

## SUMÁRIO

<b>TRANSNACIONALISMO: UM NOVO MODELO ESTATAL?.....</b>	<b>5</b>
Regiane Nistler .....	5
<b>Globalização, multiculturalismo e a concepção de um espaço público mundial de reconhecimento das diversidades culturais .....</b>	<b>28</b>
Carla Piffer .....	28
Ildete Regina Vale da Silva .....	28
<b>A INCONSTITUCIONALIDADE E INCONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO: INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CARTA MAGNA E COM O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA .....</b>	<b>49</b>
Ana Carolina Santos Mello .....	49
Pedro Abib Hecktheuer .....	49
<b>MINISTÉRIO PÚBLICO, PODER JUDICIÁRIO E REPRESENTAÇÃO FUNCIONAL E ARGUMENTATIVA: FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE PARA A ATUAÇÃO INSTITUCIONAL .....</b>	<b>74</b>
Felipe Schmidt.....	74
<b>ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA: NOTAS COMPARATIVAS ENTRE O ESTADOS UNIDOS E O BRASIL .....</b>	<b>98</b>
José Alberto Oliveira de Paula Machado.....	98
Rafael Além Mello Ferreira.....	98
Ana Cláudia Miranda Lopes Assis.....	98
<b>DEMOCRACIA E EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>126</b>
Fernando de Castro Faria .....	126
<b>OS REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO NAS IDENTIDADES NACIONAIS EA HOMOGENEIZAÇÃO CULTURAL.....</b>	<b>146</b>
Talissa Truccolo Reato .....	146

<b>TEORIAS JURÍDICAS E CONTEXTO HISTÓRICO: REPENSANDO O DIREITO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO.....</b>	<b>166</b>
João Henrique Pickcius Celant.....	166
Jorge Alberto de Andrade.....	166
<b>A COMUNICAÇÃO TRANSJUDICIAL COMO FORMA DE ASSEGURAR A ERRADICAÇÃO DA ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA.....</b>	<b>190</b>
Camile Serraggio Girelli .....	190
Júlia FragomeniBicca .....	190
<b>ASPECTOS DESTACADOS DA INTERDISCIPLINARIDADE E DO PRAGMATISMO JURÍDICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>214</b>
Juliete Ruana Mafrá Granada .....	214
<b>CIBERDEMOCRACIA: UM MODELO DE PARTICIPAÇÃO EM REDE ...</b>	<b>237</b>
Vinícius Francisco Toazza .....	237
<b>A IMPORTÂNCIA DE CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE RESPOSTAS ADEQUADAS E INADEQUADAS EM DIREITO .....</b>	<b>262</b>
Leandro Seberino da Silva.....	262
<b>EMENDA CONSTITUCIONAL N.81/2014: A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCEDIMENTO CONFISCATÓRIO DA PROPRIEDADE EM QUE SE VERIFICAR A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO .....</b>	<b>285</b>
Mariana Leite de Freitas.....	285
Cássio Bruno Castro Souza.....	285
<b>PLURALISMO RELIGIOSO E MULTICULTURALISMO: REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A INFLUÊNCIA NO PLURALISMO JURÍDICO .....</b>	<b>319</b>
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni.....	319

<b>O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE RECONHECIMENTO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS E DE APERFEIÇOAMENTO DA DEMOCRACIA .....</b>	<b>343</b>
Luiz Eduardo Anesclar .....	343
<b>DEMOCRACIA E TECNOCRACIA: UM DEBATE ACERCA DAS FORMAS DE GOVERNANO CONTEXTO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO .....</b>	<b>361</b>
Pedro Walter Guimarães Tang Vidal .....	361
<b>A SUSTENTABILIDADE E SUA INSERÇÃO NA TEORIA DA SUBSTÂNCIA LEGAL TRANSNACIONAL .....</b>	<b>386</b>
Bruno Smolarek Dias .....	386
Márcio Cristiano de Góis .....	386
<b>Fundamentos Constitucionais do Direito ao Meio Ambiente e à Tutela Jurisdicional Efetiva: um paralelo entre Espanha e Brasil .....</b>	<b>417</b>
Rafaela Schmitt Garcia .....	417
<b>ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A TEORIA DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS CONFORME IMPORTANTES PENSADORES: DOS PROBLEMAS CONTEMPORÂNEOS DA ÉPOCA DE SUA CRIAÇÃO AOS QUE SE APRESENTAM NOS DIAS ATUAIS .....</b>	<b>442</b>
Carina Gassen Martins Clemes .....	442
Johnny Gustavo Clemes .....	442
<b>PARADIGMAS DA CIÊNCIA JURÍDICA: ANÁLISE DA TEORIA DO DIREITO, DESDE OS POSTULADOS DO JUSNATURALISMO ATÉ A PROPOSTA PÓS-POSITIVISTA DA TEORIA COMPLEXA DO DIREITO. ....</b>	<b>464</b>
Rudson Marcos .....	464
<b>A JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE E A DEFENSORIA PÚBLICA.....</b>	<b>490</b>
Ana Paula Gilio Gasparotto .....	490
Claudia Fidelis .....	490

<b>As possibilidades de efetivação da democracia a partir de uma nova abordagem de cidadania.....</b>	<b>516</b>
Bruna Maria de Carvalho Civinski .....	516
Sílvia Regina Danielski.....	516
<b>A ORIGEM DA CORRUPÇÃO SISTÊMICA NO BRASIL FRENTE À DEMOCRACIA RADICAL EM ERA DE INFORMAÇÃO .....</b>	<b>539</b>
Fábio Henrique Fernandez de Campos .....	539
Vinicius de Assis .....	539
Eurico Soares Montenegro Neto .....	539
<b>A DEMOCRACIA EM CRISE: UMA ANÁLISE ACERCA DAS CONSEQUÊNCIAS DA CORRUPÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO .....</b>	<b>565</b>
Agnéia Corrêa Socoloski .....	565
Soadre Caroline Rolim de Moura .....	565
<b>A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL E AS CONSEQUÊNCIAS DEMOCRÁTICAS.....</b>	<b>591</b>
<b>Stenio Castiel Gualberto.....</b>	<b>591</b>
<b>Rita de Cássia Pessoa Nocetti .....</b>	<b>591</b>
<b>Rudmilson da Silva Nascimento .....</b>	<b>591</b>
<b>SENTENÇAS SUBVERSIVAS: A PRESERVAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO .....</b>	<b>621</b>
Tarcísio Germano de Lemos Filho .....	621

## **TRANSNACIONALISMO: UM NOVO MODELO ESTATAL?**

**Regiane Nistler<sup>1</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

A abordagem em tela problematiza a possibilidade de ter o Estado sofrido tantas mudanças em suas bases que está caminhando para o surgimento de uma nova forma estatal intitulada Transnacionalismo, ainda que isso não esteja reconhecido formalmente.

Para tanto, tem-se como objetivo estudar as mudanças nas características do Estado, em especial o que diz respeito às suas características básicas como o território [delimitado] e a soberania [plena].

O estudo inicia, além da demonstração das primeiras compreensões do ente estatal, com a abordagem do modelo absolutista que carrega como principal característica a centralização do poder em uma única pessoa. Em seguida são abordadas considerações relevantes acerca do modelo de estado liberal, que entre outros traços traz a separação dos poderes como marco distintivo. Adiante, o Estado de bem-estar social é analisado e fica demonstrado o excesso de serviços sociais disponibilizados nesse modelo. E, para finalizar, o modelo Neoliberal é abordado como um exemplo de sacralidade de mercado

---

<sup>1</sup>Mestranda em Direito pelo PPGD da Faculdade Meridional – IMED, campus de Passo Fundo, RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho e graduada em Direito pelo Centro Universitario para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – Unidavi, campus de Rio do Sul, SC. Professora dos cursos de Direito e Administração da Unidavi. Lider do Grupo de Pesquisa "Direito, Constituição e Sociedade de Risco", vinculado à graduação em Direito da Unidavi. Membro dos Grupos de Pesquisa "Globalização, Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos" e "Fundamentos e Dimensões dos Direitos Humanos", ambos vinculados ao PPGD da Faculdade Meridional – IMED, campus de Passo Fundo, RS. Advogada (OAB/SC). Email: regianenistler@outlook.com.

e uma forma estatal que como as que lhe antecederam, beira a crise.

Ao arremate, é estudado o instituto do Transnacionalismo, sem prejuízo das considerações elementares acerca da globalização que lhe deu causa, sendo realizadas tentativas de definições, considerando que é um fenômeno em construção, seguida da análise de suas características e, em especial as transformações que tem trazido para a sociedade e conseqüentemente para o modelo clássico estatal, principalmente no que tange à soberania e à delimitação de território.

Ademais, quanto à metodologia utilizada, o método é o dedutivo e a técnica é a bibliográfica.

## **1. AS FORMAS DE ESTADO**

No intuito de demonstrar que não é de hoje que o Estado passa por profundas mudanças em sua formação e até mesmo crises, importante tratar de algumas formas estatais desde o absolutismo.

A caracterização absoluta do Estado remonta aos primórdios existenciais do próprio Estado, nos idos da segunda metade do século XIV. Nessa linha, torna-se indissociável a relação Estado-nação, ou seja, a progressiva concentração dos poderes do Rei sobre seu território em suserania, seguindo alguns precedentes estamentais (feudais).<sup>2</sup>

Ficou a cargo de Jean Bodin, e, posteriormente a Thomas Hobbes, criar as bases de cunho teórico do absolutismo por meio da soberania, como poder absoluto, perpétuo e indivisível, de titularidade do monarca, cuja legitimidade decorre de concessões divinas, bem como da hereditariedade. Afinal, como

---

<sup>2</sup>STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estado, Constituição e Juizados especiais Federais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 55-56.

frisou Luís XIV, está em Deus toda a fonte do poder e somente para Ele deve-se prestar justificativas.<sup>3</sup>

Assim, o Estado em sua forma absoluta, investido no Rei, centralizou todas as prerrogativas e funções antes dispostas em múltiplos eixos, embora auxiliado em sua formação pela burguesia, não tardou em encobri-la<sup>4</sup>, sendo que em meio a toda essa crise foi que acabaram lançadas as bases do surgimento do Estado liberal.<sup>5</sup>

O surgimento de formas liberais de Estado moderno conquistaram espaço a partir do nítido e acentuado declínio do modelo absoluto. Isso porque instalou-se grave crise financeira, excessivos custos da burocracia administrativa e das forças militares, a revolução produtiva instalada via industrialização capitaneada pela burguesia hegemônica e pela influência desta nos espaços deliberativos. Pela economia torna-se valoroso a máxima da competitividade; do deixar fazer, deixar passar.<sup>6</sup>

Nos ensinamentos de Mauro Volpi, no cerne da forma liberal de Estado torna-se possível perceber uma característica institucional essencial: a distinção clara entre esfera pública e esfera de cunho privado<sup>7</sup>, além do seu signo característico que é a separação de poderes.

---

<sup>3</sup>MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do estado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 79.

<sup>4</sup>POGGI, Gianfranco. **As origens do estado moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 76-79.

<sup>5</sup>RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Discursojurídico e práticapolítica: Contribuição à análise do Direito a partir de umaperspectivainterdisciplinar**. Florianópolis: Obrajurídica, 1997. p. 63.

<sup>6</sup>STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estado, Constituição e Juizados especiais Federais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 55-56.

<sup>7</sup>VOLPI, Mauro. **Libertà e autorità**. La classificazione dele forme diStato e dele forme di governo. 4ª ed. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 35. Tradução livre.

Ainda, o modelo liberal de Estado desloca o eixo de concentração da soberania. Se, no absolutismo a soberania se encontrava no metal da coroa e do cetro, agora, no liberalismo estatal passou a ser vista na nação, instituição unitária, indivisível e além dos anseios individuais, tal como prevê a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 3º. Dessa forma, a representação política, através de eleições regulares, ainda que por afortunados, constituiu-se no elo formal entre o povo, a nação e o Estado.<sup>8</sup>

Adiante, é preciso anotar que o liberalismo se consolida como um protetor das liberdades individuais ante o poder do Estado, bem como nos limites impostos pelas regras que começaram a nortear as relações de natureza social.

A propósito, no âmbito econômico, esse novo cenário ficou evidente com a defesa pela não intervenção estatal. Existia uma advocacia no sentido de que as relações econômicas eram auto-suficientes.

Há, na modalidade liberal do Estado, uma inquestionável ascendência do reconhecimento de ordem jurídica do direito de liberdade como pressuposto de sua constituição, verdadeira alçada de liberdade de arbítrio.<sup>9</sup>

Ou seja, foi se criando um espaço de preferência da legislação civil em detrimento do direito público<sup>10</sup> e a liberdade se tornou sinônimo de obediência

---

<sup>8</sup>STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estado, Constituição e Juizados especiais Federais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 59.

<sup>9</sup>HABERMAS, Jurgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. p. 149.

<sup>10</sup>BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Para uma teoria geral política. 12ª ed. Tradução de Marco Aurelio Nogueira. São Paulo: Paz e terra, 2005. Título original: *Strato, governo, società*. Per una teoria generale della política.

à legislação, como um dia lecionou Kant<sup>11</sup>, com a clareza que é inerente de seus escritos.

Contudo, as características do modelo liberal, muitas vezes desmedidas em sua aplicação, causaram grande expansão do capitalismo, que em determinada proporção se tornou descompromissado em relação às obrigações sociais.

Outrossim, a visão tradicional dos direitos-liberdades, consagrados face ao poder, vem superpor-se à ideia de direitos-créditos reconhecidos aos indivíduos, e que se traduzem por um poder de exigibilidade em relação ao Estado, logo, enquanto as liberdades clássicas estabeleciam limitações para as ações do Estado, esses novos direitos pressupõem, de forma contrária, para a sua realização, a mediação estatal; e seu caráter indefinidamente extensível justifica a ampliação ilimitada do Estado na vida social.<sup>12</sup>

Ainda, com o advento das constituições mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, um novo modelo tinha características que se destacaram, como por exemplo, a intervenção do Estado na economia, a aplicação do princípio da igualdade e a realização de justiça social.

Assim, a forma social-democrática pauta-se no valor da pessoa humana. Fica superada a tradicional vinculação de vida e liberdade, inclusive, tão presentes nos hinos internos dos países após os processos que foram revolucionadores no que diz respeito à independência. Os novos fundamentos encontram

---

<sup>11</sup>Ver: KANT, Emanuel. **Doutrina do direito**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993; KANT, Emanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003; e, BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**.

<sup>12</sup>ARNAUD, André-Jean et al. **Dicionário enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Tradução de Patrice Charles. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 3320.

amparo na afirmação e na tutela da dignidade da pessoa humana.<sup>13</sup>

Dessa forma, muito mais passou a ser exigido dos governantes em benefício dos governados, afinal, restava incontroverso que cada indivíduo que vivia na sociedade necessitava de auxílio para viver, em especial, claro, os menos favorecidos economicamente.

Contudo, no fim da década de 1960 o modelo começa a apresentar sinais de crise, pois o Estado já não estava suportando oferecer tudo que lhe era exigido e diante de demandas infinitas, grupos sociais reivindicadores e recursos escassos, o sistema foi à bancarrota.

Em suma, a crise pode em questão ser assim definida: (1) as receitas do Estado não deram conta para custear os serviços sociais exigidos pela sociedade; (2) o aumento da produtividade junto com o crescimento da proteção dos trabalhadores dificultou os investimentos e, por consequência, gerou uma crise de acumulação; (3) a crise de acumulação atingiu o Estado Social, que ficou prejudicado na arrecadação; (4) a alta produtividade gera desemprego, queda salarial e reflete na própria legitimidade do modelo Estatal.<sup>14</sup>

Contudo, os paradigmas necessitaram ser repensados, notoriamente no fim da década de 1980. Aqui o neoliberalismo acaba por avançar por meio do capitalismo e a nova economia de mercado se afirma no recente sistema e o com o colapso surge um novo modelo de Estado, o intitulado neoliberal.

Um dos primeiros a contrapor as ideias da política intervencionista do Estado de bem-estar social, foi o austríaco e economista Friedrich Von Hayek. Suas

---

<sup>13</sup>HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da dignidade**. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

<sup>14</sup>LAURELL, Asa Cristina (org). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Tradução de Rodrigo León Contrera. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2002. Título original: Estado y políticas sociales em el neoliberalismo. p. 76-77.

razões ficaram marcadas pela publicação da obra "O Caminho da Servidão"<sup>15</sup>, recebida na história como uma manifestação do liberalismo.

Por outro lado, criticando a política do *New Deal*, do keynesianismo, praticada por Roosevelt e conduzida de modo intervencionista e favorável aos sindicatos<sup>16</sup>, a reação foi marcada pela obra "Capitalismo e Liberdade"<sup>17</sup>, de Milton Friedman, lançada no ano de 1962, argumentando que a liberdade econômica era uma condição essencial para a liberdade das sociedades e dos indivíduos.

Nesse caminho, reinterpretando o processo histórico de cada país, provocando um novo reordenamento da estrutura de poder mundial e culminando no processo de globalização da economia, que o neoliberalismo, como um modelo de Estado, começou a ser criado a partir da Segunda Guerra Mundial, na Europa e na América do Norte. O objetivo maior era o de recuperar a visão de uma sociedade livre, de mercado aberto, frise-se.<sup>18</sup>

Ou seja, o mercado fica livre e produz mais riquezas. Contudo, se o Estado de bem-estar social, tratado anteriormente, não conseguiu apresentar solução para todos os problemas de cunho econômico, pelo menos ostentava como característica nítida preocupação social em suas posturas, o que não se pode dizer do Estado neoliberal.

Assim, parece que mais esse modelo de Estado também beira a crise e como

---

<sup>15</sup>HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. Título original; The road to serfdom.

<sup>16</sup>PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da cidadania**. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2003. p. 255.

<sup>17</sup>FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

<sup>18</sup>ANDERSON, Perry & outros. A trama do neoliberalismo: mercado, crise e exclusão. In: Sader, E e Gentili, P. (orgs). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. São Paulo: Paz e Terra, 1995. p. 147.

anota Bolzan de Moraes "estamos diante de um "ponto de não retorno": "não há como pensar-se em uma volta às bases de um Estado mínimo incompatível com as demandas e necessidades de uma sociedade que se expande quantitativa e qualitativamente e que precisa dar conta de riscos que dizem respeito à própria possibilidade de desconstituição dos laços sociais e da infraestrutura do planeta".<sup>19</sup>

Logo, é preciso avançar e talvez o novo modelo de Estado em construção, intitulado "Transnacional", ainda que inexistente num plano formal, apresente propostas que evidenciem o tratamento ideal das novas demandas, como será visto adiante em seção específica.

## **2. OS SINAIS DO "NOVO" ESTADO: O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO**

Embora o fenômeno da globalização tenha iniciado com as grandes navegações e descobertas marítimas, mais precisamente entre os séculos XV e XVI, como ensina Danilo Zolo, a expressão "globalização" foi difundida em uma fase de aceleração dos acontecimentos de integração de cunho econômico-social, que de acordo com alguns historiadores, já estava presente no ocidente, quando da revolução industrial no século XVIII e XIX<sup>20</sup>

Ainda, o papel dos Estados Unidos no desenvolvimento das potências globais aconteceu a partir do pós-guerra, onde o marco inicial da era global são os acordos de *Bretton Woods*. Destaca-se a formação de uma economia global que procura com as forças econômicas externas proteger economias nacionais. Os acordos de *Bretton Woods* (1944) se constituem como uma última fase de um processo iniciado pelos EUA e Grã-Bretanha para fins de

---

<sup>19</sup>BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 40.

<sup>20</sup>ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas**. Tradução Anderson Vichinkeski Teixeira: Florianópolis. Conceito Editorial, 2010, p. 15.

fixar regras e regimes monetários do pós-guerra, assim como a participação de outros países na administração e controle de fluxos de capital internacional.

Inclusive, dessa reconstrução e conferência surgiu o Fundo Monetário Internacional – FMI e o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento – BIRD, comumente chamado de Banco Mundial (*World Bank*).

Contudo, na década de 70 e início dos anos de 1980 (fase inicial das novas tecnologias), o governo americano passa a sofrer determinada debilidade econômica e militar que possibilitou o crescimento de diferentes atores internacionais, principalmente das instituições financeiras que reorientam o internacionalismo americano, constituído por *Bretton Woods*. Na mesma década de 70, ocorreu uma migração do capital estrangeiro das economias em crise para territórios econômicos que estavam mais sólidos e com benefícios que permitiam maior rentabilidade financeira, este fenômeno também é conhecido e em certa medida comum nos dias de hoje<sup>21</sup>.

No que tange aos desenvolvimentos mais recentes da globalização, entende-se que estes ganharam uma particular consistência nas últimas três décadas do século XX. Nessa linha mais específica, com o termo "globalização" se busca denotar o processo social – fortemente influenciado pelo desenvolvimento tecnológico, pela crescente velocidade dos transportes e pela "revolução informática" – que deu vida a uma verdadeira e própria rede mundial de conexões espaciais e de interdependências funcionais. Esta "rede" colocada em virtude das distâncias geográficas ou de barreiras cognitivas e sociais de vários tipos. Dessa forma, fala-se em "contração" da dimensão espacial e da temporal como uma das consequências da globalização

---

<sup>21</sup>SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridade y derechos:** de los ensamblajesmedievales a los ensamblajesglobales. Buenos Aires: katzeditores, 2010. p. 219–228.

subjetivamente mais percebidas.<sup>22</sup>

Viver neste universo demanda um enorme esforço, alerta Baumann. Pois, muito embora possua uma aparência familiar o cotidiano não poupa surpresas, negando hoje o que até ontem se acreditava ser verdade. São raras as garantias de que aquilo que se considera verdadeiro ao entardecer de hoje não será literalmente refutado amanhã. Uma empreitada assustadora e permanente, para sempre inacabada. É assim que o autor descreve como a sociedade encara as transformações mundanas. Para o recém falecido filósofo polonês, os homens vivem todos os dias tentando assimilar os significados aprendidos no passado para compreender o novo que se apresenta de forma tão repentina e intensa. De forma desesperada, intenta organizar as experiências para permitir a compreensão lógica do advento do "novo".<sup>23</sup>

Assim, nos ensinamentos de Baumann "o significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo".<sup>24</sup>

Ainda, anote-se que no entendimento de Ulrich Beck<sup>25</sup>, faz-se necessário uma transição do Estado-nacional – baseado nas ideias do neoliberalismo – para a era transnacional que está fundada em: a) uma na nova configuração do

---

<sup>22</sup>ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas**. Tradução Anderson Vichinkeski Teixeira: Florianópolis. Conceito Editorial, 2010. p. 16.

<sup>23</sup>BAUMAN, Zygmunt. **Aética é possível num mundo de consumidores?** Tradução de, Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 07-08.

<sup>24</sup>BAUMANN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

<sup>25</sup>BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 27.

sistema político, e, b) na substituição da estrutura monocêntrica de poder dos Estados - nacionais por uma distribuição policêntrica de poder na qual uma grande diversidade de atores transnacionais e nacionais cooperam e concorrem entre si.

Nos ensinamentos de Saskia Sassen "estamos atrevessando una transformación que marcará una época, que aún es incipiente pero ya está mostrando gran fuerza. Con el tiempo, la hemos demonimado "globalización". Últimamente, se le presta gran atención al aparato emergente de las instituciones y las dinámicas globales, pero, si bien se trata de un cambio transcendental, esta transformación todavía no ha incorporado del todo la arquitectura del Estado-nación." <sup>26</sup>

Enquanto isso, para Cassese a globalização consiste em desenvolvimento de redes de produção internacionais, dispersão de unidades produtivas em diferentes países, fragmentação e flexibilidade do processo de produção, interpenetração de mercados, instantaneidade dos fluxos financeiros e informativos, modificação dos tipos de riqueza e trabalho e padronização universal dos meios de negociação.<sup>27</sup>

Nesse sentido também é a doutrina de Ian Clark, para que a globalização "designa modificações relativas seja à intensidade, seja à dimensão espacial das relações internacionais. Para o primeiro aspecto a noção de globalização inclui conceitos como integração, interdependência, multilateralismo, abertura e interpenetração funcional. Para o segundo aspecto a noção de globalização remete à difusão geográfica das tendências acima indicadas e incorpora conceitos como compreensão espacial, universalização e

---

<sup>26</sup>SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridade y derechos:** de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: katzeditores, 2010. p. 19. Tradução livre.

<sup>27</sup>CASSESE, Sabino. **A crise do Estado.** Tradução Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale, p. 25.

homogeneidade.<sup>28</sup>

Ou seja, para Clark, assim como para Paul Hirst<sup>29</sup>, para Andrew Hurrell<sup>30</sup> e para Saskia Sassen<sup>31</sup>, os Estados e os governos – de modo todo particular os governos das grandes potências – não são testemunhas passivas da globalização: eles são, pelo contrário, quem a promove e a difunde, recorrendo quando é necessário, também ao uso da força. Contra a tese sustentada por Ulrich Beck, da irreversível passagem à "segunda modernidade – em âmbito civil, econômico, técnico-comunicativo, ecológico – a globalização é pensada por esses autores como um processo histórico, descontínuo, conflitual e reversível, a par de qualquer outro processo histórico.<sup>32</sup>

Assim, Francis Snyder está correto ao dizer que a globalização é governada pela totalidade de conjunções estrategicamente determinadas, contextualmente específicas e frequentemente episódicas, irradiadas de diversos lugares pelo mundo, com elementos institucionais, normativos e processuais específicos, mas não necessariamente exclusivos. Proceda-se, nestes termos, a uma forma global de pluralismo jurídico<sup>33</sup>, e, esse diagnóstico, indubitavelmente, demonstra exatamente o exaurimento da

---

<sup>28</sup>CLARK, Ian. **Globalization and fragmentation**. Oxford: Oxford University Press, 1997, trad. it. Bologna: il Mulino, 2001. p. 10. Tradução livre.

<sup>29</sup>Ver HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. **Globalization in Question**. Cambridge: Polity Press, 1996.

<sup>30</sup>Ver HURRELL, Andrew; WOODS, Ngaire. **Globalisation and Inequality**, in Millennium, vol. 24, 1995.

<sup>31</sup>Ver SASSEN, Saskia. **Globalization and its Discontents**. New York: New Press, 1998, trad. it. Globalizzati e scontenti. Milano: ilSaggiatore, 2002.

<sup>32</sup>ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas**. Tradução Anderson Vichinkeski Teixeira: Florianópolis. Conceito Editorial, 2010. p. 17-18.

<sup>33</sup>SNYDER, Francis. **Governing economic globalization: global legal pluralism and European law**. European Law Journal, 5/4, 1999. p. 334. Tradução livre.

figura do Estado e das próprias instituições internacionais de natureza monista-dualista, ou seja, no seu modelo clássico e no que se propôs inicialmente, como exposto na introdução deste estudo com a breve análise das formas estatais.

### **3. AS CONSEQUÊNCIAS DA NOVA DINÂMICA GLOBAL: O TRANSNACIONALISMO**

É o "mundo novo", que precisa ser explorado no espaço limítrofe entre o Estado e as sociedades nacionais<sup>34</sup>, sendo que são desafios de um mundo globalizado que nos ensinamentos de Oliviero e Cruz<sup>35</sup>:

[...] pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios igualmente novos. Pressupõe ainda novas ferramentas capazes de fazer frente aos seus atuais desafios. Esse novo projeto de civilização provavelmente passará pela reabilitação do político, do jurídico, do social e do cultural contra a hegemonia da razão econômica. Isso implica uma redefinição ou, mais exatamente, um redescobrimto do bem comum, de um saber existir juntos e de um novo sentido para a aventura de viver.

Assim, a globalização se trata de um fenômeno que nas lições de Habermas<sup>36</sup> "é um processo e não um estado final" está reestruturando o modo como vivemos e, de maneira bastante indelével, está causando impacto nas tradicionais estruturas que até então estavam postas na sociedade.

---

<sup>34</sup>BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 190.

<sup>35</sup>OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. **Reflexões sobre o direito transnacional.** Novos Estudos Jurídicos. Revista Eletrônica. vol. 17. n. 1. Itajaí, SC. jan-abr 2012, p. 18-28. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635/2178>>. Acesso em 24 de julho de 2016, p. 27

<sup>36</sup>GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. Título original: *The consequences of modernity*, p. 15.

Consequentemente, os reflexos de toda essa miscelânea acabam servindo como base de sustentação para o surgimento de outros fenômenos, influenciando a vida cotidiana tanto quanto eventos que ocorrem numa escala em nível global.<sup>37</sup>

E um desses acontecimentos é o da Transnacionalidade que, além de nascer do contexto contemporâneo, segundo Stelzer, insere-se no contexto da globalização e liga-se fortemente à concepção do transpasse estatal, enquanto globalização remete à ideia de conjunto, de globo, enfim, o mundo sintetizado como único; transnacionalização está atada à referência do Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio.<sup>38</sup>

[...] representa o novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-guerra, caracterizado – especialmente – pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal.<sup>39</sup>

Ou seja, é desse "mundo novo" que nasce a ideia de transnacionalismo, que tem sido objeto de inúmeros escritos e debates jurídicos, em especial, por ser um fenômeno em construção, o que será tratado minuciosamente a seguir.

O prefixo "trans" trata da capacidade não apenas da justaposição de instituições ou da superação/transposição de espaços territoriais, mas a

---

<sup>37</sup>HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional:** ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: Die postnationale Konstellation: politische Essays, p. 84.

<sup>38</sup>STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In Cruz, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade.** 1ª ed., reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 21.

<sup>39</sup>STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In Cruz, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade.** 1ª ed., reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 16.

possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas mais satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos. Dessa forma, a expressão latina "*trans*" significa algo que vai "além de" ou "para além de", a fim de evidenciar a superação de um *locus* determinado, que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados.<sup>40</sup>

Ainda, Philip Jessup, há muito, mais precisamente em 1956, abordou o tema, ao trazer a expressão "direito transnacional"<sup>41</sup> referindo-se ao emaranhado de regras de cunho jurídico aplicáveis às relações sociais que comportam um elemento de "estranheidade".<sup>42</sup>

Outrossim, adverte Philip Jessup que o termo "internacional" para se referir aos Estados e suas relações é bastante enganador, pois, não obstante passar a ideia de entrelaçamento entre Estados sugere, por outro lado, a preocupação apenas com as relações que se dão entre uma nação (ou Estado) com outras nações (ou Estados)<sup>43</sup>, sendo que se tem necessidade de uma reflexão para além das fronteiras, logo, uma dimensão transnacional.

Adiante, as situações de natureza transnacional, podem envolver, portanto, indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estado, ou outros grupos, permitindo, com isso, vislumbrar uma variedade quase infinita de situações

---

<sup>40</sup>CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.) **Direito etransnacionalidade**, p. 55-71.

<sup>41</sup>JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Lisboa: Fundo de cultura, 1965. Título original: Transnational Law.

<sup>42</sup>ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras entre globalização e pós-globalização**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 31.

<sup>43</sup>JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Lisboa: Fundo de cultura, 1965, p. 11. Título original: Transnational Law.

transnacionais que podem surgir.<sup>44</sup>

Ou seja, em suma, o transnacionalismo valoriza peculiares características da globalização, gerada no âmbito desse processo, especialmente ligada ao transpasse de fronteiras nacionais. Enquanto a internacionalidade é clara no que diz respeito à relação inter-nações ou, melhor dito, inter-Estados, a transnacionalidade desconhece fronteiras, resultado direto do processo em escala global. Enquanto a soberania é a marca indelével no direito internacional, a fragilidade soberana (no âmbito público) ou seu desconhecimento (no âmbito privado) viabiliza um cenário denominado transnacional.<sup>45</sup>

### 3.1. Características do Transnacionalismo

Inicialmente e para inaugurar as características do transnacionalismo, sem dúvida, é preciso citar a desterritorialização, pois ela é uma das primeiras características do cenário transnacional.

O território transnacional não é nem um nem outro e é um e outro, posto que se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado. Com isso, por ser fugidia, borda também não é, pois fronteira delimita e a permeabilidade traz consigo apenas o imaginário, o limite virtual. Aquilo que é transpassável não contém, está lá e cá.<sup>46</sup>

Ou seja, a característica da desterritorialidade sinaliza que o "território

---

<sup>44</sup>JESSUP, Philip C. **Direitotransnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Lisboa: Fundo de cultura, 1965, p. 13. Título original: Transnational Law.

<sup>45</sup>STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: cruz, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade**. 1ª ed., reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 22.

<sup>46</sup>STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: cruz, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade**. 1ª ed., reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 25-27.

transnacional" que ela cria não se confunde com o espaço estatal, também não pode ser confundido com o espaço que liga dois ou mais espaços estatais (como nas relações internacionais e supranacionais), "não é nem um nem outro e é um e outro, posto que se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado", destaca Stelzer.<sup>47</sup>

Logo, é possível dizer que desterritorialização representa um nível superior de integração onde as fronteiras desaparecem. Momento em que se supera o conceito fronteiriço de Estado nação. Assim, ao tratar de relações transnacionais, se está a relacionar com o que é do Estado, com o que se relaciona entre os Estados e o que está além do Estado. Desta forma, questões ou problemáticas que antes eram tratadas em nível singular (estatal), passam a ser tratadas de forma plural.<sup>48</sup>

Adiante, outra característica relevante é o enfraquecimento do Estado soberano, motivo pelo qual Cruz afirma que a soberania, um dos paradigmas do Estado Constitucional Moderno que convertia o poder estatal num poder supremo, exclusivo, irresistível e substantivo, único senhor criador de normas e detentor do monopólio do poder de coerção física legítima dentro de seu território, ao tempo que único interlocutor autorizado a falar com o exterior, está se desmanchando, o que faz afundar os alicerces sobre os quais se sustentava a teoria clássica do Estado Constitucional Moderno.<sup>49</sup>

Assim, embora existam manifestações contrárias de que as consequências da globalização implicaram no enfraquecimento da soberania, este atigo adere a

---

<sup>47</sup>STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: cruz, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade**. 1ª ed., reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 25.

<sup>48</sup>DEMARCHI, Clovis. **Direito e Educação**: a regulação da educação superior no contexto transnacional. 2012. 302 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2012. p. 114-115.

<sup>49</sup>CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e Estado no século XXI. 1. ed. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2011. p. 97.

ideia de que o Estado soberano, nesse novo cenário vê o desmantelamento de suas bases.

Ademais, anote-se que é neste contexto mundial de relações transnacionalizadas que emergem novos poderes e atores transnacionais até então desconhecidos, fazendo nascer o fenômeno da transnacionalidade, sobre o qual se vislumbra a oportunidade reflexiva e limitadora de fatores hegemônicos e funestos provocados pela globalização<sup>50</sup>, institutos e temas que renderiam outro longo e interessante ensaio.

Ao arremate, verifica-se que o Transnacionalismo tem alterado significativamente as características bases do Estado, dando a ele novo formato [ainda que não formalmente], e, portanto, novo modelo em suas concepções, a citar, em especial, a soberania, antes definida e o território, antes delimitado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Existem diversas organizações de natureza privada que circulam pelo globo sem qualquer dependência, autorização ou controle de qualquer ente estatal. É o caso, de exemplos como a Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA) e da Câmara internacional de Comércio (ICC), que criam e aplicam suas próprias normas de modo autônomo com o intuito central de promover o comércio e investimentos internacionais, servindo, aliás, de instituição parceira para diversos organismos, tanto nacionais, quanto internacionais, conforme se verifica com a ONU (Organização das Nações Unidas) e com a

---

<sup>50</sup>TOMAZ, Roberto Epifanio. Transnacionalidade: uma proposta a globalização hegemônica. In GRADOS, Guido C. A.; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio R. (orgs.). **Constitucionalismo em mutação – reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica**. Blumenau: Nova Letra, 2013. p. 211-228.

OMC (Organização Mundial do Comercio).<sup>51</sup>

Ou seja, fatos como esses por si só, demonstram alteração significativa no que tange as relações da sociedade e a própria formação e atuação do Estado, que já não se mostra como o único Senhor da ordem, menos ainda no formato que um dia se propôs com as suas mais diversas formas, aqui estudadas.

Sendo assim, finalizando o presente artigo, pontuam-se como relevantes as seguintes considerações: (a) o Estado sofre transformações significativas desde sempre, não sendo o atual cenário um caso único de inovação e intensas mudanças em suas bases; (b) embora o Estado tenha passado por diversas transformações desde o seu modelo absolutista que centralizava o poder em uma única pessoa até o formato da representação popular e o nascimento de novos atores particulares que tem roubado cena quanto a atuação destacada na nova dinâmica global, o ente estatal sempre preservou de forma incontestada duas de suas principais características (também chamadas de elementos), a citar: a [plena] soberania e o [delimitado] território; (c) contudo, especialmente nesses dois aspectos, o Estado parece ter perdido a sua força, pois os limites fronteiriços parecem ter desaparecido num plano prático, assim como a soberania pode ter migrado para novos atores ante a conjuntura transnacional, desencadeada pela globalização; (d) dessa forma, o sistema pode estar denunciando uma nova forma de Estado, ainda que informalmente, mas que tem na figura do deste último, um ente em declínio ou no mínimo permeável.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDERSON, Perry & outros. A trama do neoliberalismo: mercado, crise e exclusão. In: Sader, E e Gentili, P. (orgs). **Pós-neoliberalismo: as políticas**

---

<sup>51</sup>CASSESE, Antônio. **Chi governa il mondo?** Bolonga: II Mulino, 2013. p. 19.

sociais e o Estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

ARNAUD, André-Jean et al. **Dicionário enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Tradução de Patrice Charles. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras entre globalização e pós-globalização**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Aética é possível num mundo de consumidores?** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMANN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Para uma teoria geral política. 12ª ed. Tradução de Marco Aurelio Nogueira. São Paulo: Paz e terra, 2005. Título original: Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale.

CASSESE, Antônio. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013.

CLARK, Ian. **Globalization and fragmentation**. Oxford: Oxford University Press, 1997, trad. it. Bologna: il Mulino, 2001. Tradução livre.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI**. 1ª ed. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.) **Direito etransnacionalidade**.

DEMARCHI, Clovis. **Direito e Educação**: a regulação da educação superior no contexto transnacional. 2012. 302 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2012.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: AbrilCultural, 1984.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 4ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. Título original: The consequences of modernity.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da dignidade**. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: Die postnationale Konstellation: politische essays.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. Título original; The road to serfdom.

JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Lisboa: Fundo de cultura, 1965. Título original:

Transnational Law.

LAURELL, Asa Cristina (org). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Tradução de Rodrigo León Contrera. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2002. Título original: Estado y políticas sociales em el neoliberalismo.

MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do estado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. **Reflexões sobre o direito transnacional**. Novos Estudos Jurídicos. Revista Eletrônica. vol. 17. n. 1. Itajaí, SC. jan-abr 2012. p. 18-28. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635/2178>>. Acesso em 24 de jul de 2016. p. 27.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

POGGI, Gianfranco. **As origens do estado moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Discurso jurídico e prática política: Contribuição à análise do Direito a partir de uma perspectiva interdisciplinar**. Florianópolis: Obrajurídica, 1997.

SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridade y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales**. Buenos Aires: Katz editores, 2010.

SNYDER, Francis. **Governing economic globalization: global legal pluralism and European law**. European Law Journal, 5/4, 1999, p. 334. Tradução livre.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estado, Constituição e Juizados especiais Federais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In cruz, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade**. 1ª ed., reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

TOMAZ, Roberto Epifanio. Transnacionalidade: uma proposta a globalização hegemônica. In GRADOS, Guido C. A.; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio R. (orgs.). **Constitucionalismo em mutação – reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica**. Blumenau: Nova Letra, 2013.

VOLPI, Mauro. **Libertà e autorità**. La classificazione dele forme diStato e dele forme di governo. 4ª Ed. Torino: G. Giappichelli, 2010. Tradução livre.

ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Tradução Anderson Vichinkeski Teixeira: Florianópolis. Conceito Editorial, 2010.

## **GLOBALIZAÇÃO, MULTICULTURALISMO E A CONCEPÇÃO DE UM ESPAÇO PÚBLICO MUNDIAL DE RECONHECIMENTO DAS DIVERSIDADES CULTURAIS**

**Carla Piffer<sup>1</sup>**

**Ildete Regina Vale da Silva<sup>2</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

O fenômeno da globalização, embora discutido há décadas, ainda ocupa posição central nos debates quando o tema em baila é a Sociedade atual, pois esta, diretamente atingida pelos efeitos do citado fenômeno, se adequa cotidianamente às novidades produzidas pela globalização.

Diante destes fatos, este estudo aborda alguns aspectos deste fenômeno. Inicia-se pela concepção da globalização como fenômeno antigo até apresentar a sua vertente econômica como visão geral do fenômeno, com dimensões verificadas nas esferas política, social e cultural. Eis a globalização verificada na modernidade.

Na sequência, como produtos da globalização, evidencia-se o aparecimento

---

<sup>1</sup>Bolsista do Programa Nacional de Pós-Doutorado da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – PNPd/CAPES. Dottore di Ricerca in Diritto pubblico - Università degli Studi de Perugia – Itália; Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2014) e mestre pelo mesmo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí/SC (2008). Endereço eletrônico: cpiffer79@hotmail.com.

<sup>2</sup>Dottore di Ricerca in Diritto pubblico - Università degli Studi de Perugia – Itália, Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2014) e mestre pelo mesmo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí/SC (2009). Professora na Graduação em Direito na Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI e Professora Colaboradora do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Endereço Eletrônico: ildetervs@gmail.com.

de um espaço público mundial, que hoje possui alcance transnacional, como palco do desenvolvimento das mais variadas relações sociais, notadamente quando o tema se volta às diversidades culturais. Outro produto do fenômeno são os sintomas de enfraquecimento dos Estados e da sua soberania, ambos inseridos em um contexto de mudança, demonstrando que estes não são mais compatíveis com a antiga ideia de nação, denotando evidente remodelamento da figura estatal e a primazia dos grandes poderes econômicos e financeiros, bem como a multiplicação de novos atores circundados por uma imensidão de novas conexões sociais e culturais.

Não menos importante, aborda-se os efeitos da globalização na esfera da cultura, apresentando seus aspectos (minimamente) positivos e os prejuízos havidos com a onda de homogeneização cultural imposta pela globalização.

Como alternativa aos efeitos da globalização e com vistas à manutenção de um espaço público mundial que reconheça e proteja as diversidades culturais, apresenta-se o multiculturalismo como instrumento de reivindicação do reconhecimento das diferenças ou variedades culturais. Sob a bandeira do sonho multicultural, defende-se a preservação destas diferenças por meio da criação de subespaços de diálogo que possibilitem a convivência de uma multiplicidade de culturas de maneira pacífica. Esta seria a tarefa a ser seguida pelos Estados.

## **1. A GLOBALIZAÇÃO COMO FENÔMENO ANTIGO**

Inúmeros diálogos e perspectivas são corriqueiramente apresentados na tentativa de verificar os primeiros indícios da globalização. Desde as últimas décadas, tal terminologia tem sido amplamente utilizada para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados.

Conforme menciona Faria, a globalização está longe de ser um conceito original ou inédito na história, na sociologia política, na teoria econômica ou

mesmo na ciência do direito. Embora com outra designação, ele pode ser encontrado em análises paradigmáticas sobre os vínculos entre a criação e a reprodução ampliada do capitalismo com os processos de formação de Estados e mercados como em textos clássicos sobre a organização e a interação de espaços econômicos autossuficientes e amoldados à natureza mercantil dos impérios modernos<sup>3</sup>.

Embora não seja fator imprescindível para a caracterização do fenômeno, não seria demasiado afirmar que a globalização não é recente, vez que esta pode ser a responsável pela ocorrência de inúmeros fatores resultantes da evolução histórica do capitalismo, por exemplo. Além disso, pode-se citar que, embora a seu modo e época, nos grandes impérios da antiguidade os homens se deslocavam e estabeleciam várias relações pela superfície do planeta. Com a descoberta da rota marítima para as Índias e das terras do Novo Mundo a navegação propiciou o estabelecimento de uma das primeiras formas de interligação entre locais distantes do globo.

A partir disso, os contatos antes realizados em locais geograficamente limitados atingiram novas proporções. Relações iniciadas com a necessidade de dominação por meio das conquistas das novas terras se firmaram com o estabelecimento de interesses comerciais e se estenderam às mais variadas espécies de relações de cunho social, cultural, político e jurídico.

Assim, ao se aceitar que a globalização é um fenômeno antigo, torna-se possível convencer-se de que ela foi impulsionada por acontecimentos importantes como a expansão da cartografia, o crescente domínio das técnicas de navegação, a evolução do conhecimento científico, o estabelecimento das rotas comerciais globais, o processo de colonização e expansão territorial, dentre tantos outros.

---

<sup>3</sup>FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 61.

Portanto, a expansão da civilização europeia no Século XV por meio dos descobrimentos, precedida pelas guerras da conquista e da revolução comercial ocorridas na Europa nos séculos XII e XIII é utilizada neste estudo como marco zero da globalização<sup>4</sup> na acepção do início da verificação do fenômeno. Neste sentido, a criação do Estado Moderno e a transição para o capitalismo calcado nas premissas neoliberais teriam contribuído com características inéditas ao fenômeno diante das novas espécies de relações e modos de vida evidenciados.

Em posicionamento divergente, cita-se Wallerstein. Para o autor, o termo globalização

[...] è stato coniato negli anni Ottanta. Solitamente si ritiene che si riferisca a una riconfigurazione dell'economia-mondo emersa solo di recente, in cui le pressioni esercitate su tutti i governi per un'apertura delle loro frontiere alla libera circolazione di beni e capitali sono insolitamente forti<sup>5</sup>.

Tal desacordo entre pontos de vista se dá pelo fato do autor afirmar que o verbete globalização – nas suas condições atuais - não faz referência às relações comerciais entre os Estados, mas sim aos fatores que circundam um sistema de produção integrado que reconfiguraram a economia-mundo, criando uma multiplicidade de centros políticos e uma multiplicidade de culturas envolvidas. Embora totalmente certas as afirmativas do autor, na verdade, Wallerstein somente apresenta uma nova perspectiva acerca do ponto de evidência da globalização, tratando-se apenas, portanto, de modos diferentes de analisar o ápice do fenômeno.

Tratar a globalização como fenômeno antigo, e, por consequência, como produto da história, faz com que seja possível afirmar que novos

---

<sup>4</sup>BATISTA JUNIOR, Paulo Nogueira. **Mitos da Globalização**. São Paulo: IEA USP, 1997, p. 06.

<sup>5</sup>WALLERSTEIN, Immanuel. **Compreendere Il mondo**. Introduzione all'analisi dei sistemi-mondo. Trieste: Saterios, 2006. p. 143.

ordenamentos sociais e novas pressões aos mais variados Estados são criados a cada época porque "a qualidade do novo pode passar despercebida. Mas a história se caracteriza como uma sucessão ininterrupta de épocas [...] inerente à evolução da humanidade"<sup>6</sup>.

## 2. A GLOBALIZAÇÃO E A MODERNIDADE

Os novos modos de vida contemporâneos, tratados por Giddens como as consequências da modernidade nos afastaram, de uma maneira totalmente nova, de todos os tipos tradicionais de ordenamento social. Tanto pela extensão quanto pela intensidade, as transformações ligadas à modernidade aparecem mais profundas do que a maior parte das mudanças ocorridas nas épocas precedentes<sup>7</sup>.

Para Wallerstein, a modernidade denota os modos de vida e de organização social que emergiram na Europa em torno do século XVII e que mais tarde estendeu sua influência para quase o mundo todo. Esta definição associa a modernidade a uma época e a uma colocação geográfica de partida, mas no momento não revela as suas principais características. Seguindo esta ordem, atribui-se às transformações mundiais da segunda metade do século XX – principalmente após a Segunda Guerra Mundial e o fim da Guerra Fria o ápice da globalização, com a reconfiguração da economia mundial.

