. A busca por um economia ambiental. 2014. Univali. Volume 1, p.32. E-book, disponível em <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2016.

MIGLIARI, Arthur. **Crimes Ambientais**. Brasília: Lex Editora, 2001, p.24.

MILARÉ, Edis. **Direito ambiental brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 52-53.

PINHEIRO, Carla. **Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.37.

REBELLO FILHO, Wanderley, BERNARDO, Christianne. **Guia Prático de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen,1998, p.18.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.2.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**: breves considerações atinentes à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988. p.12.

SOBRAL, H.R. **O meio ambiente e a cidade de São Paulo**. São Paulo: Makron Books, 1996, p.XIII.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. **20 anos de sustentabilidade: reflexões sobre avanços e desafios**. Brusque: Revista da Unifebe, 2012. p.5.

VEIGA, José Eli da. **Desgovernança mundial da sustentabilidade**. São Paulo: Editora 34, 2013, 1ª edição.

ZSOGON, Silva. **"El derecho ambiental y sus principios rectores"**. p. 37. In: MARQUES, José Roque Ramos. **Direito ambiental: análise da exploração madeireira na Amazônia**. São Paulo: Ltr, 1999, p.87.