Além da modernidade ligada à globalização, Marramao utiliza o termo mundialização. Para o autor, este e a globalização são derivados de raízes distintas, - *mundus e globus*, respectivamente, implicando em uma diferença de significados e, conseqüentemente, em opções divergentes referente a

---

<sup>6</sup>SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**: do pensamento único à consciência universal. 18 ed. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 141.

<sup>7</sup>GIDDENS, Anthony. **Le conseguenze della modernità**. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo. Bologna: Mulino, 1994. p. 17.

localização e periodicidade do fenômeno<sup>8</sup>.

A mundialização é um termo que atrai, de imediato, temas e interrogativas clássicas da filosofia e da história, sendo sobrecarregado de implicações simbólicas, remetendo à ideia de mundano, ou seja, de secularização. As expressões mundo e mundano remetem, de forma incontestável, ao conceito de século e, conseqüentemente, ao campo de tensão entre transcendência e imanência, céu e terra, explica o autor<sup>9</sup>.

A globalização, por sua vez, remete à ideia de perfeição espacial do processo de mundialização, à ideia de um mundo que se tornou *circum*-navegável, que sofreu desvios das mais diversas e controversas formas. No entanto, a globalização, entendida como um fenômeno pós-moderno, é uma ideia amplamente conhecida, mas com a qual Marramao não concorda, justificando que, na história, as épocas não se desenvolvem com sucessivos finais e inícios absolutos. Logo, é preciso compreender que, se por um lado o atual cenário global, em sua origem e estrutura, só pode ser concebível como consequência da modernidade; por outro lado, a origem do mundo moderno é literalmente impensável sem o acontecimento globalizante, representado pela abertura dos mares e pela conquista do mundo novo. Para Marramao, a globalização, entendida como compreensão do planeta como globo *circum*-navegável, não só é consequência, mas também um pressuposto da modernidade<sup>10</sup>.

Este pressuposto de existência ligado à modernidade atribui à globalização uma considerável complexidade facetária, conforme demonstra Giddens:

---

<sup>8</sup>MARRAMAIO, Giacomo. **Passaggio a Occidente**. Filosofia e globalizzazione. 2ª ed. Torino: Bollati Boringhieri. 2009. p. 22-23.

<sup>9</sup>MARRAMAIO, Giacomo. **La passione del presente**. Breve lessico della modernità-mondo. Torino: Bollati Boringhieri, 2008. p. 27.

<sup>10</sup>MARRAMAIO, Giacomo. **La passione del presente**. Breve lessico della modernità-mondo. p. 27-28.

La globalizzazione è dunque un complesso insieme di processi, non uno soltanto, un insieme che opera in maniera contraddittoria e conflittuale. La maggior parte della gente crede che la globalizzazione sia semplicemente il "trasferire" il potere o l'influenza dalle comunità locali e dalle nazioni nell'arena globale, ma questa è una delle sue conseguenze: le nazioni in realtà perdono parte del potere economico che avevano. Ma ciò comporta anche un effetto opposto: la globalizzazione non spinge solo verso l'alto ma anche verso il basso [...] <sup>11</sup>.

Assim, para efeitos de delimitação espaço-temporal, tem-se a globalização aliada à modernidade como acontecimento coincidente com o surgimento do capitalismo, precedida de momentos históricos que serviram como fundamento ao fenômeno.

Igualmente, não pairam dúvidas de que as delimitações espaço-temporal e teórica, comumente atribuídas à globalização, enaltecem seu aspecto econômico, o que poderá induzir a conclusões errôneas de que este é o seu aspecto único. Seguindo este pensamento, adota-se o posicionamento de que a globalização, no seu sentido amplo, é um fenômeno multifacetado enaltecido a partir da disseminação dos ideais capitalistas com sua base calcada em razões econômicas, a qual impacta todas as vertentes do fenômeno.

### **3. PRODUTOS DA GLOBALIZAÇÃO: ESPAÇO PÚBLICO MUNDIAL E REDEFINIÇÃO DA SOBERANIA**

A globalização, como pressuposto e consequência da Modernidade, aponta para um problemático e acidentado trânsito, nada pacífico, da modernidade-nação à modernidade-mundo. Na representação de Marramao, há um campo

---

<sup>11</sup>GIDDENS, Anthony. **Il mondo che cambia**. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita. Bologna: Mulino, 2000. p. 25.

de tensão que acontece entre dois princípios estruturais antitéticos subjacentes da dinâmica moderna: o princípio da mundialidade (constitutivo da forma do mercado) e o princípio da territorialidade (constitutivo da forma do Estado)<sup>12</sup>.

A passagem da modernidade-nação à modernidade-mundo evidencia determinadas características que se destacam no âmbito da globalização econômica e, notadamente, relacionadas ao transpasse das fronteiras nacionais, causando alteração na característica mais predominante da modernidade: o relacionamento entre Estados soberanos. A transfiguração do cenário se apresenta no plano internacional (internações) para transnacional (transnações); da soberania absoluta para soberania relativa; das relações territoriais para relações virtuais; do trânsito entre fronteiras para trânsito em espaço único<sup>13</sup>.

A atual realidade social - em que se vê desgastar "a forma estatal das pertenças fechadas, governadas por um mecanismo ambíguo que inclui os cidadãos, excluindo todos os outros"<sup>14</sup> - requer conceber um espaço público mundial - espaço de cosmópolis, de cidade mundo, da *civitas maxima*<sup>15</sup>.

O espaço público mundial pode ser comparado a "lugares cheios de canteiros de obra 'kelsenianos'"<sup>16</sup>, termos em que Resta faz referência a um ensaio de Kelsen, logo após a Segunda Guerra, no qual ele analisava que

---

<sup>12</sup>MARRAMAO, Giacomo. **La passione del presente**. Breve lessico della modernità-mondo, p. 29.

<sup>13</sup>STELZER, Joana. O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio (Org.) **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p.22.

<sup>14</sup>RESTA, Eligio. **Direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 12.

<sup>15</sup>MARRAMAO, Giacomo. **La passione del presente**. Breve lessico della modernità-mondo. p. 83.

<sup>16</sup>RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. p. 12.

[...] o pacifismo jurídico havia falado da 'tarefa infinita' do jurista, que consistia no desmantelamento da categoria de soberania dos Estados, sempre destinada a produzir aquele egoísmo de pertença, que está na base da guerra. E se sabe que a Tese kelseniana não está longe do diagnóstico do seu cúmplice e rival Carl Schmitt, que identificava a 'lei da terra' (*Nomos der Erde*) na 'lei da guerra', e vice-versa, e que atribuía ao egoísmo do território a razão de todas as inimizades<sup>17</sup>.

Para Kelsen, segundo Resta, a realização da *civitas maxima* depende do esvaziamento da "forma e conteúdo de poder ligado à soberania dos Estados"<sup>18</sup>, sendo que "desmantelar a categoria da *soberania dos Estados*"<sup>19</sup> é a tarefa infinita do jurista. Não obstante, há que se conceber um espaço público mundial - transnacional -, sem matar a esperança de um desenvolvimento adaptado às particularidades nacionais e sem desrespeitar as diversidades culturais<sup>20</sup>, e esse é uma grande desafio.

Os discursos ouvidos diariamente fazem crer que deve haver menos Estado, mas sua base essencial é o fato de que os condutores da Globalização necessitam de um Estado flexível a seus interesses. Além disso, a instalação desses capitais globalizados supõe que o território se adapte às suas necessidades de fluidez, investindo pesadamente para alterar a geografia das regiões escolhidas. Não é que o Estado se ausente ou se torne menor. Ele apenas se omite quanto ao interesse das populações e se torna mais forte, mais ágil, mais presente a serviço da economia dominante<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup>RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. p. 12.

<sup>18</sup>RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. p. 12.

<sup>19</sup>RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. p. 75.

<sup>20</sup>BOURDIEU, Pierre. **"Contrafogos 2"**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2001. p. 92-93.

<sup>21</sup>SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal**. p. 66.

Ferrarese também analisa a globalização como episódio que produz efeitos significativos na política dos Estados e, conseqüentemente, na esfera institucional – seja esta estatal ou jurídica. As duas mudanças significativas apresentadas pela autora são: as condizentes à relação entre política e economia e aquelas relacionadas ao cenário institucional que se referem tanto à esfera estatal quanto ao sistema jurídico<sup>22</sup>.

Para a autora, o grande problema reside na insistência – de muitos – de tratar a globalização como uma novidade que interessa e afeta única e exclusivamente a esfera econômica:

Al contrario, se si guarda alla storia del capitalismo, la globalizzazione economica può essere letta come un sviluppo già scritto nel suo DNA. Uno sviluppo annunciato da sempre, che si è affermato per gradi e che è oggi possibile vedere con particolare evidenza; oggi, il fenomeno se impone per dimensioni e quantità; viceversa, se si guarda alla storia istituzionale, specie a come essa è stata forgiata nell'Europa continentale intorno al baricentro statale e ai suoi connotati giuridici, la globalizzazione presenta tratti decisamente rivoluzionari. Qui si vedono i tratti di una censura più che di una continuità. È come se la globalizzazione interrompesse quel capitolo di storia europea contrassegnata dalla centralità degli stati, imponendo una nuova sorta di imperialismo guidato dalle forze economiche<sup>23</sup>.

Estas forças econômicas em vigor conduzem ao enfraquecimento do poder estatal frente ao mercado, ou da política frente à economia, tendo em vista que a relação entre Estados e mercado não será nunca uma soma zero devido ao estabelecimento de uma necessidade recíproca e uma relação intrinsecamente concorrencial entre os mesmos, sendo possível afirmar que

---

<sup>22</sup>FERRARESE, Maria Rosaria. **Le istituzioni della globalizzazione**. Diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Mullino. 2008, p. 11.

<sup>23</sup>FERRARESE, Maria Rosaria. **Le istituzioni della globalizzazione**. Diritto e diritti nella società transnazionale. p. 12.

"La globalizzazione in atto è proprio l'esito di questa rivincita dei mercati verso gli stati"<sup>24</sup>, ou seja, ambos desenvolvem seus papéis em coexistência recíproca mas as posições se invertem: o Estado se encontra à disposição do mercado e não o contrário.

Assim, "[...] via via che la politica rivela sempre più scopertamente la propria dipendenza dalle risorse, sembra perdere quell'autonomia che sembrava caratterizzarla come 'sovranià', ossia come istanza originaria"<sup>25</sup>.

Diante deste contexto surgem antagonismos da seguinte ordem: a Sociedade, dissociada do Estado em virtude da situação atual, é permeada pela intensificação das relações sociais mundiais – que hoje são transnacionais - fazem com que os eventos locais venham modelados por eventos globais.

Tais interferências na estrutura institucional dos Estados produzem efeitos diretos na vida das pessoas, influenciadas por eventos distantes, originados tanto no âmbito local quanto no global, como em um emaranhado de acontecimentos. O resultado, contudo, nem sempre é positivo.

No entanto, a existência de uma sociedade transnacional é realidade e, organizá-la requer conceber a construção de espaços transnacionais, ou como chama Marramao, de um espaço público mundial, com dinâmicas de diferenciação e realocização identitária calcados na soberania de cada Estado singular. A necessidade de se conceber este espaço público mundial advém, portanto, da realidade contemporânea marcada por este período de transição, caracterizado pela passagem da ordem internacional entre Estados soberanos e a nova ordem transnacional, causando uma cadeia de efeitos, um curto

---

<sup>24</sup>FERRARESE, Maria Rosaria. **Le istituzioni della globalizzazione**. Diritto e diritti nella società transnazionale. p. 25-26.

<sup>25</sup>FERRARESE, Maria Rosaria. **Le istituzioni della globalizzazione**. Diritto e diritti nella società transnazionale. p. 56.

circuito de ações e reações no contexto cultural de influência ideológica europeia, no qual estão inseridas várias Constituições modernas.

Logo, nesse novo cenário transnacional que se apresenta, o local está longe de ser patrimônio do passado. No local, dá-se a busca pela identidade, o retorno à comunidade, à pátria pequena, à invenção da tradição, tornando-o intimamente interconectado com o global em uma espécie de relação interfacial, conforme explica Marramao<sup>26</sup>.

#### **4. A CULTURA EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO**

A possibilidade de conceber um espaço público mundial que reconheça e proteja a diversidade de interesses requer "que haja convicções e crenças, que cada identidade pessoal ou coletiva particular seja portadora de uma orientação de alcance universal"<sup>27</sup>. Para Touraine, o debate principal sobre essa orientação de alcance universal tem uma resposta "otimista, fiel ao espírito das Luzes". Ela reconhece a presença de um julgamento moral ou estético em cada cultura e lhe atribui a função de princípio de unidade, para além das suas diferenças de conteúdo<sup>28</sup>. Eis o multiculturalismo.

Tal discurso se dá e encontra justificativa frente à temática da globalização, diante do fato de que também a sua dimensão cultural interfere diretamente nas mais variadas manifestações culturais das pessoas. No entanto, entende-se ser possível, a partir da dimensão cultural deste fenômeno, promover a reivindicação do reconhecimento das diferenças ou variedades culturais que

---

<sup>26</sup>MARRAMAIO, Giacomo. **La passione del presente**. Breve lessico della modernità-mondo, p. 83.

<sup>27</sup>TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e Diversidade**: O sujeito democrático. Tradução de Modesto Florenzo. Bauru, São Paulo: EDUSC, 1998. p. 62.

<sup>28</sup>TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e Diversidade**: O sujeito democrático, p. 62.

só se faz possível em um contexto globalizante.

Mas para isso se faz necessário, inicialmente, verificar quais as principais características da dimensão cultural da globalização para, a partir desta, promover uma proposta de mudança de paradigmas que afronte qualquer ideia de homogeneidade cultural.

O primeiro ponto a ser levantado diz respeito ao processo de homogeneização, o qual está diametralmente oposto à ideia da criação e manutenção de um espaço público mundial de conservação das diferenças.

Desde o século XVIII, com os grandes movimentos de conformação do Estado-nação que se expandiram pelo mundo, a cultura adquiriu um papel de cimento constitutivo tendente a homogeneizar os traços de cada povo, constituindo um recurso fundamental do Estado para lograr a coesão da nação. Eis o porquê da expressão "padrão cultural de um povo".

A homogeneização ou uniformização cultural promovida pela globalização se faz sentir cada vez mais nos modos de vida, nas línguas, nos hábitos de consumo, no modo de pensar e agir de uma Sociedade em tempos de globalização. Nestes tempos as novas tecnologias conectaram, como nunca antes visto, pessoas, comunidades e organizações além das fronteiras nacionais, possibilitando um interagir global. Isto contradiz de algum modo com o sentimento de pertencimento a uma determinada Sociedade, vinculada por uma história, idioma e tradições comuns.

O que se verifica é que diante das facilidades promovidas pela globalização – novas tecnologias, internet, facilidade de deslocamento etc –, abriu-se um complexo processo de reconfiguração das identidades culturais, que por ora se manifestam como identidades híbridas, fragmentadas e transitórias que favorecem o encontro e a fusão das identidades culturais tradicionais com

manifestações emanadas do processo de globalização<sup>29</sup>. Em virtude dessa exposição constante a novos símbolos, perfis culturais até então solidificados se modificam, alterando seus referentes tradicionais como os costumes e visões originárias, e vão se organizando em razão de imagens ou informações que provêm de repertórios culturais muitos diversos.

Tal ocorrência é chamada por Montiel<sup>30</sup> de desterritorialização da cultura, propiciada pela fragmentação da cidade e pela virtualização crescente da cultura. A desterritorialização da cultura reforça o processo de virtualização fomentado pela globalização fazendo com que grande parte do que é chamado de cultura nos dias de hoje seja aquilo que é difundido pelos meios de comunicação de massa, não mais relacionados às práticas fundadas em fatos concretos, pois "[...] tende cada vez mais a ser substituída por um conjunto de imagens virtuais que se instalam no imaginário coletivo, fazendo com que tenhamos mediatizada nossa relação com o mundo"<sup>31</sup>.

É fato que a globalização da cultura possui um forte viés econômico que se descortina segundo práticas cada vez mais mercantilistas e, conseqüentemente, não possui o mínimo interesse no manutenção de variados traços ou vínculos culturais no espaço público mundial. No entanto, entende-se que, ao desaparecerem os referentes que criam os vínculos culturais entre os indivíduos, estes perdem a conexão social com sua memória, com o seu lugar, com o seu eu, pois "Já não são os espaços comunitários ou a história compartilhada que conformam a sua identidade, mas uma pluralidade de símbolos desarraigados que se incorporam e circulam no

---

<sup>29</sup>MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade Cultural na era da globalização. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). **Alteridade e Multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 19.

<sup>30</sup>MONTIEL, Edgar. **A nova ordem simbólica**: a diversidade Cultural na era da globalização, p. 20-21.

<sup>31</sup>MONTIEL, Edgar. **A nova ordem simbólica**: a diversidade Cultural na era da globalização, p. 22.

ciberespaço, sem uma ordem de continuidade"<sup>32</sup>.

Estes efeitos danosos da globalização na esfera da cultura fazem com que o ser humano sintá-se como um ser do mundo, mas sem saber de onde é, de onde veio e do que sua bagagem cultural é composta. E caso o saiba, não pode manifestar-se, pois está inserido em um contexto homogeneizante.

Mas esta dinamicidade da cultura não significa sua extinção ante a perda da sua função básica que é a de manter a coesão do grupo – mesmo que fisicamente distante -, resistindo às mudanças trazidas pelos processos econômicos e políticos, internos e externos. A cultura, por ser dinâmica, possui o cargo primordial de se transformar quando em contato com outras culturas como fonte de intercâmbio e de inovações. E é nesta seara que se aventa a possibilidade de atentar-se ao multiculturalismo como alternativa aos efeitos danosos provocados pela globalização.

Neste contexto de transformações, adaptações e interações admite-se que a dimensão cultural da globalização é dotada de um duplo e antagônico viés: de uma lado a homogeneização incutida pelos preceitos da globalização objetiva a criação de uma cultura única que esteja ao dispor das suas premissas, bem como a manutenção de espaços uniformes que não condizem com as identidades múltiplas e não aceitam a diversidade; do outro, inobstante sua reconhecida dificuldade, urge o reconhecimento da utilização de algumas facilidades promovidas pela globalização para disseminar e manter vivas as diversidades culturais em ambientes distintos, o que poderá ser alcançado por meio do multiculturalismo. Este será o assunto tratado na sequência.

---

<sup>32</sup>MONTIEL, Edgar. **A nova ordem simbólica**: a diversidade Cultural na era da globalização, p. 20.

## **5. O MULTICULTURALISMO COMO ALTERNATIVA FACTÍVEL FRENTE AOS PRODUTOS DA GLOBALIZAÇÃO**

O multiculturalismo se funda na reivindicação do reconhecimento das diferenças ou variedades culturais, e isso conduz à afirmação de paridade das singulares identidades culturais, isto é, dos idênticos valores atribuídos a cada cultura existente em um espaço considerado transnacional.

Trata-se de uma mudança de paradigmas que afronta tanto o antigo modelo de nação quanto a ideia de homogeneidade cultural fomentada pela globalização. No entanto, deve-se ressaltar que as diferenças culturais são valores a preservar, e coisa bem distinta é separar as culturas em espaços incomunicáveis através da defesa de um pluralismo cultural, pois este impede o diálogo e "induz a escolhas entre culturas, mal disfarçando as hierarquizações que permitem perpetuar sistemas de dominação cultural"<sup>33</sup>. Trata-se, portanto, da necessidade de coexistência pacífica entre as diversas manifestações culturais existentes.

Santos alerta que nem todas as noções de multiculturalismo conduzem ao seu emancipatório sentido. Para o autor, "o Multiculturalismo designa originariamente a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio das Sociedades modernas"<sup>34</sup>. Conforme relata, rapidamente o termo se tornou um modo de descrever as diferenças culturais em um contexto transnacional e global, demonstrando ser dotado de controvérsias e atravessado por tensões.

---

<sup>33</sup>LOPES, Cristiane Maria Sbalquiere. **Direito de Imigração**: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de Direitos Humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 69.

<sup>34</sup>SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 26.

Segundo o entendimento do autor, o multiculturalismo descreve: "a existência de uma multiplicidade de Culturas no mundo; a coexistência de culturas diversas no espaço de um mesmo Estado-nação; a existência de culturas que se interinfluenciam tanto dentro como além do Estado-nação"<sup>35</sup>. Trata-se, portanto, de uma descrição das diferenças culturais e dos modos da sua inter-relação nos mais variados pontos do planeta devido às coordenadas da globalização.

Em contraposição, esta concepção descritiva do multiculturalismo a partir da influência sofrida pela globalização distingue-se do "Multiculturalismo como projeto político de celebração ou reconhecimento dessas diferenças [...]"<sup>36</sup>. Defende-se, portanto, que a descrição e verificação do multiculturalismo é precedente ao seu projeto político de manutenção harmônica e um depende do outro, sendo o primeiro uma consequência da globalização e o segundo uma alternativa plausível a ser seguida pelos Estados.

Deste modo, a concepção multicultural pode ser associada a conteúdos e projetos emancipatórios e contra-hegemônicos e começa a ser efetivamente construída quando existir o reconhecimento das diferenças e estas forem protegidas em determinado espaço geográfico, coincidente ou não com as fronteiras estatais. A busca pelo sonho multicultural é projetada em Estados multiculturais que somente se manterão coesos por meio de uma cultura política que contemple a democracia não apenas sob a forma de direitos à liberdade e direitos políticos à participação, mas também mediante o gozo de direitos sociais e culturais ao compartilhamento, respeitando as diferenças ou "estranhezas" de cada um.

O sonho multicultural é citado por Baumann e o atribui a uma persistente

---

<sup>35</sup>SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade, p. 28.

<sup>36</sup>SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade, p. 29.

visão de igualdade que vai além de toda e qualquer diferenciação cultural. O próprio autor admite que o problema cinge-se no fato de como esta igualdade - no trato e convivência das diferenças culturais - será atingida, mencionando a necessidade da existência de três concepções de direitos: os direitos humanos, por serem mais amplos e inclusivos; os direitos civis, mas com limitações vez que são destinados somente aos cidadãos; e os direitos de comunidade que ainda estão em fase de adaptação<sup>37</sup>.

Este compartilhamento propiciado pelo multiculturalismo como processo de integração humana e realização das formas de conectividades que promovem o diálogo entre os elementos simbólicos para além das fronteiras nacionais, contém por excelência um impulso propagador de seus atributos. Demonstra ser, portanto, um importante instrumento de reforço das identidades e características culturais de determinados grupos sociais inseridos em contextos globalizatórios, apresentando-se como uma alternativa aos efeitos nocivos, ou produtos negativos da globalização.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este estudo buscou, dentre outros objetivos específicos, analisar as premissas e as consequências produzidas pela globalização. Verificou-se que tal fenômeno atingiu e atinge a todos indistintamente, apresentando um novo contexto mundial que envolve tanto os Estados quanto seu componente humano.

Além da sua vertente econômica, verificada como visão geral do fenômeno, considerável ênfase foi dada ao fenômeno reflexivo da globalização que alcança diferentes níveis de integração e é caracterizado pela desterritorialização das ocorrências políticas e sociais que ocorrem à margem

---

<sup>37</sup>BAUMANN, Gerd. **L' enigma multiculturale**, p. 141.

das soberanias dos Estados. Como consequência, tem-se a criação de um espaço público mundial, com alcance transnacional, que perpassa fronteiras físicas e afeta as mais variadas esferas da sociedade, sendo o responsável por questionar, a todo momento, a lógica e eficácia dos modelos pré-existentes.

Observou-se, portanto, que o espaço público mundial, na condição de palco de acontecimentos transnacionais, compreende muito mais do que as características dos singulares Estados. Ele comporta também o mais avançado movimento de transbordamento das fronteiras nacionais, o transpasse da figura estatal quanto à livre circulação de mercadorias e pessoas e com relação à sua formação institucional e jurídica, e interfere na cultura e na vida singular de cada ser.

Seguindo esta linha, discorreu-se sobre os efeitos da globalização na esfera da cultura. A partir da dimensão cultural da globalização foi possível averiguar que esta interfere diretamente nas mais variadas manifestações culturais dos seres humanos. No entanto, embora este processo tente homogeneizar as manifestações culturais com o intuito de aniquilar tais valores, verificou-se ser possível, a partir das facilidades tecnológicas de redução de tempo e espaço propiciadas pela globalização, fomentar a promoção da reivindicação do reconhecimento das diferenças e das variedades culturais que só se faz possível em um contexto globalizante.

E é desta conjuntura que surge a concepção multicultural que pode ser associada a conteúdos e projetos emancipatórios e contra hegemônicos, que começa a ser efetivamente construída quando existir o reconhecimento das diferenças e estas forem protegidas em qualquer espaço geográfico, coincidente ou não com as fronteiras estatais. Este compartilhamento propiciado pelo multiculturalismo como processo de integração humana e de realização das formas de conectividades que promovem o diálogo entre os elementos simbólicos para além das fronteiras nacionais, contém por excelência um impulso propagador de seus atributos e demonstra ser um

importante instrumento de reforço das identidades e características culturais de determinados grupos sociais inseridos em contextos globalizatórios.

Deste modo, defende-se ser possível adotar o multiculturalismo como alternativa a uma possível e adequada manutenção das diversidades culturais, com vistas a atenuar os efeitos da globalização econômica e das suas dimensões e possibilitar que os envolvidos possam se fazer valer do caráter multicultural da Sociedade atual, com vistas ao manutenção dos seus traços culturais e a reivindicação da sua condição de ser humano.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BATISTA JUNIOR, Paulo Nogueira. **Mitos da Globalização**. São Paulo: IEA USP, 1997.

BOURDIEU, Pierre. **"Contrafogos 2"**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2001.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Le istituzioni della globalizzazione**. Diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Mullino. 2008.

GIDDENS, Anthony. **Le conseguenze della modernità**. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo. Bologna: Mulino, 1994.

\_\_\_\_\_. **Il mondo che cambia**. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita. Bologna: Mulino, 2000.

LOPES, Cristiane Maria Sbalquero. **Direito de Imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

MARRAMAIO, Giacomo. **La passione del presente**. Breve lessico della modernità-mondo. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.

\_\_\_\_\_. **Passaggio a Occidente**. Filosofia e globalizzazione. 2ª ed. Torino: Bollati Boringhieri. 2009.

MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade Cultural na era da globalização. *In*: SIDEKUM, Antônio (Org.). **Alteridade e Multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003.

RESTA, Eligio. **Direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**: do pensamento único à consciência universal. 18ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

STELZER, Joana. O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica. *In* CRUZ, Paulo Márcio (Org.) **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e Diversidade**: O sujeito democrático. Tradução de Modesto Florenzo. Bauru, São Paulo: EDUSC, 1998.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Comprendere Il mondo**. Introduzione all'analisi dei sistemi-mondo. Trieste: Saterios, 2006.

**A INCONSTITUCIONALIDADE E INCONVENCIONALIDADE DO CRIME  
DE DESACATO: INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CARTA  
MAGNA E COM O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA**

**Ana Carolina Santos Mello<sup>1</sup>**

**Pedro Abib Hecktheuer<sup>2</sup>**

**INTRODUÇÃO**

Em 2016, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ decidiu que o tipo penal previsto no artigo 331 do Código Penal não era crime, proferindo entendimento quanto a incongruência entre o desacato e o humanismo. Ressaltou-se que essa incoerência é decorrente do fato do desacato consistir em crime que subsidia a superioridade do Estado, por meio de seus agentes, sobre o administrado.<sup>3</sup>

Todavia, em que pese a lúdima decisão proferida pela 5ª Turma do STJ, em 2017, por maioria, os ministros da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ entenderam por manter o desacato como crime, conforme previsto no artigo 331 do decreto-lei nº 2.848/40<sup>4</sup> alegando que o referido tipo penal

---

<sup>1</sup>Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia. E-mail: ana\_carol\_mello6@hotmail.com

<sup>2</sup>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 e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR); Pesquisador da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Rondônia (FAPERO). E-mail: pedro@fcr.edu.br.

<sup>3</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. Nº 1640084/SP**. Relator Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, de 15 de dezembro 2016.

<sup>4</sup>BRASIL. Código Penal Brasileiro. **Decreto-lei nº 2.848**. Senado Federal, 1940.

seria uma forma de salvaguardar o agente público quando a serviço do Estado.<sup>5</sup>

Destarte, verifica-se que a discussão sobre a criminalização do desacato é recente e de exímia importância, pois afeta tanto os agentes públicos, no exercício das funções estatais, quanto os indivíduos que compõem a sociedade, os quais são diretamente afetados pelo tipo do art. 331 do CP/40. Isso ocorre em razão da subjetividade do conceito de desacato colocar o julgamento do que é ou não punível nas mãos do aplicador da norma, gerando uma insegurança acerca da efetiva aplicação da lei ao caso concreto.

Nessa linha intelectual, o presente artigo procura analisar juridicamente a incompatibilidade do desacato com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos<sup>6</sup> da qual o país é signatário, bem como demonstrar a inconstitucionalidade do tipo penal, tendo em vista a supressão de direitos fundamentais como a liberdade de expressão e pensamento quando da aplicação do crime de desacato.

Como seria possível garantir a proteção da liberdade de expressão e pensamento, direito constitucionalmente previsto, frente a manutenção da figura do crime de desacato no ordenamento jurídico brasileiro? Esse é um assunto que, mesmo após as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, traz ferrenhas discussões e posicionamentos divergentes. Todavia, como será amplamente discutido, a manutenção das liberdades constitucionalmente previstas incompatibiliza o tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>5</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. Nº 379269**. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª Seção, de 08 de maio de 2017.

<sup>6</sup>BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Decreto que adota a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em 17 de setembro de 2016.

O autoritarismo do Estado em face do cidadão sempre esteve presente no bojo da sociedade, sendo resultante da premissa de que o Estado, definido como aquele detentor do poder e responsável por definir as rédeas da sociedade, estava em posição de superioridade aos demais componentes da sociedade.

Essa ideia de superioridade estatal teve como marco o conceito *hobbesiano* de Estado, em que definiu a estrutura estatal como sendo necessária para conter a natureza egoísta do homem, capaz de gerar constantes guerras e destruição. Assim, como intuito de conter o caos inerente à relação humana, seria imprescindível a criação de uma força soberana que, por meio da imposição do medo e de medidas repressivas, seria capaz de garantir um estado de respeito mútuo e, assim, estabelecer a paz.<sup>7</sup>

Partindo desse pressuposto, somente com um sistema jurídico fortalecido e com estabelecimento de normas coercitivas para restringir as ações dos integrantes da sociedade, o Estado criaria leis que, regulando as relações sociais, afastariam o caos inerente ao estado de natureza do homem sem a imposição de normas comportamentais.

Nota-se que o Estado seria um pacificador das relações humanas com o escopo de organizar a sociedade e, assim, garantir a ordem e a paz. É a partir dessa premissa que Hobbes (1651) defende o controle estatal coercitivo e impositivo para a proteção dos indivíduos. Entretanto, vislumbra-se a partir disso uma posição de superioridade perante os cidadãos/particulares que, a fim de garantir o controle de um estado de caos, entregam sua liberdade e autonomia nas mãos do Estado Soberano.

Nesse contexto surge o desacato, originado no Direito Romano e resultante do momento político onde as ofensas ou desagradados cometidos contra os

---

<sup>7</sup>HOBBS, Thomas. *Leviatã - ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2ª ed., Martin Claret, 2008.

magistrados eram punidos severamente, sendo essas ofensas/injúrias denominadas *intuito atrox*. Na Idade Média, a incidência do *intuito artrox* se proliferou, alcançando as ofensas proferidas contra sacerdotes e membros da realeza. Foi a partir desse sistema que houve a criação da figura do desacato, onde as pessoas que exerciam função pública, por estarem exercendo funções tipicamente estatais, possuíam uma proteção maior que os demais cidadãos.

Diante desse liame histórico, observa-se que o desacato é instrumento jurídico gerador de graves violações relativas ao direito à liberdade de expressão, sendo sua tipificação notória representação de proteção exacerbada àqueles que exercem as funções típicas estatais, os funcionários públicos. Essa proteção excessiva contribui para inibir e restringir possíveis críticas direcionadas ao Estado e, conseqüentemente, o controle pelos administrados dos atos praticados pela Administração Pública.

A aplicabilidade do desacato é de frequente visualização no país, como em episódios envolvendo policiais militares, com detenções arbitrárias, demonstrando assim resquício de autoritarismo proveniente de um passado histórico pautado na superioridade estatal. Outrossim, seu emprego é amplamente difundido, principalmente em casos onde há uma situação de conflito entre os funcionários públicos, de diversas áreas e níveis, e os cidadãos.

Em que pese previsão na legislação penal ainda vigente no país, o crime de desacato não é compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil visto que fere diretamente o direito à liberdade de expressão e pensamento previsto no artigo 5º, incisos IV e IX, e no artigo 220 da referida Carta Magna.<sup>8</sup>

Assim, sua manutenção no sistema jurídico brasileiro vai de encontro ao

---

<sup>8</sup>BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

disposto no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, tendo o país acordado e se comprometido a adotar um regime de liberdade pessoal com a consequente preservação dos direitos naturais do homem, entre eles, o da liberdade de expressão.<sup>9</sup>

Destarte, sua tipificação como crime está na contramão do disposto constitucionalmente e supra legalmente (tratados e acordos internacionais) não existindo embasamento consolidado para a manutenção da sua criminalização no sistema jurídico brasileiro, visto que o Pacto de San Jose tem caráter supralegal sendo, portanto, superior ao Código Penal Brasileiro.<sup>10</sup>

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já vem se manifestando quanto à proteção da manifestação livre de pensamento sem quaisquer tipos de censuras, como, por exemplo, na ADPF 187, relativa à compatibilização do Código Penal<sup>11</sup> com a Constituição<sup>12</sup> nos casos de manifestações públicas em defesa da legalização de drogas.

Constata-se, portanto, há necessidade de controle de Constitucionalidade ou Convencionalidade a fim de declarar a tipificação do crime de desacato, visto que este vai de encontro ao Pacto de San Jose da Costa Rica, que possui caráter supralegal, e é contrário à Constituição Federal, promulgada no país, devendo sua aplicação ser extirpada com o intuito de evitar a supressão de direitos dos administrados.

---

<sup>9</sup>BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Decreto que adota a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em 17 de setembro de 2016.

<sup>10</sup>BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848. Senado Federal, 1940.

<sup>11</sup>BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848. Senado Federal, 1940.

<sup>12</sup>BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988;

Frisa-se que o julgador, ao analisar o Controle de Constitucionalidade ou o controle de Convencionalidade, deve se pautar não somente na incompatibilidade das normas legais com a Constituição Federal, mas também deve observar se estas estão de acordo com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica.

Nesse diapasão, com o objetivo de analisar a incompatibilidade do crime de desacato com a Constituição da República Federativa do Brasil e com o Pacto de San José da Costa Rica, bem como seu impacto nas liberdades de expressão e manifestação dos cidadãos, foram apresentados argumentos pautados na manifestação do desacato como ideia de superioridade estatal, no art. 5º, IV e IX, art. 220 da Carta Magna (1988) e art. 13 da CADH (1969) e na análise jurisprudencial de decisões nacionais, proferidas pelo STF e STJ, e da Corte e Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

## **1. O CRIME DE DESACATO COMO MANIFESTAÇÃO DA IDEIA DE SUPERIORIDADE ESTATAL**

Com suas origens no Direito Romano, onde as injúrias contra os magistrados eram punidas severamente (*iniuria atrox*), o crime de desacato, previsto atualmente no artigo 331 do Código Penal<sup>13</sup>, é caracterizado pelo ato de desrespeitar funcionário público no exercício de suas funções ou em razão dela, de forma a preservar o interesse patrimonial e moral da Administração Pública. Sucede que sua aplicabilidade remete à equivocada ideia de superioridade estatal perante os administrados, consubstanciada ao longo da história da humanidade e reforçada pela ideia do Estado como detentor máximo de poder sobre a população.

---

<sup>13</sup>BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848. Senado Federal, 1940.

Os funcionários que exerciam função pública detinham proteção exacerbadamente superior àquelas pessoas que compunham o resto da sociedade. Dessa forma, por serem representação da figura do Estado, qualquer aviltamento que sofressem seria considerado máxima afronta contra o Estado soberano, posição que, lamentavelmente, ainda é adotada pelo Código Penal Brasileiro.<sup>14</sup>

Conforme ideia defendida por Hobbes (1651), defensor do absolutismo, um estado de convívio sem um soberano seria tido como um estado natural onde os membros da sociedade tenderiam a, eventualmente, ir uns contra os outros em virtude de sua natureza egoísta. Com o intuito de conter esse estado natural, haveria a necessidade de criação de um "contrato social" e surgimento de um Estado soberano como meio de preservar a paz civil. Essa ideia de necessidade de um Estado soberano para o controle da sociedade, serviu como base para o surgimento de mecanismos jurídicos capazes de fornecer privilégios estatais sobre os administrados.

Ao passo que ocorreu a consolidação do Absolutismo na Idade Moderna, houve o uso indiscriminado da legislação penal pelos monarcas com o intuito de impor sua autoridade sobre seus súditos para a manutenção da ordem social e do poder sobre o povo. Dessa forma, a fim de preservar sua posição de superioridade, buscavam reprimir quaisquer afrontas que ameaçassem e fossem de encontro aos seus objetivos de manutenção da soberania.

Com a adoção *nomen juris* de "desacato", o Código Penal de 1890, em seu artigo 134, estabeleceu que incidia nesse crime aquele que tratasse de maneira injuriosa ou desrespeitosa funcionário público que se encontrava em exercício das funções atribuídas pelo Estado.<sup>15</sup>

Por conseguinte, com o advento do Código Penal vigente, houve a ampliação

---

<sup>14</sup>BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848. Senado Federal, 1940.

<sup>15</sup>BRASIL. **Antigo Código Penal Brasileiro**. Decreto nº 847. Senado Federal, 1890.

de seu alcance para o desrespeito a funcionário em razão da função e a consideração do mesmo como crime de menor potencial ofensivo, com pena de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.<sup>16</sup>

Nessa conjuntura, percebe-se que a criminalização do desacato decorre de raízes históricas provenientes de sistemas opressores que utilizavam o Direito Penal como forma de coerção e privação de liberdades dos seus cidadãos, bem como meio de exercício do abuso de poder pelas autoridades estatais para com os administrados.

Diante dessa perspectiva, ressalta-se que esse tipo penal guarda resquício do autoritarismo do Estado Novo, em virtude da época da entrada em vigência do Código Penal, onde os crimes contra a Administração Pública demonstram que, como é comum nas ditaduras, a figura do Estado encontra-se acima dos cidadãos.

Conforme Masson<sup>17</sup>, no exercício do cargo público, o agente deve estar sob proteção de possíveis investidas violentas ou ameaçadoras, tendo em vista a sua atuação como representante estatal, motivo pelo qual existiria a figura do desacato no ordenamento jurídico brasileiro. *In verbis*:

Todo funcionário público, do mais humilde ao mais graduado, representa o Estado, agindo em seu nome e em seu benefício, buscando sempre a consecução do interesse público. Consequentemente, no exercício legítimo do seu cargo, o agente público deve estar protegido contra investidas violentas ou ameaçadoras.<sup>18</sup>

No entanto, em que pese a tentativa do autor penalista em conceituar o que

---

<sup>16</sup>BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848. Senado Federal, 1940.

<sup>17</sup>MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado**, vol. 3: parte especial, arts. 213 a 359-H/Cleber Masson - 6. ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: ÉTODO, 2016. p. 746.

<sup>18</sup>MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado**, vol. 3: parte especial, arts. 213 a 359-H/Cleber Masson - 6. ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 746.

seria desacato, trata-se de um crime de forma livre, podendo ter diversos meios de execução tais como, palavras, ameaça, gestos, ou qualquer outro modo passível de entendimento de ofensa ao funcionário público, o que gera certa insegurança e ausência de objetividade na aplicação do tipo penal.

Dessa forma, há anotada subjetividade que circunda o termo "desacato", pois, mesmo os autores elencando algumas formas de concretização desse crime, não é possível saber ao certo que tipo de atos seriam considerados ofensivos ao servidor público, dando margem ao abuso de poder e à cultura autoritária que permeia o âmbito da Administração Pública.

Essa definição excessivamente aberta viola o princípio da taxatividade, o qual sustenta que a conduta criminosa necessita ser específica, descrevendo todos os elementos constitutivos do crime. Destarte, por ser o crime de desacato tipo penal abrangente e genérico, o cidadão fica impossibilitado de compreender até onde vai o limite de sua liberdade e o que seria ou não proibido por lei.

Trata-se, portanto, de uma situação extremamente grave, vez que quem atesta ou não a ocorrência do crime é o próprio agente público que supostamente foi vítima do "desacato", sendo, portanto, notório que este age em conflito de interesses. Isso ocorre pelo fato de a vítima do crime ser o próprio Estado, por intermédio do funcionário público, sendo ele mesmo o responsável pela punição.

Nessa conjuntura, não é plausível a alegação de que, sem a figura do desacato no ordenamento jurídico brasileiro, o servidor público estaria desprotegido, pelo contrário, caso a ofensa atingisse a sua honra, na qualidade de pessoa, a figura delitiva a ser imposta ao seu agressor seria a injúria, que é objetivamente delimitada pelo Código Penal Brasileiro.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup>BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848. Senado Federal, 1940.

Diante disso, verifica-se que a manutenção do desacato no ordenamento jurídico brasileiro mantém o ideário de supremacia Estatal em face do povo, vez que é um crime visivelmente instrumento de arbitrariedade, fundamentado, por vezes, prisões em flagrante daqueles que desagradam o servidor público.

Para tanto, necessário se faz compreender as normas constitucionais e supralegais como forma de demonstrar a necessidade de superação de resquícios desse paradigma de superioridade Estatal na relação com o povo

## **2. DA INCONVENCIONALIDADE DO DESACATO PERANTE O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS)**

Entende-se por controle de convencionalidade o exercício pelos órgãos competentes de adaptações de normas internas com os compromissos internacionais pactuados e assumidos pelo Estado. Este controle não é somente exercido pelos tribunais internacionais, mas também pelos tribunais internos de cada Estado signatário, que, por serem os tratados de direitos humanos imediatamente aplicáveis, têm legitimidade para efetuar controle de convencionalidade dentro do país.<sup>20</sup>

O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH), celebrado pelos integrantes da Organização dos Estados Americanos, foi de exímia relevância no âmbito das garantias relacionadas aos Direitos Humanos, tendo seus membros se comprometido a respeitar, sem qualquer discriminação, os direitos e liberdades de seus cidadãos.

Considerada marco importante para a concretização da proteção dos Direitos

---

<sup>20</sup>GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: ATLAS, 2013.

Humanos na América, a CADH (1969) foi ratificada no país pelo Decreto nº 678<sup>21</sup>, estando suas disposições em grau de superioridade ao Código Penal.<sup>22</sup> Nesse sentido, verifica-se que o disposto em seu corpo deve prevalecer perante as legislações infraconstitucionais.

Nessa esteia, em seu artigo 13, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), dispõe que todos têm direito à liberdade de expressão e manifestação, não estando o seu exercício sujeito a censura prévia de qualquer tipo.

Em análise ao pactuado na convenção, observa-se que o Brasil se contemporizou a assegurar a liberdade de expressão e pensamento aos seus cidadãos como forma de garantia e respeito aos Direitos Humanos, sem que houvesse qualquer tipo de censura que não fosse devidamente motivada e com exclusiva finalidade de proteção a outros direitos fundamentais.

Em seu art. 2º combinado com o art. 29, o Pacto de San Jose dispõe que os Estados Membros devem adotar medidas legislativas ou de natureza diversa com o intuito de sanar possíveis antinomias normativas que possam ensejar a limitação o exercício de direitos, garantias e liberdades fundamentais e, conseqüentemente, torná-los efetivos.

Para compreender a força da CADH em face das normas do direito brasileiro, a Convenção de Viena versa sobre Direito dos Tratados, tendo estabelecido

---

<sup>21</sup>BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Decreto que adota a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em 17 de setembro de 2016.

<sup>22</sup>Cumprido salientar que a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi reconhecida a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos adquirirem status de norma constitucional mediante aprovação em ambas as Casas do Congresso, em 2 (dois) turnos, com quórum de 3/5 (três quintos), conforme art. 5º, § 3º da Constituição Federal. Contudo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como de outros tratados de direito humanos convencionados pelo país e ratificados antes da referida Emenda, ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro com caráter de norma supralegal, ou seja, abaixo da Constituição, mas acima e das demais normas anteriores ou posteriores a sua homologação, por não terem adentrado no país com o quórum exigido.

em seu art. 27 que "uma parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado", ou seja, não é possível um Estado alegar existência de norma interna diversa a fim de afastar a aplicabilidade do Tratado Internacional pactuado.<sup>23</sup>

No ano de 2000, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos- CIDH (1959) aprovou a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, estabelecendo em seu artigo 11 que "os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como "*leis de desacato*", atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação".

Constata-se, pois, que a Comissão IDH entende o desacato como sendo um meio de silenciar as opiniões e ideias entendidas como afrontosas pela Administração Pública, oferecendo nível desproporcional de proteção aos agentes do Estado em relação aos particulares. Essa desproporcionalidade ofende os princípios da igualdade e da democracia, estando na contramão do humanismo em virtude de demonstrar superioridade da figura do Estado sobre seus administrados.

No ano de 2008, no julgamento da inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal se manifestou quanto ao assunto entendendo que a Convenção Americana dos Direitos Humanos tem caráter especial posto que trata de direitos inerentes à vida e liberdades dos seres humanos possuindo, dessa forma, o condão de tornar inaplicáveis normas infraconstitucionais que diverjam do disposto nos tratados e acordos internacionais acordados pelo Brasil. *In verbis*:

#### PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

---

<sup>23</sup>BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Decreto que promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, datada de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>> Acesso em 20 de novembro de 2016.

INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).<sup>24</sup>

Nesse mesmo sentido, em decisão unânime recentemente proferida pela 5ª Turma quanto à inaplicabilidade do desacato, o Superior Tribunal de Justiça afastou aplicação do tipo previsto no Código Penal<sup>25</sup>, ratificando os fundamentos trazidos pelo Ministério Público Federal sobre o não cabimento a sujeição do funcionário público a um tipo penal específico, bem como ser o tipo atentatório a liberdade de informação e expressão, *in verbis*:

O crime de desacato não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico por ser incompatível com o artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. A existência deste crime em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito

---

<sup>24</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 349.703-1/RS**. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Decisão em 03 de dezembro de 2008.

<sup>25</sup>BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848. Senado Federal, 1940.

preconizado pela CF/88 e pela Convenção Americana de  
Direitos Humanos.<sup>26</sup>

Na decisão exarada pelos ministros, foi sustentado o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal quanto à supra legalidade dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional 45<sup>27</sup>, tornando, dessa forma, inaplicáveis as normas legais, já presentes ou não no ordenamento jurídico, incompatíveis com os referidos tratados.

Sem embargo, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, sua aplicabilidade foi apenas *inter partes* em virtude da realização de controle de convencionalidade via incidental, por intermédio de um Recurso Especial interposto e analisado pelo STJ.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979), é um órgão judicial composto por 7 (sete) juízes e tem por objetivo aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>2829</sup> e a Declaração Americana<sup>30</sup>, além de outros tratados de direitos humanos, através de assuntos submetidos à

---

<sup>26</sup>MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Arguição de descumprimento de receita Fundamental - ADPF**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato>>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

<sup>27</sup>BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**. Senado Federal, 2004.

<sup>28</sup>CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Comissão Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

<sup>29</sup>BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Decreto que adota a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em 17 de setembro de 2016.

<sup>30</sup>COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Declaração de princípios sobre liberdade de expressão. 2000. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.liberdade.de.expressao.htm>>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

Comissão Americana de Direitos Humanos (1959).

Destarte, a Corte IDH é a responsável por julgar os casos de violação ao direito de liberdade de expressão que são submetidos à Comissão IDH, dentre eles as diversas denúncias de violação ao artigo 13º do Pacto de San Jose, já possuindo entendimento de que as "leis de desacato" são meios de silenciar o indivíduo que tenha opiniões impopulares e que vão de encontro com a vontade deturpada do Estado.

A Corte Interamericana, no caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, o primeiro acerca do tema, se posicionou consonante ao entendimento adotado nos relatórios elaborados pela Comissão IDH, no sentido de ressaltar a importância da liberdade de expressão para a existência de um país pautado na democracia. O referido caso consistia em publicação de artigos de um jornalista do jornal *Lá Nacion* expondo informações afrontosas à diplomata da Costa Rica, o que motivou sua condenação penal e civil.<sup>31</sup>

Em 2004, mesmo ano em que foi proferida a sentença do caso acima narrado, a Corte IDH se manifestou sobre outro caso de grande repercussão, o caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, nos mesmos moldes do anterior, onde houve a reiteração por parte dos juízes da corte quanto a importância de debates relativos à liberdade de expressão.<sup>32</sup>

Em relação ao caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, a Corte IDH exigiu dos Estados membros que o Poder Judiciário de cada país signatário realizar o controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas e os

---

<sup>31</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de Julio de 2004. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)>. Acesso em 14 de setembro de 2016.

<sup>32</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de Septiembre de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em 14 de setembro de 2016.

tratados, a fim de que fossem aplicadas os direitos e liberdades convencionados no pacto.<sup>33</sup>

Destacou-se que, conforme o artigo 2 da Convenção, a adaptação do tratado no ordenamento jurídico interno deveria ocorrer com a abolição das regras e práticas que acarretam em violação dos direitos protegidos e com a criação de regras e desenvolvimento de práticas que conduzam à efetiva observância dessas garantias.

Nessa seara, exprime-se que a manutenção do tipo penal no sistema jurídico brasileiro vai de encontro com o disposto no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, e da jurisprudência do CIDH, tendo o país acordado e se comprometido a adotar um regime de liberdade pessoal com a consequente preservação dos direitos naturais do homem, entre eles o da liberdade de expressão.

Levando em conta tais fatores, é imperioso destacar que a permanência do crime de desacato no ordenamento jurídico do país causa numerosos danos às liberdades individuais do cidadão, mais especificamente ao direito à liberdade de expressão, ao permitir que o Estado suprima o direito de manifestação e de pensamento dos seus administrados.

Tendo como base o que foi amplamente discutido, resta-se notória a incompatibilidade do desacato com as normas externas do país, bem como com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Fato é que o crime de desacato ainda é amplamente utilizado como manifestação da superioridade estatal e do abuso de autoridade por parte dos funcionários públicos.

---

<sup>33</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004 Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf)>. Acesso em 14 de setembro de 2016.

### **3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO PERANTE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CARTA MAGNA**

Desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a liberdade de expressão é um direito que deve ser amplamente observado, não podendo as pessoas serem molestadas por suas opiniões, incluindo as religiosas, sem que tenham causado alguma perturbação à ordem pública estabelecida por lei. Nota-se que esse direito era considerado tão importante que foi salvaguardado em 2 (dois) artigos da declaração, 10 (dez) e 11 (onze), dentre os 17 pertencentes ao diploma.

A atual Carta Magna, ao substanciar os direitos à manifestação, assegura em seu art. 5º, incisos IX e IV, o direito à liberdade de expressão e pensamento independentemente de censura ou licença e vedando o anonimato.

Verifica-se que a livre expressão ocorre independentemente de censura ou licença. Censura é um comando emanado de autoridade com o intuito de impedir a manifestação e circulação de ideias que afrontem preceitos políticos ou, como muitas vezes alegado, contra os objetivos do Estado. Já a licença é autorização prévia para realizar algum tipo de manifestação seja ela cultural, intelectual, artística, científica e de comunicação<sup>34</sup>.

Destarte, mais do que um direito se observa um conjunto de direitos relativos a diversos tipos de liberdade, compreendendo: liberdade de comunicação, liberdade de expressão em sentido estrito e liberdade de imprensa ou informação.

Ressalta-se que a previsão do direito e impossibilidade de restrição à manifestação do pensamento ainda se encontra disposto no art. 220 da Constituição Federal, quando diz que " a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo

---

<sup>34</sup>BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

não sofrerão qualquer restrição", vedando, ainda, "toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística"<sup>35</sup>.

Essa proteção reiterada é resultante do passado que assolou o Brasil, um passado de desrespeito e de privações de liberdades, como o ocorrido na época da Ditadura Militar, na qual a liberdade de pensamento e manifestação era inexistente e fortemente reprimida.

O momento histórico da promulgação da Constituição Federal foi marcado pelo medo da sociedade pós regime ditatorial, o qual violou direitos básicos do cidadão e abalou a segurança jurídica do país. A ordem constitucional que adveio posteriormente procurou alterar a sistemática jurídica incluindo direitos fundamentais como cláusulas pétreas, não podendo nem ter sua alteração realizada por emenda constitucional.

Dessa maneira, o constituinte procurou assegurar no texto constitucional que a liberdade de expressão não seria objeto de censura gratuita, a fim de preservar o direito das pessoas de manifestação de ideias, mesmos que estas fossem de encontro ao Estado. Destaca-se que a análise de qualquer dispositivo normativo deve ser realizada a partir da verificação da sua compatibilidade com a Constituição.

Na Constituição Federal<sup>36</sup>, há uma série de dispositivos passíveis de utilização para declarar a inconstitucionalidade do crime de desacato, pautados no espírito de prevalência dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa conjuntura, exprime-se que, apesar de previsto na legislação penal ainda vigente no país, o crime de desacato não é compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil visto que fere diretamente o

---

<sup>35</sup>BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

<sup>36</sup>BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

direito à liberdade de expressão e pensamento previsto no artigo 5º, incisos IV e IX, e no artigo 220 da referida Carta Magna.

Isso se deve ao fato do subjetivismo da definição do desacato e tratamento penal mais gravoso para ofensas contra funcionários públicos restringirem o controle social dos atos da administração pela sociedade e a prática da liberdade de expressão. A honra do funcionário público é tutelada pelo desacato, forma desproporcionalmente mais gravosa e mais rigorosa do que a honra do resto da população.

Nesse entendimento, visando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 331 do Código Penal, Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão apresentou ao Procurador Geral da República proposta de ADPF tendo em vista a incompatibilidade da criminalização do desacato com os preceitos constitucionais e o estado democrático de direito. Vejamos:

Desse modo, a persistência do art. 331 no ordenamento jurídico brasileiro é ofensivo à Constituição sob 26ob. cit., p. 61 27AC 2436 MC PR, Relator: Min. Presidente. Julgamento: 03/09/2009. 16 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL múltiplas perspectivas: atenta contra o regime democrático, na medida em que impede o controle da atuação de servidores públicos a propósito de suas funções; inibe a liberdade de expressão nos seus aspectos e fundamentos essenciais; atinge mais severamente aqueles que estão em luta pela implementação de seu catálogo de direitos, em clara ofensa ao princípio da igualdade; e compromete o Brasil no cenário internacional, pelo não cumprimento de obrigações às quais aderiu livremente.<sup>37</sup>

Ainda no Brasil, no ano de 2006, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP) representou perante o Tribunal de Justiça de São Paulo pleiteando a retirada de avisos presentes nas repartições públicas que descreviam o tipo penal do

---

<sup>37</sup>MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Arguição de descumprimento de preceito Fundamental - ADPF**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato>>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

desacato, transcrevendo o artigo 331/CP como forma de coação dos administrados. No referido processo, foi determinado pela Corregedoria do TJ-SP que os avisos abusivos fossem retirados das repartições com atendimento ao público.<sup>38</sup>

No ano de 2012, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, realizou denúncia à Corte Interamericana sobre os Direitos Humanos quanto à existência da criminalização do desacato ainda em vigor no país, mesmo a Relatoria para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos tendo concluído que normas legais que estabeleçam o desacato como crime ferem diretamente o artigo 13 da CADH e, conseqüentemente, o direito à liberdade de manifestação e pensamento.

É relevante observar que quando da elaboração do projeto do Novo Código Penal, sem ainda previsão de criação, resolveu-se em sessão datada de 07-05-2012, deixar de prever o crime de desacato no novo código penal, acredita-se que, muito provavelmente, pela compreensão da incompatibilidade deste com a Convenção Americana de Direitos Humanos.<sup>39</sup>

Ressalta-se ainda a existência de Projeto de Lei 4548 (2008), visando o *abolitio criminis* do artigo 331 do Código Penal Brasileiro<sup>40</sup> sob a justificativa de que o tipo penal em questão serve atualmente para intimidação de pessoas dentro de repartições públicas. Além desses, existem ainda o PLC 602/2015 e PLC 2769/2015 que buscam retirar o desacato do ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>38</sup>ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). SEÇÃO DE SÃO PAULO (OAB SP). Notícias, de 8 de novembro de 2006. **OAB/SP consegue remoção de avisos de desacato no judiciário estadual**. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/11/08/3919>>. Acesso em 20 de abril de 2017.

<sup>39</sup>BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.769**. Câmara dos Deputados, 2008. Revoga o art. 331 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e extingue o crime de desacato. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 15 de março de 2017.

<sup>40</sup>BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848. Senado Federal, 1940.

Observa-se que apesar do intuito de várias instituições quanto a declaração de inconstitucionalidade do artigo 331 do Código Penal, até a presente data nada foi resolvido definitivamente sobre esse tema. Isso causa enorme tensão jurídica dentro do país visto que, apesar da incompatibilidade do crime de desacato, este continua lesando frontalmente os direitos e garantias relativos às liberdades e direitos humanos.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Foi, portanto, possível analisar o surgimento do crime de desacato, proveniente de raízes históricas marcadas pela superioridade estatal sobre os administrados, e como essa origem influencia sua aplicabilidade nos dias atuais, minorando o direito do cidadão em regular a administração pública e os atos por ela praticados por meio de seus agentes públicos.

Apesar de avanços com Constituição de 1988, advinda após período de forte repressão e violações de diversos tipos aos direitos fundamentais, a liberdade de expressão ainda se encontra restringida por meio de tipificação penal incongruente com o atual sistema jurídico brasileiro. No Brasil, não são raras as acusações de desacato, principalmente relativas a abordagens policiais, muitas vezes utilizadas como pretexto para sufocar críticas legítimas à atuação estatal e, pesadamente, sancionadas pelo Código Penal.

Sendo tipo penal com definição excessivamente aberta, o desacato viola princípio da taxatividade, motivo pelo qual o tipo penal causa tanta controvérsia na jurisprudência atual e gera a necessidade de discussão e análise do tema por um viés constitucional pautado na compatibilidade com a Constituição e com os Tratados Internacionais dos quais o Brasil faz parte. Há uma insegurança jurídica diante dessa subjetividade, pois fica a cargo do aplicador da norma o entendimento do ato praticado pelo cidadão se enquadrar ou não no art. 311 do Código Penal Brasileiro. Isso deixa margem

para arbitrariedade e cerceamento à liberdade de expressão do administrado em relação à atuação estatal.

Frisa-se que o objetivo não é permitir que sejam proferidas ofensas gratuitas aos agentes públicos, pelo contrário, a retirada da aplicabilidade do desacato somente reconheceria que o atingido pela ofensa é o funcionário público e não o Estado Democrático de Direito que deveria ter uma postura liberal, motivo pelo qual caberiam os crimes com definições taxativamente previstas nos arts. 138 a 140 do Código Penal para salvaguardar eventuais ofensas.

O presente artigo científico apresentou a incompatibilidade do tipo penal do desacato com o artigo 13 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário, bem como com o Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos do ano de 1995 e com a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, e ainda com os art. 5º, em seus incisos IV e IX, e art. 220, ambos da Constituição Federal.

Nesse diapasão, permitir que o crime previsto no artigo 331 do Código Penal<sup>41</sup> continue vigorando e sendo aplicado de forma alarmante no país é infringir diretamente a Constituição Federal e ao Pacto de San José da Costa Rica, sendo a supressão do direito do cidadão de se manifestar quanto à atuação da Administração Pública, por meio de seus funcionários, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Código Penal Brasileiro. **Decreto-lei nº 2.848**. Senado Federal, 1940.

---

<sup>41</sup>BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº 2.848. Senado Federal, 1940.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Decreto que adota a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em 17 de setembro de 2016.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Decreto que promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, datada de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>> Acesso em 20 de novembro de 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45. Senado Federal, 2004.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.769**. Câmara dos Deputados, 2008. Revoga o art. 331 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e extingue o crime de desacato. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 15 de março de 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. Nº 1640084/SP. Relator Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, de 15 de dezembro 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus. Nº 379269. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª Seção, de 08 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 349.703-1/RS. Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, de 03 de dezembro de 2008.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração de princípios sobre liberdade de expressão**. 2000. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expresso.htm>>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Comissão Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Sentencia de 2 de Julio de 2004. Disponível em:

<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)>.  
Acesso em 14 de setembro de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentencia de 26 de Septiembre de 2006. Disponível em:  
<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>.  
Acesso em 14 de setembro de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay**. Sentencia de 31 de agosto de 2004 Disponível em:  
<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf)>.  
Acesso em 14 de setembro de 2016.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. III**. 13ª Edição. Impetus, 2016.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: ATLAS, 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã - ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2ª ed. MARTIN CLARET, 2008

MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado**, vol. 3: parte especial, arts. 213 a 359-H/Cleber Masson – 6ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Arguição de descumprimento de receita Fundamental - **ADPF**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato>>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Inconstitucionalidade do crime de desacato. **Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão apresentou ao procurador-geral da República proposta de ADPF sobre o tema**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mp.br/informativos/edicoes-2016/junho/pfdc-quer-inconstitucionalidade-do-crime-de-desacato>>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E  
SUSTENTABILIDADE  
4º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da  
globalização"  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí  
Março 2017

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). SEÇÃO DE SÃO PAULO (OAB SP). Notícias, de 8 de novembro de 2006. **OAB/SP consegue remoção de avisos de desacato no judiciário estadual**. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/11/08/3919>>. Acesso em 20 de abril de 2017.

RELATÓRIO ANUAL DA COMISSÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (CIDH), 1995. **Capítulo V - Leis De Desacato e Difamação Criminal**. Disponível em: <[www.cidh.oas.org/relatoria/ShowDocument.asp?DocumentID=139](http://www.cidh.oas.org/relatoria/ShowDocument.asp?DocumentID=139)>. Acesso em 22 de setembro de 2016.

**MINISTÉRIO PÚBLICO, PODER JUDICIÁRIO E REPRESENTAÇÃO  
FUNCIONAL E ARGUMENTATIVA: FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE  
PARA A ATUAÇÃO INSTITUCIONAL**

**Felipe Schmidt<sup>1</sup>**

**INTRODUÇÃO**

O presente estudo examina a representação funcional e a representação argumentativa como fundamentos de legitimidade para a atuação institucional do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Inicialmente, é analisada a crise do sistema democrático-representativo no Brasil, formado pelos Poderes Executivo e Legislativo, cujos integrantes são eleitos pelo voto popular e podem ser controlados pela possibilidade de sua não-reeleição.

Em decorrência dessa crise, a população, que não vê seus anseios espelhados na representação política tradicional, busca outros órgãos, tais quais o Ministério Público e o Poder Judiciário, para dar encaminhamento às suas pretensões.

Assim, surgem a representação funcional e a representação argumentativa, exercidas, entre outros órgãos, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, como alternativas à representação tradicional.

O estudo segue com a apreciação dessas duas formas de representação, enfocando suas características, fundamentos jurídicos e políticos, limites e

---

<sup>1</sup>Membro do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (Promotor de Justiça de entrância final, titular da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Fraiburgo); Graduado, Especialista e Mestrando pela Universidade do Vale do Itajaí/SC; e-mail: felipeschmidt@mpsc.mp.br

possibilidades, ressaltando que ambas não têm o escopo de suprimir ou minorar a representação política tradicional, mas de complementá-la, ampliando espaços de cidadania.

## **1. A CRISE DO SISTEMA DEMOCRÁTICO-REPRESENTATIVO NO BRASIL**

A discussão acerca da representação funcional e argumentativa da sociedade por parte do Poder Judiciário e do Ministério Público deve principiar pelo reconhecimento da crise do sistema democrático-representativo no Brasil.

Em um Estado Democrático, todo poder provém do povo, de modo que, para Robert Alexy, "o exercício de poder estatal pelo parlamento é legítimo porque o parlamento representa o povo. Essa representação é democrática porque os membros do parlamento são eleitos por eleição livre e igual e - por meio da sanção da não reeleição - controlados"<sup>2</sup>, o mesmo podendo-se dizer da chefia do Poder Executivo.

Ocorre que, segundo Pedro Manoel Abreu, a representação política, à qual caberia a tomada das decisões sobre interesses gerais da coletividade (v.g. economia, educação, saúde, segurança pública), a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo, cujos integrantes são democraticamente eleitos pelo voto popular, está em crise<sup>3</sup>.

É que no Brasil as maiorias parlamentares se formam a partir de razões por vezes escusas, movidas por conveniências particulares ou de grupos políticos e econômicos, não raramente em troca de cargos na Administração Pública

---

<sup>2</sup>ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4ª ed. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 162.

<sup>3</sup>ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. O processo jurisdicional como locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. Florianópolis: Conceito, 2011, p. 277.

para acomodar apaniguados políticos e do recebimento de verbas públicas para destinar a bases eleitorais, quando não de pagamentos ilegais por parte de agentes privados interessados na atuação de parlamentares em favor de seus propósitos.

Outrossim, na lição de José Alcebíades de Oliveira Junior, há

certos preceitos constitucionais que burlam a paridade do sistema de representação política: estados do norte e nordeste com população bem inferior a estados do sul e sudeste com o mesmo número de parlamentares representantes. Ora, isto associado a uma intransparência de certas ações em estados dominados por um coronelismo muito antigo, macula a representação política e portanto a cidadania de milhares de pessoas (*sic*)<sup>4</sup>.

Quanto ao Poder Executivo, encontrou nas medidas provisórias instrumento de regulação da sociedade, notadamente em matéria econômica, de modo que seu ativismo legislativo impõe nova ordenação da sociedade e do mercado, em ruptura com a tradição constitucional do país<sup>5</sup>, produzindo verdadeira "erosão das formas clássicas de controle parlamentar da produção da lei"<sup>6</sup>.

Ademais, conforme José Alcebíades de Oliveira Junior, pode-se "constatar um atrelamento inaceitável para a democracia tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Judiciário ao Poder Executivo"<sup>7</sup>.

Sobre a concentração de poderes nas mãos do Poder Executivo, veja-se a

---

<sup>4</sup>OLIVEIRA JR, José Alcebíades de. Politização do Direito e Juridicização da Política. In **Revista Sequência**, n. 32. Florianópolis, 1996, p. 12.

<sup>5</sup>VIANNA, Luiz Werneck e outros. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Revan, 2014, p. 49.

<sup>6</sup>VIANNA, Luiz Werneck e outros. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**, p. 51.

<sup>7</sup>OLIVEIRA JR, José Alcebíades. **Politização do Direito e Juridicização da Política**, p. 13.

lição de Vera de Araújo Grilo:

[...] a longa vida da teoria da separação dos poderes tem demonstrado que essa concentração surge inúmeras vezes e, nos dias atuais, está sempre nas mãos do Executivo. Essa hegemonia do Executivo, se não estiver expressamente institucionalizada, acontecerá sempre que as circunstâncias políticas o permitirem. Isto quer dizer que ela não se estabelece quando encontra resistências da sociedade como um todo, ou dos outros poderes, zelosos em cumprir o papel que lhes cabe constitucionalmente<sup>8</sup>.

Essas reflexões ajudam a concluir que, se a separação dos poderes, como teoria e como prática, tem permanecido nas Constituições de vários Estados como aval da democracia e das liberdades individuais, nem sempre tem conseguido impedir que surja a concentração de poderes.

A hipertrofia do Executivo, especialmente na história política brasileira, tem provado isso. Assim, não cabe a conclusão de que basta haver, na Constituição, a inserção do princípio da separação dos poderes para que se caracterize a não concentração de poderes em nenhum dos três ramos do governo. O contrário tem sido provado pelos fatos, especialmente no Brasil (vide as décadas de 60, 70, e mesmo os anos 80, de consolidação da democracia, só para ilustrar com períodos mais próximos): a inclusão da separação dos poderes como dogma constitucional, não impede que haja uma hipertrofia do Executivo. Essa vinculação entre concentração de poderes e o Poder Executivo, parece revelar, pelo menos no que tange ao Brasil, de modo até bastante enfático, o quanto estão distantes sociedade e Estado<sup>9</sup>.

Com efeito, cada vez mais o Estado é visto pelo cidadão como um mero conjunto de serviços públicos destinados a atendê-lo<sup>10</sup>, e não mais como o

---

<sup>8</sup>GRILO, Vera de Araújo. **Reflexões sobre a teoria da separação dos poderes e a hegemonia do Poder Executivo**. In Revista Sequência, nº 24, Florianópolis, 1992, p. 30-31.

<sup>9</sup>GRILO, Vera de Araújo. **Reflexões sobre a teoria da separação dos poderes e a hegemonia do Poder Executivo**, p. 33-34.

<sup>10</sup>ABREU, Pedro Manoel. **Jurisdição e Processo**, p. 46.

centro de irradiação das decisões políticas fundamentais da sociedade, de modo que acaba por ter frequentemente que justificar para a coletividade quais as razões de sua existência<sup>11</sup>.

Consoante Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes<sup>12</sup>, a democracia representativa não mais atende aos anseios coletivos em face dos seguintes motivos:

a) seja em razão do número crescente daqueles que conquistavam a inserção no jogo político (o que inviabilizou a tomada de decisão por todos os interessados através das assembleias de cidadãos, como versão renovada da caricatura de democracia direta da Grécia Antiga); b) seja em face das dificuldades técnicas trazidas pelo tipo e conteúdo dos temas postos em discussão (o que transformou a política, muitas vezes, em refém das referências tecnológicas, das estatísticas, das probabilidades e das valorações macro e microeconômicas, o que dificultou/inviabilizou a tarefa política como jogo dialético de pretensões); c) seja, ainda, pelo volume quantitativo de questões postas à solução (o que implicou uma atividade *full time* que exclui o cidadão do jogo político, uma vez que ocupado demais em prover o seu cotidiano, ao mesmo tempo que exclui o político do debate social dos temas).

Assim, como concluem os dois autores, a representação política precisa ser repensada<sup>13</sup>, na esteira do que também entende Pedro Manoel Abreu, para quem "a representação política, por evidente, não pode tudo e muito menos é capaz de transformar os grandes ideais em realidade"<sup>14</sup>. E complementa:

---

<sup>11</sup>ABREU, Pedro Manoel. **Jurisdição e Processo**, p. 47.

<sup>12</sup>STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 161.

<sup>13</sup>STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política & Teoria do Estado**, p. 162.

<sup>14</sup>ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**, p. 282.

A democracia representativa, em todos os países em que vigora, ademais, tem necessidade de renovação, por se defrontar com problemas crescentes de desinteresse da população pela política, elevados índices de absenteísmo e, o que é mais grave, hostilidade dos eleitores em relação aos políticos profissionais, sobretudo pela corrupção crônica, que parece minar a classe política, principalmente nos países emergentes, colocando em profundo descrédito as instituições<sup>15</sup>.

Nesse quadro, também não tem se mostrado exitosa a tomada, por atores econômicos privados, sejam nacionais ou transnacionais, de decisões acerca de questões com implicações coletivas, como vem ocorrendo no panorama atual de globalização.

Na lição de Milton Santos, "a partir de agora a produção se dá à escala mundial, por intermédio de empresas mundiais, que competem entre si segundo uma concorrência extremamente feroz, como jamais existiu"<sup>16</sup>. Segundo ele, tem-se "uma verdadeira mundialização do produto, do dinheiro, do crédito, da dívida, do consumo, da informação", o que "é também um fato novo"<sup>17</sup>. Diante desse contexto, aduz:

Há um verdadeiro retrocesso quanto à noção de bem público e de solidariedade, do qual é emblemático o encolhimento das funções sociais e políticas do Estado com a ampliação da pobreza e os crescentes agravos à soberania, enquanto se amplia o papel político das empresas na regulação da vida social<sup>18</sup>.

Com efeito, no século XXI a demora para a tomada de decisões no âmbito do sistema democrático-representativo tradicional, decorrente da elevada

---

<sup>15</sup>ABREU, Pedro Manoel. **Jurisdição e Processo**, p. 40.

<sup>16</sup>SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**. Do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 29-30.

<sup>17</sup>SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 30.

<sup>18</sup>SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**, p. 38.

complexidade inerente ao processo legislativo, cuja observância é impositiva, não se mostra compatível com a rapidez exigida pela circulação internacional do capital<sup>19</sup>.

Assim, como a deliberação no processo político tradicional demanda certo lapso de tempo, que nem sempre está disponível ao capital transnacional, decisões que acabam por repercutir sobre toda a coletividade (v.g. alocação ou retirada de recursos de dado país) são tomadas por executivos de instituições financeiras e empresas privadas, à revelia do Estado e mesmo de fora de suas fronteiras, produzindo profundas crises econômicas e financeiras e agravando a exclusão social em diversas partes do globo<sup>20</sup>.

À vista desse quadro de crise da democracia representativa e de inadequação dos agentes econômicos para gestão dos interesses políticos da coletividade, na lição de Pedro Manoel Abreu, "o Judiciário, seja como ator coletivo, seja por meio do trabalho do juiz individual, 'abandona o seu canto neutro e se identifica com a preservação dos valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação'"<sup>21</sup>.

Tal alteração do papel do Poder Judiciário em face da sociedade civil veio acompanhada de mudança análoga na atuação do Ministério Público, instituição que não é Poder do Estado<sup>22</sup> (art. 2º da Constituição da República), embora tenha garantias de Poder e desempenhe papel essencial para o

---

<sup>19</sup>Notas de aula da disciplina Teoria Jurídica e Transnacionalidade, ministrada pelo Professor Doutor MaurizioOliviero, no segundo semestre do ano letivo de 2015 no Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

<sup>20</sup>Notas de aula da disciplina Teoria Jurídica e Transnacionalidade, ministrada pelo Professor Doutor MaurizioOliviero, no segundo semestre do ano letivo de 2015 no Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

<sup>21</sup>ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**, p. 271.

<sup>22</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 37-38.

funcionamento de um dos Poderes, e cujos membros há tempo deixaram de ser Procuradores do Rei<sup>23</sup> para se tornar, notadamente a partir da Constituição de 1988, defensores da coletividade.

Aliás, em face do princípio da inércia que rege a jurisdição civil no Brasil (art. 2º do CPC/2015), não se afigura despropositado afirmar que o Poder Judiciário apenas assumiu a posição de protagonismo social que hodiernamente ocupa por força, ao menos no que tange àquelas questões de contornos eminentemente coletivos, da atuação do próprio Ministério Público, que abandonou a condição de mero parecerista em matéria civil para assumir postura de órgão agente na promoção dos interesses transindividuais, tanto na via judicial (no que acabou por contribuir para o protagonismo do Poder Judiciário) quanto extrajudicial (em que, sem prejuízo de sua atuação perante a jurisdição, vem construindo seu próprio protagonismo).

Todavia, como tanto o Poder Judiciário quanto o Ministério Público não têm seus integrantes periodicamente eleitos pelo voto popular nem sujeitos à possibilidade de censura por intermédio da não recondução, há que se investigar quais seriam os fundamentos de legitimidade de sua atuação institucional perante a coletividade.

## **2. A REPRESENTAÇÃO FUNCIONAL**

A propósito das consequências da crise do sistema democrático-representativo acima sucintamente delineado, aduz Luiz Werneck Vianna<sup>24</sup>:

tal contexto institucional, dominante, em maior ou menor medida, nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito na política e na

---

<sup>23</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**, p. 26.

<sup>24</sup>VIANNA, Luiz Werneck e outros. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**, p. 23.

sociabilidade, tem dado origem a um novo personagem da *intelligentzia*: os magistrados e os membros do Ministério Público.

Quanto aos magistrados, segundo Pedro Manoel Abreu<sup>25</sup>,

os agentes políticos [...] encontraram no Judiciário um novo interlocutor e uma nova arena, tanto para seus confrontos quanto para contestar políticas governamentais e decisões de maiorias legislativas. O cidadão, de outra parte, localizou na instituição um espaço para a solução de disputas e para a garantia dos mais variados direitos.

No que toca ao Ministério Público, pelo menos desde a Constituição de 1988, pela qual foi refundado<sup>26</sup>, seja por lhe ter conferido a condição de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, seja por lhe ter atribuído o mister de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição da República), vem ele assumido protagonismo, tanto em matéria criminal, na qualidade de titular da ação penal e da atividade investigatória de graves crimes envolvendo empresários, políticos e servidores públicos de alto escalão, quanto em matéria civil, como principal titular da ação civil pública para tutela de interesses transindividuais, em que se discutem questões de relevo para toda a coletividade (v.g. moralidade administrativa, meio ambiente, relações de consumo, infância e juventude, ordem econômica, ordem urbanística, patrimônio cultural). Assim, em face da relevância social de sua atuação, o Ministério Público vem "obtendo, desse modo, uma divulgação significativa de suas ações nos espaços midiáticos"<sup>27</sup>.

Todavia, a despeito de virem conquistando crescente importância no contexto

---

<sup>25</sup>ABREU, Pedro Manoel. **Jurisdição e Processo**, p. 52-53.

<sup>26</sup>ABREU, Pedro Manoel. **Jurisdição e Processo**, p. 52.

<sup>27</sup>MOTTA, Luiz Eduardo. Judicialização da Política e Representação Funcional no Brasil Contemporâneo: uma ameaça à soberania popular? In: **Revista Quaestio Juris**, vol. 05, nº 01. Rio de Janeiro, 2012, p. 260.

social atual, há que se reconhecer que tanto o Poder Judiciário quanto o Ministério Público não possuem legitimação democrática, à míngua da eleição periódica de seus membros pelo voto popular, legitimando-se, ao revés, por desempenharem uma representação funcional da sociedade, que decorre, como a própria expressão revela, da natureza das funções que exercem, emanadas da Constituição e das leis<sup>28</sup>.

A ideia de representação funcional no Brasil tem como marco inicial a Revolução de 1930<sup>29</sup>, que inaugura a chamada "Era Vargas", e pode ser vinculada tanto ao campo jurídico estatal, como ocorre no caso do Poder Judiciário e do Ministério Público, quanto à sociedade civil organizada, como se dá com os sindicatos e as ONGs.

A despeito de remontar aos anos 30 do século XX, a representação funcional ainda na atualidade vem se mantendo como canal para a resolução de conflitos sociais e a efetivação de direitos, tendo adquirido maior relevância com a redemocratização do Brasil a partir de 1988. Assim, embora seja autoritária em suas origens, por que atrelada ao corporativismo que regia as relações público/privado no Brasil à época de seu surgimento, a ideia de representação funcional acabou por assumir outros contornos<sup>30</sup>, expressando "uma nova tendência da democracia contemporânea"<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup>ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**, p. 291.

<sup>29</sup>RUEDIGER, Marco Aurelio; RICCIO, Vicente; MOTTA, Luiz Eduardo Pereira da. **A Representação Funcional como Instrumento de Efetivação de Direitos**: uma Herança da era Vargas. Estudo apresentado no 30º Encontro da ANPAD – Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, em setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/enanpad/2006/dwn/enanpad2006-apsa-2062.pdf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2017.

<sup>30</sup>MELLO, Myrian de Fátima de. **Judicialização e Representatividade**: a representação funcional na percepção dos representantes políticos da sociedade brasileira. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009, p. 59.

<sup>31</sup>MOTTA, Luiz Eduardo. **Judicialização da Política e Representação Funcional no Brasil Contemporâneo: uma ameaça à soberania popular?** p. 258.

Assim, renovada pelo constituinte de 1988, a representação funcional da sociedade, própria do regime democrático, pois sua presença seria mais difícil num sistema autoritário, caracterizado pela concentração de poder no Executivo<sup>32</sup>, tornou-se "um componente essencial do processo político da democracia"<sup>33</sup>, que obviamente não exclui, mas complementa o papel da representação tradicional.

É o que se colhe da lição de Pedro Manoel Abreu<sup>34</sup>:

Em verdade, as duas formas de representação – a funcional e a política – atuam em uma relação de complementaridade, de reforço recíproco. Essa relação de complementaridade, extraída da tradição republicana brasileira, estaria atuando de forma compensatória em relação ao *deficit* democrático, especialmente contra a intervenção legislativa do Executivo.

Na mesma linha vai o entendimento de Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, que sustentam haver "uma parceria institucional entre as duas formas de representação, do que é exemplo a frequência com que os partidos políticos recorrem à iniciativa do Ministério Público"<sup>35</sup>.

Ademais, o próprio Poder Legislativo, por meio de seus parlamentares ou de suas Comissões, tem mobilizado o Ministério Público, trazendo-lhe notícia de fatos e solicitando a deflagração de inquéritos civis e outros procedimentos para apurá-los, de modo que, ao fazê-lo, acaba por implicitamente admitir

---

<sup>32</sup>MOTTA, Luiz Eduardo. **Judicialização da Política e Representação Funcional no Brasil Contemporâneo: uma ameaça à soberania popular?** p. 258-259.

<sup>33</sup>MELLO, Myrian de Fátima de. **Judicialização e Representatividade:** a representação funcional na percepção dos representantes políticos da sociedade brasileira, p. 64.

<sup>34</sup>ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**, p. 288/289.

<sup>35</sup>VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. *Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva*. In VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A Democracia e os três poderes no Brasil*, p. 384/385, apud ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**, p. 288 (nota 727).

que não detém o monopólio da representação política<sup>36</sup>, e autoriza concluir que há outros modos de participar da vida pública<sup>37</sup>.

E cabe anotar que não só os partidos políticos e o Poder Legislativo procuram a iniciativa do Ministério Público, mas também outras entidades da sociedade civil (*v.g.* associações, empresas) e órgãos públicos (*v.g.* Vigilância Sanitária, PROCON, Conselho Tutelar, órgãos ambientais), mesmo que por vezes disponham da mesma legitimidade para a adoção de medidas judiciais (*v.g.* propositura de ações) ou extrajudiciais (*v.g.* celebração de termos de ajustamento de conduta por alguns órgãos públicos) cabíveis, além dos próprios cidadãos individualmente considerados (que seriam legitimados ao ajuizamento da ação popular para a tutela de alguns interesses coletivos, *v.g.*), sendo certo que o atendimento ao público (receber a qualquer do povo e adotar as providências cabíveis) constitui relevante atribuição institucional do Ministério Público (art. 32, II, da Lei n. 8.625/93).

Ora, a procura desses diversos atores sociais pela atuação do Ministério Público vem reforçar a representação funcional exercida por este e revelar que ela em nada conflita com a democracia representativa, mas fortalece.

Portanto, a representação funcional evidentemente não pretende abolir a democracia e substituí-la por um sistema novo, mas "multiplicar os corpos representativos e complementá-los por formas de representação funcional de interesses sociais organizados, seja diretamente, pelas formas corporativas de interesse societal, seja indiretamente, pelas instituições de direito estatal"<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup>MELLO, Myrian de Fátima de. **Judicialização e Representatividade**: a representação funcional na percepção dos representantes políticos da sociedade brasileira, p. 70.

<sup>37</sup>MELLO, Myrian de Fátima de. **Judicialização e Representatividade**: a representação funcional na percepção dos representantes políticos da sociedade brasileira, p. 71.

<sup>38</sup>MOTTA, Luiz Eduardo. **Judicialização da Política e Representação Funcional no Brasil Contemporâneo**: uma ameaça à soberania popular? p. 266.

Ainda quanto à representação funcional pelo Ministério Público, que ganhou maior reconhecimento em face da criação dos instrumentos de tutela dos interesses difusos e coletivos, colhe-se da lição de Vianna e Burgos:

A Constituição de 1988, documento com que o país se reencontra com a democracia política, longe de erradicar as formas de representação funcional, não somente as consagra, como lhes concede um novo e afirmativo papel ao entendê-las, tacitamente, como parte integrante dos mecanismos da democracia participativa. Confiou-se, assim, ao Ministério Público – órgão não eleito de inequívoco caráter de representação funcional – a representação da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, convertendo-o em uma instituição aberta aos interesses da sociedade<sup>39</sup>.

De fato, por intermédio do exercício de suas amplas funções institucionais (art. 127 e art. 129 da Constituição da República de 1988) e do emprego de seus variados instrumentos de atuação judicial e extrajudicial (*v.g.* ação civil pública, inquérito civil, recomendação, termo de ajustamento de condutas, audiência pública, poder requisitório), que lhe foram conferidos a partir da década de 1980, notadamente da Constituição da República de 1988, o Ministério Público vem desempenhando relevante papel de interlocução entre o Estado e a sociedade civil por meio de sua representação funcional.

Aliás, a própria nova organização do Ministério Público, prevista pela Constituição da República de 1988, contribuiu decisivamente para que a instituição se desincumbisse de forma mais eficiente de suas funções e, por conseguinte, melhor exercesse sua representação funcional.

É que, embora nascido à sombra do Poder Executivo, de quem era verdadeiro apêndice na Primeira República (pelo disposto no Decreto n. 848/1890 cabia ao Procurador-Geral da República cumprir as ordens do Governo da República

---

<sup>39</sup>VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. In VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A Democracia e os três poderes no Brasil, pp. 384/385, apud ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**, p. 288 (nota 727).

relativas ao exercício de suas funções), e tendo se desenvolvido atrelado ao Poder Judiciário (pela Constituição de 1891 o Ministério Público era disciplinado no capítulo do Poder Judiciário, e o Procurador-Geral da República era escolhido entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal), com avanços em períodos democráticos (Constituições de 1934, a primeira a lhe assegurar tratamento institucional, e de 1946, que lhe concedeu capítulo próprio e ampliou as garantias de seus membros) e retrocessos em períodos ditatoriais (Constituições de 1937, que praticamente ignorou a existência da instituição, e Emenda Constitucional n. 1 de 1969, que tornou a atrelá-la ao Poder Executivo), com a Constituição de 1988, de viés democrático, o Ministério Público experimentou notável evolução: se destacou dos três Poderes do Estado (art. 2º da Constituição da República), teve reconhecidos como seus princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, §1º, da Constituição da República), recebeu autonomia funcional, administrativa (art. 127, §2º, da Constituição da República) e financeira (art. 127, §§ 3º a 6º da Constituição da República), foi organizado em estrutura que reflete a forma federativa de Estado, com previsão de Ministério Público da União e Ministérios Públicos dos Estados (art. 128 da Constituição da República), teve fixada a escolha de sua chefia entre integrantes da carreira e a destituição dela mediante prévia autorização do Poder Legislativo (art. 128, §§ 1º a 4º, da Constituição da República) e seus membros receberam as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (ar. 128, §5º, I, da Constituição da República) e as vedações de receber honorários, percentagens ou custas processuais, exercer a advocacia, participar de sociedade comercial, exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, desempenhar atividade político-partidária, e receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas (art. 128, §5º, II, da Constituição da República), além de lhes ser vedado exercer a advocacia no juízo ou tribunal perante o qual oficiavam, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou

exoneração (art. 128, §6º, da Constituição da República), sendo certo que atualmente lhe é proibido exercer a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, IX, da Constituição da República).

Assim, dotando o Ministério Público de tal estrutura organizacional, princípios, autonomia, garantias e vedações, o poder constituinte originário claramente "pretendeu valorizar a representação funcional"<sup>40</sup> do órgão ministerial, que antes da Constituição de 1988 era mais voltado ao Estado que à sociedade, e depois dela assumiu posição inversa.

São esses elementos, em suma, que constituem a representação funcional do Ministério Público e legitimam sua atuação, ao lado do Poder Judiciário, como canal de participação da cidadania política organizada<sup>41</sup>.

Examinados alguns aspectos acerca da representação funcional pelo Ministério Público e o Judiciário, passa-se à apreciação da admissibilidade do exercício de uma representação argumentativa pelas duas instituições.

### **3. A REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA**

Para além da representação funcional, cujos contornos foram acima sucintamente delineados, pode-se reconhecer a existência de uma representação argumentativa, conferida pela doutrina de Robert Alexy ao Tribunal Constitucional.

Representação argumentativa seria aquela que vincula representantes e representados não por meio de eleições, tal qual a representação democrática tradicional, mas pela adoção de argumentos racionais e objetivos que sejam

---

<sup>40</sup>MELLO, Myrian de Fátima de. **Judicialização e Representatividade**: a representação funcional na percepção dos representantes políticos da sociedade brasileira, p. 67.

<sup>41</sup>MELLO, Myrian de Fátima de. **Judicialização e Representatividade**: a representação funcional na percepção dos representantes políticos da sociedade brasileira, p. 72.

aceitos como corretos por um número bastante de cidadãos.

Segundo Alexy, o Tribunal Constitucional, órgão detentor da representação argumentativa, responsável pelo exercício da jurisdição constitucional, não possui "regularmente uma legitimação democrática direta e o povo não tem, em regra, possibilidade de controle por denegação da reeleição"<sup>42</sup>, o que igualmente se dá, conforme visto, com os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Assim, Alexy indaga se a jurisdição constitucional seria compatível com a democracia, de modo que também pudesse ser compreendida como representação do povo, questionamento que pode ser projetado, em sua literalidade, para o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Neste passo, cumpre esclarecer que a projeção de tal indagação, formulada por Robert Alexy quanto ao Tribunal Constitucional, para o Poder Judiciário e o Ministério Público, se afigura viável inicialmente porque nenhum desses três órgãos, como já afirmado, possui legitimidade democrática decorrente da eleição pelo voto popular nem está sujeito à possibilidade de denegação pela reeleição, no que se equiparam.

Outrossim, no Brasil a jurisdição constitucional, que seria, na percepção de Alexy, a detentora da representação argumentativa, é afeta não só ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais de Justiça dos Estados, que fariam as vezes de Corte Constitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tal qual o Tribunal Constitucional de Alexy, mas a todo o Poder Judiciário (incluindo aqueles dois órgãos), que exerce, incidentalmente, o controle difuso de constitucionalidade.

Quanto ao Ministério Público, qualquer pessoa do povo, valendo-se do direito constitucional de petição aos poderes públicos, pode se dirigir ao Procurador-

---

<sup>42</sup>ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, p. 162.

Geral da República ou ao Procurador-Geral de Justiça representando acerca de alguma inconstitucionalidade em abstrato, para que se proponha, perante a Corte competente (Supremo Tribunal Federal ou Tribunal de Justiça do Estado, respectivamente) a ação de controle abstrato de constitucionalidade que se afigure cabível.

Ademais, a crise do sistema democrático-representativo e o conseqüente papel de protagonismo social que o Poder Judiciário e o Ministério Público vêm desempenhando no Brasil, conforme acima delineado, também autorizam a extensão das concepções afetas à representação argumentativa a esses dois órgãos.

Com efeito, o questionamento em tela, acerca da compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia, não era extensível a tais órgãos ao tempo em que o Poder Judiciário exercia as funções de singelo pacificador de lides interindividuais e o Ministério Público funcionava como mero parecerista nesses mesmos conflitos, porque tal espécie de litígio não compreende interesses de amplo alcance social. Todavia, com a incursão das duas instituições por novos campos de atuação que antes lhes eram infensos, aos quais foram levados pela própria sociedade civil, que passou a buscá-los por não mais ver seus interesses espelhados no sistema democrático-representativo, a indagação formulada por Robert Alexy lhes é em tudo pertinente.

Contudo, como reconhece o próprio Alexy, a compreensão do Tribunal Constitucional (aplicável, segundo ora se propõe, ao Poder Judiciário e ao Ministério Público) como representação do povo esbarra em dois óbices, que ele assim descreve:

Representação do povo parece, primeiro, necessariamente estar unido com eleições e, caso, segundo, fosse possível, porém, representação sem eleições, porque deveria esse tipo de representação ter

primazia diante de uma representação que se apoia em eleições?<sup>43</sup>

Como resposta a esses óbices, Robert Alexy considera que uma concepção adequada de democracia precisa abarcar a ideia de argumento, o que caracteriza uma democracia deliberativa e acaba por instituir a possibilidade de uma representação argumentativa. Nas palavras do autor:

A chave para a solução desse problema e, com isso, do problema geral da jurisdição constitucional é o conceito da representação argumentativa. Representação é uma relação de duas variáveis entre um *repraesentandum* e um *repraesentans*. No caso da adoção de leis parlamentar, a relação entre o *repraesentandum* - o povo - e o *repraesentans* - o parlamento - é determinada, essencialmente, por eleições. Agora, é possível esboçar uma imagem da democracia, que contém nada mais que um procedimento de decisão centrado nos conceitos de eleição e de regra da maioria. Isso seria um modelo puramente decisionista de democracia. Um conceito adequado de democracia, contudo, não se deve apoiar somente no conceito de decisão. Ele precisa também abarcar o de argumento. O abarcamento da argumentação no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio da tomada de decisão pública<sup>44</sup>.

Assim, a representação do povo por órgãos cujos integrantes por ele não foram eleitos, tal quais, além do Tribunal Constitucional (ao qual se refere Alexy), o Poder Judiciário e o Ministério Público (aos quais ora se pretende ampliar o alcance da concepção de Alexy), seria "puramente argumentativa", abarcando "o discurso como elemento ideal"<sup>45</sup>.

Ora, não se pode esquecer que o Poder Judiciário e o Ministério Público têm

---

<sup>43</sup>ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, p. 163.

<sup>44</sup>ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, p. 163.

<sup>45</sup>ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, p. 164.

a obrigação constitucional e legal de fundamentar, respectivamente, todas as suas decisões e manifestações, na forma do disposto no art. 93, IX, da Constituição da República, quanto ao Poder Judiciário, e no art. 129, VIII, parte final, e §4º, da Constituição da República, e art. 43, III, da Lei n. 8.625/93, quanto ao Ministério Público.

Dessa forma, é justamente por intermédio da adequada (racional, razoável, objetiva, inteligível ao cidadão comum) fundamentação de suas decisões e manifestações que o Poder Judiciário e o Ministério Público podem (e, aliás, devem, à vista dos preceitos constitucionais e legais referidos) expor seus argumentos e assim construir seu discurso.

Todavia, aponta Alexy, ainda referindo-se à jurisdição constitucional, algum crítico poderia objetar que a representação puramente argumentativa é uma quimera, em que "não existem nem limites nem controle"<sup>46</sup>, e que o constitucionalismo discursivo "termina em um lugar da ilusão, no qual tudo pode ser legitimado."<sup>47</sup>

Alexy rejeita tal objeção aduzindo, em suma, que o argumento e o discurso não admitem tudo e podem "ser distinguidos argumentos jurídico-constitucionais bons de ruins ou melhores de piores" e ser compatibilizados com o que o povo pensa<sup>48</sup>. Assim, segundo Alexy, "fundamentação racional e, com isso, objetividade é possível na argumentação jurídico-constitucional, e precisamente, em uma medida considerável"<sup>49</sup>.

Também quanto ao Poder Judiciário e ao Ministério Público essa inteligência é em tudo aplicável, pois a própria obrigação constitucional e legal de

---

<sup>46</sup>ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, p. 164.

<sup>47</sup>ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, p. 164.

<sup>48</sup>ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, p. 164.

<sup>49</sup>ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, p. 165.

fundamentar todas as decisões judiciais e manifestações ministeriais surge como óbice à aventada ausência de controle, destinando-se, ao revés, justamente a viabilizá-lo.

No que tange à compatibilidade da argumentação desses dois órgãos com as aspirações populares, como visto em ponto anterior deste estudo o próprio povo vem recorrendo a ambos como meio para viabilizar suas mais diversas pretensões, do que se pode inferir que considera legítimas sua atuação e suas razões.

Mas a representação argumentativa autêntica ainda tem outros requisitos, assim descritos por Alexy, também em tudo aplicáveis, pelas mesmas razões acima expostas, às decisões judiciais e manifestações ministeriais:

é necessário que o tribunal não só promova a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão; um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, aceitar esses argumentos como corretos. Somente pessoas racionais estão capacitadas para aceitar um argumento por causa de sua correção ou validade. Isso mostra que existem duas condições fundamentais de representação argumentativa autêntica: (1) a existência de argumentos válidos ou corretos e (2) a existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos. [...] Jurisdição constitucional somente então pode ser exitosa quando esses argumentos, que são alegados pelo tribunal constitucional, são válidos e quando membros, suficientemente muitos, da comunidade são capazes e dispostos de fazer uso de suas possibilidades racionais<sup>50</sup>.

E conclui:

Se essas condições estão cumpridas, a resposta à questão acima formulada, por que uma representação puramente argumentativa deve ter primazia diante de uma representação apoiada em eleições e reeleições,

---

<sup>50</sup>ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, p. 165.

não mais é difícil. O constitucionalismo discursivo, como um todo, é a tentativa da institucionalização de razão e correção. Se existem argumentos válidos ou corretos, do mesmo modo como pessoas racionais, então razão e correção serão institucionalizadas melhor com jurisdição constitucional que sem ela<sup>51</sup>.

Por fim, há que se referir de modo expreso que a representação argumentativa se apresenta como complemento da representação funcional, e assim reciprocamente, até porque o adequado exercício da função, seja jurisdicional ou ministerial, exige fundamentação razoável, na forma acima exposta, e que a proposta constante deste estudo, acerca da legitimidade de uma representação não fundada sobre o voto popular, seja ela funcional e/ou argumentativa, não pretende substituir ou superar a representação tradicional dos agentes políticos eleitos pelo povo, mas apenas criar, manter e se possível ampliar os canais de exercício da cidadania.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Assim, ao fim desse estudo, tem-se, em síntese, que:

- a) o exercício de poder estatal pelo parlamento e o executivo é legítimo porque ambos representam o povo, sendo seus integrantes escolhidos por eleição livre e igual e controlados por meio da sanção da não reeleição;
- b) a representação política, à qual caberia a tomada das decisões sobre interesses gerais da coletividade, está em crise, ante a incompatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pelas maiorias parlamentares e a concentração de poderes em excesso no Poder Executivo;
- c) não tem se mostrado exitosa a tomada, por atores econômicos privados, sejam nacionais ou transnacionais, de decisões acerca de questões com

---

<sup>51</sup>ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, p. 165.

implicações coletivas, como vem ocorrendo no panorama atual de globalização, ante a produção de exclusão social e crises econômicas;

d) surgem como alternativa a esses problemas a busca pelo Poder Judiciário e o Ministério Público, que sofreram mudança de perfil a partir da Constituição de 1988 e passaram a ter atuação mais proativa e voltada aos interesses coletivos;

e) tanto o Poder Judiciário quanto o Ministério Público não têm seus integrantes periodicamente eleitos pelo voto popular nem sujeitos à possibilidade de censura por intermédio da não recondução, não se constituindo em órgãos de representação política;

f) todavia, o Ministério Público e o Poder Judiciário tem representação funcional, decorrente da natureza das funções que exercem, emanadas da Constituição e das leis, mas com viés democrático e não corporativo, que é reforçado pela busca de diversos atores sociais por sua atuação, notadamente para a tutela de interesse difusos e coletivos e questões de natureza social;

g) o Ministério Público e o Poder Judiciário têm também representação argumentativa, conferida em doutrina originalmente apenas ao Tribunal Constitucional, que vincula representantes e representados não por meio de eleições, tal qual a representação democrática tradicional, mas pela adoção de argumentos racionais e objetivos que sejam aceitos como corretos por um número bastante de cidadãos;

h) a aplicação da representação argumentativa ao Ministério Público e ao Poder Judiciário dá-se porque ambos, tal qual o Tribunal Constitucional, não têm legitimação democrática direta advinda do povo por meio de eleições periódicas e têm a obrigação constitucional e legal de fundamentar suas decisões e manifestações, de forma adequada (racional, razoável, objetiva, inteligível ao cidadão comum), podendo assim expor seus argumentos e construir seu discurso;

i) as manifestações e decisões do Ministério Público e do Poder Judiciário, respectivamente, porque devidamente fundamentadas, viabilizam o controle popular da atuação de ambos os órgãos;

j) a representação argumentativa se apresenta como complemento da representação funcional, e assim reciprocamente, e ambas não pretendem substituir ou superar a representação tradicional dos agentes políticos eleitos pelo povo, mas apenas criar, manter e se possível ampliar os canais de exercício da cidadania.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. O processo jurisdicional como *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. Florianópolis: Conceito, 2011.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e Processo**: desafios políticos do sistema de justiça na cena contemporânea. Florianópolis: Conceito, 2016.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4ª ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. In Códigos Civil, Comercial, Processo Civil, Constituição Federal e legislação complementar. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRILLO, Vera de Araújo. Reflexões sobre a Teoria da Separação dos Poderes e a Hegemonia do Poder Executivo. In: **Revista Sequência**, nº 24. Florianópolis, 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Myrian de Fátima Correia de. **Judicialização e Representatividade:** a representação funcional na percepção dos representantes políticos da sociedade brasileira. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009.

MOTTA, Luiz Eduardo. Judicialização da Política e Representação Funcional no Brasil Contemporâneo: uma ameaça à soberania popular? **Revista Quaestio Juris**, vol. 05, nº 01, Rio de Janeiro, 2012.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Politização do Direito e Juridicização da Política. **Revista Sequência**, n. 32. Florianópolis, 1996.

RUEDIGER, Marco Aurelio; RICCIO, Vicente; MOTTA, Luiz Eduardo Pereira da. **A Representação Funcional como Instrumento de Efetivação de Direitos:** uma Herança da era Vargas. Estudo apresentado no 30º Encontro da ANPAD – Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, em setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/enanpad/2006/dwn/enanpad2006-apsa-2062.pdf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2017.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização.** Do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado.** 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck e outros. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. In VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A Democracia e os três poderes no Brasil, p. 384-385, apud ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia.**

## **ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA: NOTAS COMPARATIVAS ENTRE O ESTADOS UNIDOS E O BRASIL**

**José Alberto Oliveira de Paula Machado<sup>1</sup>**

**Rafael Além Mello Ferreira<sup>2</sup>**

**Ana Cláudia Miranda Lopes Assis<sup>3</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

Aprioristicamente, importa apresentar as razões, ainda que breves, da proposta do presente trabalho de comparar modelos de assistência jurídica gratuita. E para tanto o direito comparado é um imprescindível método de comparação entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes.

Conforme ressalta o jurista português Carlos Ferreira de Almeida<sup>4</sup>:

---

<sup>1</sup>Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora/MG; Pós-Graduado *latu sensu* em Direito Público pela Universidade Anhanguera-UNIDERP; Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento, pelo programa de Mestrado Interinstitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC/PR e Faculdade Católica de Rondônia (FCR);

<sup>2</sup>Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora-UFJF. Especialista em ciências criminais pela Universidade Federal de Juiz de Fora-UFJF Mestre em Direito e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM; Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e coordenador do curso de Direito (PUC-MG) e professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM)

<sup>3</sup>Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba - UNIUBE - MG. Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela Faculdade São Lucas. Especialista em Direito Civil pela ULBRA - Universidade Luterana do Brasil; Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento, pelo programa de Mestrado Interinstitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC/PR e Faculdade Católica de Rondônia (FCR)

<sup>4</sup>FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 1998.p.93

o estudo de direito comparado é uma ferramenta útil por várias razões: proporciona um melhor conhecimento do próprio sistema jurídico e de seus institutos, aprimora a interpretação das normas jurídicas, serve de referência para a construção de uma política legislativa melhor qualificada e potencializa a compreensão da cultura, dos valores e dos costumes de outros países.

O presente trabalho enfoca na importância do acesso à justiça como valor do Estado Democrático de Direito por tratar de um direito humano essencial para garantir a efetividade de toda e qualquer norma e como política pública de desenvolvimento e emancipação do homem. Entretanto o estudo cinge-se a análise comparativa de sistemáticas diversas de assistência jurídica gratuita que asseguram o acesso à justiça a população economicamente vulnerável.

Observamos que nos Estados Unidos predomina o model chamado "salaried staff model", ou seja, o modelo em que os advogados trabalham como assalariados, seja na figura do defensor público, seja na posição de advogado de entidades não estatais, a maioria deles sob regime de tempo contínuo, embora sejam poucas as entidades que congreguem numa mesma organização e estrutura a prestação de serviços na área criminal e na área cível. Aliás, em regra, no direito americano apenas é garantido assistência jurídica gratuita para causas criminais, havendo um considerável desmazelo estatal com as causas cíveis, o que fez emergir um sistema complexo com diferentes soluções para assistência jurídica dos necessitados.

Por seu turno, o Brasil adotou integralmente o modelo "salaried staff model" o qual cabe a instituição pública Defensoria Pública, com autonomia administrativa, funcional e financeira, a atribuição no território nacional de cumprir o mandamento constitucional de assistência jurídica aos necessitados.

Diante desse contexto, observamos que ambos sistemas seguem contextos históricos, econômicos, sociais e culturais diversos o que permitiu que cada país adotasse concepções diferentes quanto a importância do direito ao

acesso à justiça e sobre qual sistemática adotar para garantir assistência jurídica gratuita para a população pobre.

O presente ensaio adota o método dedutivo de abordagem, procurando partir de premissas gerais para chegar a uma conclusão específica sobre os modelos aqui confrontados. Serve-se, ademais, do método dialético, com o objetivo de buscar possíveis sínteses para as divergências levantadas. Quanto ao procedimento, utiliza os métodos histórico, comparativo e sociológico, fazendo uso da interpretação sistemática. O tipo de pesquisa é o bibliográfico, a partir de livros e artigos científicos.

## **1. ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO**

A história do Acesso à Justiça na modernidade se confunde com a evolução do Estado, que já foi detido na mão de uma única pessoa, no Estado absoluto e que passou um processo de reconhecimentos de direitos individuais e coletivos até a consagração dos valores democráticos, especialmente de cidadania.

Isso porque o acesso à justiça é condição fundamental para o exercício da cidadania. Essa condição fundamental de ser cidadão significa não só o pertencer à dada comunidade política, mas vai além: é, primeiro, um sinal de reconhecimento da humanidade em qualquer um.

Destarte, como expressão de todo e qualquer Estado Democrático o direito ao acesso à Justiça é o reconhecimento da dignidade humana do indivíduo na medida que é o pressuposto basilar para a tutela de todos os demais direitos.

Hannah Arendt aclara que o "direito fundamental de cada indivíduo, antes de qualquer dos direitos enumerados em declarações, é o direito a ter direitos, isto é, o direito de pertencer a uma comunidade disposta e capaz de garantir-

lhe qualquer direito. "<sup>5</sup>,

E como produto do movimento histórico dessa luta pela cidadania, o acesso à justiça tornou-se um direito humano fundamental, reconhecido em diversos tratados internacionais. A Declaração Americana dos Direitos do Homem de 1948 prevê no art. 18:

Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Igualmente prescreve a Declaração Universal dos Direitos Humanos de dezembro do mesmo ano:

Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Esse compromisso dos Estados com o respeito aos direitos fundamentais ratificou-se pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, com dispositivos consolidando esse compromisso assumido pelos Estados:

Art. 2º. 3. Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a : a.Garantir que todas as pessoas cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto forem violados disponham de recurso eficaz, mesmo no caso de a violação ter sido cometida por pessoas agindo no exercício das suas funções oficiais; b.Garantir que a competente autoridade judiciária, administrativa ou legislativa, ou qualquer outra autoridade competente, segundo a legislação do Estado,

---

<sup>5</sup>ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 332.

estatua sobre os direitos da pessoa que forma o recurso,  
e desenvolver as possibilidades de recurso jurisdicional;

Não diferente foi o compromisso assumido pelos Estados no âmbito interamericano. Estabelece a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose de 1969, em seu art. 8º que trata das garantias judiciais:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Esses compromissos constituem a consagração das sociedades contemporâneas na tentativa de assegurar a relação existente entre Justiça e cidadania promovendo a liberdade e a igualdade perante a lei e na lei e, já que toda e qualquer pessoa passaria a ter acesso aos Tribunais para recorrer de seus direitos.

Não bastaria mais a mera formalização de um direito em um ordenamento, seria necessário garantir também os meios de os assegurar. O sistema jurídico e igualitário que pretenda garantir, e não apenas formalizar os direitos de todos

E foi na obra na publicação da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na década de 70, denominada Acesso à Justiça que surgiu o marco doutrinário para a discussão da efetividade desse direito a reclamar direitos.

Assentam os autores que não significa simplesmente franquear o ingresso do indivíduo nas edificações que sediam a Jurisdição, mas sim conceder-lhe a consciência de seus direitos, mediante completa orientação jurídica que lhe possibilite até mesmo decidir entre utilizar, ou não, os instrumentos processuais que a legislação coloca à sua disposição. É a busca por tornar o sistema jurisdicional acessível à população, sobretudo de baixa renda,

propiciando a resolução de seus litígios sob os auspícios do Estado e buscando resultados justos.

O despertar para a efetividade desse acesso à Justiça e a busca por solução de seus problemas práticos fez surgir três enfoques.

Em um primeiro momento, denominado por Cappelletti e Garth de "primeira onda do acesso à justiça"<sup>6</sup>, fez-se necessário lutar pela assistência judiciária gratuita. Tal proposição se fundamenta no custo envolvido para a proposição de uma ação judicial (taxas, honorários de perícia, pagamento de advogado), o que afasta os pobres da procura de seus direitos, quer por ausência de condições iniciais de arcar com essa demanda, quer pela desproporcionalidade entre o benefício auferido e as custas demandadas.

A "segunda onda de acesso à justiça"<sup>7</sup>, identificada por Cappelletti e Garth foi a da proteção dos interesses metaindividuais, pela tutela dos direitos coletivos e difusos. Nessa linha, adotou-se instrumentos para garantir a defesa do meio-ambiente, dos consumidores, do patrimônio cultural, histórico e artístico, moralidade administrativa, entre outros.

Por fim, "a terceira onda de acesso à justiça"<sup>8</sup> foi denominada pelos autores de um novo enfoque de acesso à justiça, cuja atenção está centrada no "conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades

---

<sup>6</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 12.

<sup>7</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 18.

<sup>8</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 25.

modernas. <sup>9</sup>

O marco histórico do ordenamento jurídico brasileiro, sob o enfoque da preocupação com a assistência judiciária gratuita, foi a edição da Lei nº 1.060/50 que assegura isenção das despesas processuais ao necessitado, assim entendido como "todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família."<sup>6</sup> (A assistência judiciária será conferida mediante simples afirmação de que a parte não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou se sua família, conforme disposição do art. 4º da referida lei, com redação dada pela lei 7.510/86)

A Constituição de 1988, marco da redemocratização do país, alçou esse direito como direito fundamental, previsto no art. 5º, LXXIV: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. "

Contudo, a previsão de isenção de custas não resolveria efetivamente o problema do acesso ou da primeira onda, necessitando-se que profissionais habilitados patrocinassem de forma gratuita as causas àquelas pessoas que não poderiam pagar, não apenas as custas judiciais, mas também esses serviços de orientação jurídica e de capacidade postulatória.

## **2. MODELOS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA: PRIMEIRA ONDA**

A assistência jurídica para os pobres é instrumento de destacada importância para que se possa alcançar a efetiva igualdade jurídica entre os homens.

---

<sup>9</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 26.

No que concerne a problemática dessa primeira onda, imperioso é destacar que acesso à justiça não se confunde apenas com acessibilidade formal aos serviços judiciários, mas, constituindo direito de grande relevância que obriga o ente governamental a adotar medidas concretas que tornem efetiva a conscientização e, por conseguinte, a concretização dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos.

Com mais argúcia esclarece o autor Cichocki Neto<sup>10</sup>:

a expressão "acesso à justiça" engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enforca o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico; mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadão.

O poder judiciário é apenas um dos meios de reconhecer e efetivar direitos. Mas que verdadeiramente objetiva-se é a acessibilidade judicial e extrajudicial à uma ordem jurídica justa, alcançável a todos, notadamente, aos mais necessitados, gerando assim uma igualdade formal e material para toda população.

E essa acessibilidade para os menos afortunados somente é possível por uma criação de estrutura de assistência jurídica. Diferentes modelos têm sido adotados para esse desiderato, conforme assinala Cleber Francisco Alves<sup>11</sup>:

1) os sistemas que funcionam com advogados autônomos, os quais atuam sem receber contraprestação pecuniária dos cofres públicos, a título

---

<sup>10</sup>CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 46.

<sup>11</sup>ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 67.

pro bono, em regime assistencial-caritativo; 2) os sistemas que funcionam com advogados assalariados, que trabalham normalmente em regime de dedicação exclusiva, cuja remuneração provém direta ou indiretamente dos cofres públicos, também denominado de "Salaried Staff Model"; 3) os sistemas que funcionam com advogados autônomos, que atuam como profissionais liberais e que são remunerados na base do caso-acaso pelos cofres públicos, também denominado de "Judicare"; e 4) os sistemas mistos ou híbridos que adotam diversas modalidades de combinações possíveis entre os modelos básicos acima mencionados.

Cada um desses modelos de assistência jurídica a população de baixa renda possui seus pontos positivos e pontos negativos, conforme uma análise de abrangência, de economia e de efetiva transformação social.

O primeiro modelo possui como entrave a quantidade de demanda existente para uma pequena parcela de voluntários e a dificuldade de fazer arranjos sistematizados e planejados para melhor garantir acesso à ordem jurídica justa para a população carente. É um modelo para situações pontuais que precisa ainda contar com a disponibilidade de altruísmo alheio, sendo, portanto, inviável para repensar o acesso à justiça como um projeto de transformação social e direito de emancipação.

O segundo modelo, "Staff Model", tem como ponto positivo a possibilidade de fazer do acesso à justiça uma política pública sistematizada e abrangente de conscientização de direitos e de emancipação do cidadão de baixa renda. Logo, sua estrutura permite alcançar mais resultados para uma efetiva transformação social do indivíduo e da coletividade. Possui a desvantagem de ser mais um custo para o *welfare state*. E, ainda, pode haver uma incongruência entre o fato de o órgão instituído para esse desiderato ser financiado pelo governo ao mesmo tempo em que combate várias das políticas estatais.

A ideia do terceiro modelo chamado de "sistema judicare" é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem

pagar um advogado. Porém esse método é que ele se volta para a defesa eminentemente individual do assistido, desconsiderando a importância do enfoque nos direitos coletivos. Além disso, não há a preocupação com a formação de uma consciência dos direitos cabíveis às pessoas. As pessoas que, em regra, mais possuem seus direitos violados, passam a ser também as mais prejudicadas por sequer saber identificá-los. É um modelo que exclui os grupos de baixa renda mais vulneráveis.

O quarto modelo parte da proposta de estabelecer um vínculo entre os três primeiros três modelos em uma tentativa integrar iniciativas de assistência jurídica da iniciativa pública e privada de forma conciliar seus pontos positivos.

Após essa exposição, passa-se ao estudo de direito comparado sobre as estruturas de assistência jurídica no Estados Unidos e no Brasil.

## **2.1. Assistência Jurídica Norte-Americana: Gideon V. Wainwright**

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963), é um caso histórico na história da Suprema Corte dos Estados Unidos. Nela, a Suprema Corte decidiu por unanimidade que os Estados são obrigados, de acordo com a Sexta Emenda<sup>12</sup> à Constituição dos EUA, a fornecer assessoria em casos criminais para representar os réus que não têm condições de pagar seus próprios advogados, conforme sublinha o autor Cirilo Vargas<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Tradução livre: Emenda VI: Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado

<sup>13</sup>VARGAS, Cirilo Augusto. **Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos: 50 anos após Gideon v. Wainwright**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n.

Clarence Earl Gideon foi acusado de cometer furto. Como não tinha condições de pagar um advogado, apareceu sem assistência técnica no Tribunal da Flórida o qual recusou a nomear um advogado e o condenou a cumprir cinco anos na prisão estadual.

Na Florida State Prison , fazendo uso da biblioteca da prisão e da escrita a lápis em papel timbrado da prisão, Gideon apelou para a Suprema Corte dos Estados Unidos em uma ação contra o Secretário do Departamento de Correções da Flórida. A decisão da Suprema Corte foi anunciada em 18 de março de 1963 e proferida pelo juiz Hugo Black. A denúncia foi anunciada de forma unânime em favor Gideon.

Nesse novo século já se depreende várias mudanças em relação aquela perspectiva jurídica predecessora ao caso Gideon v. Wainwright de 1963. Embora as características do sistema político federativo norte-americano, aliadas à ampla diversidade no contexto histórico e social dos diversos Estados, resultem no surgimento de uma enorme variedade de estruturas e organismos voltados para a prestação dos serviços de assistência jurídica aos necessitados, pode-se afirmar grosso modo, que hoje prevalece um determinado modelo organizacional mais ou menos comum, tanto no campo da Justiça criminal quanto no campo da Justiça cível.

Trata-se do chamado "staff model", ou seja, o modelo em que os advogados trabalham como assalariados, a maioria deles sob regime de tempo contínuo, embora sejam poucas as entidades que congreguem numa mesma organização e estrutura a prestação de serviços na área criminal e na área cível.

Como explica o autor Cleber Alves ao relatar sua experiência vivenciada nos Estados Unidos:

---

4570, 5 jan. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45601>>. Acesso em 08 de abril de 2017.

Essa separação decorre principalmente do fato de que, nos serviços de defesa criminal no âmbito dos Estados, e sobretudo no âmbito federal, os programas de assistência jurídica são quase que integralmente financiados por recursos governamentais e são prestados por Defensores Públicos, os quais são vinculados, em sua maioria, a organismos criados e mantidos pelo próprio Poder Público normalmente denominados "Public Defender Office. Já os serviços de assistência jurídica no campo cível normalmente são prestados por advogados vinculados a organismos criados por iniciativa privada, que contam com financiamento não apenas proveniente dos cofres públicos, mas também de uma série de outras entidades e colaboradores da sociedade civil;<sup>14</sup>

Digno é que a base normativa da assistência jurídica gratuita dos Estados Unidos remonta os anos de 1964, quando o Congresso Americano promulgou o chamado Criminal Justice Act ou "CJA", para criar um sistema nacional de nomeação e pagamento de advogados para representar réus carentes em processos criminais.

Em 1970 o "CJA" foi alterado para permitir a criação de entidades ou organizações (Offices) incumbidas de prover assistência jurídica gratuita de pessoas financeiramente inaptas para contratar advogado que patrocine sua defesa em processo criminal.

Nos Estados Unidos a assistência jurídica gratuita no âmbito federal é prestada por entidades públicas e privadas e por profissionais liberais. Em resumo, temos o seguinte:

- 1) Organizações de Defensores Públicos Federais (Federal Public Defenders Organizations ou FDO's): entidades públicas, com equipes compostas por servidores federais. O Defensor Público Federal Chefe é nomeado pela Corte de Apelação da respectiva circunscrição judiciária, para um mandato de quatro anos. A ele compete o exercício da atividade

---

<sup>14</sup>ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 79.

administrativa e o recrutamento de Defensores Públicos Federais. A elaboração da proposta de orçamento para as FDO's é responsabilidade do Judiciário Federal;

2) Organizações Comunitárias de Defensores Públicos (Community Defender Organizations ou CDO's): são entidades privadas de assistência jurídica, sem fins lucrativos, cujos membros são advogados privados que atuam em regime de dedicação exclusiva. Também desempenham suas atividades jurídicas mediante repasse de verba do Judiciário Federal e operam sob a supervisão de um Conselho de Diretores, que escolhe o Diretor Executivo da Organização, dotado de atribuições idênticas às do Defensor Público Federal Chefe e com mandato por tempo indeterminado;

3) Advogados cadastrados no "painel do CJA": são advogados privados que atuam em caráter subsidiário, prestando assistência jurídica gratuita de forma não exclusiva. Indicados pela Corte Federal de cada Estado a partir de um cadastro prévio, atuam em circunstâncias e casos pontuais, sendo também remunerados pelo Judiciário Federal. Cada Corte Distrital dos EUA possui autonomia para estabelecer critérios específicos para recrutamento destes profissionais.<sup>15</sup>

O modelo da entidade prestadora de assistência jurídica em cada Estado é atribuído à Corte de Apelação de cada Circunscrição do Judiciário que cabe decidir se, naquela esfera de competência do Tribunal Federal, será estruturada uma Organização de Defensores Públicos Federais (FDO) ou uma Organização Comunitária de Defensores Públicos (CDO). Em todo caso mantem-se um número mínimo de casos direcionados para os advogados cadastrados no 'painel do CJA'.

Digno de nota é que o ingresso de Defensores Públicos para a atividade de assistência jurídica não é realizado mediante concurso público, até porque esse tipo de certame não é uma forma de recrutamento típica do serviço

---

<sup>15</sup>VARGAS, Cirilo Augusto. **Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos: 50 anos após Gideon v. Wainwright**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4570, 5 jan. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45601>>. Acesso em 08 de abril de 2017.

público norte-americano.

Na Defensoria o que acontece é a análise pelo Defensor Público Federal Chefe ou pelo Diretor Executivo, da formação profissional e da aptidão dos interessados.

Consigna-se no campo da Justiça criminal, especialmente nas áreas com maior densidade demográfica, predomina o modelo de Defensorias Públicas sendo algumas estruturadas e mantidas pelos governos estaduais, e outras por governos locais. Enquanto isso, nas áreas rurais ou áreas de menor concentração populacional, predomina o modelo de designação de advogados privados, nomeados na base do caso concreto e remunerados por horas de trabalho ou de acordo com tabelas pré-fixadas para cada tipo de demanda.

Diversa é a estrutura da assistência jurídica americana na área cível. A Suprema Corte interpreta que a sexta ementa tem aplicação apenas para casos criminais e, portanto, não assegura o direito à defesa técnica em casos cíveis, conforme o precedente formado em *Turner v. Rogers*, de 2011.

Ante esse espaço criado pela não atuação da Defensoria Pública, a assistência jurídica gratuita em casos cíveis é basicamente prestada por entidades sem fins lucrativos, de natureza privada ou pública. Nesta última hipótese, o exercício da atividade fica a cargo da Legal Services Corporation (LSC), entidade criada no ano de 1974 pelo Congresso Nacional e que financia a prestação desse serviço.

Em decorrência das oscilações dos financiamentos públicos e com a omissão estatal, as organizações da sociedade civil passaram a ter papel categórico na formatação do modelo de assistência jurídica em causas cíveis. Com a criatividade dos integrantes da comunidade jurídica, emergiu-se um complexo e diversificado arranjo de sistemas de assistência jurídica cível para as pessoas pobres, composto por inúmeras espécies de entidades sem fins lucrativos, de natureza privada ou pública, financiadas ou não, encarregadas

da prestação desse serviço, incluindo, Faculdades de Direito e advocacia *pro bono* incentivada.

Com a razão a reflexão do autor Cleber Alves quanto ao sistema de assistência jurídica vigente para causas cíveis:

Por isso, embora o governo invista, por ano, mais de 900 milhões de dólares para financiar os diversos programas de assistência jurídica na área cível existentes pelo país afora, na medida em que não se reconhece ao cidadão desfavorecido economicamente o 'direito' de exigir que o poder público lhe assegure a assistência técnica de um advogado para patrocinar seus interesses em Juízo, todo esse sistema não deixa de se caracterizar por uma dimensão mais de cunho caritativo do que propriamente jurídico.<sup>16</sup>

Diferentemente do Brasil, esclarece-se que a decisão a respeito de quem pode ser beneficiário da assistência jurídica gratuita não cabe à Defensoria Pública, mas sim ao magistrado. Pontua juiz federal que preside a audiência inicial é quem decide sobre a vulnerabilidade econômica a partir de uma declaração financeira básica, que expõe receitas, dívidas e despesas do interessado com seus dependentes. Não há diretriz acerca de um valor específico para constatação da carência.

Por fim, importa ressaltar que "nos Estados Unidos, em regra, não existe restrição à capacidade postulatória do cidadão perante os diversos tribunais e cortes de Justiça"<sup>17</sup>. O jurisdicionado que não possua recursos financeiros para contratar um advogado para patrocinar seus interesses em Juízo, seja como autor ou como réu, pode litigar em causa própria.

---

<sup>16</sup>ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 93.

<sup>17</sup>ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p.57

## **2.2. Assistência Jurídica no Brasil: Defensoria Pública**

A Constituição Federal de 1988 encampa a necessidade de o Estado se incumbir de prestar assistência jurídica (judicial e extrajudicial), aos que comprovarem insuficiência de recursos, elencando-a como direito fundamental (art. 5º, LXXIV) e criando a Defensoria Pública, "Salaried Staff Model", como instituição essencial:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional,

aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

Com muito festejo o ex-Subprocurador Geral da República, Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>18</sup>, afirmou:

A solução mais desejável e eficaz para o atingimento do propósito de conferir ajuda legal aos oprimidos aponta por certo na direção da institucionalização de órgão estatal funcionalmente especializado nesse mister de inexcedível relevância social, a ser organizado em carreira, revestido da indispensável independência e autonomia técnica, além das outras garantias que são próprias da Magistratura e do Ministério Público. É de fácil compreensão o imperativo de que os agentes políticos representantes da Defensoria Pública mereçam semelhante tratamento constitucional àquele deferido aos julgadores e aos fiscais da lei. É que ao Defensor Público, além dos ordinários misteres voltados para a concreção da ordem jurídica de forma consentânea com os princípios da legalidade e da moralidade públicas, que constitui dever comum a todo exercente de função própria ou essencial à Justiça, compete assumir, por força de definição e finalidade exclusiva de sua instituição o permanente enfrentamento dos poderosos ou dos economicamente melhor dotados. Só o Defensor Público tem diante de si, como carma funcional, o desempenho diuturno do nobilitante apostolado público de defender os direitos dos debilitados e marginalizados numa sociedade que, longe de haver abolido o privilégio da fortuna, concentra a riqueza e dissemina as angústias e horrores da miséria.

Observe que com a emenda constitucional n.80/2014, a Defensoria alçou um novo perfil constitucional, o qual projetou a instituição para um patamar normativo inédito, trazendo, além da já citada obrigação do Poder Público de universalizar o acesso à Justiça, as seguintes inovações: 1) garantir a existência de defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais no prazo máximo de oito anos; 2) inserção da Defensoria Pública em seção

---

<sup>18</sup>SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. **"A Constituição e a Defensoria Pública"**. In: Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Ano 5, n<sup>o</sup> 6, 1992, p. 16-17.

exclusiva no rol das funções essenciais à Justiça, separada, agora, da advocacia; 3) tornou-se instituição permanente; 4) explicitação ampla do conceito e da missão da Defensoria Pública; 5) inclusão dos princípios institucionais da Defensoria Pública no texto constitucional; e 6) aplicação de parte do regramento jurídico do Poder Judiciário, no que couber, à Defensoria Pública, principalmente a iniciativa de lei.

As regras gerais para a organização das Defensorias Públicas foram estabelecidas pela Lei Complementar 80 de 1994 que também criou a Defensoria Pública Federal e estabeleceu a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional como princípios institucionais.

Cabe aos Defensores Públicos da União exercer, nos termos do art. 14 da referida Lei Complementar, suas atribuições nos Estados e Distrito Federal junto: aos órgãos da Justiça Federal comum; Justiça do Trabalho; Justiça Eleitoral; Justiça Militar da União, Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar) e nas instâncias administrativas da União (Tribunal de Contas da União, Tribunal Marítimo, Instituto Nacional da Seguridade Social, processos administrativos disciplinares etc.), respeitando a categoria de cada Defensor (três categorias: segunda categoria – 1 instância; primeira categoria – 2 instância e categoria especial – tribunais superiores). Os Defensores Públicos estaduais atuam em toda a Justiça Estadual que possui competência residual. Diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, não há diferenciação na atuação entre causas cíveis e criminais.

A carreira de Defensor Público é estruturada em entrâncias e jurisdições e é composta pelos cargos de provimento efetivo, munidos, na classe inicial, por concurso público de provas e títulos, tal qual como ocorre nos concursos da magistratura, conforme depreende do art.134, §4, da Constituição Federal. Compete a esses profissionais, por imposição legal, igual tratamento empregado aos Magistrados, membros do Ministério Público e aos advogados,

inexistindo entre estes, qualquer relação de hierarquia ou subordinação.

Para melhor cumprir seu mister, os defensores públicos gozam de certas prerrogativas, garantias e proibições. A prerrogativa da contagem em dobro de todos os prazos, tem por objetivo propiciar uma isonomia substancial, material e real entre as partes envolvidas na lide, tratando assim, os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida em que essa desigualdade se apresenta.

No tocante à prerrogativa de intimação pessoal, até mesmo em processos administrativos, observamos que esta deriva da necessidade do Defensor Público de melhor exercer sua missão constitucional em favor do assistido vulnerável.

Quanto à prerrogativa da desnecessidade de mandato, esta decorre do fato de que a natureza jurídica da representação do assistido em juízo emana de lei e investidura no cargo.

O artigo 134 da Constituição Federal aponta que ao defensor público é assegurado a garantia da inamovibilidade e a Lei Complementar nº. 80/94, por seu turno, em seus artigos 34, 43 e 127, adiciona as garantias da independência funcional no desempenho de suas atribuições, da irredutibilidade de seus vencimentos e da estabilidade.

Por fim, o art.134, §1, da Constituição Federal veda qualquer exercício de advocacia, exigindo dedicação exclusiva para com sua missão constitucional de orientação jurídica, promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

### *2.2.1. Autonomia e Abrangência da Defensoria Pública no Brasil*

A autonomia das Defensorias Públicas brasileiras foi conquistada passo a

passo, sob inúmeras dificuldades, ao longo de toda a trajetória dessa instituição. O texto original da Constituição Federal de 1988 resguardou autonomia somente ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, restando as Defensorias subordinadas às estruturas executivas do Estado. Essa estruturação limita o investimento necessário ao desenvolvimento e ao aprimoramento dos serviços prestados pela Defensoria Pública.

As emendas constitucionais nº 45/2004 e nº 74/2013 estabeleceram a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, em relação às Defensorias Públicas Estaduais e a Defensoria Pública da União, respectivamente.

Esse novo desenho institucional inaugurou um novo panorama em que assegurou a Defensoria Pública sua capacidade institucional de autogestão, estando apenas vinculada ao cumprimento da Constituição e das leis, mas desobrigada a cumprir ordens ou recomendações de outros órgãos ou Poderes, conforme tem balizado o Supremo Tribunal Federal:

É inconstitucional toda norma que, impondo a Defensoria Pública estadual, para prestação de serviço jurídico integral e gratuito aos necessitados, a obrigatoriedade de assinatura de convênio exclusivo com a OAB, ou com qualquer outra entidade, viola, por conseguinte, a autonomia funcional, administrativa e financeira daquele órgão público.<sup>19</sup>

A EC 45/2004 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º): donde ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado. A norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da CF pela EC 45/2004 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a

---

<sup>19</sup>ADI 4.163, rel. min. Cezar Peluso, j. 29-2-2012, P, DJE de 1º-3-2013.

Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos.<sup>20</sup>

Nos termos do art. 134, § 2º, da CF, não é dado ao chefe do Poder Executivo estadual, de forma unilateral, reduzir a proposta orçamentária da Defensoria Pública quando essa é compatível com a LDO. Caberia ao governador do Estado incorporar ao PLOA a proposta nos exatos termos definidos pela Defensoria, podendo, contudo, pleitear à Assembleia Legislativa a redução pretendida, visto ser o Poder Legislativo a seara adequada para o debate de possíveis alterações no PLOA. A inserção da Defensoria Pública em capítulo destinado à proposta orçamentária do Poder Executivo, juntamente com as Secretarias de Estado, constitui desrespeito à autonomia administrativa da instituição, além de ingerência indevida no estabelecimento de sua programação administrativa e financeira.<sup>21</sup>

Extraí-se que a autonomia administrativa, funcional e financeira configura instrumento válido e fundamental para a consecução do projeto constitucional, ou melhor, para a garantia da liberdade de atuação defensores públicos, impedindo a relativização da proteção dos direitos dos assistidos por evitar ingerências e interesses governamentais externos.

Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva pontuam de forma lapidar essa opção constitucional:

constata-se que a Constituição Federal, ao organizar os Poderes Estatais, não se limitou às descentralizações tradicionais decorrentes da tripartição dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), sendo instituído um quarto complexo orgânico que, embora não possa ser definido como um quarto Poder, recebeu a seu cargo o exercício de uma quarta função política, ao lado da

---

<sup>20</sup>ADI 3.569, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 2-4-2007, P, DJ de 11-5-2007..

<sup>21</sup>ADPF 307 MC-REF, rel. min. Dias Toffoli, j. 19-12-2013, P, DJE de 27-3-2014

função legislativa, da executiva e da jurisdicional: a  
função de provedoria de justiça.<sup>22</sup>

Deve-se notar que o modelo brasileiro não impede a prestação de assistência voluntária *pro bono*, por razões de humanidade. O que resta impedido é utilização de verbas públicas para o custeio de outro sistema, contrariando o preceito constitucional que atribuiu a um órgão específico, a Defensoria Pública, essa função.

A emenda constitucional nº 80 de 2014, acrescentou a previsão no art.98 no ato das disposições transitórias que no prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, devendo a lotação seguir as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Em relação a esse cumprimento, o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, realizado pelo Ministério da Justiça em 2015<sup>23</sup>, indica que com exceção de unidades federativas como o Rio de Janeiro (com 100% de atendimento) e o Acre (com 95% de atendimento), as unidades federativas brasileiras ainda precisam avançar sistematicamente em seus esforços de atendimento completo à EC nº 80/2014. Casos como o de São Paulo (apenas 3% de unidades jurisdicionais atendidas), da Bahia (3%), Rio Grande do Norte (3%) e do Paraná (4%) são sensíveis.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito do acesso à justiça supera uma garantia constitucional, sendo

---

<sup>22</sup>Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. **A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça**, Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, 1995, ano VI, n. 7, p. 22.

<sup>23</sup>Ministério da Justiça- **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil** <<https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>> Acesso em 08 de abril de 2017.

elevado a uma prerrogativa de Direitos Humanos, revelando tamanha sua importância como um desafio de transformação das estruturas sociais e políticas construídas na modernidade. Como bem afirmam os pesquisadores Mauro Cappelletti e Briant Garth, "é o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos."<sup>24</sup>

A expressão "acesso à justiça" tem uma difícil definição em razão da ampla abrangência, pois compreende todos os meios a que se destina a um fim, a saber: a reivindicação dos direitos dos cidadãos, orientação jurídica, educação de direitos e a solução dos litígios dos indivíduos, por meio de um sistema que deve proporcionar e produzir a todos resultados e soluções justas.

Um dos desafios do acesso à justiça é o que denomina a "primeira onda" termo cunhado por Mauro Cappelletti e Briant Garth para se referir a necessidade de estruturas de assistência jurídica para a população pobre, sob pena violar o princípio da igualdade e igualmente não cumprir o direito humano ao acesso à justiça.

E mais do que a distinção terminológica, o imperioso é que a assistência jurídica se torne efetiva e desempenhe a nobre função de humanizar o acesso à ordem jurídica, deixando o diminuto papel de mera assistência judiciária. Não se trata, aqui, da garantia meramente formal do direito de ação, mas sim, do acesso efetivo e pleno à Justiça, à ordem jurídica, da possibilidade do ser humano conviver em uma sociedade onde o direito é realizado de forma concreta. Em outras palavras, assistência jurídica entende-se como acesso à justiça, acesso ao direito e não acesso ao Judiciário.

Realizando o estudo de direito comparado entre o modelo de assistência

---

<sup>24</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 12.

jurídica gratuito brasileiro e o modelo de assistência norte-americano é possível alinhar traços característicos de cada qual, fazendo um cotejo das virtudes e as deficiências dos sistemas, observando os desenhos de preferência conforme os valores históricos, econômicos, sociais e culturais construídos ao longo do tempo em cada país.

Quanto ao modelo norte-americano, observamos que embora predomine o sistema "staff model", difícil se torna definir uma visão unitária e sistematizada de assistência jurídica em todo o território geográfico, mormente ante a ausência de respaldo constitucional

Verifica-se que as atuações nas causas criminais possuem mais organicidade e homogeneidade já que a sua obrigatoriedade parte da interpretação da Suprema Corte quanto sexta emenda constitucional. E essa atuação contam ampla participação da classe dos defensores públicos que ingressam por formação profissional e aptidão para a carreira, sem muitas garantias, prerrogativas e autonomia.

Diferente é o modelo de atuação na área cível que traduz uma complexa e volátil rede formada pela sociedade civil que inclui entidades públicas e privadas financiadas, entidades sem lucrativos, advocacia *pro bono*, que são mais vulneráveis decorrente das oscilações das prioridades políticas de cada governo e não atendem todas as demandas cíveis da população pobre.

Como bem o observa o estudioso Cleber Alves: "há uma atitude de certo modo conformista, na vertente cível do sistema; isto decorre, como já dito, do fato de que não se reconhece a prerrogativa de assistência judiciária e o patrocínio por advogado como um direito fundamental a ser assegurado pelo Estado; não sendo obrigação, mas sim uma espécie de favor."<sup>25</sup>

O sistema de assistência jurídica nos Estados Unidos, portanto, é realizado

---

<sup>25</sup>ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 392.

de forma descentralizada permitindo soluções alternativas de atendimento gratuito, além de assegurar autonomia ao cidadão com o direito de escolha. Mas essa multiplicidade organizacional pode acarretar grande variação nos padrões de qualidade da prestação dos serviços.

Porém, a principal deficiência desse modelo é que ele está voltado mais para a assistência judiciária, como defesa processual e direito de ação e não como assistência jurídica em sua plenitude como instrumento de transformação social e emancipação humana.

No Brasil foi opção do constituinte criar a Defensoria Pública como prestadora do serviço de assistência judiciária obrigatoriamente gratuita expressando a escolha nacional por um modelo uniforme e indivisível de acesso à justiça Salaried Staff. Logo, não apresenta as dicotomias do sistema norte-americano.

Nesses moldes, a Defensoria Pública é um organismo estatal especializado com um corpo de Defensores Públicos que seguem regras próprias de seleção, remuneração e atuação em todo território nacional, não obstante haver considerável déficit de membros em vários rincões do país pela carência orçamentaria e pouco investimento na área.

A Defensoria Pública, após as Emendas Constitucionais de números 45/2004, 69/2012, 74/2013 e 80/2014 passou a ser instituição permanente e com função essencial à justiça, dotada de autonomia funcional e administrativa, situando-se fora da tripartição tradicional de poderes. Assim sendo, é certo que a Defensoria Pública, ao lado do Ministério Público, não está incluída dentro das tradicionais estruturas de poder, seja do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário o que permite cumprir sua missão constitucional sem intervenções e interesses externos.

O modelo brasileiro permite que a assistência jurídica seja sistematizada não apenas em assistência judiciária, mas além do âmbito processual, abarcando

também ações extrajudiciais, orientação, conciliação ou mediação e educação de direitos com dimensão coletiva e não meramente individual.

À propósito, conhecida é a lição de Cappelletti e Garth<sup>26</sup>:

as vantagens dessa sistemática (o staff model) sobre o *judicare* são óbvias. Ela ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres. Ademais, ela pode apoiar os interesses difusos ou de classes das pessoas pobres. Esses escritórios, que reúnem advogados numa equipe, podem assegurar-se as vantagens dos litigantes organizacionais, adquirindo conhecimento e experiência dos problemas típicos dos pobres. Advogados particulares, encarregados apenas de atender a indivíduos, geralmente não são capazes de assegurar essas vantagens. Em suma [...] esse modelo norte-americano: 1) vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos e 2) cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe.

De uma forma lapidar e assertiva conclui Cleber Alves quando compara o plano normativo-jurídico entre Estados Unidos e Brasil quando assistência jurídica ao pobre:

Os Estados Unidos, embora sejam considerados paradigma de estabilidade em suas instituições democráticas e apesar de toda a pujança no campo econômico, tecnológico e científico, ainda se encontram num estágio relativamente precário no que se refere à universalização da garantia de igualdade efetiva no acesso de seus cidadãos à Justiça, especificamente daqueles que se situam nos estratos sociais inferiores, e por isso estão à margem do processo de produção-

---

<sup>26</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 40.

consumo que caracterizam o chamado american way of  
life<sup>27</sup>

Em linhas gerais, o modelo brasileiro ainda que deficitário e sujeito a críticas, favorece mais a implementação de uma política mais diretiva as causas sociais dos conflitos e aquelas à margem de qualquer acesso ao conhecimento do direito, o que vai ao encontro do conceito mais alargado de acesso à justiça que permeia todo este estudo, o que inclui função de orientação e educação em direitos, ampliando, ainda, a liberdade do cidadão, sua emancipação e o desenvolvimento social.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p.67

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 332.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 26.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 46.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 93.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA- **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no**

---

<sup>27</sup> ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 72.

**Brasil** <[https:// www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf)> Acesso em 08 de abril de 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça**, Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, 1995, ano VI, n.7, pág. 22

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. **"A Constituição e a Defensoria Pública"**. In: Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Ano 5, n º 6, 1992. pp. 16-17.

VARGAS, Cirilo Augusto. **Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos: 50 anos após Gideon v. Wainwright**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4570, 5 jan. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45601>>. Acesso em: 8 abr. 2017

## **DEMOCRACIA E EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS**

**Fernando de Castro Faria<sup>1</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

Na atual quadra mundial, cada vez mais é importante ressaltar a vinculação existente entre as liberdades políticas, a igualdade e o respeito aos direitos humanos; nenhum deles existe sem o apoio dos demais.

Para tanto, em breves palavras, anota-se uma noção de democracia, em seu aspecto substancial. Alguns índices utilizados para a aferição do nível de desenvolvimento das nações no quesito de democracia também são exibidos, como forma de demonstrar que as nações mais democráticas são também as mais desenvolvidas, o que envolve o respeito às liberdades políticas e baixa desigualdade social.

O estudo dos direitos humanos é tema do capítulo seguinte, com abordagens históricas e a respeito dos principais documentos internacionais que tratam do tema.

Por fim, aborda-se o ponto principal do presente e breve estudo: a necessidade de se difundir a educação para os direitos humanos, conforme preveem o Programa Mundial e o Plano Nacional, a fim de que haja respeito à pluralidade de ideias, à multiculturalidade, à diferença e à democracia como regime político essencial aos direitos humanos.

---

<sup>1</sup>Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Itajaí, Santa Catarina, Brasil). Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Itajaí, Santa Catarina, Brasil) e Università degli Studi di Perugia (Perugia, Umbria, Itália), Juiz de Direito (Santa Catarina, Brasil). E-mail: fernandodecastrofarria@gmail.com

A escalada civilizatória da humanidade, pois, não pode retroceder; é um caminhar sempre adiante, em que pesem os problemas enfrentados (flagelo das guerras, ditaduras, questões ambientais, discriminação, migração etc).

Nesse sentido, o trabalho é diuturno e depende não só da disposição dos Estados, mas de cada ser humano na luta por dias melhores em prol da exclusão da dor ou de sua diminuição.<sup>2</sup>

## **1. A DEMOCRACIA NOS TEMPOS ATUAIS**

Em razão da limitação do presente estudo, não será possível o resgate histórico do processo de desenvolvimento da democracia ao longo dos séculos. Importa, por ora, anotar, com Luigi Ferrajoli, que a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais, ao impor obrigações e proibições aos poderes públicos, acrescentou à dimensão política da democracia uma vertente substancial. Segundo esta, mesmo a maioria está vinculada ao "quê" pode ou não pode ser decidido, levando-se em conta o respeito aos direitos fundamentais e outros princípios axiológicos estabelecidos, vinculando a legislação, sob pena de invalidez.<sup>3</sup>

A quadra atual, contudo, demonstra a importância de sua discussão e prática permanentes, bem como do fortalecimento de suas bases teóricas, a fim de que seja preservada de toda a tentação e prática arbitrárias que possam colocá-la em risco.

Neste sentido, merecem destaque os dados fornecidos pela organização independente *Freedom House* a respeito da liberdade da população mundial, considerados os regimes políticos sob os quais vivem. Ao dividir o planeta em

---

<sup>2</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 123.

<sup>3</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 32-33.

nações livres, parcialmente livres e não livres, o instituto divulgou que, em 2016, apenas 40% da população mundial vive em países livres. Outros 24% em países parcialmente livres e 36% em nações não livres, estas últimas concentradas em maior grau na Ásia, Oriente Médio e África.<sup>4</sup>

Para referida organização, os países são classificados como livres quando sua pontuação no *ranking* democrático atinge de 1,0 a 2,5 (sendo 1,0 o maior nível), parcialmente livre entre 3,0 a 5,0 e não livres com 5,5 a 7,0 pontos (7,0 representa a pior avaliação).

Os critérios que definem a classificação são muitos, sendo mais importantes aqueles que verificam a presença dos direitos políticos e as liberdades civis em cada uma das nações.<sup>5</sup>

A propósito, o Brasil, segundo a tabela da *Freedom House*, é considerado um país livre, com 2 (dois) pontos no quesito direitos políticos e 2 (dois) pontos em liberdades civis.

Por sua vez, o instituto *Democracy Ranking Association* leva em consideração para a medição do que denomina a "Qualidade da Democracia" um quesito que representa 50% da pontuação final, que trata de liberdade e outras características do sistema político, e um outro quesito subdividido em cinco, os quais versam sobre questões de gênero, economia, conhecimento, saúde e desenvolvimento. Cada item abarca 10% de peso, somando, assim, os 50% restantes.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup>FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2016.** Disponível em <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2016>. Acesso em 24.10.2016.

<sup>5</sup>FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2016.** Disponível em <https://freedomhouse.org/report/freedom-world-2016/methodology>. Acesso em 24.10.2016.

<sup>6</sup>DEMOCRACY RANKING ASSOCIATION. **The Democracy Ranking relies on the following conceptual formula for quality of democracy.** Disponível em <http://democracyranking.org/wordpress/theoretical-basis/>. Acesso em 24.10.2016.

De forma semelhante à organização *Freedom House*, o instituto *Democracy Ranking* também identifica alguns países da Ásia e África como menos democráticos. O Brasil, segundo dados divulgados em 2015, ocupa a 43ª posição no ranking de qualidade da democracia, sendo classificado como país de elevado nível no quesito. A classificação é feita em cinco graus, que varia de "muito baixo" a "muito alto".<sup>7</sup>

Outros institutos e organismos tratam do tema no mundo. De acordo com Juan Jesús Mora Molina, há dois novos instrumentos de medição, a fim de se conferir, com o maior grau possível, a qualidade da democracia em cada um deles: a) *Democracy Barometer*; b) *IDEA Internacional*. O primeiro deles é utilizado apenas em países já democráticos e é composto por cem variáveis baseadas em três princípios gerais: liberdade, igualdade e controle. Já o segundo, aplicado não somente em países considerados democráticos, possui uma particularidade, que consiste no fato de não ser estabelecida uma hierarquia entre as nações pesquisadas. É formado por princípios fundamentais para a democracia (controle popular e igualdade), dentre outros que se relacionam com os primeiros, tais como participação, representação e transparência.<sup>8</sup>

Também no mesmo sentido, Norberto Bobbio afirma que uma das características da democracia é a publicidade dos atos de governo, pois apenas "quando o ato é público os cidadãos estão em condição de julgá-lo e portanto de exercer diante dele uma das prerrogativas fundamentais do

---

<sup>7</sup>DEMOCRACY RANKING ASSOCIATION. **The Democracy Ranking relies on the following conceptual formula for quality of democracy.** Disponível em <http://democracyranking.org/wordpress/rank/democracy-ranking-2015/>. Acesso em 24.10.2016.

<sup>8</sup>MOLINA. Juan Jesús Mora. **Calidad y Democracia: del sistema electoral a la rendición de cuentas.** Madrid: Tecnos, 2013. pp. 32-34. In FARIA, Fernando de Castro. **A submissão dos Partidos Políticos à Lei de Acesso à Informação: o ganho democrático.** No prelo.

cidadão democrático, o controle dos governantes".<sup>9</sup>

A democracia, portanto, tem relação direta com o nível dos direitos políticos preservados, das liberdades civis garantidas, bem como do grau de controle social em relação aos governantes e à coisa pública, o que envolve e exige diuturna participação.

Não por coincidência, os países considerados mais democráticos pelo *Democracy Ranking*, liderados pela Noruega, seguida por outros oito países europeus e pela Nova Zelândia, são também as nações que possuem altos índices de desenvolvimento humano<sup>10</sup>, ainda que se possa fazer críticas em relação à proteção de seus cidadãos e de suas fronteiras quando o tema envolve a migração de outras pessoas para tais áreas.

## **2. DIREITOS HUMANOS – SISTEMAS DE PROTEÇÃO**

Não é de hoje a luta do ser humano pelo respeito à sua dignidade individual ou coletivamente considerada. A relação entre poder e liberdade é sempre conturbada. Maior o poder, menor a liberdade, e vice-versa. Nesse sentido, Norberto Bobbio afirma que a defesa a ser feita é contra qualquer forma de poder.<sup>11</sup>

Essa luta é secular e alguns significativos fatos históricos demonstram a cronologia de inegáveis avanços em prol da coletividade e dos direitos individuais: Magna Carta (1215), Petição de Direito (1628), Declaração de

---

<sup>9</sup>BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. p. 205.

<sup>10</sup>FRANCISCO, Wagner De Cerqueira E. **O IDH dos países europeus**. Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-idh-dos-paises-europeus.htm>>. Acesso em 31 de outubro de 2016.

<sup>11</sup>BOBBIO, Norberto. **O filósofo e a política: antologia**. Tradução de César Benjamin (Palavras preliminares e parte I a V) e Vera Ribeiro (partes VI a IX). Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. p. 203.

Independência dos Estados Unidos (1776), Constituição dos Estados Unidos da América (1787), Declaração dos Direitos (1791), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Primeira Convenção de Genebra (1864), Nações Unidas (1945), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).<sup>12</sup>

Os documentos de 1945 e 1948, no entanto, são os que inauguram o "Direito Internacional dos Direitos Humanos", conforme destaca Flávia Piovesan.<sup>13</sup>

Segundo Fábio Konder Comparato<sup>14</sup>:

[...] a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens [...]

[...] levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição [...].

Flávia Piovesan ensina que é formado, assim, o "sistema normativo global de direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas" Instrumentos de alcance geral e específico estão previstos, tanto para a proteção a qualquer pessoa quanto para determinados grupos (mulheres, crianças, grupos étnicos e

---

<sup>12</sup>HUMAN RIGHTS. **Uma breve História dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html>. Acesso em 22 de julho de 2016.

<sup>13</sup>PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF**. Disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_tratados\\_sip\\_stf.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf). Acesso em 22 de julho de 2016.

<sup>14</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 223 e 225.

outros vulneráveis).<sup>15</sup>

A reafirmação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ocorrida em 1993 com a Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em Viena - Áustria, pela maioria dos países participantes bem demonstra a atualidade e importância do reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais.<sup>16</sup>

No plano interno, como bem se sabe, a Constituição da República Federativa do Brasil também possui como princípios fundamentais, dentre outros: o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), a erradicação da pobreza e marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), a promoção do bem de todos (art. 3º, IV), a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e a defesa da paz e a solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VI e VII).

Da leitura de tais dispositivos, fica clara a relação direta entre o Estado Democrático de Direito e os demais princípios que reconhecem e protegem, em sentido amplo, a dignidade de todos os cidadãos, passando pelo direito à liberdade e ao desenvolvimento como forma de estabelecimento da igualdade e da promoção do bem de todos.

Verifica-se, ainda, a adesão do Brasil aos principais Tratados Internacionais e Declarações de Direitos Humanos, tanto no sistema global, quanto regional, valendo destacar no primeiro:

Sistema Global: Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948);

---

<sup>15</sup>PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos.** Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>>. Acesso em 24 de agosto de 2016.

<sup>16</sup>SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. **Tratado Internacional. PGE.** Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em 28 de outubro de 2016.

Convenção contra o Genocídio (1945); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1968); Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1984); Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); Declaração do Direito ao Desenvolvimento (1986); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Declaração e Programa de Ação de Viena (1993); Declaração de Pequim (1995).

Já em relação ao Sistema Regional: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994).<sup>17</sup>

Importa recordar, igualmente, o tratamento dispensado ao tema pela República Brasileira sobre a internacionalização de referidos tratados e convenções. A Constituição, em seu artigo 5º, §§ 1º a 4º, assegura<sup>18</sup>: a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais; outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte; que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados mediante o quórum que estabelece, serão equivalentes às emendas constitucionais.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup>SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. **Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.** Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sumario.htm>. Acesso em 31.10.2016.

<sup>18</sup>BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

<sup>19</sup>§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal - STF, em importante julgamento ocorrido em 03.12.2008 (acórdão publicado em 05.06.2009), entendeu, por ocasião do exame da (im)possibilidade de prisão civil por dívida, ressalvada aquela decorrente de débito alimentar, que:

[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel [...] deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria [...]. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. [...]. Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal par aplicação da parte final do art.5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel." (RE 466343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, **DJ**de 5.6.2009).<sup>20</sup>

---

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão."

<sup>20</sup>BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário (RE 466343). Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em

Nesse contexto, portanto, não há qualquer espaço para questionamento a respeito da força vinculante das regras internacionais sobre direitos humanos ratificadas pelo Brasil, cuja Constituição também é próspera fonte de garantias individuais e coletivas.

A indissociável relação entre democracia e direitos humanos demonstra a necessidade de preservação de ambos, cada qual como forma de sustentação do outro. Sem isso, a derrocada dos dois será inevitável. Nenhuma democracia sobrevive sem o reconhecimento e o respeito integral da magnitude dos direitos humanos, e vice-versa.

Potencializar os direitos humanos em tempos de flertes e vínculos diretos com o autoritarismo, em boa parte do mundo, é ferramenta imprescindível para o progresso da escalada civilizatória humana e do Interesse Coletivo. A propósito, lembra Pasold que a questão do Bem Comum<sup>21</sup>:

[...] só poderá ser convenientemente equacionada caso o Estado seja realmente encarado como instrumento de toda a Sociedade, e não apenas de segmentos privilegiados por motivos de ordem econômica, racial, social, cultural, religiosa ou ideológica.<sup>22</sup>

Com a contribuição que se pretende em prol do Interesse Público, na perspectiva dos direitos humanos, o tema da Educação será abordado no

---

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acesso em 31 de outubro de 2016.

<sup>21</sup>Tenho adotado a noção de BEM COMUM registrada por MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Direito Político**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 12, e também em MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OABSC, 2000. p. 15. Aliás, em meu Livro **O Estado e a Educação**, esquematizei o Bem Comum em sua estimulação, estrutura e conteúdo, e objetivo, colocando-o não somente como finalidade do Estado mas também como parâmetro regulador da intervenção do Estado no domínio educacional (e assim entendo deva ser com relação aos demais domínios ou segmentos de atuação do Estado), alçando-o a fator de estimulação da atuação dinâmica Sociedade." Observação do autor do presente artigo: no original, referida nota de rodapé ao termo **Bem Comum** tem o número 32.

<sup>22</sup>PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. p. 17.

capítulo seguinte, com algumas ideias do Programa Mundial e do Plano Nacional para Educação em Direitos Humanos.

### **3. EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DEMOCRÁTICO**

O patamar de desenvolvimento democrático alcançado por cada nação pode ser verificado por vários índices, conforme visto neste trabalho. A relação entre democracia e respeito aos direitos humanos é, *venia* pela insistência, direta. Nas ditaduras o desprezo aos direitos civis e de liberdade política dos cidadãos, individual ou coletivamente considerados, é a regra, violando-se, pois, sistematicamente o avanço na mencionada escala civilizatória. A democracia é o único meio conhecido pelo qual se pode tentar, ainda que sem integral garantia de sucesso, o almejado atendimento mínimo das necessidades básicas de todas as pessoas, com o mesmo tratamento (igualdade), garantindo-lhes, concomitantemente, a não intervenção do Estado sobre os cidadãos (liberdade).

Norberto Bobbio ressalta a vinculação dos temas em questão da seguinte forma:

Inicialmente, a enorme importância do tema dos direitos humanos depende de ele estar estreitamente vinculado aos problemas fundamentais da nossa época: o da democracia e o da paz. O reconhecimento e a proteção aos direitos humanos estão na base das Constituições democráticas; ao mesmo tempo, a paz é o suposto necessário para a proteção efetiva dos direitos humanos, tanto nos Estados como no sistema internacional.<sup>23</sup>

Para o jurista italiano, há uma correlação direta entre direitos humanos, democracia e paz, na medida em que sem o reconhecimento e proteção dos

---

<sup>23</sup>BOBBIO, Norberto. **O filósofo e a política: antologia**. pp. 198-199.

primeiros, não há democracia; sem democracia, por sua vez, não há condições mínimas para a solução pacífica de conflitos.

Ainda segundo Bobbio, uma nova forma de regime político nasceu com a Declaração dos Direitos (Virgínia, 1778), ao estabelecer a igualdade entre todos e a indisponibilidade de alguns direitos. A "inovação", na terminologia preferida por referido autor, é representada não só porque preconiza o governo da lei em oposição ao governo dos homens (Aristóteles), mas porque o governo é conjunto, dos homens e das leis:

[...] dos homens que fazem as leis, e das leis, que encontram seu limite em direitos preexistentes dos indivíduos, que não podem prevaricar; em outras palavras, é o Estado liberal moderno que evolui sem solução de continuidade, pelo seu próprio desenvolvimento interno, na direção do Estado democrático.<sup>24</sup>

Em rápidas palavras, menciona a importância da afirmação dos direitos humanos: "não hesito em afirmar que a proclamação dos direitos humanos é um divisor de águas no curso histórico da humanidade no que se refere à concepção das relações políticas".<sup>25</sup>

Importante lembrar que a Conferência de Viena, em 1993, reafirmou não só o preceito dos direitos humanos, mas também seus vínculos com a democracia. Em estudo sobre referido evento das Organizações das Nações Unidas (ONU), destacou-se a opinião do Bloco Europeu por ocasião do encontro:

Para estes países, a importância da promoção da democracia é inquestionável para que se possa garantir a pertinência dos direitos humanos em todos os lugares do globo. Não se deve, como exposto anteriormente, permitir o argumento de interesses particulares do

---

<sup>24</sup>BOBBIO, Norberto. **O filósofo e a política: antologia**. pp. 199-200.

<sup>25</sup>BOBBIO, Norberto. **O filósofo e a política: antologia**. p. 200.

Estado como limitadores da capacidade do governo em garantir e respeitar as liberdades humanas primárias. De certa forma, soa intrigante para a maioria das delegações europeias as esperadas argumentações terceiro-mundistas da importância incondicional do desenvolvimento econômico como pilar de promoção de direitos humanos. Deve-se dotar os países de ferramentas democráticas, em primeiro lugar, para que se garanta o respeito de todas as culturas aos direitos humanos.<sup>26</sup>

Conforme visto anteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil preza pela prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), dentre outros preceitos caros aos cidadãos e à coletividade.

É também da CRFB/88 a determinação, em seu artigo 205:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (sem destaque no original).

Os princípios norteadores apontados no artigo seguinte da Constituição (206) também indicam a importância da Educação para a promoção das liberdades (aprendizado, ensino, pesquisa, pensamento, arte e saber), do pluralismo de ideias e da gestão democrática do ensino público, dentre outros preceitos.

Ao tratar do tema, em artigo intitulado Educação e Preparação para a Cidadania, Dalmo de Abreu Dallari aponta a importância do papel político do professor em tal contexto, ao mencionar que dele se exige um bom domínio de noções de democracia, direitos humanos e cidadania<sup>27</sup>, demonstrando,

---

<sup>26</sup>RAMOS, Camila et al. **A inter-relação entre democracia, desenvolvimento e Direitos Humanos.** In: Construindo juntos o nosso futuro comum. p. 23. Disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/diversos\\_viena\\_guia\\_historico.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/diversos_viena_guia_historico.pdf). Acesso em 28.10.2016.

<sup>27</sup>In BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita et al (org). **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato.** São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 329.

pois, mais uma vez, que os temas possuem íntima e inseparável relação, inclusive como condição essencial para a paz.

Resta saber - e esta a contribuição que se pretende com este breve estudo, como se pode auxiliar na proteção e efetividade dos direitos fundamentais.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos – PNEDH, prevê uma série de ações práticas que podem contribuir para tal desiderato.

Segundo referido documento, em razão do processo de globalização, houve uma concentração da riqueza que beneficia apenas um terço da população mundial, aprofundando-se socialmente a desigualdade e a exclusão. Ainda assim, defende o PNEDH que foram abertas novas oportunidades para os direitos humanos, no que diz respeito ao seu reconhecimento por atores diversos.

Nesse contexto, diversos fatores merecem destaque, dentre eles:

- a) o incremento da sensibilidade e da consciência sobre os assuntos globais por parte de cidadãos(ãs) comuns; [...]
- c) a adoção do princípio de empoderamento em benefício de categorias historicamente vulneráveis (mulheres, negros(as), povos indígenas, idosos(as), pessoas com deficiência, grupos raciais e étnicos, gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, entre outros);
- d) a reorganização da sociedade civil transnacional, a partir da qual redes de ativistas lançam ações coletivas de defesa dos direitos humanos (campanhas, informações, alianças, pressões etc.), visando acionar Estados, organizações internacionais, corporações econômicas globais e diferentes grupos responsáveis pelas violações de direitos.<sup>28</sup>

Os objetivos gerais do PNEDH são diversos, mas, por brevidade, serão citados alguns dos mais importantes, tendo em vista sua relação com a democracia e os compromissos internacionais: destacar o papel estratégico da educação

---

<sup>28</sup>BRASIL. Ministério da Educação. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. p. 25.

em direitos humanos para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito; enfatizar o papel dos direitos humanos na construção de uma sociedade justa, eqüitativa e democrática; estimular a cooperação nacional e internacional na implementação de ações de educação em direitos humanos; orientar políticas educacionais direcionadas para a constituição de uma cultura de direitos humanos.<sup>29</sup>

Na mesma toada seguem os objetivos do Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos – PMEDH, cujo Plano de Ação da Primeira Fase (2005-2007) foi adotado por todos os Estados-membros das Nações Unidas, em julho de 2005.<sup>30 31</sup>

Referido Programa dispõe sobre os benefícios do enfoque à educação, tendo em vista sua importância para o desenvolvimento econômico, social e político de cada país. Assim, poderiam ser alcançados os seguintes benefícios:

---

<sup>29</sup>BRASIL. Ministério da Educação. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. pp. 26-27.

<sup>30</sup>a) promover a interdependência, a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos, inclusive dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como do direito ao desenvolvimento; (b) fomentar o respeito e a valorização das diferenças, bem como a oposição à discriminação por motivos de raça, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, bem como por motivos de origem nacional, étnica ou social, de condição física ou mental, ou por outros motivos; (c) encorajar a análise de problemas crônicos e incipientes em matéria de direitos humanos, em particular a pobreza, os conflitos violentos e a discriminação, para encontrar soluções compatíveis com as normas relativas aos direitos humanos; (d) atribuir às comunidades e às pessoas os meios necessários para determinar suas necessidades em matéria de direitos humanos e assegurar sua satisfação; (e) inspirar-se nos princípios de direitos humanos consagrados nos diferentes contextos culturais e levar em conta os acontecimentos históricos e sociais de cada país; (f) fomentar os conhecimentos sobre instrumentos e mecanismos para a proteção dos direitos humanos e a capacidade de aplicá-los em nível mundial, local, nacional e regional; (g) utilizar métodos pedagógicos participativos que incluam conhecimentos, análises críticas e técnicas para promover os direitos humanos; (h) fomentar ambientes de aprendizado e ensino sem temores nem carências, que estimulem a participação, o gozo dos direitos humanos e o desenvolvimento pleno da personalidade/individualidade humana; (i) ter relevância na vida cotidiana das pessoas, engajando-as no diálogo sobre maneiras e formas de transformar os direitos humanos, desde a expressão abstrata das normas, até a realidade das condições sociais, econômicas, culturais e políticas."

<sup>31</sup>ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos. Plano de Ação. Primeira Fase**.

(a) melhores conquistas na aprendizagem, por meio da promoção de práticas e de processos de ensino e aprendizagem com a participação das crianças, bem como um novo papel para o corpo docente; (b) maior acesso ao processo de escolarização e maior participação nele, por meio da criação de um ambiente de aprendizagem baseado em direitos, que seja inclusivo e acolhedor, e que promova os valores universais, a igualdade de oportunidades, a diversidade e a não discriminação; (c) contribuição à coesão social e à prevenção dos conflitos, apoiando o desenvolvimento emocional e social da criança e introduzindo conteúdos cívicos e valores democráticos no processo educativo.

Não se olvide, ainda, que a cultura do respeito aos direitos humanos necessita de ações concretas voltadas à educação e sua direta relação com a mídia, tendo em vista o alto poder de influência que esta exerce sobre os cidadãos, mormente naqueles países com baixos níveis de senso crítico a respeito do que é divulgado.

Para tanto, o PNEDH prevê como um de seus principais eixos de atuação o enfoque em mídia (em todas as formas consideradas), tendo como norte os seguintes princípios: liberdade de expressão; compromisso com a divulgação de conteúdos que valorizem a cidadania e reconheçam a diferença e promovam a diversidade cultural; responsabilidade social das empresas de comunicação na promoção e divulgação da educação em direitos humanos; apropriação e incorporação crescentes envolvendo o tema pelas novas tecnologias, e; importância da adoção de linguagens e posturas que reforcem os valores da não-violência e do respeito aos direitos humanos.<sup>32</sup>

Os instrumentos nacionais e internacionais que possibilitam a difusão dos direitos humanos em todo o planeta (e que devem ser utilizados na educação, desde os primeiros anos de cada criança) são muitos e merecem especial atenção de todos os Governos, em todos os níveis.

---

<sup>32</sup>BRASIL. Ministério da Educação. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. p. 50.

Somente a partir da ampliação da conscientização mundial em torno dos direitos humanos é que será possível garantir a construção de uma Sociedade na qual seja respeitada a diferença e, ao mesmo tempo, haja a promoção da igualdade entre todos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em uma perspectiva transnacional, conforme Cruz e Bodnar, os Estados acabam por abdicar, ainda que de forma não voluntária, em razão dos contextos políticos e, sobretudo, econômicos, de parte de sua soberania em prol da construção de alguns regramentos comuns e cogentes à comunidade internacional. Surge, assim, a necessidade de espaços públicos, solidários e cooperativamente democráticos, mas com capacidade jurídica de governança, regulação, intervenção e coerção "com o objetivo de projetar a construção de um novo pacto de civilização".<sup>33</sup>

Nesse contexto, é preciso levar o Direito Internacional a sério, como diz Ferrajoli ao lembrar Dworkin. Para o italiano, são essenciais o funcionamento da Corte Penal Internacional em relação aos crimes contra a humanidade, a orientação das políticas das instituições financeiras internacionais, e a ajuda ao desenvolvimento econômico dos países pobres.<sup>34</sup>

Nações que violam os direitos humanos devem ser repreendidas pela ordem internacional, devidamente legitimada e dotada de poderes para tanto.

Nenhum Estado pode promover ou consentir com a violação dos direitos humanos, devendo, ao contrário, criar e estimular a prática do respeito entre seus cidadãos, iniciando pela educação de seu povo, política essencial e

---

<sup>33</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais**. p. 15.

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 131.

emancipatória.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita *et al* (org). **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O filósofo e a política: antologia**. Tradução de César Benjamin (Palavras preliminares e parte I a V) e Vera Ribeiro (partes VI a IX). Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

BRASIL. Ministério da Educação. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Disponível em [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&category\\_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192). Acesso em 25.10.2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário (RE 466343). Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acesso em 31 de outubro de 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 223 e 225.

DEMOCRACY RANKING ASSOCIATION. **The Democracy Ranking relies on the following conceptual formula for quality of democracy**. Disponível

em <http://democracyranking.org/wordpress/theoretical-basis/>. Acesso em 24.10.2016.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibañez *et al.* Madrid: Trotta, 2008.

FRANCISCO, Wagner De Cerqueria E. **O IDH dos países europeus**. Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-idh-dos-paises-europeus.htm>>. Acesso em 31 de outubro de 2016.

FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2016**. Disponível em <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2016>. Acesso em 24.10.2016.

HUMAN RIGHTS. **Uma breve História dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html>. Acesso em 22 de julho de 2016.

MOLINA. Juan Jesús Mora. **Calidad y Democracia**: del sistema electoral a la rendición de cuentas. Madrid: Tecnos, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos. Plano de Ação. Primeira Fase**. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001478/147853por.pdf>. Acesso em 31.10.2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. *ebook*  
<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos.** Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.ht>>. Acesso em 24 de agosto de 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF.** Disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_tratados\\_sip\\_stf.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf). Acesso em 22 de julho de 2016.

RAMOS, Camila *et al.* **A inter-relação entre democracia, desenvolvimento e Direitos Humanos.** *In:* Construindo juntos o nosso futuro comum. p. 23. Disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/diversos\\_viena\\_gui\\_a\\_historico.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/diversos_viena_gui_a_historico.pdf). Acesso em 28 de outubro de 2016.

SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. **Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.** Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sumario.htm>. Acesso em 31.10.2016.

SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. **Tratado Internacional. PGE.** Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em 28 de outubro de 2016.

## **OS REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO NAS IDENTIDADES NACIONAIS EA HOMOGENEIZAÇÃO CULTURAL**

**Talissa Truccolo Reato<sup>1</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

A investigação apresenta como extratos as identidades nacionais e o impasse da unificação, a interferência da globalização nas identidades nacionais e a homogeneização cultural e suas contratendências. Destarte, aborda-se uma temática hodierna, dotada de considerações que nos fazem refletir as recentes mudanças no ritmo social.

O primeiro segmento introduz definições basilares (como identidade, identidade pessoal, nação e identidade cultural). Aduz-se que é frequente que os seres humanos se reconheçam indicando sua nacionalidade, de modo que se pode considerar a identidade nacional como uma parte da natureza essencial do homem.

Menciona-se, ainda no fragmento primário, alguns dos quesitos para a identificação nacional, como as memórias do passado, o desejo de viver em conjunto e a perpetuação da herança. São vislumbrados, inclusive, aspectos do poder cultural, no sentido de que os costumes nativos almejam unificar os nacionais numa identidade cultural.

A parte intermediária retrata aspectos da globalização pelo ângulo do

---

<sup>1</sup>Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo – (2016/2017) Campus de Passo Fundo – RS – Brasil – Bolsista Prosup/CAPES Taxa. Especialista em Direito Processual pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim (2014/2015). Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim (2009/2014). Advogada (2014 - atual.). E-mail: <talissareato@hotmail.com>

encurtamento de distâncias decorrente compressão espaço-tempo. Além disso, pode-se verificarmenção às identidades nacionais que se sobrepõem em relação a outras fontes de identidade cultural, mas que estão sendo deslocadas pelo fenômeno da globalização.

O vértice do segundo fragmentosão os efeitos da globalização, os quais enfraqueceram as formas nacionais de identidade cultural. Nesse sentido, a globalização é retratada como um agente da desvinculação das identidades culturais de suas tradições, fazendo com que elas "flutuem livremente".

Na construção final se pode notar que a homogeneização cultural é a exclamação de quem crê que a globalização ameaça ruir a identidade e a unidade nacional. Assim, a homogeneização cultural reordena desigualdades e denotaria uma convergência para a identificação, dado que os seres humanos buscam recongnições em meio à homogeneização.

O epílogo do terceirofragmento apresentaalgumas contratendências da homogeneização cultural como o impacto do global (que aumenta o interesse pelo local), a globalizaçãodesigualmente distribuída no mundo e as afetações desta globalização, especialmente seu desenvolvimento no ocidente. Comenta-se, ao final, a demanda tantoda migração quanto do multiculturalismo, bem como o efeito pluralizante da globalização.

## **1. IDENTIDADES NACIONAIS E O IMPASSE DA UNIFICAÇÃO**

Premente a análise jusfilosófica das identidades nacionais, agrega-se ainvestigação o que alguns psicólogos clínicos e psicanalistas compreendem por identidade: identidade pode explicar não apenas o sentimento pessoal, mas também a "consciência da posse de um eu, de uma realidade individual que a cada um de nós nos torna, diante dos outros eus, um sujeito único e

que é, ao mesmo tempo, o reconhecimento individual dessa exclusividade".<sup>2</sup>

Expõe-se uma perspicaz noção de identidade pessoal, a qual pode ser vista em relação ao ser humano como um procedimento de concepção de sua "imagem e de percepção de si como integridade, ou seja, como uma forma contínua, permanente, um todo não fragmentado, sempre percebido em relação ao grupo de que o indivíduo participa".<sup>3</sup>

A construção da identidade possui íntima conexão com o grupo no qual cada ser humano está inserido, de forma que o Estado-nação é um expoente de coletividade. Um dos modos dos indivíduos se reconhecerem é através de seu grupo/nacionalidade.

Observa-se que a proposição "nação e identidade" congrega elementos dessemelhantes (porém afins), tanto no que tange a relação entre indivíduo e grupo, quanto na conexão entre cidadão e nação.<sup>4</sup>

Para preparar a póstera compreensão da identidade nacional, torna-se imprescindível expor que o termo nação pode ser entendido como "um grupo de indivíduos que se sentem unidos pela origem comum, pelos interesses comuns e, principalmente, por ideais e aspirações comuns". E mais: "nação é muita coisa mais que povo, é uma comunidade de consciências, unidas por um sentimento complexo, indefinível e poderosíssimo: o patriotismo".<sup>5</sup>

Desse modo, um dos temas que adquiriram maior relevância no campo das

---

<sup>2</sup>BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **Identidade & Etnia, Construção da pessoa e resistência cultural**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986, p. 37.

<sup>3</sup>OLIVEIRA, Luiz Cláudio Vieira de. Nação e Identidade em Guimarães Rosa. In: TOLENTINO, Magda Velloso Fernandes de (org.). **Nação e Identidade: Ensaios em Literatura e Crítica Cultural**. São João del-Rei: UFSJ, 2007, p. 07.

<sup>4</sup>OLIVEIRA, Luiz Cláudio Vieira de. Nação e Identidade em Guimarães Rosa. In: TOLENTINO, Magda Velloso Fernandes de (org.). **Nação e Identidade: Ensaios em Literatura e Crítica Cultural**. São João del-Rei: UFSJ, 2007, p. 07-08.

<sup>5</sup>AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 44 ed. São Paulo: Globo, 2003, p. 19.

ciências sociais diz respeito a identidade social ou coletiva ou, em outros termos, a identidade cultural e suas conexões com a identidade nacional e com a política.<sup>6</sup>

Destaca-se a relevância da asserção identidade nacional que perpassa a esfera jurídica atingindo elementos filosóficos, sociológicos, psicológicos, etc. Notória a necessidade da construção de conceitos acerca de elementos como identidade, identidade pessoal e nação (acima expostos) para a elaboração da compreensão do eixo deste segmento da investigação: identidades nacionais.

Paracingir o atodas definições básicas, cumpre verificar considerações acerca de identidade cultural. De um ponto de vista objetivo, identidade cultural consiste em costumes, hábitos, tradições, valores, crenças, modos de viver, pensar e agir, e um estilo particular de existência e presença na comunidade em si. Já subjetivamente é o sentimento de pertença a uma sociedade, na qual cada um tem a sensação de ser um ator de sua própria história. Visto de fora, identidade cultural é a própria essência de uma cultura, o princípio dinâmico de uma pessoa ou de comunidade em função de seu passado, que promove sua capacidade e recebe ajuda externa em razão de suas necessidades, e que continua com o processo contínuo de sua própria criação.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup>Segue o trecho integral em idioma de origem: "uno de los temas que ha adquirido mayor relevancia en el campo de las ciencias sociales es el de la identidad social o colectiva o, en otros términos, el de la identidad cultural y sus conexiones con la identidad nacional y aun con la política" (tradução livre). MAICAS, Manuel Parés i. Consideraciones sobre la identidad cultural. In: MELO, José Marques de (coord.). **Identities Culturais Latino-Americanas em tempo de comunicação global**. São Bernardo do Campo: Editora IMS, 1996, p. 17.

<sup>7</sup>Fragmento integral em língua oficial: "a) Desde un punto de vista objetivo, la identidad cultural está integrada por costumbres, hábitos, tradiciones, valores, creencias, formas de vivir, de pensar y de comportarse, así como un determinado estilo de existencia y de presencia en la propia comunidad; b) Subjetivamente hablando, es el sentimiento de pertenecer a una sociedad, en la cual cada uno tiene el sentido de ser un actor de su propia historia; c) Contemplada desde el exterior, es el núcleo mismo de una cultura, el principio dinámico de una persona e de una comunidad en función de su pasado, el cual promueve su capacidad u recibe una ayuda exterior en razón a sus necesidades, y que prosigue con el continuo proceso de su propia creación".(tradução livre). MAICAS, Manuel Parés i. Consideraciones sobre la

Isto posto, as culturais nacionais instituem uma das precíguas bases de identidade cultural. Isto significa que não são raras as ocasiões em que os indivíduos se definem indicando suas nacionalidades que, por óbvio, não estão impregnadas na genética humana, mas que por vezes são pensadas como se fossem parte da natureza essencial do homem.<sup>8</sup>

Para haver identidades nacionais o povodeve criar um sentimento de identidade, ou seja, deve tanto perceber quantocultuar referidarepresentação. Nesse sentido, o ser humano deve ter a "consciência de se pertencer a uma mesma comunidade, a representação que o indivíduo faz do grupo, essa nação, e de si mesmo como parte dela".<sup>9</sup>

Na construção da expressão identidade nacional se pode enunciar que "a lealdade e a identificação que, numa era pré-moderna ou em sociedades mais tradicionais, eram dadas à tribo, ao povo, à religião e à região, foram transferidas, gradualmente, nas sociedades ocidentais, à cultural nacional".<sup>10</sup>

Demanda-se evidenciar concepções "ressonantes daquilo que constitui uma cultura nacional como uma "comunidade imaginada": as memórias do passado; o desejo por viver em conjunto; a perpetuação da herança".<sup>11</sup>

Portanto, a fim de que os seres humanos pensem em si próprios como

---

identidade cultural. In: MELO, José Marques de (coord.). **Identities Culturais Latino-Americanas em tempo de comunicação global**. São Bernardo do Campo: Editora IMS, 1996, p. 17.

<sup>8</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 47.

<sup>9</sup>OLIVEIRA, Luiz Cláudio Vieira de. Nação e Identidade em Guimarães Rosa. In: TOLENTINO, Magda Velloso Fernandes de (org.). **Nação e Identidade: Ensaio em Literatura e Crítica Cultural**. São João del-Rei: UFSJ, 2007, p. 09.

<sup>10</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 49.

<sup>11</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 58.

integrantes de determinada nação, a comunidade deve resguardar elementos históricos (imprescindíveis para instituir características medulares do Estado). Deve-setambém aspirar compor a cultura, (identificando-se com os hábitos, com a culinária, com vestimentas, etc., embora não seja incomum os usos variarem de forma colossal dentro de uma mesma nação).

Há defensores da ideia de que as culturas nacionais são transpassadas por diferenças internas, sendo "unificadas" por meio do exercício de distintas maneiras de poder cultural.<sup>12</sup>O poder cultural é aspecto chave na percepção de uma nação como uma estrutura de identificação dado que, embora existam dessemelhanças internas, há uma "força" excelsa que conecta os nacionais.

É tendente propor a unificação da cultura nacional porque

não importa quão diferentes seus membros possam ser em termos de classe, gênero ou raça, uma cultura nacional busca unifica-los numa identidade cultural, para representá-los todos como pertencendo à mesma e grande família nacional.<sup>13</sup>

No entanto, solicita-se muita cautela para que referida identidade não se torne tão reducionista a ponto de colidir com a diversidade cultural. Há, nesse sentido, patronosda premissa de quemuito embora subsistam patamares de homogeneidade,a existência de múltiplas identidades culturais invalidaria a noção de cultura nacional unificada.<sup>14</sup>

Se as identidades nacionais padecem em decorrência das diferenças culturais

---

<sup>12</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 61-62.

<sup>13</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 59.

<sup>14</sup>VIEIRA, Liszt. **Morrer pela pátria? Notas sobre Identidade Nacional**. In: Política e Sociedade. n. 09, out. 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/>> Acesso em 26 mai. 2016, p. 72.

interiores e são "unificadas" apenas por meio de um poder cultural, cabe refletir de qual forma as culturas nacionais contribuem "para "costurar" as diferenças numa única identidade".<sup>15</sup>

Verifica-se, não obstante os obstáculos internalizados (as diferenças de culto, gastronomia, música, hábitos, costumes, etc. dentro de um mesmo Estado-soberano), que costumam à unificação da identidade cultural nacional, há um fenômeno corolário à pós-modernidade: a globalização. Deste modo, serão os efeitos da globalização nas identidades nacionais a seguir abordados.

## **2. A INTERFERÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO NAS IDENTIDADES NACIONAIS**

Antes de adentrar na investigação propriamente dita acerca dos efeitos da globalização nas identidades nacionais, cumpre tornar manifesto que

a contribuição da nacionalidade à auto-identidade, uma biografia autonarrada, e mais geralmente à identidade pessoal, que é a biografia narrada pelo indivíduo como também por outros, pode ser chamada de "identidade nacional", levando consigo todas aquelas definições e características que associam uma pessoa a uma nação<sup>16</sup>

Questiona-se as identidades nacionais são (ou foram) tão unificadas quanto sua imagem faz crer, porém é inegável que "na história moderna, as culturas nacionais têm dominado a "modernidade" e as identidades nacionais tendem

---

<sup>15</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 66.

<sup>16</sup>ALBROW, Martin. **Nacionalidade e Identidade na Era Global**. In: BARROSO, João Rodrigues (coord.) *Globalização e Identidade Nacional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 31.

a se sobrepor a outras fontes de identificação cultural".<sup>17</sup>

Embora as culturas inseridas numa mesma nação possam ter caráter unificador, é quase indiscutível a rigidez da representação nacional no que concerne a identidade. Contudo, admite-se que "as identidades nacionais foram uma vez centradas, coerentes e inteiras, mas que estão sendo agora deslocadas pelos processos de globalização".<sup>18</sup>

Nesse sentido, no instante em que se anui que a sociedade global

é uma realidade em processo, que a globalização atinge as coisas, as gentes e as idéias, bem como as sociedades e as nações, as culturas e as civilizações, desde esse momento está posto o problema do contraponto globalização e diversidade, assim como diversidade e desigualdade, ou integração e antagonismo<sup>19</sup>

Destarte, as identidades nacionais (que antes foram consistentes meios de representação cultural) se encontram abaladas na pós-modernidade, muito em decorrência da globalização – um fenômeno social, econômico e político que se avulta gradativamente, conforme a tecnologia avança e ocasiona uma metamorfose societária na qual a instantaneidade impera.

Globalização é a "intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-

---

<sup>17</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 67.

<sup>18</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 50.

<sup>19</sup>IANNI, Octavio. **Globalização: Novo paradigma das ciências sociais**. Estudos Avançados, versão online. vol. 8. n. 21. São Paulo: 1994. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>> Acesso em: 26 jan. 2017.

versa".<sup>20</sup>

Sobre a globalização também é impreterível afirmar que se trata de

um processo que se inicia no Renascimento, chega à modernidade e à pós-modernidade e adquire sua atual feição por causa da tecnologia. No entanto, os Estados existentes, ainda que submetidos à globalização, lutam por manter suas características nacionais, cultivando seus processos de identidade, enxergando-se como povo e como nação.<sup>21</sup>

Apesar da instabilidade no que tange a identidade nacional, esta forma de representatividade cultural se esforça para resistir bravamente aos impactos da globalização na sociedade pós-moderna.

Nesse sentido, uma das características principais da globalização é a "compreensão espaço-tempo, a aceleração dos processos globais, de forma que se sente que o mundo é menor e as distâncias mais curtas [...]".<sup>22</sup>

O fato é que o desenvolvimento das relações sociais globalizadas ajuda a minimizar determinados aspectos do sentimento nacionalista relacionado ao Estado-nação, porém (em contrapartida) pode dilatar sentimentos nacionalistas mais localizados.<sup>23</sup>

Aduz-se que há uma espécie de agitação inquietante no que tange a identidade cultural. Se por um lado a identidade nacional (consideravelmente

---

<sup>20</sup>GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 76.

<sup>21</sup>OLIVEIRA, Luiz Cláudio Vieira de. Nação e Identidade em Guimarães Rosa. In: TOLENTINO, Magda Velloso Fernandes de (org.). **Nação e Identidade: Ensaios em Literatura e Crítica Cultural**. São João del-Rei: UFSJ, 2007, p. 17.

<sup>22</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guararaia Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 69.

<sup>23</sup>GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 77.

convicta) está perdendo vigor perante o reconhecimento de uma sociedade globalizada, também é possível verificar um fomento da representação local.

Assim sendo, a concreta intenção do presente aspecto da investigação se atém aos possíveis efeitos da globalização nas identidades nacionais, quais sejam: as identidades nacionais gradativamente se desintegram em virtude da homogeneização cultural e do pós-modernismo global, mas elas também tem sido reforçadas pela resistência à globalização, mesmo estando em declínio em relação à ascensão de identidades híbridas.<sup>24</sup>

As identidades nacionais têm sofrido uma desintegração em virtude da homogeneização cultural e do pós-modernismo global porque existe uma tendência decorrente do nítido encurtamento de distâncias, das facilidades proporcionadas pela tecnologia, sobretudo pelo advento da *internet*, que tornam possível acreditar que num futuro (talvez menos distante do que se imagine) as fronteiras estatais se tornem meros formalismos. A facilidade dos deslocamentos de informações, de conhecimento e de experiência propulsiona a homogeneização cultural.

As identidades nacionais têm sido reforçadas por uma notória resistência à globalização, pois o sentimento nacional ainda é bastante enraizado e muitos relutam em aceitar a emergente globalização que não parece pretender estagnar sua ascensão. Resistir (ao inevitável) é uma das formas de proteger a representatividade cultural das identidades nacionais, embora talvez não seja suficiente para reprimir a globalização.

As identidades nacionais estão em declínio em relação à ascensão de identidades híbridas, dado que após o período em que tribos e religiões eram expoentes de identidade cultural, o Estado-nação se tornou um sólido ideal de representatividade. A globalização tomou espaço e em muitos Estados

---

<sup>24</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 69.

nunca houve unidade nas identidades nacionais, destarte, a formação de identidades híbridas, mescladas ou complexas não parece paradoxal ou incoerente.

Aduz-se que a partir do instante em que os meios de comunicação e a tecnologia comprimiram a definição de espaço-tempo, convertendo ínfimo o tempo de deslocamento e concebendo a simultaneidade entre o fato e sua divulgação, a globalização se tornou um "fenômeno observável a olho nu" e o Estado-nação um padrão obsoleto. Ocorre que, "apenas disso, não se pode romper com uma ordem construída em cinco séculos".<sup>25</sup>

A redução de tempo e de espaço decorrentes da inovação tecnológica, culminados pela globalização, estão alterando os parâmetros de identificação cultural. O sentimento nacional (pátrio) – cabe reforçar – está entranhado na identidade cultural, de modo que (em que pese sua abolição seja um provável efeito da globalização) ainda é precoce tratar a identidade nacional como extirpada, talvez em declínio, reduzida sua força, mas dizimada seria exagero.

Deste modo, na medida em que a vida social se transfigura e se deixa perpassar pelo mercado global de estilos, lugares e imagens e pelos sistemas de comunicação globalmente interligados, mais as identidades passam a se desvincular dos tempos, dos lugares, das histórias e das tradições específicas e parecem "flutuar livremente".<sup>26</sup>

Não se pode prever se a globalização proporcionará efeitos prósperos ou prejudiciais à noção de identidade nacional, apesar das transformações já conhecidas. A interconectividade é capaz de causar impactos impetuosos na

---

<sup>25</sup>OLIVEIRA, Luiz Cláudio Vieira de. Nação e Identidade em Guimarães Rosa. In: TOLENTINO, Magda Velloso Fernandes de (org.). **Nação e Identidade: Ensaios em Literatura e Crítica Cultural**. São João del-Rei: UFSJ, 2007, p. 18.

<sup>26</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guararaia Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 75.

representatividade cultural e impor novos paradigmas de identificação.

### 3. A HOMOGENEIZAÇÃO CULTURAL E SUAS CONTRATENDÊNCIAS

Cabe neste prelúdio expor que "a homogeneização cultural é o grito angustiado daqueles/as que estão convencidos/as de que a globalização ameaça solapar as identidades e a "unidade" das culturas nacionais".<sup>27</sup>

Destarte, há posicionamentos defendendo que a globalização pode ser observada como um processo

articulado de homogeneização e fracionamento que, ao mesmo tempo, faz a recomposição das partes, reordenando as diferenças e desigualdades sem suprimi-las fazendo também com que haja uma convergência pela identificação.<sup>28</sup>

Pertinente à questão, pode-se dizer que "ainda que se tente vender a todos a mesma cultura estandardizada, todos os povos estão à procura de sua própria identidade em meio a essa homogeneização".<sup>29</sup>

Não parece coerente refutar a existência da homogeneização cultural. O centro da ideia é que, embora a globalização impulse uma identidade linear, existem indícios de que a homogeneização não corresponde plenamente aos anseios da realização de uma identidade.

Nesse viés é obrigatório considerar a existência de três qualificações (ou

---

<sup>27</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 77.

<sup>28</sup>PADILHA, Sônia. **A globalização e suas controvérsias**. *Jornal Brasileiro das Ciências da Comunicação*. Ano 9. n. 285. Disponível em: <<http://www2.metodista.br/unesco/>> Acesso em 26 jan. 2017.

<sup>29</sup>ABDALLAH, Paloma. AMORIM, Gabriela. GARCIA, Rodrigo. **Cultura: um produto economicamente homogeneizado**. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br>> Acesso em 26 jan. 2017.

contratendências) principais no que tange a homogeneização das identidades globais, consequências da globalização, as quais serão expostas e refletidas.

A primeira delas diz respeito ao fato de que ao mesmo tempo em que existe o impacto do global, há um novo interesse pelo local. Dessa forma, ao invés de se pensar no global como "substituindo" o local, seria mais preciso pensar numa nova articulação entre "o global" e "o local".<sup>30</sup>

No que tange esta qualificação, não seria presumível que a globalização devaste as identidades nacionais, no entanto, é possível que ela produza, ao mesmo tempo, novas identificações globais e novas identificações locais.<sup>31</sup>

Parece paradoxal. Talvez a identidade nacional, em especial no sentido geográfico, esteja obsoleta. O vínculo entre local (que pode ser mais ou menos restrito) e global é intrigante, dado que autorizaria os seres deterem uma "dupla identificação cultural", uma mais genérica (global) e outra mais exígua (local).

A segunda qualificação se refere ao fato de que "a globalização é muito desigualmente distribuída ao redor do globo, entre regiões e entre diferentes estratos da população dentro das regiões"<sup>32</sup>

Assim, a proposição de uma homogeneização cultural restaria um tanto prejudicada, porque nem todos possuem acesso às tecnologias desenvolvidas de forma igualitária. As vultosas disparidades que assolam os grupos sociais fazem com que a globalização, nos termos em que foi definida, não seja tão

---

<sup>30</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 77.

<sup>31</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 78.

<sup>32</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 78.

global-igualitária quanto se imagina.

O último aspecto da crítica à homogeneização cultural diz respeito ao fato de se buscar compreender o que é afetado por ela, já que a globalização pode aparentar ser um fenômeno basicamente ocidental. Contudo, pode-se notar um efeito pluralizador da globalização, embora em ritmo descompassado no planeta.<sup>33</sup>

A globalização não é identicamente distribuída por questões econômicas e sociais, de modo que não é tão simples compreender suas consequências. Contudo a homogeneização cultural é considerada um evento da globalização.

A fim de sintetizar as qualificações da homogeneização das identidades, é possível asseverar que

a) a globalização caminha em paralelo com um reforçamento das identidades locais, embora isso ainda esteja dentro da lógica da compressão espaço-tempo; b) a globalização é um processo desigual e tem sua própria "geometria de poder"; c) a globalização retém alguns aspectos da dominação global ocidental, mas as identidades culturais estão, em toda parte, sendo relativizadas pelo impacto da compressão espaço-tempo.<sup>34</sup>

Cumprir dizer que a homogeneização cultural penetra os espaços e intenta engessar comportamentos e condutas sob a "filosofia da qualidade total e da perfeição humana" fazendo crer na subsistência de um "modelo, um ideal a ser alcançado"<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 79-80.

<sup>34</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 80-81.

<sup>35</sup>JESUS, Elivanete Alves de. **As artes e as técnicas do ser e do saber/fazer em algumas atividades no cotidiano da comunidade Kalunga do Riachão**. Dissertação de mestrado.

Insta aduzir um exemplo acerca do terceiro aspecto acima mencionado: o fenômeno da migração. Muitas pessoas impulsionadas por diversas mazelas sociais – como a fome, a seca, a pobreza, o subdesenvolvimento econômico, a guerra civil, os distúrbios políticos, os conflitos, a dívida externa, etc. – decidem "acreditar na "mensagem" do consumismo global e se mudam para os locais de onde vêm os "bens" e onde as chances de sobrevivência são maiores".<sup>36</sup>

Do fenômeno da migração (como experiência decorrente de uma das qualificações da homogeneização das identidades globais) pode-se inferir que a "formação de "enclaves" étnicos minoritários no interior dos estados-nação do Ocidente levou a uma "pluralização" de culturas nacionais e de identidades nacionais."<sup>37</sup>

Destarte, o êxodo dos habitantes de Estados-nação mais mendicantes em direção aos de economia fortalecida é um reflexo da desigualdade que a globalização não combateu.

Encerrado o exemplo, ainda é pertinente à investigação mencionar que

a mesma globalização que intensifica as misturas e pulveriza as identidades até então localizadas, pode pôr em cena uma homogeneização das figuras da subjetividade. Deste modo, teríamos indivíduos homogeneamente globalizados, flexíveis e descartáveis, preparados para rapidamente se desalojarem e substituírem suas cartografias subjetivas e suas identidades locais.<sup>38</sup>

---

Rio Branco, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>> Acesso em 26 jan. 2017.

<sup>36</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 81.

<sup>37</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 83.

<sup>38</sup>MANCIBO, Deise. **Globalização, cultura e subjetividade: discussão a partir dos meios de comunicação de massa**. Psicologia: Teoria e Pesquisa. Versão

É possível que a homogeneização cultural (que funde identidades) afete as pessoas de forma que se depreendam de seus vínculos medulares. Não é possível prever as reais consequências da homogeneização cultural em relação à identidade nacional, pelo menos não ainda.

Assim, "o destino da identidade nacional neste momento não está bem claro". E mais: "inúmeras sociedades em todo o mundo estão agora no estágio transitório da construção de identidade nacional em torno do discurso da multiculturalidade/multiculturalismo".<sup>39</sup>

Cabe uma pequena digressão no curso da investigação: o fenômeno da migração (que pode ser visto como fomentador do multiculturalismo) somado ao próprio multiculturalismo, extremamente presente em muitos Estados-nação, tornam a identidade nacional que está em constante mutação menos sólida do que se possa idealizar. É provável que essa agitação cultural seja um tanto responsável pela homogeneização cultural.

Ao fim parece evidente que a "globalização tem, sim, o efeito de contestar e deslocar as identidades centradas e "fechadas" de uma cultura nacional".<sup>40</sup> Infere-se que apesar das comentadas qualificações ou contratendências, a globalização (agregada ao multiculturalismo e ao fenômeno migratório) tem fomentado a homogeneização cultural ao "impugnar" a identificação nacional.

Pelo exposto é, possível perceber que a globalização é detentora de um "efeito pluralizante sobre as identidades, produzindo [...] novas posições de

---

online. vol.18. n.3. Brasília: 2002. Disponível em: < <http://www.scielo.br>> Acesso em 26 jan. 2017.

<sup>39</sup>ROBERTSON, Roland. **Identidade nacional e globalização: falácias contemporâneas**. In: BARROSO, João Rodrigues (coord.) *Globalização e Identidade Nacional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 158.

<sup>40</sup>HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 87.

identificação, e tornando as identidades mais posicionais, mais políticas, mais plurais [...]; menos fixas, unificadas ou trans-históricas".<sup>41</sup>

O fato é que referido efeito pluralizante da globalização faz com que os seres humanos tendam a se desvincular da ideia de representatividade cultural cardinal por meio do Estado-nação.

Portanto, o alicerce da homogeneização cultural está em fase inicial de desenvolvimento, sendo capaz de transformar identidades convencionadas em identidades com dessemelhanças ordenadas, sem extirpar as desigualdades, fomentando uma convergência pela identificação global, em que pese todas as contratendências expostas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Compreender de qual forma a globalização pode afetar a maneira com que os seres humanos se reconhecem em meio à emergente inquietação de informações, de tecnologias e de multinacionalização é insigne não somente para refletir os impactos da perspectiva global na identidade nacional, mas também para se refletir sobre as consequências do encurtamento de distâncias e da condição temporal que a globalização impõe na vida do planeta.

A primeira constatação a ser tecida tange ao fato de que a globalização pulveriza identidades, embora a distribuição da globalização não seja regular em todo o mundo. Arriscado prever os impactos vindouros da globalização no reconhecimento das identidades culturais, sobretudo em decorrência de sua disforme disseminação.

---

<sup>41</sup>HALL, Stuart. Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 87

Apesar das identidades híbridas desdobradas da redução espaço-tempo (reflexo da globalização), depreende-se que o que deveras importa é que cada pessoa busque um reconhecimento por afinidade e paridade com uma cultura social (que não raras vezes ocorre por meio da identidade nacional).

Embora se vivencie um período de profunda infusão tecnológica, no qual a simultaneidade é a regra, a homogeneização cultural retratada ainda é uma realidade em desenvolvimento. Dessa forma, as identidades nacionais (mesmo que um tanto amortecidas pela globalização) ainda são uma vigorosa fonte de identificação cultural.

As identidades nacionais experimentam mesclas culturais decorrentes da migração (que apesar de não ser um fenômeno recente, hodiernamente tem aumentado) e do conseqüente multiculturalismo, fatores que pluralizam ainda mais as culturas.

Pode-se, igualmente, inferir com veemência que a globalização torna as identidades mais homogêneas e menos unificadas, situação que confronta uma das maiores pretensões da identidade nacional: sua unificação. Tal argumento permite verificar que globalização e homogeneização cultural estão em posição inversamente proporcional à estabilidade da identidade nacional.

A conclusão chave que se pode aferir é que a representação cultural por meio das identidades nacionais está em decadência por causa, sobretudo, da globalização (a qual tem como um de seus reflexos a homogeneização cultural na pós-modernidade), embora existam contratendências. No entanto, mesmo enfraquecidas, as identidades nacionais são relevantes formas de identificação cultural.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABDALLAH, Paloma. AMORIM, Gabriela. GARCIA, Rodrigo. **Cultura: um produto economicamente homogêneo**. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pdf/PalomaAbdallah.pdf>> Acesso em 26 jan. 2017.

ALBROW, Martin. **Nacionalidade e Identidade na Era Global**. In: BARROSO, João Rodrigues (coord.) Globalização e Identidade Nacional. São Paulo: Atlas, 1999.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 44 ed. São Paulo: Globo, 2003.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **Identidade & Etnia, Construção da pessoa e resistência cultural**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 76.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva; Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

IANNI, Octavio. **Globalização: Novo paradigma das ciências sociais**. Estudos Avançados, versão online. vol. 8. n. 21. São Paulo: 1994. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141994000200009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141994000200009)> Acesso em: 26 jan. 2017.

JESUS, Elivanete Alves de. **As artes e as técnicas do ser e do saber/fazer em algumas atividades no cotidiano da comunidade Kalunga do Riachão**. Dissertação de mestrado. Rio Branco, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/cp031862.pdf>> Acesso em 26 jan. 2017.

MAICAS, Manuel Parés i. Consideraciones sobre la identidad cultural. In:

MELO, José Marques de (coord.). **Identidades Culturais Latino-Americanas em tempo de comunicação global**. São Bernardo do Campo: Editora IMS, 1996, p. 17.

MANCEBO, Deise. **Globalização, cultura e subjetividade: discussão a partir dos meios de comunicação de massa**. Psicologia: Teoria e Pesquisa. Versão online. vol.18. n.3. Brasília: 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-37722002000300008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722002000300008)> Acesso em 26 jan. 2017.

OLIVEIRA, Luiz Cláudio Vieira de. Nação e Identidade em Guimarães Rosa. In: TOLENTINO, Magda Velloso Fernandes de (org.). **Nação e Identidade: Ensaios em Literatura e Crítica Cultural**. São João del-Rei: UFSJ, 2007.

PADILHA, Sônia. **A globalização e suas controvérsias**. Jornal Brasileiro das Ciências da Comunicação. Ano 9. n. 285. Disponível em: <[http://www2.metodista.br/unesco/jbcc/jbcc\\_mensal/jbcc285/jbcc\\_polemic as\\_5.htm](http://www2.metodista.br/unesco/jbcc/jbcc_mensal/jbcc285/jbcc_polemic as_5.htm)> Acesso em 26 jan. 2017.

ROBERTSON, Roland. **Identidade nacional e globalização: falácias contemporâneas**. In: BARROSO, João Rodrigues (coord.) Globalização e Identidade Nacional. São Paulo: Atlas, 1999, p. 158.

VIEIRA, Liszt. **Morrer pela pátria? Notas sobre Identidade Nacional**. In: Política e Sociedade. n. 09, out. 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/download/1835/1599>> Acesso em 26 jan. 2017.

## **TEORIAS JURÍDICAS E CONTEXTO HISTÓRICO: REPENSANDO O DIREITO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO**

**João Henrique Pickcius Celant<sup>1</sup>**

**Jorge Alberto de Andrade<sup>2</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

O Direito é o instrumento por excelência de regulação das relações sociais. Dessa forma, as teorias jurídicas e seus fundamentos são construídos tendo em vista o contexto histórico em que são elaboradas.

Com o advento do Estado moderno, objetivou-se racionalizar a criação e a aplicação do Direito, colocando-se de lado o Direito Natural usado anteriormente e causador de inseguranças jurídicas devido à dificuldade de se determinar suas fontes e concebendo-se o Direito Positivo, ou seja, aquele criado pelo Estado, como o único válido. Estabeleceu-se procedimentos que deveriam ser seguidos para garantir a segurança e a igualdade jurídica. Nesse contexto, o Positivismo Jurídico, entendido na sua acepção clássica da exegese à teoria de Bobbio da década de 50, era a corrente dominante da Ciência Jurídica.

Após o período das Grandes Guerras, após as atrocidades cometidas, o Direito passou por mudanças como o constitucionalismo, objetivando principalmente a garantia de direitos fundamentais. Com isso, as teorias jurídicas buscaram

---

<sup>1</sup>Graduado em Direito, Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito Público pela Universidade de Caldas - UCaldas (Colômbia). jcelant@gmail.com.

<sup>2</sup>Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. jorgedeandrade@gmail.com.

ir além do Positivismo Jurídico clássico, conciliando questões substantivas relativas aos direitos fundamentais.

Agora, no auge da globalização, com a imbricação entre os Estados, surge um novo desafio para as teorias jurídicas: conciliar os elementos transnacionais. Assim, o objetivo do presente artigo é explorar os novos caminhos que as teorias jurídicas devem seguir no atual contexto de globalização.

## **1. DO POSITIVISMO JURÍDICO CLÁSSICO ÀS MODERNAS TEORIAS JURÍDICAS**

O Positivismo Jurídico, na sua concepção clássica, foi a teoria jurídica predominante e maioritariamente aceita como ideal desde o movimento das codificações no final do séc. XVIII até o período das Grandes Guerras. Apesar de terem existido várias teorias e autores dessa corrente com diversas diferenças entre elas, elas podem ser agrupadas nessa denominação por terem algumas bases em comum. Importante destacar a elucidação de Orlando Zanon: "[...] a montagem de um quadro das principais características de um modelo disciplinar implica sejam extraídos os detalhes que, em geral, são compartilhados ou não expressamente rejeitados pelos seus principais expoentes [...]"<sup>3</sup>.

Zanon apresenta o Positivismo Jurídico como possuindo cinco características principais. A primeira é a separação entre Direito e Moral, ou seja, as questões morais são autônomas e independentes das jurídicas, pois o Direito compreende a apreciação de fatos sociais devidamente especificados, produzidos segundo parâmetros formais previamente estabelecidos. Como a

---

<sup>3</sup>ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 439 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2013, p. 76.

produção jurídica é efetuada mediante observância de critérios meramente formais, o Direito pode ter qualquer conteúdo<sup>4</sup>.

A segunda consiste no fato do Direito ser formado exclusivamente ou prevalentemente por regras, sinônimo de normas jurídicas positivadas. Assim, o Estado é o único produtor do Direito efetivamente válido<sup>5</sup>.

A terceira consiste no ordenamento jurídico ser escalonado pelo critério de validade formal. A ordem jurídica seria um complexo sistemático de regras, devidamente escalonadas em degraus hierárquicos, de acordo com parâmetros formais de legitimidade para produção do Direito<sup>6</sup>.

A quarta consiste no fato da aplicação do Direito ser feita via subsunção. As normas jurídicas são direcionadas ao juiz que deve aplicá-las por meio de um procedimento lógico dedutivo chamado de subsunção dos fatos aos textos normativos com vistas a descobrir a resposta latente preestabelecida<sup>7</sup>.

A quinta e última característica consiste na admissão que o juiz empregue discricionariedade na interpretação e aplicação do Direito, no sentido de produzir regra jurídica que reputar mais adequada para resolução do caso concreto submetido à jurisdição, nos casos em que houver ambiguidade do texto normativo, lacunas ou antinomias<sup>8</sup>.

O Positivismo Jurídico clássico foi de fundamental importância para a história do Direito e para a evolução do Estado e da sociedade, pois foi o paradigma que substituiu as incertezas do Jusnaturalismo, um direito que provinha da

---

<sup>4</sup>ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 76-77.

<sup>5</sup>ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 80-81.

<sup>6</sup>ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 82.

<sup>7</sup>ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 85.

<sup>8</sup>ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 88.

natureza e pela incapacidade de se ter certeza do que era o que não era Direito, gerava uma insegurança muito grande. Definindo o Direito somente como as normas produzidas pelo Estado dentro de rigorosos critérios formais de legitimação e produção, garante-se uma maior segurança. Ainda que a segurança jurídica não seja total por diversos motivos, pelo menos ela é maior do que quando as normas jurídicas são derivadas de um direito natural.

Após as atrocidades cometidas nas Grandes Guerras que impactaram profundamente o mundo, no período após a Segunda Guerra Mundial esse paradigma da Ciência Jurídica começa a perder sua hegemonia com o surgimento de novas teorias jurídica que buscavam soluções humanizantes para a produção e aplicação do Direito com uma maior garantia de proteção dos direitos do homem.

O movimento histórico que afetou profundamente o Direito foi o constitucionalismo com o fortalecimento das Constituições. Apesar de diferentes concepções acerca desse constitucionalismo, a linha comum é a submissão dos poderes públicos, inclusive o Poder Legislativo, a uma série de normas superiores como são aquelas que, nas atuais Constituições, sancionam direitos fundamentais<sup>9</sup>.

Como destaca Ferrajoli:

Nesse sentido, o constitucionalismo equivale, como *sistema jurídico*, a um conjunto de limites e vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como *teoria do direito*, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus

---

<sup>9</sup>FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13.

conteúdos com os princípios da justiça constitucionalmente estabelecidos<sup>10</sup>.

Ou seja, com o advento do constitucionalismo, as regras de produção do Direito deixam de ser meramente formais, apenas acerca da forma de sua produção, mas passam a ser também substanciais, especificam que tipo de conteúdo pode ser Direito, dessa forma garantindo principalmente o respeito aos direitos fundamentais.

Ferrajoli explica que o traço distintivo do constitucionalismo é identificado pela existência positiva de uma lei superior à legislação ordinária, independentemente das diversas técnicas usadas para garantir sua superioridade: de um lado, o modelo de *controle difuso*, mediante o qual ocorre a não aplicação das leis constitucionalmente inválidas, e, de outro, o modelo do *controle concentrado*, mediante ocorre a anulação das leis, cuja origem remonta ao século passado em face do "nunca mais" formulado à experiência dos regimes totalitários<sup>11</sup>.

Nesse novo contexto, diversos autores propõem novas teorias jurídicas de produção e aplicação do Direito, algumas mais próximas e consideradas continuações do Positivismo Jurídico clássico, outras mais distantes, chamadas muitas vezes de *pós-positivistas*.

O professor italiano da Universidade de Turim, Norberto Bobbio, foi um dos grandes nomes do Positivismo Jurídico clássico, desenvolvendo até a década de 60 uma teoria geral do Direito de matriz kelseniana<sup>12</sup>. A partir da metade da década de 60, Bobbio vai além dessa base devido a uma insatisfação intelectual que nasce da constatação de que o moderno Estado social

---

<sup>10</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. p. 13.

<sup>11</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. p. 17.

<sup>12</sup>BOBBIO, Norberto. **Teoria Generale del Diritto**. Torino: Giappichelli, 1993.

permeara tão profundamente a sociedade a ponto de resultar transformado o próprio Direito enquanto regular dessa sociedade. À função repressiva dos comportamentos indesejados uniu-se em medida crescente uma função promocional do Direito, que se manifesta nos incentivos com os quais o Estado induz os comportamentos desejados<sup>13</sup>.

Bobbio destaca que o tema do direito promocional é fundamental para adequar a teoria geral do Direito às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do Estado social. Essa adequação é fundamental para compreender e descrever com exatidão a passagem do Estado "garantista" para o "dirigista" e, conseqüentemente, as metamorfoses do Direito como instrumento de controle social em instrumento de direção social; em suma, para suplantar a disparidade entre a teoria geral do Direito como ela é e a mesma teoria como deveria ser em um universo em constante movimento<sup>14</sup>.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Bobbio soube entender que nos primeiros três quartos do século XX, a grande preocupação foi eliminar juízos de valor no intento de construir uma teoria científica do Direito não sujeita a implicações ideológicas, agora recupera-se em sua esfera de interesses a experiência social e o juízo crítico sobre si mesma, oferecendo à investigação jurídica novas dimensões. Quando a sociedade atravessa uma fase de profundas mudanças, Bobbio admite que a ciência do Direito precisa estabelecer novos contatos com as ciências sociais<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup>LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. Prefácio à edição brasileira. p. XL.

<sup>14</sup>BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. p. XI-XII.

<sup>15</sup>FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Apresentação: O pensamento Jurídico de Norberto Bobbio. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 17-18.

Os dois autores mais célebres do chamado *opós-positivismo* são o americano Robert Myles Dworkin e o alemão Robert Alexy. Dworkin defende uma teoria constitucional que não é uma simples teoria da supremacia da maioria, mas entende que a Constituição se destina a proteger os cidadãos contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum<sup>16</sup>.

Assim, Dworkin afirma que os homens têm direitos morais contra o Estado. Qualquer teoria baseada em direitos deve presumir direitos que não sejam simplesmente produtos de uma legislação deliberada ou de um costume social explícito, mas que sejam bases independentes para se julgar a legislação e o costume<sup>17</sup>.

Dessa forma, Dworkin disserta que uma proposição de direito é verdadeira se decorrer de princípios de moralidade pessoal e política que ofereçam a melhor interpretação das outras proposições de direito geralmente tratadas como verdadeiras na prática jurídica contemporânea<sup>18</sup>.

Dworkin também dá grande importância aos princípios jurídicos. Para o jurista americano, princípio é um padrão que deve ser observado porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade<sup>19</sup>.

Robert Alexy é professor da Universidade Christian Albrecht em Kiel na Alemanha. Em sua obra *Conceito e Validade do Direito*, Alexy, contrariando

---

<sup>16</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 208-209.

<sup>17</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 231, 274.

<sup>18</sup>DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 22.

<sup>19</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 36.

uma das principais teses do Positivismo Jurídico na acepção clássica, defende a vinculação entre Direito e Moral<sup>20</sup>.

Alexy afirma que as normas individuais perdem seu caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça ou da iniquidade é transposto<sup>21</sup>. Para determinar esse limiar, utiliza-se da fórmula de Radbruch:

O conflito entre a justiça e a segurança poderia ser solucionado no sentido de que o direito positivo estatuído e assegurado pelo poder tem preeminência ainda quando por seu conteúdo seja injusto e inconveniente, a não ser que o conflito da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei, como direito injusto, deva ceder seu lugar à justiça<sup>22</sup>.

Ao se utilizar de tal concepção, Alexy tenta conciliar a segurança jurídica conquistada pelo Positivismo Jurídico com uma abertura moral, uma relativização do direito positivo que só ocorreria em casos extremos, para assim evitar que fossem criadas e aplicadas normas jurídicas em casos indubitavelmente injustos.

Alexy também contraria a tese positivista de que o ordenamento seria composto apenas ou predominantemente de regras, distinguindo delas e dando a mesma importância aos princípios jurídicos.

As normas jurídicas seriam classificadas em dois tipos: regras e princípios. Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem fazer algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso,

---

<sup>20</sup>ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

<sup>21</sup>ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. p. 45.

<sup>22</sup>RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962. p. 37.

podem ser designados de forma simplificada como mandamentos definitivos. Sua forma característica de aplicação é a subsunção<sup>23</sup>.

Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. São normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que podem ser realizados em maior ou menor grau e a sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas, que são determinadas não só por regras, mas também por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação<sup>24</sup>.

Já o italiano Luigi Ferrajoli, professor da Universidade de Roma Ter e discípulo de Norberto Bobbio, é um defensor do Positivismo Jurídico, rejeita o rótulo de *pós-positivista*, sendo chamado muitas vezes de *neopositivista*.

Ferrajoli chama sua teoria de *constitucionalismo garantista*, que seria um reforço do positivismo jurídico por meio do acréscimo dos direitos fundamentais estipulados nas Constituições que devem orientar a produção do direito positivo<sup>25</sup>.

A concepção garantista do constitucionalismo entende que ele é o resultado de uma mudança do paradigma do velho juspositivismo, que se deu com a submissão da própria produção normativa a normas não apenas formais, mas também substanciais, de direito positivo. Representa, portanto, um complemento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o ser, mas também o dever ser do direito; e do Estado de Direito porque comporta a submissão, inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade. Assim,

---

<sup>23</sup>ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. p. 75.

<sup>24</sup>ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. p. 75.

<sup>25</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. p. 22.

o constitucionalismo exclui a última forma de governo dos homens: aquela que, na tradicional democracia representativa, manifestava-se na onipotência da maioria<sup>26</sup>.

Graças a isso, a legalidade não é mais, como no velho modelo paleopositivista, somente condicionante da validade das normas infralegais, mas é ela mesma condicionada na sua própria validade, ao respeito e à atuação das normas constitucionais. Todo o direito se configura, dessa maneira, como uma construção inteiramente artificial, na qual são reguladas não apenas as formas, como ocorria no paleopositivismo, mas também os conteúdos, através dos limites e vínculos a eles impostos pelo paradigma constitucional<sup>27</sup>.

O autor destaca três significados do constitucionalismo positivista ou garantista. Como modelo de direito, se caracteriza pela positivação também dos princípios. Como teoria do direito, caracteriza-se pela distinção entre validade e vigência, uma vez que admite a existência de normas vigentes porque em conformidade com as normas procedimentais sobre a sua formação, porém inválidas porque incompatíveis com as normas substanciais sobre a sua produção<sup>28</sup>.

Por fim, como filosofia e teoria política, consiste em uma teoria da democracia, elaborada não apenas como uma genérica e abstrata teoria do bom governo democrático, mas como uma teoria de democracia substancial além de formal. Disso resulta uma teoria da democracia como sistema jurídico e político articulado sobre quatro dimensões correspondentes às

---

<sup>26</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista.** p. 22-23.

<sup>27</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista.** p. 23.

<sup>28</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista.** p. 24.

garantias de diversas classes de direitos constitucionalmente estabelecidos: direitos sociais, políticos, civis e de liberdade<sup>29</sup>.

Assim, percebe-se que mesmo defensores do Positivismo Jurídico como Ferrajoli, não deixam de buscar atualizar a teoria, incluindo aspectos substanciais e não apenas formais de produção do Direito, com vistas a preservar as garantias fundamentais constitucionalmente previstas.

O que é possível perceber é que mudanças históricas profundas demandam uma reinvenção das teorias jurídicas. O advento da modernidade e a necessidade de segurança jurídica por meio da racionalização do Direito deram origem à consolidação do Positivismo Jurídico clássico. Após o período das Grandes Guerras buscou-se uma maior preocupação substantivado Direito com o constitucionalismo e a garantia dos direitos fundamentais, surgindo novas teorias jurídicas que buscaram desenvolver o Positivismo Jurídico abrangendo esse novo cenário ou mesmo aplicar mudanças mais profundas desenvolvendo-se teorias consideradas não-positivistas. Hoje uma nova mudança histórica parece demandar novamente uma reformulação das teorias jurídicas: o fortalecimento da globalização e o seu impacto no Direito.

## **2. DA GLOBALIZAÇÃO A UMA NOVA MANEIRA DE PENSAR O DIREITO**

Na década de 60, o filósofo canadense Marshall McLuhan previu que o mundo estava encaminhando-se para o processo que hoje se chama Globalização e que na época ele chamou de Aldeia Global.

McLuhan afirmou que a evolução da tecnologia e a consequente interdependência eletrônica que gerou na sociedade transformou o mundo em um computador, em um cérebro eletrônico. A era da eletricidade permitiu

---

<sup>29</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. p. 25.

tal proximidade entre as pessoas de todas as partes do globo que voltou a dar uma base tribal na vida das pessoas, mas dessa vez em uma escala global<sup>30</sup>.

Na concepção de António Mendonça, a Globalização teria passado por um desenvolvimento histórico de seis fases. A primeira fase corresponde à *Globalização primitiva*, consistindo no período que vai do final do séc. XV até a década de 70. A segunda fase é chamada de *Globalização clássica*, indo até o início da 1ª Guerra Mundial, correspondendo ao surgimento da Economia Global e criação do sistema monetário internacional padrão-ouro<sup>31</sup>.

A terceira fase corresponde ao período entre as duas grandes guerras mundias e é chamada de *Globalização interrompida*. Essa fase é marcada pela regressão do funcionamento dos sistemas e das instituições econômicas internacionais e teve como fato marcante a crise de 1929<sup>32</sup>.

A quarta fase inicia com a vigência do sistema de Bretton-Woods em 1945 e termina com a suspensão da convertibilidade do dólar em 1971, é chamada de *Globalização rival*. Nessa fase se estabelece a dupla lógica de intervenção econômica global com a cisão da economia mundial em dois sistemas econômicos rivais: o sistema de economia de mercado e o sistema de direção central<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup>MCLUHAN, Marshall. **A Galáxia de Gutenberg**: a formação do homem tipográfico. São Paulo: Nacional; USP, 1972. p. 50.

<sup>31</sup>MENDONÇA, António. **Globalização económica, economia global e o papel da CPLP**: uma perspectiva de Cabo Verde. 2005. Disponível em: <<http://www.iseg.utl.pt/aula/cad319/6%20-%20Textos%20de%20apoio/Texto%20de%20apoio%20ao%20ponto%201%20do%20programa/Globalizacao%20economica.pdf>>. Acesso em 17 de julho de 2014. p. 7.

<sup>32</sup>MENDONÇA, António. **Globalização económica, economia global e o papel da CPLP**: uma perspectiva de Cabo Verde. p. 7.

<sup>33</sup>MENDONÇA, António. **Globalização económica, economia global e o papel da CPLP**: uma perspectiva de Cabo Verde. p. 7-8.

A quinta fase é chamada de *Globalização liberal*, indo até 1989 com a queda do muro de Berlim. Essa fase é um prologamento da anterior, ocorrendo um aprofundamento da disputa entre os dois sistemas que termina com a vitória do sistema de economia de mercado<sup>34</sup>.

A sexta e última fase, a que corresponde aos dias atuais, é chamada de *Globalização uniforme*, caracterizada pelo retorno da economia mundial a uma lógica única de integração global. O sistema de economia de mercado torna-se hegemônico, as dinâmicas de integração econômica global sobrepõem-se às lógicas nacionais, o dólar se torna a moeda de referência da integração econômica global e ao mesmo tempo da afirmação da hegemonia americana<sup>35</sup>.

Ulrich Beck define Globalização como "[...] os processos em virtude dos quais os Estados nacionais soberanos se misturam e se sobrepõem mediante atores transnacionais e suas respectivas probabilidades de poder, orientações, identidades e várias treliças."<sup>36</sup>.

A antiga concepção de Estado absolutamente soberano, de fronteiras bem delimitadas, nos quais a comunicação e transporte entre nações era lenta, a cultura era bem diversificada, hoje não corresponde mais a realidade.

O desenvolvimento tecnológico fez com que tanto a comunicação como o transporte evoluísse de forma a tornar tudo muito rápido. Com o telefone, rádio, televisão e internet, a comunicação se torna instantânea e um acontecimento em qualquer parte do mundo é conhecida por todos em

---

<sup>34</sup>MENDONÇA, António. **Globalização económica, economia global e o papel da CPLP: uma perspectiva de Cabo Verde.** p. 8.

<sup>35</sup>MENDONÇA, António. **Globalização económica, economia global e o papel da CPLP: uma perspectiva de Cabo Verde.** p. 8.

<sup>36</sup>BECK, Ulrich. **¿Qué es laGlobalización?:**Falaciasdelglobalismo, respuestas a laglobalización. Barcelona: Paidós, 2008. p. 34.

instantes após o ocorrido, ou até mesmo simultaneamente em transmissões ao vivo.

A internet e os meios de comunicação em tempo real ocasionam a recomposição de rotinas, solidariedades grupais, práticas culturais e expectativas das gerações mais jovens, além de afetar os sistemas de valores, crenças e representações com os quais os indivíduos se orientam e aprendem a pensarem em si e nos outros<sup>37</sup>.

Octavio Ianni destaca que os meios de comunicação são muito eficazes em moldar o imaginário social de todo o mundo. A mídia, cada vez mais acoplada em redes multimídias universais, é a responsável por constituir a realidade e a ilusão da aldeia global<sup>38</sup>.

Com o desenvolvimento dos meios de transporte é possível transportar-se de avião de um ponto para qualquer outro no mundo em menos de 24 horas. Essa nova realidade se reflete em uma maior proximidade das pessoas, o mundo se torna menor, as culturas se mesclam, o globo se torna uma Aldeia Global.

Também a Política e o Direito sofrem grandes mudanças no mundo globalizado. Uma nação só consegue sobreviver se estiver inserida na Economia Global. Buscando-se regular as relações entre Estado, diversos organismos e normas são criados.

Entre os organismos ou organizações internacionais, também conhecidas como instituições multilaterais, destaca-se a Organização das Nações Unidas – ONU, a Organização Mundial do Comércio – OMC; a Organização

---

<sup>37</sup>SAMPAIO, Jorge. A Sociedade em Rede e a Economia do Conhecimento: Portugal numa Perspectiva Global. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). **A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Acção Política**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005. p. 419.

<sup>38</sup>IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 75-76.

Internacional do Trabalho – OIT; a Organização Mundial da Saúde – OMS,  
etc.

No âmbito jurídico, criaram-se diversos tratados internacionais e até mesmo tribunais que possuem jurisdição em diversos países, como o Tribunal Penal Internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Castells se refere à Globalização como Sociedade em Rede, definida pelo autor como

[...] estrutura social baseada em redes operada por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microeletrônica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informações a partir de conhecimento acumulado nos nós dessa rede<sup>39</sup>.

Explica o autor que as novas tecnologias de informação estão integrando o mundo em redes globais de instrumentalidade. A comunicação mediada por computadores gera uma gama enorme de comunidades virtuais<sup>40</sup>.

Outro âmbito que se torna global são os riscos produzidos pelo desenvolvimento tecnológico, caracterizando o que Beck chama de Sociedade de Risco. A modernização dá origem a situações de risco que colocam em perigo a natureza, a saúde, a alimentação, etc<sup>41</sup>.

A produção industrial dá origem à um universalismo dos perigos. As consequências de certos atos não conhecem fronteiras, podendo afetar qualquer pessoa mesmo estando à uma grande distância, em um outro país,

---

<sup>39</sup>CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede:do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). **A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Acção Política**. p. 20.

<sup>40</sup>CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1. p. 57.

<sup>41</sup>BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2002. p. 42.

afeta a todos independentemente de sua classe social, idade, etc., ninguém está protegido<sup>42</sup>.

Beck destaca como o maior exemplo o da era atômica, acidentes de usinas nucleares causam devastações imensas que persistem em uma sua contaminação por anos, além de que se pode espalhar pelo ar e pela água e ser levada para longas distâncias de onde foi causado. Vive-se o risco ainda de uma guerra nuclear, que poderia devastar partes, ou até mesmo o todo, do planeta.

A economia também é sempre um risco, pois está interligada de tal forma que a crise econômica que acontece em um país reflete em todos os demais, como recentemente aconteceu na impactante crise americana de 2008.

Anthony Giddens afirma que na nova economia eletrônica global, os administradores de bancos, empresas, fundos, etc., assim como milhões de investidores, podem transferir vastas quantidades de capitais de um lado para outro no mundo ao clique de um *mouse*, e, ao fazer isso, podem até mesmo desestabilizar economias que pareciam inabaláveis<sup>43</sup>.

Zenildo Bodnar e Paulo Cruz destacam que se vive em uma crise histórica:

A potência destrutiva das armas nucleares, as agressões cada vez mais catastróficas contra o ambiente, o aumento das desigualdades sociais, a explosão dos conflitos étnicos fazem com que o equilíbrio planetário seja cada vez mais precário e, portanto, que se torne mais difícil a conservação da paz em sua definição mais ampla. E agora, temos mais a crise financeira iniciada em 2008, que teima em não ir embora<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup>BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: Hacia una nueva modernidad. p. 42-43.

<sup>43</sup>GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolado**: o que a globalização está fazendo de nós. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 20.

<sup>44</sup>CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 22.

A Globalização também constitui um cenário de relativizações de culturas e instituições que tiveram grande influência na história da humanidade. A religião, o Estado e tantas outras instituições que foram de grande confiança dos indivíduos acabaram sendo responsáveis por grandes conflitos, como por exemplo, as duas Grandes Guerras<sup>45</sup>.

A quebra de confiança nas ideologias e nas instituições predominantes conduziram à uma necessidade de relativização dos valores e da própria cultura. Percebeu-se que a absolutização de uma ideologia pode levar a situações extremas como foi o antissemitismo<sup>46</sup>.

Como destaca Habermas, hoje todos os Estados, culturas e sociedades têm se aproximado tanto por causa do mercado mundial, da comunicação, do tráfico mundial e da tecnologia, que ninguém pode pretender não topar ou chocar com ninguém pelo caminho. Não há escolha: se não se quer recair em guerras tribais agora de tipo atômico, é necessário estabelecer um acordo sobre as regras de convivência equitativa ou justa<sup>47</sup>.

Marcelo Neves disserta que hoje verifica-se uma pluralidade de ordens jurídicas, cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão da identidade (dogmática jurídica). Disso resulta uma diferenciação no interior desse sistema jurídico mundial que não se limita à diferenciação segmentária entre ordens jurídicas estatais com âmbitos territoriais de validade delimitados. Além disso não se trata apenas de uma diferenciação de níveis entre ordem jurídica estatal, supranacional e

---

<sup>45</sup>SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. Critério Ético e Sustentabilidade na Sociedade Pós-Moderna: impacto nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 401-418, set./dez. 2012. p. 403.

<sup>46</sup>SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. Critério Ético e Sustentabilidade na Sociedade Pós-Moderna: impacto nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. p. 403.

<sup>47</sup>HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. Madrid Trotta, 2008. p. 109.

internacional, mas também de uma diferenciação funcional de ordens jurídicas transnacionais desvinculadas, por sua transterritorialidade, do direito estatal<sup>48</sup>.

Essa multiplicidade de ordens não implica isolamento recíproco. As interpenetrações entre elas não são algo novo, a conexão entre o direito internacional clássico e o direito estatal, nos termos do Tratado de Westfália de 1648, seria por meio da incorporação das normas internacionais no direito interno mediante ratificação, assim como a reprodução da ordem jurídica internacional depende da presença de representantes estatais legitimados por essa própria ordem<sup>49</sup>.

O novo, nos entrelaçamentos entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade mundial presente, é a sua relativa independência das formas de intermediação política mediante tratados jurídico-internacionais e legislação estatal. As formas em que ocorrem relacionamentos formais e informais entre atores governamentais e não governamentais multiplicam-se no âmbito do direito<sup>50</sup>.

Nesse cenário, propõe-se um novo desafio às teorias jurídicas, originalmente construídas em cima do ordenamento jurídico estatal. Por mais que mesmo os positivistas jurídicos clássicos já abordassem a questão do direito internacional, a globalização não havia chegado no nível atual. Questões internacionais até pouco tempo eram tratadas à margem do núcleo das teorias, eram pequenos pontos que precisavam ser conciliados dentro da teoria principal focada no país em que era desenvolvida. Atualmente isso não

---

<sup>48</sup>NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 116.

<sup>49</sup>NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 116.

<sup>50</sup>NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 117.

é mais possível, a influência de elementos transnacionais espalhou-se por toda a sociedade de forma profunda.

Assim como a passagem do Positivismo Jurídico clássico para as teorias jurídicas modernas surgiu de uma necessidade de humanização, essa necessidade permanece presente nessa nova passagem. Antes se buscou a proteção interna dos direitos fundamentais previstos em determinada cultura sociojurídica, agora é necessário elevar essa proteção às relações em nível transnacional, conciliando interesses e culturas diversas.

O movimento do constitucionalismo pretendia a garantia dos direitos fundamentais previstos em determinada Constituição, porém, como afirma Neves, o incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado. Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassam fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas. O mesmo ocorreu com a organização do poder, com a questão de como combinar a limitação e o controle do poder com sua eficiência organizacional. O tratamento desses problemas deixou de ser um privilégio do direito constitucional do Estado, passando a ser enfrentado legitimamente por outras ordens jurídicas<sup>51</sup>.

A função promocional do Direito defendida por Norberto Bobbio tendo em vista as transformações do Estado é algo de valor a ser pensado nesse novo contexto. O ordenamento jurídico do Estado nacional na sua forma tradicional soberana é maioritariamente repressivo, coativo. O elemento incentivador do Direito pode ser um elemento que contribua na conciliação entre as diferentes ordens jurídicas e demais elementos transnacionais, ou seja, incentivo de comportamentos para aqueles valores humanos compartilhados entre as

---

<sup>51</sup>NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 121.

nações, todas compostas pelos mesmos seres humanos terrestres. Talvez constitua uma forma mais efetiva do que a simples proibição de comportamentos, mais difícil de conciliar na atual sociedade plural. Além disso, o aspecto promocional do Direito é muito mais humanista do que aspecto repressivo, penalizante, que tem se mostrado, em geral, bastante infrutífero, seja a nível nacional como internacional e transnacional.

A fórmula de Radbruch usada por Alexy também tem sua importância. De fato, só é possível a conciliação caso um limiar de justiça seja respeitado. É difícil imaginar uma cooperação, por exemplo, entre a Alemanha nazista e os Estados democráticos da época. Porém, se cada um quiser impor sua própria visão de justiça conforme suas crenças, opiniões e ideologias não haverá diálogo nem conciliação, estanca-se na estaca zero. É essa uma das grandes críticas feitas ao atual sistema de direitos humanos, baseado em uma construção ocidental que não tem muito que ver com o lado oriental do mundo, dificultando sua consolidação como sistema "universal"<sup>52</sup>. Conciliar as diferentes visões e construir pautas comuns talvez seja o maior desafio de toda essa discussão.

Já Dworkin, quando fala em direitos morais e princípios, pensa no contexto estadunidense. O desafio do contexto global é determinar quais seriam esses direitos morais compartilhados por todos, quais princípios corresponderiam a um padrão de justiça a nível transnacional.

Ferrajoli, por sua vez, constrói sua teoria garantista em cima dos direitos previstos em uma determinada Constituição. No contexto transnacional não há como se pensar em uma Constituição suprema a todos, por isso a importância da questão trazida por Neves da garantia de direitos fundamentais ou humanos que vão além das fronteiras nacionais.

---

<sup>52</sup>Cf. GALTUNG, Johan. **How universal are the human rights?** Berlin: BerghofStiftung, 1984.

Assim, constata-se a necessidade de se dar um passo a mais nas teorias jurídicas. Assim como o Positivismo Jurídico clássico não foi desconsiderado, mas apenas desenvolvido, agora é necessário complementar uma vez mais as teorias jurídicas modernas, levando em consideração a globalização e o entrelaçamento transnacional dos Estados, sociedades e ordenamentos jurídicos, visando sempre uma maior humanização do Direito, agora a um nível transnacional.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O artigo desenvolveu-se demonstrando como os fundamentos das teorias jurídicas foram sendo modificadas conforme o contexto histórico em que foram sendo desenvolvidas. Depois de dois momentos cruciais: o Positivismo Jurídico clássico com o advento do Estado moderno e o as teorias jurídicas modernas (pós-positivismo, neopositivismo, etc.) após o período das Grandes Guerras e o advento do constitucionalismo, surge novamente um momento histórico de mudança de paradigmas. Com o fortalecimento da globalização, resta imprescindível que novas teorias sejam desenvolvidas visando conciliar aquilo que já existe com esse cenário cada vez mais fortalecido.

Ponto fulcral é que o desenvolvimento de teorias jurídicas tenha sempre o humanismo como fundamento e escopo. Assim como as teorias modernas buscaram uma humanização maior do Direito do que o que foi buscado pelo Positivismo Jurídico clássico, agora é necessário pensar essa humanização a nível transnacional.

### **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

BECK, Ulrich. **¿Qué es la Globalización?:** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós, 2008.

\_\_\_\_\_. **La sociedad del riesgo:** Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Barueri: Manole, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria Generale del Diritto.** Torino: Giappichelli, 1993.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede.** 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1.

\_\_\_\_\_. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. *In:* CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). **A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Acção Política.** Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In:* FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GALTUNG, Johan. **How universal are the human rights?** Berlin: BerghofStiftung, 1984.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**: o que a globalização está fazendo de nós. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. Madrid Trotta, 2008.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio do positivismo jurídico à função do direito. *In*: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. Prefácio à edição brasileira.

MCLUHAN, Marshall. **A Galáxia de Gutenberg**: a formação do homem tipográfico. São Paulo: Nacional; USP, 1972.

MENDONÇA, António. **Globalização económica, economia global e o papel da CPLP**: uma perspectiva de Cabo Verde. 2005. Disponível em: <<http://www.iseg.utl.pt/aula/cad319/6%20-%20Textos%20de%20apoio/Texto%20de%20apoio%20ao%20ponto%201%20do%20programa/Globalizacao%20economica.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

SAMPAIO, Jorge. A Sociedade em Rede e a Economia do Conhecimento: Portugal numa Perspectiva Global. *In*: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). **A Sociedade em Rede**: Do Conhecimento à Acção Política. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E  
SUSTENTABILIDADE

4º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da  
globalização"

Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí

Março 2017

SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. Critério Ético e Sustentabilidade na  
Sociedade Pós-Moderna: impacto nas dimensões econômicas, transnacionais  
e jurídicas. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 401-418,  
set./dez. 2012.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 439 f. Tese  
(Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas,  
Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2013.

## **A COMUNICAÇÃO TRANSJUDICIAL COMO FORMA DE ASSEGURAR A ERRADICAÇÃO DA ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA**

**Camile Serraggio Girelli<sup>1</sup>**

**Júlia FragomeniBicca<sup>2</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

Transcorridos exatos 128 anos da assinatura da Lei Áurea, o Brasil ainda convive com as marcas da exploração do trabalho escravo. O que deveria se restringir aos livros de história, ainda hoje é presente na cadeia produtiva nacional. A escravidão contemporânea, infelizmente, é uma realidade presente, tanto na zona rural quanto na zona urbana, sendo uma forma adotada pelos empregadores ávidos por lucros para explorar ao máximo o trabalho humano, expondo seus trabalhadores a condições degradantes, humilhantes e desumanas.

Esculpidos na Carta Magna, dentre tantos outros, os fundamentos da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, bem como os objetivos desta República de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, assim como promover o bem de todos, obrigam o Estado brasileiro a cuidar de seus cidadãos, sofrendo condenações

---

<sup>1</sup>Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo. Cidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. Bolsista PROSUP/CAPES. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Aluna erasmus pela Universidade de Coimbra. Advogada. Mediadora Familiar pelo Centro de Estudos da Família e do Indivíduo. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Endereço eletrônico: camilegirelli@outlook.com.

<sup>2</sup>Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Cidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Endereço eletrônico: jufragomeni@hotmail.com.

internacionais em caso de omissão ou descumprimento dos tratados a que é signatário.

O transjudicialismo surge como uma forma de oxigenação da fundamentação jurídica nacional, quando usado pelos juízes para importar decisões estrangeiras, assim como uma forma de intervenção internacional na soberania nacional, através de recomendações e sanções de Órgãos Internacionais.

## 1. A COMUNICAÇÃO TRANSJUDICIAL

A etimologia do prefixo *trans* origina-se do latim e exprime o significado de "além de", "para além de", também pode significar travessia, deslocamento ou mudança de uma condição para outra. O prefixo *trans* denotaria ainda a capacidade não apenas da justaposição de instituições ou da superação/transposição de espaços territoriais, mas a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas mais satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos.<sup>3</sup>

Para o presente artigo, "transjudicial" assumirá o significado daquele que transpassa, transcende, vai além do sistema jurídico nacional.

Ao que tudo indica, o estudo no instituto "transjudicialismo" teve início a partir da publicação do artigo "A Typology of Transjudicial Communication"<sup>4</sup> (Uma Tipologia da Comunicação Transjudicial), da advogada, cientista e analista norte-americana Anne-Marie Slaughter, no ano de 1994. Para a autora, as "cortes estão conversando umas com as outras em todo o

---

<sup>3</sup>CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. **Direito e transnacionalidade**. Paulo Marcio Cruz, Joana Stelzer (orgs.) 1ª ed. Ano 2009. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 57.

<sup>4</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, 1994, p. 99-139.

mundo"<sup>5</sup>, com isso, ela cogita a possibilidade de comunicação entre cortes de diferentes sistemas jurídicos do mundo todo para que haja diálogo e recepção de experiências de outras jurisdições.

Muito provavelmente seus estudos tenham advindo da ideia de "transnacionalidade", a qual, por sua vez, iniciou da obra originalmente denominada "Transnational Law" (Direito Transnacional<sup>6</sup>), do diplomata, erudito e jurista nova-iorquino, Philip C. Jessup, publicada em 1956. Nesta obra o autor usa o Direito Transnacional "para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem as fronteiras nacionais"<sup>7</sup>, ou seja, compreenderia inúmeras situações ocorrentes na sociedade contemporânea, que transpassam as fronteiras dos Estados nacionais, os quais são decorrentes da heterogeneidade das relações, com inúmera diversidade de sujeitos.

Naturalmente, os estudos de Jessup precisam ser enquadrados em seu tempo, época na qual inexistia internet, as comunicações estavam na aurora da sofisticação e o multilateralismo era uma mera promessa mercantil. De qualquer modo, a visão de Philip Jessup era ampla, tendo tido o mérito de mesclar o Direito internacional público e privado sob inédita terminologia transnacional; incluir atores estatais e não estatais na arena mundial; perquirir o transpasse existente entre as áreas dos negócios e da política; e, preocupar-se tanto com a negociação quanto com o litígio dos negócios jurídicos.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup>"Courts are talking to one another all over the world." SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, 1994, p.99.

<sup>6</sup>JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Tradução: Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura. 1965.

<sup>7</sup>JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Tradução: Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura. 1965, p. 12.

<sup>8</sup>STELZER, Joana. O Fenômeno da Transnacionalização da dimensão jurídica. **Direito e transnacionalidade**. Paulo Marcio Cruz, Joana Stelzer (orgs.) 1ª ed. Ano 2009. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 37.

O transjudicialismo incorpora este conceito e o traz ao judiciário, possibilitando uma abertura dos sistemas jurídicos mundiais para que haja uma comunicação multicultural no âmbito discursivo, a fim de que seus protagonistas, os juízes, possam encontrar nos sistemas estrangeiros legislações, julgados, jurisprudências precedentes que se adequem aos casos pátrios, a fim de suprir lacunas, ou mesmo encontrar inovações para o melhor julgamento dessas demandas.

Ressalta-se que essa prática pode ser adotada pelo magistrado, ou não. Sobre ela não há qualquer regulamentação ou coordenação legislativa, tampouco há qualquer impedimento. Contudo, para que seja possível cogitar essa interação entre diferentes cortes, Slaughter considerou imprescindível a presença de duas variáveis:

Primeiro, analisa-se o pertencimento da corte de recepção ao mesmo sistema judiciário da corte emissora do precedente citado. A esse critério responde a classificação da comunicação horizontal, entre tribunais de igual estatura, como as cortes supremas de dois Estados soberanos, e vertical quando verificada a subordinação hierárquica da corte emissora do precedente à corte receptora. [...] O segundo critério apontado é o da forma de interlocução. Interessa neste passo determinar se há preocupação com a reação da corte envolvida na comunicação transjudicial. [...] Outra situação relevante, denomina-se 'de diálogo misto', é a projeção da jurisprudência nacional sobre um determinado assunto, – o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, por exemplo –, a tribunais de outros Estados, pela via de sua incorporação à jurisprudência de um tribunal supranacional. [...] Assim, o mais ordinário da comunicação transjudicial dar-se-á na forma de monólogos, consistentes em empréstimos constitucionais e na utilização da experiência estrangeira ou internacional como ilustrações úteis ao convencimento acerca da correção da decisão.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup>LUPI, André Lipp Pinto Bastos. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de**

O referido artigo salienta as seguintes vantagens sobre a aplicação do diálogo transjudicial: o 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 internacionais<sup>10</sup>.

No Brasil já podem ser identificadas algumas decisões que aplicam este diálogo. Em uma pesquisa feita por Luiz Magno Pinto Bastos Júnior juntamente com Alini Brunn<sup>11</sup>, foram encontrados 123 acórdãos do Supremo Tribunal Federal em que há referência de legislações ou decisões jurisprudenciais estrangeiras, somando, aproximadamente, 700 referências do gênero de Direito Comparado, sendo que boa parte das decisões têm comocerne a discussão sobre direitos fundamentais.

Segundo Lupi, "por um lado, a referência ao elemento alienígena confere sofisticação e erudição bem aceitas no meio acadêmico e entre os especialistas de forma geral. De outra parte, subjazem a muitas decisões concepções de resistência à menor afetação à soberania nacional."<sup>12</sup>

Com isso, não se pode olvidar que, apesar das possíveis inovações trazidas pela comunicação transjudicial, existam críticas à aplicação de direito estrangeiro ao judiciário pátrio. Associada a esta visão de simplesmente

---

**Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí.**v. 4, nº 3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica), p. 296.

<sup>10</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmon Law Review**, v. 29, 1994, p. 114-122.

<sup>11</sup>BASTOS Jr., Luiz Magno P. BUNN, Alini. Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado. **Relatório Final de Pesquisa do Governo do Estado de Santa Catarina** (art. 170). Florianópolis, 2009.

<sup>12</sup>LUPI, André Lipp Pinto Bastos. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí.**v. 4, nº 3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica), p. 299.

aplicar ou não aplicar o Direito Internacional está a afirmação de que o Direito Internacional parecerá o mesmo em todos os lugares.<sup>13</sup> A crítica da autora diz respeito ao temor de uma possível uniformização do Direito Internacional.

A ideia de que as interações transjudiciais podem culminar na formação de uma comunidade mundial de cortes parte do princípio de que todos os juízes do sistema-mundo estão engajados na mesma tarefa de julgar e resolver conflitos sobre temas que transcendem as fronteiras do Estado nacional. Neste cenário, os precedentes internacionais não deveriam ser meros precedentes, mas autênticas decisões investidas de superior (universal) autoridade persuasiva, que ensejaria uma verdadeira jurisprudência global emergente.<sup>14</sup>

Outra questão suscitada pela doutrina pátria é de que "dizer que o transjudicialismo é um fenômeno ocidental é um truísmo"<sup>15</sup>. Discute-se até que ponto as cortes internacionais, que predominantemente abastecem o transjudicialismo com os seus precedentes, são realmente independentes, de modo que suas interpretações possam ser recepcionadas pelas cortes nacionais do sistema-mundo como expressão dos valores do universalismo ocidental<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup>Associated with this on/off view of the application of international law is the assumption that international law will look much the same everywhere." KNOP, Karen. Here and There: International Law in Domestic Courts. **New York University Journal of International Law & Politics**. v. 32, 1999-2000, p. 503.

<sup>14</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global community of Courts, **Harvard International Law Journal**. v. 44, nº 1, p. 191-219, 2003. Disponível em: <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-nationaluniversity/course-outline/slaughter-2003-a-global-community-of-courts.pdf>. Acesso em agosto de 2016.

<sup>15</sup>PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações Transjudiciais e Transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no Direito Internacional. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, nº 4, 2012, p. 182.

<sup>16</sup>PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações Transjudiciais e Transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no Direito Internacional. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, nº 4, 2012, p. 193.

Essas e outras ressalvas são construtivas para que o diálogo transjudicial possa de fato ser produtivo. A principal delas, ao apreço deste artigo, é a observação dos dois princípios de Direito Internacional: o princípio da integração sistêmica e o princípio da interpretação consistente<sup>17</sup>, os quais são imprescindíveis para uma aplicação proveitosa do instituto do transjudicialismo.

## 2. TRABALHADORES EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À ESCRAVIDÃO

Desde o ano de 1888 o trabalho escravo é terminantemente proibido no Brasil. Sua extinção se deu de forma gradual, mas foi através da Lei Áurea, oficialmente, Lei Imperial nº 3.353<sup>18</sup>, que, sancionada pela Princesa Isabel em 13 de maio do referido ano, foi o diploma legal que extinguiu a escravidão no Brasil.

A Lei Áurea foi precedida pela Lei n.º 2.040<sup>19</sup> (Lei do Ventre Livre), de 28 de setembro de 1871, que libertou todas as crianças nascidas de pais escravos; pela Lei n.º 3.270<sup>20</sup> (Lei Saraiva-Cotegipe), de 28 de setembro de 1885, que

---

<sup>17</sup>Para saber mais sobre os referidos princípios ler: LUPI, André Lipp Pinto Bastos. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí**.v. 4, nº 3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica), p.301-305.

<sup>18</sup>**BRASIL**. Lei do Império nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Disponível em: <https://legislacao.planalto.gov.br/LEGISLA/legislacao.nsf/viwTodos/4B2FAC2B9C137050032569FA0075F1FE?OpenDocument&HIGHLIGHT=1,escravid%E3o>. Acesso em agosto de 2016.

<sup>19</sup>**BRASIL**. Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871. Disponível em: <https://legislacao.planalto.gov.br/LEGISLA/legislacao.nsf/viwTodos/3D0CA15B65F694348325782C00632091?OpenDocument&HIGHLIGHT=1,1871>. Acesso em agosto de 2016.

<sup>20</sup>**BRASIL**. Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66550>. Acesso em agosto de 2016.

regulava "a extinção gradual do elemento servil"; e pela Lei nº 581<sup>21</sup> (Lei Eusébio de Queirós), de 04 de setembro de 1850, que estabeleceu "medidas para a repressão do tráfico de africanos" para o Brasil.

Contudo, o que deveria existir apenas nos relatos da história do país, ainda é vivido por muitos trabalhadores nacionais e estrangeiros na terra *brasilis* em pleno século XXI.

Não raras são as vezes, por maiores que sejam os esforços dos empresários em esconder essa realidade, que nos deparamos com descobertas de fábricas, casas, minas, fazendas, oficinas, construções, plantações e até mesmo containers como locais de exploração de mão de obra escrava nos dias de hoje. Os objetivos dos empregadores, dentre outros, são especialmente dois: a redução dos encargos e responsabilidades trabalhistas e sua conseqüente potencialização dos lucros.

No Brasil, o trabalho escravo não é caracterizado como mera infração trabalhista, é considerado crime contra liberdade pessoal e está tipificado pelo artigo 149 do Código Penal:

Artigo 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena- reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I- cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;  
II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º. A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

---

<sup>21</sup>**BRASIL.** Lei nº 581, de 04 de setembro de 1850. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM581.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM581.htm). Acesso em agosto de 2016.

- I – contra a criança ou adolescente;
- II – por motivo de preconceito de raça, cor etnia, religião ou origem.<sup>22</sup>

São várias as condições a que os trabalhadores são submetidos que caracterizam o trabalho escravo, dentre elas: alojamento precário, falta ou ausência de assistência médica, péssima alimentação, maus tratos e violência/ameaça (seja ela física, moral ou psicológica), falta de saneamento básico e água potável, retenção de salários e/ou de documentos de identificação pessoal (como documento de identidade, passaporte, entre outros), isolamento geográfico ou restrição da liberdade de ir e vir, carga horária de trabalho exaustiva, condições insalubres e perigosas de trabalho, dentre outras.

No ano de 1994, o governo federal brasileiro assumiu a existência do trabalho escravo contemporâneo perante o país e perante a Organização Internacional do Trabalho (OIT), devido ao "Caso José Pereira" ter chegado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Assim, o Brasil se tornou uma das primeiras nações do mundo a reconhecer oficialmente a existência de exploração de mão de obra escrava em seu território.

Quase dez anos depois, precisamente em 2013, o Brasil assinou um acordo de solução amistosa no qual reconheceu sua responsabilidade internacional pela violação de direitos humanos praticada por particulares no "Caso José Pereira",

Os fatos ocorreram quando o Brasil violou a Convenção e a Declaração de Direitos Humanos porque não cumpriu sua obrigação em relação à proteção dos povos que sofrem condições análogas à de escravo e permitiu sua persistência por omissão ou cumplicidade. Especificamente ao caso de José Pereira, que, na época, tinha 17 anos, foi escravizado e teve sua liberdade

---

<sup>22</sup>**BRASIL.** Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em agosto de 2016.

impedida por capangas juntamente com mais de 60 trabalhadores.

[...] O acordo constituiu um marco nas decisões relativas à violação dos direitos humanos no país. Apesar de ser comum este tipo de solução entre os países membros da OEA, o Brasil nunca havia assumido sua responsabilidade nestes termos.<sup>23</sup>

Diante desta condenação, o Brasil comprometeu-se a realizar as seguintes metas:

(I) O reconhecimento público de responsabilidade internacional pelo Estado brasileiro em relação a violação dos Direitos Humanos no caso José Pereira; (II) julgamento e punição dos responsáveis individuais; (III) medidas pecuniárias de reparação para a vítima em questão; (IV) medidas de repressão e prevenção ao trabalho escravo; (V) modificações legislativas; (VI) medidas de fiscalização ao trabalho escravo, fortalecendo o Ministério Público do Trabalho, o Grupo Móvel do MTE, assegurando a punição dos autores dos crimes de trabalho escravo junto ao Poder Judiciário e fortalecendo a Divisão de Representação ao Trabalho Escravo do Departamento da Polícia Federal; (VII) adotar medidas de sensibilização por meio de campanhas; (VIII) finalmente, mecanismos de continuidade com a finalidade de monitorar o cumprimento do presente acordo.<sup>24</sup>

Do ano de 1994 até o ano de 2014, mais de 47 mil trabalhadores foram libertados de situações análogas a de escravidão.<sup>25</sup> Essas estatísticas são fornecidas pelo programa "Escravo, nem pensar!", coordenado pela ONG Repórter Brasil que tem parceria com a Secretaria Especial dos Direitos

---

<sup>23</sup>FIRME, Telma Barros Penna. O Caso José Pereira: a responsabilização do Brasil por violação de Direitos Humanos em relação ao trabalho escravo. **Revista Legislação do Trabalho**. Ano 75, nº 3, março de 2011: São Paulo, p. 354.

<sup>24</sup>FIRME, Telma Barros Penna. O Caso José Pereira: a responsabilização do Brasil por violação de Direitos Humanos em relação ao trabalho escravo. **Revista Legislação do Trabalho**. Ano 75, nº 3, março de 2011: São Paulo, p. 352.

<sup>25</sup>**ESCRAVO NEM PENSAR**. O trabalho escravo no Brasil. Disponível em: <http://escravonempensar.org.br/sobre-o-projeto/o-trabalho-escravo-no-brasil/>. Acesso em agosto de 2016.

Humanos da Presidência da República.

A exploração de trabalho escravo tem sido registrada em todos os estados brasileiros e é empreendida em atividades econômicas desenvolvidas tanto na zona rural; como a pecuária, a mineração, o desmatamento e o reflorestamento, a produção de carvão e os cultivos de cana-de-açúcar, soja e algodão; como em centros urbanos, especialmente na indústria têxtil, construção civil e mercado do sexo.<sup>26</sup>

A partir do acordo entabulado pelo Estado brasileiro e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em razão do Caso José Pereira, inúmeras medidas foram propostas para coibir esse tipo penal, que vai desde o combate ao aliciamento de trabalhadores para as fazendas, incluindo modificações legislativas até medidas de sensibilização contra o trabalho escravo.<sup>27</sup>

Obtida através da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011<sup>28</sup> (Lei de Acesso à Informação), por intermédio do Serviço de Informação ao Cidadão do Ministério do Trabalho e Previdência Social, a quarta edição da "Lista de Transparência sobre Trabalho Escravo Contemporâneo"<sup>29</sup>, usualmente

---

<sup>26</sup>As principais atividades que exploram mão de obra escrava são: 29% pecuária, 25% extração de cana, 8% carvão, 5% desmatamento, 5% construção, 3% reflorestamento, 1% extrativismo, 1% mineração, 1% confecção e indústria têxtil, e 19% outras lavouras. Quando ao nível de escolaridade constatou-se que 33% são analfabetos e 39% só estudaram até a 4ª série do ensino fundamental. Além disso, 95% da mão de obra escrava brasileira é composta por homens. Para ter acesso a esses e outros dados: <http://escravnempensar.org.br/>. Acesso em agosto de 2016.

<sup>27</sup>FIRME, Telma Barros Penna. O Caso José Pereira: a responsabilização do Brasil por violação de Direitos Humanos em relação ao trabalho escravo. **Revista Legislação do Trabalho**. Ano 75, nº 3, março de 2011: São Paulo, p. 355.

<sup>28</sup>**BRASIL**. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em agosto de 2016.

<sup>29</sup>**MINISTÉRIO DO TRABALHO**. Lista de Transparência sobre Trabalho Escravo Contemporâneo. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/06/listadetransparencia4.pdf>. Acesso em agosto de 2016.

conhecida como "Lista suja"<sup>30</sup>, traz os dados de empregadores autuados em todo território nacional em decorrência da caracterização de trabalho análogo ao de escravo e que tiveram decisão administrativa final entre abril de 2014 e abril de 2016.

A lista é detalhada e informa dados dos 349 empregadores flagrados, tais como: ano da autuação, o Estado sede do estabelecimento autuado, o nome comercial do empregador, seu CNPJ, a data final da decisão administrativa de condenação, bem como o número de trabalhadores envolvidos. A divulgação dessa lista tem como objetivo principal a extinção desta prática e a regularização da situação destes trabalhadores, mas também objetiva garantir o direito da sociedade e do setor empresarial à transparência dos dados, fornecendo informação acerca dos casos confirmados de trabalho escravo no país.

Não obstante a isso, com base na chamada "Lista suja", empresas e bancos públicos que assinaram o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo podem negar crédito, empréstimos e contratos para fazendeiros e empresários que usam trabalho análogo ao escravo como uma forma de retaliação pela prática ilegal de tomada de trabalho. Outro ponto positivo da Lista é de que a empresa que foi autuada poderá sofrer grandes processos nos âmbitos trabalhista e penal, correndo risco de, futuramente, não ter capital para quitar empréstimos ou cumprir com seus compromissos com fornecedores e clientes, servindo, portanto, como um instrumento para garantir o controle da situação regular da tomada de serviços, bem como visa garantir a justa e livre concorrência.

Além dessa, outras iniciativas surgem na tentativa de coibir, punir e erradicar a exploração de obra escrava no Brasil. O Instituto Pacto Nacional pela

---

<sup>30</sup>A Lista foi criada no ano de 2003 com o objetivo de divulgar os nomes das empresas que foram autuadas pelo uso do trabalho análogo ao escravo a partir da fiscalização do Ministério do Trabalho, e que tiveram estas autuações confirmadas após um processo administrativo.

Erradicação do Trabalho Escravo (InPACTO), tem o apoio da Organização Internacional do Trabalho e objetiva associar o maior número de empresas para que se comprometam a:

1. reconhecer a legitimidade do Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo – 'Lista Suja' (Portaria Interministerial TEM/SDH nº 2, de 21 de março de 2015);
2. Definir restrições comerciais a pessoas físicas e jurídicas inseridas na 'Lista Suja' que façam parte da cadeia de valor da empresa ou da organização;
3. Promover a regularização das relações de trabalho na cadeia de valor;
4. Apoiar ações voltadas para a qualificação profissional de trabalhadores resgatados e vulneráveis;
5. Apoiar ações de reinserção de trabalhadores resgatados e vulneráveis no mercado de trabalho formal ou em iniciativas empreendedoras, em parceria com entidades públicas e privadas;
6. Promover ações de informação e comunicação visando a prevenção ao trabalho escravo;
7. Apoiar e participar de articulações do InPACTO para promoção de políticas públicas de prevenção e erradicação de trabalho escravo;
8. Sistematizar, divulgar e compartilhar boas práticas para prevenção e erradicação do trabalho escravo;
9. Participar do processo de monitoramento periódico realizado pelo InPACTO;
10. Desenvolver um plano para a implementação dos compromissos assumidos junto ao InPACTO.<sup>31</sup>

A empresa que se associar ao Instituto Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo passa a fazer parte de uma iniciativa reconhecida pela Organização das Nações Unidas, sinaliza seu compromisso e confere maior transparência e legitimidade aos seus negócios, contribui para o estabelecimento de um ciclo virtuoso na cadeia produtiva, entre outras vantagens.

Não obstante todos esses esforços governamentais e não governamentais, ainda há empresas que optam pela prática desta exploração. Sendo as leis

---

<sup>31</sup>**Instituto Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo – InPACTO. Disponível em:** <http://www.inpacto.org.br/>. Acesso em agosto de 2016.

pátrias, ou até mesmo, por vezes, o poder judiciário nacional pouco eficaz na punição dessas empresas, de que forma os direitos fundamentais desses trabalhadores poderiam ser assegurados?

### **3. A COMUNICAÇÃO TRANSJUDICIAL COMO FORMA DE ASSEGURAR A ERRADICAÇÃO DA ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA**

É possível cogitar duas hipóteses para a solução deste impasse.

Primeiro, caso as leis pátrias sejam brandas, pouco eficazes ou mesmo ineficazes, no processamento e condenação de determinado caso, poderá haver o processamento e a posterior condenação do próprio país por Cortes Internacionais<sup>32</sup> de forma vertical<sup>33</sup>.

Como foi o caso ocorrido, por exemplo, no presente ano, em que no dia 18 de fevereiro, em São José, na Costa Rica, com o primeiro Julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos<sup>34</sup> (OEA) sobre trabalho escravo. O julgamento do caso 12.066 analisou o tráfico de pessoas para fins de exploração forçada e o caso de 343 trabalhadores nacionais e estrangeiros que eram mantidos em condições análogas à escravidão na Fazenda Brasil Verde no estado do Pará/BR entre os anos de 1988 até 2000. Este julgamento ocorreu porque,

---

<sup>32</sup>Para mais informações acerca dos sistemas de proteção aos Direitos Humanos no Brasil ver: NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. Os Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos e o Brasil: da participação no sistema global ao (des)cumprimento na esfera regional **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijuí, ano 1, n. 1, jan./jun. • 2013 Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Unijuí, p. 250.-280.

<sup>33</sup>A comunicação vertical assume lugar entre cortes nacionais e supranacionais. A forma mais desenvolvida desta comunicação surgiu no âmbito de um tratado que estabelece um tribunal supranacional que tem competência especializada que se sobrepõe à competência dos tribunais nacionais". Tradução livre. SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmon Law Review**, v. 29, 1994, p. 106.

<sup>34</sup>**ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2015/045.asp>. Acesso em agosto de 2016.

mesmo após a descoberta das condições de trabalho escravo e a libertação dos trabalhadores, os empregadores não foram responsabilizados em ação penal, apenas foram acionados judicialmente no ano de 1997, tendo sido arguido conflito de competência, o que arrastou o processo por anos no judiciário até que foi declarada sua prescrição. Diante disso, os trabalhadores não receberam qualquer reparação cível pelos danos sofridos, nem mesmo o ressarcimento de seus direitos trabalhistas.

O processo ainda está em andamento; embora não haja subordinação do judiciário brasileiro às Cortes Internacionais, assim como suas decisões não se incorporam necessariamente ao ordenamento jurídico nacional, tampouco são dotadas de imposição que impeçam julgamentos contrários pelas Cortes Nacionais<sup>35</sup>, salvo nos casos do Pacto de São José da Costa Rica<sup>36</sup>, da Convenção de Viena<sup>37</sup> e da jurisprudência da Corte Interamericana<sup>38</sup>, as quais obrigam os Estados signatários (como o Brasil) ao cumprimento das suas decisões pelos três poderes – executivo, legislativo e judiciário<sup>39</sup>; sendo

---

<sup>35</sup>**CÂMARA DOS DEPUTADOS.** Projeto de Lei nº 4.667/04: Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e dá outras providências. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273650>. Acesso em agosto de 2016.

<sup>36</sup>**CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.** Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em setembro de 2016.

<sup>37</sup>**PLANALTO FEDERAL** Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em setembro de 2016.

<sup>38</sup>**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>. Acesso em setembro de 2016.

<sup>39</sup>Os sistemas de proteção dos direitos humanos podem ser acionados, em caso de violação dos direitos humanos, na esfera universal ou regional. A Organização das Nações Unidas, por meio do Conselho de Direitos Humanos, representa o sistema universal de proteção. Já na esfera regional, encontram-se os sistemas europeu, americano e africano. O Brasil faz parte do sistema americano de proteção aos direitos humanos, sendo Estado-membro da Organização dos Estados Americanos e tendo assinado a Convenção Americana de Direitos

assim, a Corte poderá condenar o governo brasileiro a ressarcir os trabalhadores e adotar medidas e leis para prevenir casos como esses, assim como ocorreu em dois casos emblemáticos: caso Damião Ximenes Lopes<sup>40</sup> e caso Maria da Penha Fernandes<sup>42</sup>.

---

Humanos em 1992, e reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos apenas em 1998. Desde então, o Brasil deve cumprir com as decisões oriundas dos órgãos que compõem o sistema interamericano: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a citada Corte. ALGAYER, Kélin Kássia. NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. **O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: considerações e condenações**. Espaço Jurídico: Joaçaba, v. 13, n. 2, p. 211-226, jul./dez. 2012.

<sup>40</sup>O caso Damião Ximenes Lopes trata-se do primeiro caso relacionado ao Brasil julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. [...]. Neste caso a Corte condenou o Brasil pela morte violenta de Damião, ocorrida em 04 de outubro de 1999, nas dependências da Casa de Repouso Guararapes, em Sobral no Ceará. Na sua denúncia apresentada à Corte, a CIDH referiu-se às condições desumanas e degradantes às quais Damião teria sido submetido durante sua internação na referida instituição, que era creditada no Sistema Único de Saúde (SUS) do governo brasileiro. Supostamente por causa dos maus tratos sofridos Damião faleceu enquanto internado para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso. [...] Por unanimidade, a Corte decidiu que o Estado deve: a) garantir a celeridade da justiça para investigar e sancionar os responsáveis pela tortura e morte de Damião; b) continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para os profissionais vinculados ao atendimento de saúde mental; c) pagar indenização como medida de reparação à família de Damião; d) publicar a sentença no Diário Oficial ou em jornal de circulação nacional". CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. **Segundo Congresso da Sociedade Latino-americana de Direito Internacional**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 06, nº 61, agosto de 2012, p. 116.

<sup>41</sup>**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas. Serie C. Nº 149. Sentença de 04 de julho de 2006.

<sup>42</sup> O caso 12.051, que deu ensejo à conhecida Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), também foi resultado de condenação da Corte Internacional de Direitos Humanos. Em 20 de agosto de 1998, a CIDH recebeu denúncia apresentada pela própria vítima, através do Centro de Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). A denúncia alegou tolerância por parte do Brasil para com a violência cometida durante o matrimônio pelo marido da vítima em seu próprio domicílio na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará. Foram várias agressões e duas tentativas de homicídio. Da primeira tentativa a vítima foi acometida por paraplegia irreversível e na segunda seu então cônjuge tentou eletrocutá-la enquanto tomava banho. O marido de Maria protagonizou o exemplo mais acabado da permissividade das leis, da debilidade do sistema judiciário e da força do machismo. As tentativas de homicídio ocorreram em 1983. A sentença de prisão só saiu em 1991. Em razão de recursos judiciais, nem sequer chegou a ser preso. A condenação decidida pelo júri foi anulada por supostas falhas no processo. Em 1996, ele voltou a ser julgado e condenado. Uma vez mais, as apelações o mantiveram livre, como se jamais houvesse perpetrado crime nenhum. Somente no ano de 2002, 19 anos e meio após os atos violentos é que o agressor foi preso. **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Caso Maria da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em agosto de 2016.

Outra hipótese é quando o próprio magistrado, ao apreciar o caso, sente a necessidade de complementar seu âmbito discursivo, na prática da fundamentação de sua decisão. Neste momento, poderá fazê-lo usando a comunicação vertical (aquela em que faz referências a Cortes supranacionais com hierarquia diferente da sua), ou usando a comunicação horizontal<sup>43</sup> (aquela em que faz referência a Cortes com o mesmo grau de hierarquia que a sua, tanto nacional como supranacional).

Em ambas as condições de diálogo, o magistrado importa conteúdo estrangeiro e aplica decisões, Tratados ou Declarações que podem ser mais adequadas do que as opções oferecidas pela legislação nacional.

Um exemplo de utilização de sentença estrangeira para embasamento em processo julgado pela Suprema Corte Nacional em processo sobre trabalho escavo é o julgamento do Recurso Extraordinário 459510 MT, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado recentemente, em 26 de novembro de 2015, publicado no dia 12 de abril do corrente ano, cuja ementa é a seguinte:

Ementa Recurso extraordinário. Constitucional. Penal. Processual Penal. Competência. Redução a condição análoga à de escravo. Conduta tipificada no art. 149 do Código Penal. Crime contra a organização do trabalho. Competência da Justiça Federal. Artigo 109, inciso VI, da Constituição Federal. Conhecimento e provimento do recurso. 1. O bem jurídico objeto de tutela pelo art. 149 do Código Penal vai além da liberdade individual, já que a prática da conduta em questão acaba por vilipendiar outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente como a dignidade da pessoa humana, os direitos trabalhistas e previdenciários, indistintamente considerados. 2. A referida conduta acaba por frustrar os direitos assegurados pela lei trabalhista, atingindo, sobretudo, a organização do trabalho, que visa exatamente a consubstanciar o sistema social trazido pela Constituição Federal em seus arts. 7º e 8º, em conjunto com os postulados do art. 5º, cujo escopo,

---

<sup>43</sup>SLAUGHTER, Anne-Marie. A Tipology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, 1994, p. 103.

evidentemente, é proteger o trabalhador em todos os sentidos, evitando a usurpação de sua força de trabalho de forma vil. 3. É dever do Estado (lato sensu) proteger a atividade laboral do trabalhador por meio de sua organização social e trabalhista, bem como zelar pelo respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III). 4. A conjugação harmoniosa dessas circunstâncias se mostra hábil para atrair para a competência da Justiça Federal (CF, art. 109, inciso VI) o processamento e o julgamento do feito. 5. Recurso extraordinário do qual se conhece e ao qual se dá provimento.<sup>44</sup>

Em sua fundamentação, o Ministro Dias Toffoli cita a decisão estrangeira: *Brown vs. Board of Education*, 195 da Suprema Corte norte-americana que julgou caso de segregação racial no ano de 1954<sup>45</sup>, nos seguintes termos:

A "escravidão moderna" é muito sutil. Parafraseando célebre decisão da Suprema Corte norte-americana (*Brown v. Board of Education*, 1954), na abordagem dessa mazela, não podemos voltar os nossos relógios para 1940, quando foi aprovada a parte especial do Código Penal, ou mesmo para 1888, quando a escravidão foi abolida no Brasil.

Antes do viés trabalhista da questão, emerge a problemática atinente à ofensa a direitos humanos ou, como bem assentado pelo Ministro Joaquim Barbosa em seu voto-vista, à dignidade da pessoa humana.<sup>46</sup>

Outro exemplo de utilização de elemento estrangeiro para fundamentação em processo pátrio é o julgamento do Inquérito nº 2.131 do Distrito Federal pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, julgado em

---

<sup>44</sup>**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** Recurso Extraordinário 459.510 Mato Grosso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10710211>. Acesso em agosto de 2016.

<sup>45</sup>**THE SUPREME COURT.** *Brown v. Board of Education* (1954). Disponível em: [http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/rights/landmark\\_brown.html](http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/rights/landmark_brown.html). Acesso em agosto de 2016.

<sup>46</sup>**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** Recurso Extraordinário 459.510 Mato Grosso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10710211>. Acesso em agosto de 2016. p. 52.

23 de fevereiro de 2012, publicado no dia 07 de agosto de 2012, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA: INQUÉRITO. DENÚNCIA. ALICIAMENTO DETRABALHADORES (ART. 207, § 1º, CP). FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO PELA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA MAJORADO (ART. 203, § 1º, I, E § 2º, CP). REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO (ART. 149). INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. JÚIZO DE PROBABILIDADE CONFIGURADO. DENÚNCIA RECEBIDA.

1. O art. 395 do CPP só permite a rejeição da denúncia quando for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou, ainda, faltar justa causa para o exercício da ação penal, situações que não se configuram na hipótese.
2. A persecução penal relativa à suposta prática dos crimes previstos nos arts. 207, § 1º (aliciamento de trabalhadores), 203, § 1º, I, e § 2º (frustração de direito assegurado pela legislação trabalhista majorado), e 149 (redução a condição análoga à de escravo) do Código Penal, independe do prévio desfecho dos processos trabalhistas em curso, ante a independência de instâncias.
3. A orientação jurisprudencial relativa ao delito de sonegação tributária é inaplicável à situação, porquanto a redução ou supressão do tributo é elemento típico do crime do art. 1º da Lei nº 8.137/90, o mesmo ocorrendo com relação aos delitos apontados na denúncia.
4. Os argumentos de fato suscitados pelo denunciado, como atemporalidade do vínculo de trabalho, a inexistência da servidão por dívida ou de qualquer coação, dentre outros, não merecem análise nestas sede de cognição sumária, que se limita a apurar a existência de justa causa, esta configurada pelas inúmeras provas colhidas pelo Ministério Público Federal.
5. Os elementos de prova acostados à denúncia são capazes de conduzir a um juízo de probabilidade a respeito da ocorrência do fato típico, antijurídico e culpável, bem como de sua autoria.
6. Denúncia recebida.

Em sua fundamentação, o Ministra Relatora traz o conceito de escravidão oriundo do Tratado de Roma, trabalhado por Luiz Guilherme Belisário:

Como ressalta Luiz Guilherme Belisário, o único instrumento internacional a conceituar a escravidão é o Tratado de Roma, ao estatuir, no seu art. 7º, que "por escravidão entende-se o exercício de alguns ou de todos os atributos do direito de propriedade sobre um indivíduo, incluindo o exercício desses atributos no tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças".<sup>47</sup>

No âmbito de um mundo globalizado, a existência de um diálogo entre as ordens jurídicas internas e internacionais, e o reconhecimento da harmonização entre os ordenamentos dos Estados são demandas prioritárias.<sup>48</sup> Assim, há uma premente necessidade de interação entre Cortes para que haja o fortalecimento do sistema pátrio nacional, bem como a integração entre sistemas jurídicos distintos. Diante disso, é possível notar a aceitação da prática de transjudicialismo pelas Cortes nacionais, principalmente pela magna Corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal que, ao fazer uso deste instrumento, encoraja as Cortes de instância inferior a enriquecerem o judiciário nacional com elementos estrangeiros assegurando, assim, a plenitude dos direitos de seu povo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pretendeu demonstrar que o transjudicialismo não se propõe a uma uniformização imperialista e ocidental do Direito Internacional, mas sim, propõe a abertura de um diálogo entre Cortes, como definiu a precursora do conceito, Anne-Marie. O transjudicialismo se propõe à mediação de pressões sobre o ordenamento pátrio, dando ao intérprete

---

<sup>47</sup>**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** Inquérito 2.131 Distrito Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2495793>. Acesso em setembro de 2016, p. 31.

<sup>48</sup>PIUCCO, Micheli. NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. O Controle de Convencionalidade no Ordenamento Jurídico brasileiro. **Políticas públicas no Constitucionalismo Contemporâneo VII** [livro eletrônico] / Marli Marlene Moraes da Costa, Mônica Clarissa Hennig Leal, Organizadoras. – Porto Alegre: Imprensa Livre, 2015. p. 244.

nacional, o juiz, liberdade para inserir a norma estrangeira em sua fundamentação, bem como a possibilidade de Cortes internacionais intervirem no sistema jurídico nacional quando este não for o suficiente para assegurar os compromissos assumidos em Tratados e Declarações Internacionais a que for signatário.

Além disso, através de exemplos concretos, demonstrou-se que o Brasil tem sido condenado por Cortes internacionais, assim como tem feito uso de conceitos e sentenças estrangeiras para dar efetividade e ludicidade às suas decisões.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ALGAYER, Kelin Kássia. NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. **O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: considerações e condenações.** Espaço Jurídico: Joaçaba, v. 13, n. 2, p. 211-226, jul./dez. 2012.

PIUCCO, Micheli. NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. O Controle de Convencionalidade no Ordenamento Jurídico brasileiro. **Políticas públicas no Constitucionalismo Contemporâneo VII** [livro eletrônico] / Marli Marlene Moraes da Costa, Mônica Clarissa Hennig Leal, Organizadoras. – Porto Alegre: Imprensa Livre, 2015.

CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. **Segundo Congresso da Sociedade Latino-americana de Direito Internacional.** R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 06, nº 61, agosto de 2012, p. 116.

NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. Os Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos e o Brasil: da participação no sistema global ao (des)cumprimento na esfera regional **Revista Direitos Humanos e Democracia.** Editora

Unijuí, ano 1, n. 1, jan./jun. • 2013 Programa de Pós-Graduação Stricto  
Sensu em Direito da Unijuí, p. 250.-280.

CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a  
emergência do Estado e do Direito Transnacionais.** Direito e  
transnacionalidade. Paulo Marcio Cruz, Joana Stelzer (orgs.) 1ª ed. Ano 2009.  
1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional.** Tradução: Carlos Ramires Pinheiro  
da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura. 1965.

STELZER, Joana. **O Fenômeno da Transnacionalização da dimensão  
jurídica.** Direito e transnacionalidade. Paulo Marcio Cruz, Joana Stelzer  
(orgs.) 1ª ed. Ano 2009. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 37.

BASTOS Jr., Luiz Magno P. BUNN, Alini. **Abertura e diálogo entre as cortes  
constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do  
argumento de direito comparado.** Relatório Final de Pesquisa do Governo  
do Estado de Santa Catarina (art. 170). Florianópolis, 2009.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A Global community of Courts,** Harvard  
International Law Journal. v. 44, nº 1, p. 191-219, 2003. Disponível em:  
[https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-  
fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-  
outline/slaughter-2003-a-global-community-of-courts.pdf](https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/slaughter-2003-a-global-community-of-courts.pdf).

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Interações Transjudiciais e  
Transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no Direito  
Internacional.** Revista de Direito Internacional. Brasília, v. 9, nº 4, 2012.

LUPI, André Lipp Pinto Bastos. **O transjudicialismo e as cortes  
brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas.** Revista  
Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em  
Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí. v. 4, nº 3, 3º quadrimestre de 2009.

Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica).

BRASIL. **Lei do Império nº 3.353, de 13 de maio de 1888**. Disponível em:

<https://legislacao.planalto.gov.br/LEGISLA/Legislacao.nsf/viwTodos/4B2FAC2B9C137050032569FA0075F1FE?OpenDocument&HIGHLIGHT=1,escravid%E3o>

BRASIL. **Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871**. Disponível em:

<https://legislacao.planalto.gov.br/LEGISLA/Legislacao.nsf/viwTodos/3D0CA15B65F694348325782C00632091?OpenDocument&HIGHLIGHT=1,1871>.

BRASIL. **Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885**. Disponível em:

<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66550>.

BRASIL. **Lei nº 581, de 04 de setembro de 1850**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM581.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM581.htm).

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm).

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm).

ES CRAVO NEM PENSAR. **O trabalho escravo no Brasil**. Disponível em:

<http://escravnempensar.org.br/sobre-o-projeto/o-trabalho-escravo-no-brasil/>.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. **Lista de Transparência sobre Trabalho**

**Escravo Contemporâneo**. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/06/listadetransparencia4.pdf>.

INSTITUTO PACTO NACIONAL PELA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO.

Disponível em: <http://www.inpacto.org.br/>.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A Typology of Transjudicial Communication**. University of Richmond Law Review, v. 29, 1994.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em:  
<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2015/045.asp>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 4.667/04**. Disponível em  
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273650>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas**. Serie C. Nº 149. Sentença de 04 de julho de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Maria da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil**. Disponível em:  
<https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A Typology of Transjudicial Communication**. University of Richmond Law Review, v. 29, 1994.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 459.510 Mato Grosso**. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10710211>.

THE SUPREME COURT. **Brown v. Board of Education** (1954). Disponível em:  
[http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/rights/landmark\\_brown.html](http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/rights/landmark_brown.html).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 459.510 Mato Grosso**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10710211>.

## **ASPECTOS DESTACADOS DA INTERDISCIPLINARIDADE E DO PRAGMATISMO JURÍDICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Juliete Ruana Mafra Granado<sup>1</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

A Ciência Jurídica, como produto artificial, tem passado ao longo da história por profundas transformações no ímpeto de fornecer respostas adequadas aos anseios sociais.

Neste processo de transformação, a Ciência Jurídica foi marcada pela fixação paradigmática de modelos científicos, os quais serviram de base teórica para o seu desenvolvimento.

No entanto, percebe-se que em determinado momento histórico ocorre a ruptura no modelo teórico, por não mais atender as expectativas da comunidade científica.

Especificamente, a Ciência Jurídica passou pela superação do modelo teórico do jusnaturalismo ao positivismo jurídico, que por sua vez se aponta em crise paradigmática, o que segundo parte dos juristas encaminha a Ciência Jurídica para a construção de um novo horizonte na Teoria do Direito.

Neste contexto, as teorias pós-positivistas surgem como propostas críticas ao modelo teórico predominante, os quais defendem o superamento dos pontos de discussão e problemas hoje encontrados no Direito. A ideia é chegar numa

---

<sup>1</sup>Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Advogada. Bolsista do PROSUP – CAPES. Bacharel pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: julietemafra@univali.br.

nova Teoria do Direito que transpasse, atualmente, os institutos do positivismo para a fixação dum novo paradigma à teoria da decisão judicial.

Assim, a presente pesquisa analisará o Pragmatismo Jurídico, uma das principais teorias pós-positivistas em estudo pela atualidade, e sua relação com a Interdisciplinaridade do Direito. Portanto, o objeto da presente pesquisa é a compreensão acerca da corrente pragmática no sistema jurídico brasileiro, bem como as ingerências que o Pragmatismo considera que o fenômeno jurídico possa realizar com as demais ciências. O objetivo geral é entender, em aspectos gerais, a Teoria Pragmática no curso da evolução da Ciência Jurídica e analisar se o Direito sofre conexões com outras disciplinas na contemporaneidade para a articulação das razões de justificação da decisão judicial, principalmente, no que tange do Supremo Tribunal Federal- STF. Os objetivos específicos são: a) investigar a (im) possibilidade da Interdisciplinaridade e o Direito; b) compreender a Teoria Pragmática Jurídica; c) analisar decisões destacadas do Supremo Tribunal Federal- STF que demonstram a influência da Teoria Pragmática Jurídica.

No que diz respeito ao desenvolvimento da pesquisa, o artigo está dividido em três momentos: no primeiro se fez uma análise sobre a Teoria do Pragmatismo Jurídico; o segundo fez considerações acerca da Interdisciplinaridade da Ciência Jurídica. Por fim, o terceiro momento da pesquisa se destina aos aspectos interdisciplinaridade e do pragmatismo jurídico em decisões destacadas do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à **Metodologia**, foi utilizada a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa, compreende o método cartesiano quanto à coleta de dados e no relatório final o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

## 1. A INTERDISCIPLINARIDADE DO DIREITO

A interdisciplinaridade é fruto da possibilidade de abertura do sistema jurídico para compreender a teoria da norma jurídica pela perspectiva de análise aos fatores externos ao Direito.

De acordo com Posner, "a progressiva dissolução das fronteiras entre as diferentes áreas do conhecimento é uma tendência cada vez mais forte no campo da pesquisa acadêmica em geral"<sup>2</sup>. Ora, os "pensadores do direito precisam prestar mais atenção aos fatos e a outras considerações práticas e empíricas relacionadas a políticas legais. Esse *insight* impulsionou o crescimento de estudos interdisciplinares do direito"<sup>3</sup>.

Para se chegar na aplicação do direito, é indispensável compreender a norma jurídica. "Quando o estudioso não pergunta simplesmente 'o que prevê a lei?', mas deseja analisar sua finalidade e estrutura, deve realizar estudos comparativos e utilizar elementos de outras disciplinas" DimitriDimoulis<sup>4</sup>.

Em conferência proferida sobre o *interdisciplinarityandpragmatism*, George Browne considera que "o direito é substancialmente um fenômeno cultural, cuja origem, por conseguinte, se encontra na própria história"<sup>5</sup>.

Portanto, a formação da norma e a conseqüente origem do direito, como fenômeno cultural, decorre da análise das disciplinas externas.

---

<sup>2</sup>POSNER, Richard Allen. Para além do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 496.

<sup>3</sup>POSNER, Richard Allen. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 245.

<sup>4</sup>DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2015. p. 38- 39.

<sup>5</sup>BROWNE, George. Interdisciplinaridade e pragmatismo. In: **Revista Caderno de Relações Internacionais**, vol. 5, nº 8, jan-jun. 2014. p. 129.

Segundo Ferraz Jr.<sup>6</sup>, houve uma "[...] tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana". Por isso, ganha-se robustez no "[...] momento em que a ciência jurídica percebe seu objeto (direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado".

Nesta mesma perspectiva, Habermas afirma que "o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas de direito"<sup>7</sup>.

Como anuncia Dworkin, "os juízes devem usar a aritmética para decidir que obrigações jurídicas as pessoas têm, ainda que, pelo menos da maneira como a maioria de nós fala, as regras de aritmética não sejam regras jurídicas"<sup>8</sup>.

Entretanto, indaga-se: quando se fala da análise interdisciplinar do Direito na decisão judicial, existe essa possibilidade de verificação dos fatores externos?

Na pós-modernidade e num cenário de complexas relações sociais, marcados pela era da velocidade, não é possível restringir os padrões que influenciam o magistrado a uma moldura fechada, que desconsidera a realidade social que se encontra a sua volta.

Ora, os estudos interdisciplinares possibilitaram ressaltar as limitações que há no saber profissional. O treinamento e a experiência em direito dão aos juristas um conjunto de ferramentas essencialmente casuísticas e uma percepção das doutrinas jurídica, mas não as ferramentas de que necessitam

---

<sup>6</sup>FERRAZJR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. p. 223.

<sup>7</sup>HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 287.

<sup>8</sup>DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 330.

para compreender as consequências sociais do direito"<sup>9</sup>.

A "[...] economia, história, psicologia, epistemologia e empirismo quantitativo – guardem pouca relação umas com as outras. Veremos, contudo, que elas se sobrepõem e se misturam", assim possibilitam compreender a possibilidade da teoria do direito como campo unificado da ciência social<sup>10</sup>.

Afirma DimitriDimoulis<sup>11</sup>, que "As características fronteiriças da teoria do direito impõem uma abordagem interdisciplinar e comparativa que permite a crítica (e autocrítica). Dá-se ênfase a elementos problemáticos, pesquisando as funções latentes do direito e suas mudanças no tempo e no espaço".

A interdisciplinaridade pressupõe uma abertura por parte do jurista que deve estar suscetível às influências de novos ramos do saber. Ademais, a visão interdisciplinar reflete a tendência de mudança de paradigmas na interpretação do Direito, passando da ótica positivista restrita e fechada para uma concepção fenomenológica que impõe mais atitude ao hermenauta<sup>12</sup>.

## 2. O PRAGMATISMO JURÍDICO

O pragmatismo jurídico se afigura numa corrente explicativa do fenômeno

---

<sup>9</sup>POSNER, Richard Allen. Para além do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 95-96.

<sup>10</sup>POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. XXVII.

<sup>11</sup>DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2015. p. 38- 39.

<sup>12</sup>BRAGA, Tiago Musser dos Santos; CASTRO, José Ricardo Parreira de. Contribuições de uma abordagem interdisciplinar do Direito nas decisões do Supremo Tribunal Federal: O caso do Mandado de Segurança 31816. In: Publica Direito.

jurídico. No entanto, destaca George Browne Rego<sup>13</sup> que "Não é uma tarefa fácil determinar historicamente qual foi o primeiro pensador a cogitar do método pragmático e dos pressupostos lógicos que lhe deram sustentação".

Neste ponto, assinala Richard Allen Posner<sup>14</sup> que "O tom pragmático começou a assumir uma forma filosófica com os filósofos pré-socráticos e uma forma demótica na prática da democracia ateniense [...]".

Os autores pragmáticos não estão assentados sobre uma mesma base filosófica. Alerta Carla Faralli<sup>15</sup> que "Em posições opostas no plano político encontram-se os expoentes da análise econômica do direito, que, por um lado, reconhecem o utilitarismo de Bentham e Mill como seu ancestral distante. Outros, por outro lado, que se denominam como provenientes do pragmatismo jurídico americano" representado sobretudo pela 'engenharia social' de Roscoe Pound e pelos realistas, nos quais reprovam, porém, a ausência de um bom método de análise econômica"<sup>16</sup>.

Ainda, há os autores que "[...] mesmo não sendo propriamente pragmáticos, a exemplo de Hume e Quine preocuparam-se com a problemática do dualismo e desenvolveram concepções lógicas bastante semelhantes às do pragmatismo", como consigna George Browne Rego<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup>BROWNE REGO, George. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de benjaminnathancardozo. In: **Revista Duc In Altum**- Caderno de Direito, vol. 1, nº 1, jan.-dez. 2009. p. 42.

<sup>14</sup>POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 22.

<sup>15</sup>FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 35-37.

<sup>16</sup>FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 35-37.

<sup>17</sup>BROWNE REGO, George. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de benjaminnathancardozo. In: **Revista Duc In Altum**- Caderno de Direito, vol. 1, nº 1, jan.-dez. 2009. p. 42.

O princípio advindo de John Stuart Mill, defensor do utilitarismo que se demonstra na teoria ética desenvolvida pelo seu antecessor Jeremy Bentham, auxilia na visão que ao Estado não convém punir ou reprimir as ideias pessoais ou os comportamentos que não causem danos a terceiros; a intervenção mínima assim como o favorecimento da igualdade de oportunidades e das medidas econômicas que o Estado deve tomar para garanti-la<sup>18</sup>.

O positivismo sociológico, por sua vez, buscou acentuar o papel criativo inerente à atividade judicial e o alcance da finalidade social, em que o magistrado cumpra papel político na sociedade. Segundo Roscoe Pound, o juiz é um engenheiro social, vez que não lhe cabe apenas aplicar regras aos casos concretos, mas sim a função de projetar soluções jurídicas capazes de promover a melhoria da ordem econômica e social<sup>19</sup>.

Como auxílio das contribuições de Charles Sanders Peirce, informa George Browne Rego<sup>20</sup> que "Parece mais prudente que se procure identificar a origem dessa lógica no berço da tradição pragmática americana que teve o seu ponto de partida no século XIX, através do chamado Clube Metafísico de Boston".

Assim, a premissa fundamental da filosofia pragmática consiste em que seu método rejeita toda maneira de dualismos a qual têm permeado o

---

<sup>18</sup>MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Coimbra: Edições 70, 2010. p. 196.

<sup>19</sup>POUND, Roscoe. **An Introduction to The Philosophy Of Law**. Indianapolis: Liberty Fund. Inc., 1960. p. 31. Disponível em < [http://files3.amazonaws.com/titles/2222/Pound\\_1502\\_EBK\\_v6.0.pdf](http://files3.amazonaws.com/titles/2222/Pound_1502_EBK_v6.0.pdf) >. Acesso em ago. 2016.

<sup>20</sup>Charles Sanders Peirce vai formular sua concepção pragmática, partindo do suposto de que os paradigmas da lógica aristotélica como instância racional autônoma e ordenadora do conhecimento humano já não mais davam conta dos requerimentos que essas novas teorias impunham à compreensão e ao exercício da ciência moderna. O processo cognoscitivo sofre agora, com Peirce, uma reversão. A teoria submete-se à prática e a ação torna-se tão importante quanto à reflexão, sem que isso, propriamente, implique numa desvalorização das ideias e da própria teoria. Ao revés, elas se tornam vivas, palpitantes e funcionais". BROWNE REGO, George. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de benjaminthancardozo. In: **Revista Duc In Altum**- Caderno de Direito, vol. 1, nº 1, jan.-dez. 2009. p. 42.

pensamento filosófico ao longo da história. A crítica pragmática está assentada, por seu turno, no pressuposto de que o conhecimento tem um caráter orgânico e inclusivo, logo, seu desenvolvimento se processa inserido na perspectiva contextual e funcionalizada. Isto é, as distinções que venham a ocorrer e os propósitos que se pretende atingir no curso das ações praticadas são condicionados ao interior de cada situação, envolvendo os indivíduos e o meio ambiente<sup>21</sup>.

Dentre os precursores da Teoria Pragmática do Direito estão Ronald Coase e Guido Calabresi que propõe uma teoria jurídica combinando ética normativa liberal com a filosofia pragmática e um método de análise econômica<sup>22</sup>.

A partir destas premissas, o juiz federal Richard Posner (n. 1939)<sup>23</sup>, professor da Universidade de Chicago, tornou-se o principal expoente do movimento da Teoria Pragmática do Direito, nome que representa a corrente teórica jurídica do pragmatismo legal em todo cenário global da atualidade.

Por assim dizer, o pragmatismo legal advindo de Posner rompeu com o pragmatismo filosófico<sup>24</sup>. Richard Allen Posner, "[...] desenvolveu a teoria pragmática de adjudicação jurisdicional chamada de Direito e Economia (Law and Economics) ou de Análise Econômica do Direito (Economic Analysis of

---

<sup>21</sup>BROWNE REGO, George. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de benjamin nathancardozo. In: **Revista Duc In Altum**- Caderno de Direito, vol. 1, nº 1, jan.-dez. 2009. p. 40-41.

<sup>22</sup>FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 35-37.

<sup>23</sup>Cabe ainda observar que o Pragmatismo Jurídico de corte cotidiano proposto por Posner não se confunde com a versão filosófica desenvolvida pelo esforço, principalmente, de pensadores como Charles Sanders Pierce, [...] embora se possa perceber as influências que recebeu desta tradição de pensamento. Ainda que ambas as linhas de desenvolvimento estejam voltadas à análise das consequências, o autor defende que "apelos ao pragmatismo para guiar a adjudicação e outros atos governamentais devem ter suas amarras cortadas da filosofia' Posner." In: ZANON Jr. Orlando Luiz. **Jus positivistas e pós-positivistas**. Academia Judicial, 2013. p. 226.

<sup>24</sup>POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 75

Law)", como destaca Orlando Luiz Zanon Jr<sup>25</sup>.

A Teoria Pragmática do Direito advinda de Posner nasceu pautada no sistema norte americano, típica da era da 'política ordinária', de atividades sórdidas em domínio por grupos de interesse e marcada pela troca de favores, pelo lobismo, pela falsidade ideológica, pelo suborno indireto, típicos da competitividade comercial<sup>26</sup>.

Neste diapasão, a análise econômica do Direito ganha força a partir da metade do século XIX, impulsionado, especialmente, por três fatores, a saber: "a) a construção de um estatuto teórico específico (Coase, Becker, Calabresi e Posner, dentre outros); b) proeminência do discurso neoliberal; c) imbricamento entre as tradições do *civil law* e do *common law*"<sup>27</sup>.

O pragmatismo se pauta no princípio da máxima liberdade, compatível com a igual liberdade para todos, na postura instrumentalista, assinalando a necessidade de evitar o recurso às noções metafísicas e abstratas para enfrentar problemas jurídicos e de privilegiar a análise das possíveis soluções com base nas consequências previsíveis e nos possíveis efeitos que elas têm a curto e longo prazo<sup>28</sup>.

Posner propõe que se considere o direito não tanto como um conjunto de regras dadas ou como uma série de soluções pré-fabricadas, mas como um conjunto de atividades dos juizes e advogados, destinadas a resolver casos

---

<sup>25</sup>ZANON Jr. Orlando Luiz. **Juspositivistas e pós-positivistas**. Academia Judicial, 2013. p. 213.

<sup>26</sup>POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 1-22.

<sup>27</sup>ROSA, Alexandre Morais da; MARCELINO Jr., Júlio César. **O processo eficiente na lógica econômica**: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais. Florianópolis: Empório do Direito. p. 40.

<sup>28</sup>FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 35-37.

jurídicos reais, e de soluções efetivas dadas a problemas jurídicos concretos<sup>29</sup>.

Os fundamentos do método de análise econômica são a identificação dos efeitos e o uso de importantes instrumentos extraídos da microeconomia no âmbito jurídico (economismo jurídico). O ponto de partida da análise econômica do direito é a pressuposição de que analisando as ações dos juízes, descobre-se que o que eles fizeram mesmo que inconscientemente, foi elaborar normas para maximizar a riqueza<sup>30</sup>.

Os pragmatistas afirmam que "[...] a verdade seja aquilo que a livre investigação – não forçada, não deturpada e não interrompida – acabaria por descobrir sobre os objetos da investigação". Consiste no fato de que o processo de investigação nunca chega ao fim, portanto implica que a verdade é inatingível, está sempre além do horizonte, como bem destaca Posner<sup>31</sup>.

Reconhecidas todas essas premissas, Posner propõe que ao abordar os problemas jurídicos se levem em conta os efeitos das soluções propostas, isto em curto e longo prazo, seja para os indivíduos ou para o sistema, utilizando-se de pesquisas empíricas sobre os custos/benefícios e do critério de racionalidade meios/fins<sup>32</sup>.

Logo, o pragmatismo jurídico encontra nítida ligação com a interdisciplinaridade, porquanto considera que a aplicação do Direito deverá consumir pela conexão de outras disciplinas do conhecimento que auxiliem

---

<sup>29</sup>POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 22.

<sup>30</sup>FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 35-37.

<sup>31</sup>POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 153.

<sup>32</sup>FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 35-37.

o operador na melhor tomada de decisão, calculando todos os efeitos e maximizando as riquezas.

Como visto em aspectos gerais, apresentam-se diversas escolas e orientações da corrente pragmática, no entanto, comentam Alexandre Morais da Rosa e Júlio Cesar Marcelino Jr. que "o fator comum é o da implementação de um ponto de vista econômico no trato das questões que eram eminentemente jurídicas"<sup>33</sup>.

Em primeiro lugar, compete ao intérprete identificar todos os possíveis significados atribuídos a uma dada disposição. Numa segunda fase, convém que ele consiga antecipar as consequências de todas as interpretações encontradas. Por fim, em terceira e última fase, deverá o intérprete escolher a solução que, como um todo, comporta os maiores benefícios, nota-se então, que a essência da decisão interpretativa de cunho pragmático se demonstra em considerar as consequências de soluções alternativas, não existem verdades ou tampouco interpretações 'logicamente' corretas, pois a interpretação em si não é um processo lógico<sup>34</sup>.

Destarte, em essência, o pragmatista considera que o magistrado se trata de agente político incumbido de adjudicar direitos através de reconstrução imaginativa (*imaginative reconstruction*), sob análise de maximização de riquezas (*wealth maximization*) e focada nos efeitos da decisão a fim de conseguir alcançar resultado razoável (*reasonableness*)<sup>35</sup>.

É, portanto, necessário que o juiz não esteja estritamente obrigado a julgar

---

<sup>33</sup>ROSA, Alexandre Morais da; MARCELINO Jr., Júlio César. **O processo eficiente na lógica econômica**: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais. Florianópolis: Empório do Direito. p. 40.

<sup>34</sup>FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p.

<sup>35</sup>ZANON Jr. Orlando Luiz. **Juspositivistas e pós-positivistas**. Academia Judicial, 2013. p. 231.

em conformidade com os precedentes, mas seja livre para julgar de uma maneira nova cada vez que, a partir dos cálculos custos/benefícios, se evidencie que uma decisão inovadora traria maiores vantagens. Aliás, apontar novas soluções, capazes de melhorar o direito existente com base em precisas escolhas de valor, deveria ser um dos objetivos do jurista pragmático<sup>36</sup>.

### **3. ASPECTOS SINTÉTICOS SOBRE O PRAGMATISMO E A INTERDISCIPLINARIDADE NAS DECISÕES DO STF**

Em escorço do tema, diante da presente pesquisa não buscar o papel de exaurir a totalidade de conteúdos advindos do Tribunal Supremo, mas trazer um viés que exemplifica a mudança, alguns casos emblemáticos da atualidade já transpassam as implicações da interdisciplinaridade e do pragmatismo jurídico na jurisprudência brasileira da Suprema Corte.

O Supremo Tribunal Federal já firmou precedentes contrários ao uso da Teoria Pragmática no Sistema Jurídico Brasileiro, sobrepondo que esta teoria da decisão judicial não foi pensada para e pelos problemas internos do Direito Brasileiro. Sobre este norte, exemplifica-se a fundamentação adotada na decisão da Ação Rescisória 2.199<sup>37</sup>, com relatoria do Min. Marco Aurélio, que dispôs:

---

<sup>36</sup>FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p.

<sup>37</sup>STF, AÇÃO RESCISÓRIA 2.199 SANTA CATARINA RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES REVISOR: MIN. GILMAR MENDES AUTOR(A/S)(ES) :ESPÓLIO DE TEREZINHA GOMES PEREIRA , REPRESENTADO POR JONES PEREIRA ADV.( A / S ) : MARCELLO MACEDO REBLIN RÉU ( É)( S ) : UNIÃO ADV.( A / S ) : ADVOGADO -GERAL DA UNIÃO Ação rescisória. Decisão fundada em jurisprudência do STF posteriormente alterada. Art. 557, §1º, do CPC. Suposta violação literal de lei. Inocorrência. Não cabe ação rescisória de decisões proferidas em harmonia com a jurisprudência do STF, ainda que ocorra alteração posterior do entendimento do Tribunal sobre a matéria. Ação não conhecida. Precedente: RE 590.809. p. 10-12.

O pragmatismo jurídico leva a considerar as consequências práticas da decisão judicial, lançando o magistrado em posição que não lhe é confortável. Ao reconhecer-lhe a condição de agente político no sentido estrito do termo, retira o juiz do hábitat natural e o põe na função de legislador, para que tome a decisão com fundamento na antecipação hipotética de resultados. Margarida Maria Lacombe Camargo afirma: "o juiz pragmatista está mais comprometido assim em atuar politicamente do que extrair decisões dedutivamente das normas jurídicas. Ele é orientado empírica e politicamente a partir de dados apresentados por outras ciências, notadamente a economia" (in "Fundamentos teóricos do pragmatismo jurídico", Revista de Direito do Estado nº 06, 2007, p. 208). Exceção feita ao Ministro Barata Ribeiro, médico na origem, que integrou o Supremo por curtos onze meses, os juízes possuem formação estritamente jurídica. A eles não é dado fazer prognósticos econômicos ou sociais para que sirvam de fundamento decisório. Não incumbe ao Poder Judiciário analisar a conveniência dessa ou daquela norma, mas apenas assentar se determinada pretensão é ou não compatível com o ordenamento jurídico. No mais, "a parte que tem a lei ao seu lado espera que lhe seja atribuído pelo tribunal o que por direito lhe cabe", conforme pontua Karl Larenz (Metodologia da ciência do direito, 1997, p. 516). A prevalência das consequências sobre o direito legislado resulta na inversão da lógica jurídica. Esclareço não preconizar, com isso, ignorar-se no processo a quadra vivida. Não perco de vista o horizonte social quando busco a solução dos problemas jurídicos com que me defronto. Aliás, qualquer interpretação jurídica parte da consideração de elementos fáticos, ainda que seja uma interpretação em abstrato, pois, mesmo em casos tais, o magistrado não deixa de formular a hipótese e alcançar conclusões com base na realidade conhecida. O que não posso aceitar é que, presente a obrigação jurídica sob todos os cânones interpretativos – extraída da literalidade, historicidade, sistematicidade e teleologia da Constituição –, simplesmente se deixe de reconhecê-la ante razões de índole pragmática. [...]

O julgado supra ao tecer críticas sobre as razões de índole pragmática, demonstra seus argumentos em contrariedade à ocorrência do ativismo

judicial<sup>38</sup>.

O ativismo judicial é relacionado aos fundamentos da decisão supra, por que o ativismo consiste em fenômeno que compete na ação ativista do judiciário em transpassar seus limites de funções<sup>39</sup>, trazendo mediante suas decisões, medidas que satisfaçam o anseio social sobre a função dos demais poderes. Medida de mão dupla, posto que encontra vantagens e desvantagens, perfazendo-se em dois vieses argumentativos. Assim, a teoria pragmática pode provocar a ocorrência de ativismo judicial ao tratar de um viés coloca o juiz preocupado com as consequências práticas da decisão judicial,

Ainda sobre o dito julgado, a interdisciplinaridade aparece associada a teoria pragmática, porquanto se analisa que o juiz pragmático está mais comprometido em atuar politicamente, e menos comprometido com a dedução das normas jurídicas. Em vista disso, ele é orientado empírica e politicamente a partir de dados apresentados por outras ciências, notadamente a economia, trazendo um nítido viés interdisciplinar do Direito para as decisões.

No entanto, há decisões destacadas que demonstram a crescente influência da Teoria Pragmática do Direito no Sistema Jurídico Brasileiro, tratando-se de

---

<sup>38</sup>Atualmente, quando se menciona a ocorrência de ativismo judicial, refere-se ao juiz que passa a ultrapassar as linhas demarcatórias da função que exerce, em detrimento da função administrativa, da função do governo e, principalmente, da esfera contida na função legislativa. Trata-se "[...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes" In: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-117. Assim, ativismo judicial corresponde ao exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento. Visto que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário atuar resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). Segundo, Elival da Silva Ramos, há clarividente sinalização negativa no tocante às práticas ativistas, isto porque desnatura a atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. In: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

<sup>39</sup>Considerando adoção pela Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 da divisão tripartida dos poderes, consoante Art. 2º, que dispõe: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

casos emblemáticos proferidos atualmente pelo STF:

- a) o julgamento do Habeas Corpus 126.292 (HC), que debateu a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância.
- b) o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578, que trataram da Lei Complementar nº 135/2010, popularmente conhecida como Lei da Ficha Limpa.
- c) o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que versaram sobre a união estável para casais do mesmo sexo.

Ora, o que os três casos apresentam em comum é a superação da Teoria Pragmática Jurídica em derrocada da Teoria do Positivismo Jurídico. Ou seja, as preferências pelas razões pragmáticas ao invés da aplicação do Direito posto, do texto normativo em vigor, estabelecendo a análise de fatores externos ao Direito para formar a decisão judicial, típico da interdisciplinaridade.

Segundo o HC n. 126.292, a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição ainda sem trânsito em julgado não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, isto apesar da CRFB de 1988, art. 5º, LVII, expor que: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Logicamente, houve a inutilização do dispositivo posto para aplicação do viés pragmático, pautado nas seguintes argumentações. Veja-se:

### Parte III FUNDAMENTOS PRAGMÁTICOS PARA O NOVO ENTENDIMENTO

40. Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis, tem uma inegável dimensão política. Assim é devido ao fato de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela

realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis -, e também em razão das consequências práticas de suas decisões.

41. Como é corrente, desenvolveu-se nos últimos tempos a percepção de que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade. Em muitas situações, não será possível determinar a vontade constitucional sem verificar as possibilidades de sentido decorrentes dos fatos subjacentes. Como escrevi em texto doutrinário: 'A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa inarredável - porque assentada na ideia de justiça e dignidade da pessoa humana - deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática). A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade concretizadora - i.e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema - e construtivista, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa". (grifo acrescentado)

42. O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o consequentialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

43. Pois bem: o pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena. Como já afirmado no início deste voto, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos

protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade.

Desta maneira, os fundamentos pragmáticos acima se preocupam em atender o clamor político-social, o fator externo ao Direito se sobrepõe a norma jurídica, posta em sentido contrário. Isto para que a presente decisão traga reforço à seletividade do sistema penal e impeça o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade

Outrossim, Lei Complementar nº 135/2010, mais conhecida como "Lei da Ficha Limpa" feriu o mesmo dispositivo constitucional que abarca o pressuposto de presunção de inocência, art. 5º, LVII, da CRFB de 1988.

Isto por que a Lei Complementar nº 135/2010 impossibilitou, a partir das eleições do ano de 2012, o registro de candidatos com processos julgados ou ainda em tramitação sem transito em julgado. O julgamento se permeou de forte clamor social, com nítido apelo popular pela admissão da constitucionalidade da lei na tentativa de diminuir a corrupção e desesperança do povo nos Poderes Executivo e Legislativo. Ainda que sombreada em outras razões aduzidas, a decisão em comento fomentou sua posição em razões pragmáticas, porquanto se preocupou com as conseqüências jurídicas e o interesse público sobressalente ao direito posto. Agindo também com interdisciplinaridade na decisão judicial.

Por derradeiro, o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, que versaram sobre a união estável de casais homoafetivos, não obstante o art. 226, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil dispor que: "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Consoante análise de Juliana Maria D'Macêdo<sup>40</sup>, as razões pragmáticas assentam a decisão favorável:

Diante de uma opinião pública bastante dividida em relação ao reconhecimento dos efeitos civis da união homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as regras constitucionais que versam sobre a igualdade de direitos entre os cidadãos e a promoção do bem coletivo, sem discriminação de origem, raça, cor, sexo e idade. Mais uma vez, a Corte Suprema demonstrou uma postura pragmática, ao promover a elasticidade da interpretação das normas constitucionais em nome da garantia da eficiência da decisão judicial, uma vez que conferiu legitimidade a relações entre pessoas do mesmo sexo, que apesar de não reconhecidas como legais pelo legislador, estão sendo cada vez mais consagradas na sociedade.

Notadamente, os conteúdos da Ciência sociológica, da política e da economia têm influenciado diretamente na decisão judicial. Mesmo a visão sócio-política do julgado acima ser fator externo ao Direito, pois não está diretamente previsto em lei, a interdisciplinaridade tem servido de argumentos *ratione decedendi* e viés interpretativo para as decisões da Suprema Corte Brasileira.

Considera-se que apesar de fatídico temerário para boa parte dos juristas brasileiros, o pragmatismo jurídico se tornou concreto em decisões da Suprema Corte do Brasil, servindo de embasamento para finalidades jurídicas pautadas pelos intérpretes em nítida superação do direito posto.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É notório que a harmonia do ordenamento jurídico se constrói com o

---

<sup>40</sup>D'Macêdo, Juliana Maria. PRAGMATISMO JURÍDICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL In: **Revista Direito e Humanidades**. p. 4-5.

desenvolvimento das vertentes interpretativas.

A análise da presente pesquisa constata que as decisões da Suprema Corte do Brasil têm tomado frente na visão pragmática com o sucedâneo de justificar a visãodo julgador, independente dos fundamentos *ratio decidendas* vezes se apresentarem contrários a norma jurídica em vigor.

Ora, a tratativa da alegada<sup>41</sup> crise da teoria do Direito por parte dos juristas pós-positivista faz refletir que os problemas do positivismo jurídico são insanáveis, pendendo opiniões, posições e decisões para todos os lados teóricosacerca do possível avanço para novo paradigma.

A necessidade de superar os principais postulados do juspositivismo, o qual não mais oferece respostas aos problemas sociais, mormente por causa da complexidade nas relações intersubjetivas, acentuaram a interdisciplinaridade que consiste na intersecção de ramos científicos, para fins de investigação de determinado fenômeno sem sujeição às limitações decorrentes da fragmentação do conhecimento<sup>42</sup>.

Constata-se que o Pragmatismo Judicial vistos nas decisões aqui analisadas demonstra, em aspectos gerais, a possibilidade do Direito realizar ingerência com as demais ciências, comunicando-se com os fatores externos de acordo com a interdisciplinaridade.

Portanto, a interdisciplinaridade é o fenômeno que permite o conhecimento amplo e rebuscado na tomada de decisão para casos que abrangem conteúdostécnicos de outras disciplinas da Ciência, possibilitando ao julgador analisar o sistema jurídico como relacionável com os fatores externos. Trata-

---

<sup>41</sup>Alegada porque a presente pesquisa não se propõe a apontar se o Positivismo Jurídico é uma Teoria do Direito em crise, a qual precisa de superação. No aporte teórico desde trabalhobusca apontar que as teorias pós-positivistas e a visão de superação do juspositivismo possibilita o cenário pragmático de análise nas decisões brasileiras.

<sup>42</sup>ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 124

se de fenômeno atribuível ao Direito que ocorre na teoria pragmática, mas independe dela.

Competirá, futuramente, à doutrina e à jurisprudência, através do avanço analítico do Teoria do Direito, ver que tipos de consequências advirão do uso do pragmatismo jurídico no Brasil e os efeitos do ativismo judicial.

Parece temerária é a situação que passa se estabelecer no cenário jurídico nacional, em que o ordenamento jurídico compreenda uma Teoria Jurídica parcial, isto no sentido de servir apenas em parte do Direito, implicando somente em algumas áreas e problemas jurídicos. Se as decisões judiciais têm considerado a posição pragmática do Direito, há que se rever a teoria do positivismo jurídico num todo, compreendendo se houve verdadeira superação da teoria juspositivista e adequando o ordenamento jurídico para esta nova realidade social pós-positivista.

Ora, o julgador percebe os avanços culturais, considera as transformações socioeconômicas e busca resolver as necessidades sociais tuteladas, tentando desobstaculizar a produção legislativa. Entretanto, insegura é a utilização de partes de teorias pragmáticas, ou partes de teorias procedimentalistas ou, ainda, partes de vertentes substancialistas, a fim de sustentar a razão do operador do direito, pensando nos argumentos de cada decisão.

É necessário que a decisão judicial nasça do que dispõe a Teoria do Direito para determinado sistema jurídico e não que o Direito renasça específico em cada decisão judicial.

Assim, a situação mostra-se temerária e só o futuro fará esclarecer se o desenvolvimento desse mecanismo trará mais vantagens do que desvantagens ao anseio social.

## **REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS**

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BRAGA, Tiago Musser dos Santos; CASTRO, José Ricardo Parreira de. Contribuições de uma abordagem interdisciplinar do Direito nas decisões do Supremo Tribunal Federal: O caso do Mandado de Segurança 31816. In: Publica Direito.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. – 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. p. 9. Disponível em: <  
[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf)>  
. Acesso em ago. 2016.

BROWNE, George. Interdisciplinaridade e pragmatismo. In: **Revista Caderno de Relações Internacionais**, vol. 5, nº 8, jan-jun. 2014.

BROWNE REGO, George. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de benjaminnathancardozo. In: **Revista Duc In Altum**- Caderno de Direito, vol. 1, nº 1, jan.-dez. 2009.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2015.

D'Macêdo, Juliana Maria. PRAGMATISMO JURÍDICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL In: **Revista Direito e Humanidades**.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**.

São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FERRAZJR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação.

GOMES, Luiz Flávio. **STF – ativismo sem precedentes?** Fonte: O Estado de São Paulo, 2009, espaço aberto, p. A2. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em ago. 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Coimbra: Edições 70, 2010.

NALINI, José Renato. "Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 98, vol. 889, nov. 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito**: Considerações sobre o Debate Contemporâneo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº 17, agosto-dezembro de 2000.

POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POUND, Roscoe. **An Introduction to The Philosophy Of Law**. Indianopolis: Liberty Fund. Inc., 1960. p. 31. Disponível em < [http://lfo-oll.s3.amazonaws.com/titles/2222/Pound\\_1502\\_EBk\\_v6.0.pdf](http://lfo-oll.s3.amazonaws.com/titles/2222/Pound_1502_EBk_v6.0.pdf) >. Acesso em ago. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da; MARCELINO Jr., Júlio César. **O processo eficiente na lógica econômica**: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. v. 8. jan./jun. p. 37-58, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

ZANON Jr. Orlando Luiz. **Juspositivistas e pós-positivistas**. Academia Judicial, 2013.

## **CIBERDEMOCRACIA: UM MODELO DE PARTICIPAÇÃO EM REDE**

**Vinícius Francisco Toazza<sup>1</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

Num Estado Democrático de Direito, os valores democráticos irradiam-se sobre o ordenamento jurídico e as atividades estatais, afirmados pela participação cidadã presente implicitamente na Constituição Federal brasileira de 1988, na qual garante a intervenção direta ou indireta da sociedade civil na Administração Pública.

Com a invenção da Internet, como possibilidade de comunicação, a participação poderá aumentar gradualmente na medida em que seu acesso for disponível as camadas mais baixas da sociedade. Nesse contexto, pode-se dizer que esse novo espaço público que permite a expressão individual e coletivas sobre os mais variados assuntos está se tornando as novas ágoras públicas da atualidade.

Essa utilização das tecnologias pelos atores sociais tem determinado efeitos no processo de democratização das decisões estatais. Ou seja, com o avanço da democracia eletrônica - ciberdemocracia, aparece uma tentativa de redefinição das relações entre cidadãos e forças políticas, recolocando a questão das modalidades de participação, mobilização e ação política em discussão no Brasil e no mundo.

---

<sup>1</sup>Mestrando em direito pela Universidade de Passo Fundo (Bolsa CAPES TAXA). Graduado em Direito pela UPF. Advogado e conciliador do Juizado Especial Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Cidade de Passo Fundo/RS, Brasil. E-mail: vinitoazza@hotmail.com

## **1. DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A democracia é uma questão fundamental para todos aqueles que se interessam pela construção de uma sociedade livre e justa, pois a expressão significa o "governo da maioria" ou "governo do povo"<sup>2</sup>.

A palavra democracia (demos = povo e kratein = governo) que tem sua origem na Grécia Antiga<sup>3</sup>, mais precisamente nos espaços denominados "ágoras" ou "praça pública", era o lugar onde efetivamente ocorriam as reuniões e encontros dos cidadãos, com a finalidade de discutir e promover ações políticas que tratavam de interesses da coletividade, por meio das divergências de ideias, as quais se legitimavam pelo voto<sup>4</sup>

Hans Kelsen<sup>5</sup>, por sua vez, afirma que a democracia é um caminho da progressão para a liberdade. E sendo a democracia uma forma de governo<sup>6</sup>, são necessárias três ideias fundamentais para a sua efetivação: soberania popular, igualdade dos homens e liberdade (política)<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup>ROSENFELD, Denis L. **O que é Democracia**. 5ªed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p.7.

<sup>3</sup>KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 140.

<sup>4</sup>ROSENFELD, Denis L. **O que é Democracia**. p. 8.

<sup>5</sup>KELSEN, Hans. **A Democracia**. p. 145.

<sup>6</sup>Democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos." Ainda, "no que diz respeito às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas- e, portanto, vinculatórias para todo o grupo- as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão." BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo**. 6ªed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p.18-19.

<sup>7</sup>KELSEN, Hans. **A Democracia**. p. 10.

Também refere que: "A essência do fenômeno político designado pelo termo era a participação dos governados no governo, o princípio de liberdade no sentido de autodeterminação política"<sup>8</sup>.

Para Luigi Ferrajoli<sup>9</sup>, ao citar Norberto Bobbio, ele refere que:

Para Bobbio, a democracia é uma construção jurídica e o direito é o instrumento necessário para modelar e garantir a democracia. E, mais ainda, o direito é uma construção racional e a razão – a razão artificial de Hobbes – é o instrumento necessário para elaborar o direito. Ou seja, o direito é fruto da razão (Hobbes) e a democracia e a paz são um produto do direito (Kelsen).

Nesse sentido, o Estado (convenção) e o direito não são entidades naturais, mas artificiais. A o ponto que a democracia é o conjunto de regras, ou seja, regras do jogo que permitem a mais ampla e segura participação da maior parte de seus cidadãos nas decisões políticas, e por isso, a solução dos conflitos sociais com o máximo consenso, sem necessidade de recorrer a violência recíproca<sup>10</sup>.

No Brasil, nota-se a adoção do regime de governo democrático, na sua previsão Constitucional em seu artigo 1º, *caput* e artigo 60, §4º, II, que resguarda o voto direto, secreto, universal e periódico como cláusula pétrea, sendo que por meio deste "princípio [que] se refere à forma de governo adotada pelo Estado, seja republicano ou monárquico, reconheça a origem do poder no povo", isto é, na soberania popular, pois constituem a parcela dos membros da sociedade aptos a demonstrar a sua vontade política geral<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup>KELSEN, Hans. **A Democracia**. p. 140.

<sup>9</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.97.

<sup>10</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. P.99.

<sup>11</sup>MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 272-273.

O autor Rosenfield<sup>12</sup> ao falar de democracia como um "agir político", frisa que:

A capacidade de tomar a iniciativa de agir politicamente, a participação no processo de elaboração dos problemas públicos e a presença direta ou indireta na praça pública estão profundamente enraizados no imaginário democrático. [...] A democracia baseia-se num imaginário formado na possibilidade histórica de uma nova comunidade política, aberta a pluralidade dos discursos e ações políticas e fazendo com que cada indivíduo possa igualmente participar da condução dos negócios públicos.

Nesse contexto, a participação pode ser entendida num sentido semântico como "uma forma ativa de integração de um indivíduo a um grupo"<sup>13</sup> ou seja, a acepção significa fazer parte, tomar parte ou ser parte<sup>14</sup>, "de um ato ou processo, de uma atividade pública, de ações coletivas", e que no fim permita chegar a "um consenso traduzível em decisões no sistema político"<sup>15</sup>.

Além disso, "a participação objetiva o fortalecimento da sociedade civil, não para que esta participe da vida do Estado, mas para fortalecê-la e evitar as ingerências do Estado"<sup>16</sup>. Com isso, a sociedade civil atua de modo a auxiliar nas decisões para a realização de interesses gerais<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup>ROSENFELD, Denis L. **O que é Democracia**. p. 43-46.

<sup>13</sup>MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política: Legislativa, Administrativa, Judicial: (Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 18.

<sup>14</sup>BORDENAVE, Juan E. Díaz. **O Que é Participação**. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1995, p.22.

<sup>15</sup>TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O Local e o Global: limites e desafios da participação cidadã**. 3ªed. São Paulo: Cortez, 2002, p.27.

<sup>16</sup>GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica**. São Paulo: Cortez, 2001, p.15.

<sup>17</sup>MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.20.

No entendimento de Sarlet<sup>18</sup>:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

No intuito de concretizar "a participação como um processo, que significa perceber a interação contínua entre os diversos atores que são 'partes', o Estado, outras instituições políticas e a própria sociedade"<sup>19</sup>, é que se busca esse diálogo. Já na acepção de Amartya Sen<sup>20</sup>:

As liberdades políticas, amplamente concebidas [...], referem-se às oportunidades que as pessoas têm para determinar quem deve governar e com base em que princípios, além de incluírem possibilidades de fiscalizar e criticar as autoridades, de ter liberdade de expressão política e uma imprensa sem censura, de ter a liberdade de escolher entre diferentes partidos políticos etc.

Logo, "o início de processos participativos está na capacidade de organização da sociedade civil, porque somente assim [esta] adquire vez e voz"<sup>21</sup>. Entende Teixeira, que a "participação cidadã [é o] processo complexo e contraditório

---

<sup>18</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2012, p.48.

<sup>19</sup>TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O Local e o Global: limites e desafios da participação cidadã**. p.27-28.

<sup>20</sup>SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de bolso, 2010, p.55.

<sup>21</sup>DEMO, Pedro. **Participação é Conquista: Noções de Política Social Participativa**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1993, p 32.

entre sociedade civil, Estado e mercado, em que os papéis se redefinem pelo fortalecimento dessa sociedade civil mediante a atuação organizada dos indivíduos, grupos e associações"<sup>22</sup>.

Além disso, destaca-se a importância mútua entre Estado e sociedade se comunicarem:

Os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Nessa perspectiva, as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas – dada a oportunidade – na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. O Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas<sup>23</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, Carole Pateman<sup>24</sup>, refere que a participação "é fundamental para o estabelecimento e manutenção do Estado democrático, Estado esse considerado não apenas como um conjunto de instituições representativas, mas aquilo que denomina de sociedade participativa". A autora traz a participação como um método educativo e como tal no "resultado de sua participação na tomada de decisões, o indivíduo é ensinado a distinguir entre seus próprios impulsos e desejos, aprendendo ser tanto um cidadão público quanto privado", e assim o indivíduo não sente nenhum conflito entre as esferas públicas e privadas.

Como argumenta Luigi Ferrajoli<sup>25</sup> ao citar Amartya Sen:

---

<sup>22</sup>TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O Local e o Global: limites e desafios da participação cidadã**. p.30.

<sup>23</sup>SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. p.71.

<sup>24</sup>PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 33-39.

<sup>25</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Prefácio**. In: HERMANY, Ricardo. **Empoderamento Social Local**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p. 36-37.

[...] sem liberdades fundamentais e sem direitos políticos não é possível não apenas a participação popular e o controle sobre o correto exercício dos poderes públicos, mas também a garantia de iniciativa econômica, a segurança dos mercados e dos investimentos e o desenvolvimento intelectual, cultural e tecnológico. [...]. Os direitos fundamentais consagrados como vitais, sejam os direitos de liberdade ou direitos, são, em suma, um fator e um motor de desenvolvimento, não apenas civil, mas também econômico.

Nessas circunstâncias, pode se afirmar que a participação está estreitamente ligada à democracia, uma vez que é pela interação entre sociedade e Estado - participação - que a democracia se concretiza. Cabe ressaltar ainda, que o envolvimento dos cidadãos no processo participativo é fundamental para que ocorra a consensualidade, isto é, que de modo mais unificado possível se tome uma decisão com o apoio e consentimento de grande parte da sociedade civil, já que esta decisão trará consequências para a vida de todos os cidadãos de determinado Estado e, por isso, necessita de legitimação.

## **2. O AGIR COMUNICATIVO E A CONSTRUÇÃO DO ENTENDIMENTO ENTRE OS MUNDOS DA VIDA E SISTÊMICO**

Demonstra-se, segundo o filósofo Jürgen Habermas, a importância da linguagem pela possibilidade de interação dos falantes e ouvintes à chegarem a um entendimento e, por conseguinte, a consensos sobre algo no mundo. Esses consensos representam o entendimento que os atores sociais têm, e por isso, atribui-se maior legitimidade as decisões, já que antecedem de negociações e trocas de informações.

Eldon Mühl<sup>26</sup> afirma que: "Habermas delinea o conceito de mundo da vida<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup>MÜHL, Eldon H. **Habermas e a educação: ação pedagógica como agir comunicativo**. Passo fundo: UPF Editora, 2003, p205-206.

<sup>27</sup>O mundo da vida está composto por três instâncias interdependentes: as convicções culturais, a ordem institucional e a estrutura de personalidade. Esses três elementos: cultura,

como o contexto, por excelência, da comunicação linguística, onde ocorre à práxis comunicativa do dia-a-dia". Além disso, detalha que:

O mundo da vida é sempre um mundo intersubjetivo, jamais privado, que oferece uma reserva de convicções à qual os participantes da comunicação recorrem toda a vez que o entendimento se torna problemático. O mundo da vida constitui-se, portanto, num recurso de apelação nos processos de intercompreensão, ou seja, estabelece o contexto constitutivo da intercompreensão; é a cobertura de um consenso pré-reflexivo que se encarrega de absorver os perigos de um dissenso.

É nesse contexto de mundo da vida e mundo sistêmico, que Habermas vê a grande importância da linguagem na construção do entendimento, pois ambos se utilizam dela para argumentar e buscar legitimidade em seus atos. Entretanto, enquanto o mundo sistêmico se utiliza da ferramenta da linguagem apenas para seus interesses particulares, o mundo da vida, cria um ambiente discursivo capaz de chegar a consensos e enfrentar dissensos.

Na visão de Habermas, o consenso é um processo que se dá pela tentativa de falantes e ouvintes entenderem-se sobre algo no mundo. Esse consenso ocorre nos quatro níveis: da inteligibilidade, da verdade, da veracidade e da correção normativa. Se o consenso não for atingido em uma dessas condições, há a possibilidade de problematizar o ponto controverso, fazendo um exame discursivo. A partir disso, pode-se observar que: "O sentido da palavra Discurso na teoria de Habermas é justamente o de uso reflexivo da razão comunicativa que permite a problematização" Há a possibilidade de questionar e mudar os consensos estabelecidos em uma sociedade, o que

---

sociedade e personalidade; presentes em todas as situações e fundamentais para compreender o mundo objetivo, mundo social e mundo subjetivo, na resolução de problemas do mundo" MÜHL, Eldon H. **Habermas e a educação: ação pedagógica como agir comunicativo.** p. 205-207.

fortalece e evidencia a tensão entre facticidade e validade<sup>28</sup>.

Nessa conjuntura, Habermas<sup>29</sup> diz que:

Um leque de idealizações inevitáveis forma a base contrafactual de uma prática de entendimento factual, a qual pode voltar-se criticamente contra seus próprios resultados, ou transcender-se a si própria. Deste modo, a tensão entre ideia e realidade irrompe na própria facticidade de formas de vida estruturadas linguisticamente.

A linguagem não é mais entendida como meio de troca de informações, onde a coordenação da ação passaria por meio de atores que interagem entre si de modo funcional. Pelo contrário, somente se tem linguagem como fonte primária, quando as forças ilocucionárias de atos de fala assumem o papel de coordenar ações, pois aqui há entendimento, alcançado comunicativamente<sup>30</sup>. Ou seja,

É nisso que consiste o "agir comunicativo". Neste caso os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários<sup>31</sup>.

Dessa forma, a ação comunicativa compõe uma classe de interação em que todos os participantes, falantes e ouvintes, harmonizam entre si seus planos individuais de ação e perseguem, sem restrição alguma, seus fins ilocucionários, com a finalidade de compor um acordo que sirva de base a uma coordenação combinada dos planos de ação individuais. Mas, só poderão

---

<sup>28</sup>REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.50.

<sup>29</sup>HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p 20-21.

<sup>30</sup>HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. p.25.

<sup>31</sup>HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. p 36.

ser considerados determinantes os atos de fala vinculados a pretensões de validade susceptíveis de críticas<sup>32</sup>.

É necessário que as ações sejam coordenadas com a finalidade de chegar ao entendimento e não à fins pessoais. Como se observa na declaração de Habermas<sup>33</sup>, de que a ação comunicativa<sup>34</sup> orientada ao entendimento ocorre:

[...] sempre que as ações dos agentes envolvidos são coordenadas, não através de cálculos egocêntricos de sucesso mas através de atos de alcançar o entendimento. Na ação comunicativa, os participantes não estão orientados primeiramente para o seu próprio sucesso individual, eles buscam seus objetivos individuais respeitando a condição de que podem harmonizar seus planos de ação sobre as bases de uma definição comum de situação. Assim, a negociação da definição de situação é um elemento essencial do complemento interpretativo requerido pela ação comunicativa.

O agir comunicativo se torna um mecanismo disponível para falantes e ouvintes estabelecerem um entendimento proveniente de um consenso sobre determinado assunto. Entretanto, isso só será possível quando ambos suspendem o enfoque objetivador de um observador e de um agente interessado no próprio sucesso e, passar a adotar um enfoque performativo

---

<sup>32</sup>HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** p.36.

<sup>33</sup>HABERMAS, Jürgen. **Teoria de laAcción Comunicativa II. Crítica de larazón funcionalista.** Versióncastellana de Manuel Jiménez Redondo. 4ª edición. Madrid: Taurus Humanidades, 2003, p. 285-286.

<sup>34</sup>A opção de Habermas pela interpretação da razão enquanto ação comunicativa mostra, de imediato, a sua concepção de racionalidade como um processo intersubjetivo. Para ele, a diferença entre a teoria da consciência e a teoria da racionalidade comunicativa não é apenas de conteúdo e de método, mas da natureza da própria razão. A razão que se depreende da atividade do sujeito cognoscente e do sujeito da ação é solipsista e instrumental; sua intenção é o domínio teórico ou prático do objeto. Já a razão subjacente à linguagem é uma razão intersubjetiva e interativa, envolvendo, a cada momento, pelo menos dois participantes que buscam o entendimento. MÜHL, Eldon H. **Habermas e a educação: ação pedagógica como agir comunicativo.** p.160.

de um falante que deseja chegar ao entendimento (consenso)<sup>35</sup>.

O que ocorre é uma ação orientada ao entendimento que:

Desde a perspectiva dos participantes, "entendimento" não significa um processo empírico que dá lugar a um consenso fático, e sim, um processo recíproco de convencimento que coordena as ações dos distintos participantes motivados por meio de razão. Entendimento significa a comunicação endereçada a um acordo válido<sup>36</sup>.

Nas palavras de Habermas, pode-se notar de forma clara a mudança estabelecida pelo agir comunicativo, em que não se funda mais a ideia individual, mas as ideias dialógicas de um grupo, ou seja, busca-se a interação com os agentes envolvidos e seu entendimento. Assegura, também que ninguém resiste a prática comunicativa do cotidiano:

[...] por isso, não existe nenhuma forma de vida sócio-cultural que não esteja pelo menos implicitamente orientada para o prosseguimento do agir comunicativo com meios argumentativos – por mais rudimentar que tenha sido o desenvolvimento das formas de argumentação e por mais pobre que tenha sido a institucionalização dos processos discursivos do entendimento mútuo [...] <sup>37</sup>.

Percebe-se que para esse entendimento ser alcançado, conforme a autora Maria Fernanda SalcedoRepolês<sup>38</sup>, são necessárias três condições intransponíveis para que ocorra a prática desse entendimento. A primeira condição é que "[...] pessoas que se comunicam visando alcançar o

---

<sup>35</sup>HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. p. 36.

<sup>36</sup>HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social**. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. 4ª edición. Tomo I. Madrid: Taurus Humanidades, 1999, p.500.

<sup>37</sup>HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. 2ªed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.123.

<sup>38</sup>REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. p.49.

entendimento devem pressupor que estão atribuindo idêntico significado aos proferimentos que utilizam, isto é, devem pressupor a generalidade dos conceitos [...]” (necessidade de entender as expressões gramaticais no diálogo); a segunda é que se pressupõe que “[...] os destinatários estão sendo responsáveis, autônomos e sinceros uns com os outros.”, (necessita se estabelecer uma relação de respeito e reconhecimento mútuo), e a terceira pressupõe que “[...] falantes e ouvintes vinculam os seus proferimentos a pretensões de validade que ultrapassam o contexto.”, (necessitam haver verdade proposicional, veracidade subjetiva e correção normativa).

Nesse aspecto, pode-se entender a tensão entre facticidade e validade, que é constitutiva da linguagem, por meio do “[...] agir comunicativo, já sob as bases da razão comunicativa e não da razão prática. Sob essas bases, o agir comunicativo garante a integração social por meio do mecanismo do entendimento”. Logo, essa tensão incide na sociedade através desse mecanismo, o qual possibilita a coordenação das ações<sup>39</sup>.

O mecanismo do entendimento é o atributo que leva os atores sociais a chegar em um consenso sobre algo no mundo. E por conseguinte, é o princípio constitucional da participação que insere esses indivíduos (atores sociais) na Administração Pública, caracterizando-se como uma forma de controle social, aumentando, com isso, a sua legitimidade.

### **3. A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A CIBERDEMOCRACIA**

Nos últimos anos, com os formidáveis avanços tecnológicos, o panorama das sociedades democráticas estão se transformando expressivamente. Estas transformações repercutem no funcionamento das atuais instituições e

---

<sup>39</sup>REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. p.52.

estruturas políticas, além das relações sociais, logicamente.

A internet surge como uma dessas inovações tecnológicas, proporcionando novas condições de acesso às informações de forma mais rápida e simultânea, como se percebe que,

O surgimento de um novo sistema eletrônico de comunicação caracterizado pelo seu alcance global, a interação de todos os meios de comunicação e a interatividade potencial está mudando e mudará para sempre nossa cultura. Contudo, surge a questão das condições, características e efeitos reais desta mudança<sup>40</sup>.

A importância política dos meios de comunicação, sobretudo para o regime democrático, são sentidos pela sociedade com a mudança, especialmente, na cultura. Segundo Manuel Castells, verifica-se a crescente utilização das redes interativas, bem como seus avanços, que se permeiam na política, e por conseguinte, na democracia moderna.

Com base na tecnologia de comunicação por comutação de pacotes, o sistema tornou a internet independente de centros de comando e controle, de modo que as unidades de mensagens encontrariam suas rotas ao longo da rede, sendo remontadas com sentido coerente em qualquer ponto dela [...]. Mais tarde, com a tecnologia digital que permitiu a compactação de todos os tipos de mensagens, inclusive sons, imagens e dados, formou-se uma rede capaz de comunicar todas as espécies de símbolos sem o uso de centros de controle. A universalidade digital e a lógica pura do sistema de comunicação em rede criaram as condições tecnológicas para a comunicação horizontal global. Ademais, a arquitetura dessa tecnologia de rede é tal, que sua censura ou controle se tornam muito difíceis<sup>41</sup>.

O uso das tecnologias vem possibilitando a participação de qualquer indivíduo

---

<sup>40</sup>CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.354.

<sup>41</sup>CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**, p.375.

com conhecimento técnico e acesso, em redes sociais e portais de governo eletrônico, criando as verdadeiras comunidades virtuais, onde muitos assuntos de interesse coletivo são discutidos.

Observa-se que, com a criação da Internet se instigou muitas experiências que "ultrapassam o limiar entre representantes e representados: deliberação ampliada, auto-organização, implementação de coletivos transnacionais, socialização do saber, desenvolvimento de competências críticas", o que de fato fomenta a governança<sup>42</sup>.

Pode-se perceber, nesse sentido, que a internet enquanto inovação tecnológica, colaborou significativamente para a internacionalização da discussão política. Hoje, ela é um eficiente e acessível caminho para indivíduos e grupos da sociedade civil participarem de temáticas globais emergentes, já que, com seu potencial de mobilização, permite-se ampliar os espaços democráticos. Não restringiu nem substituiu os espaços tradicionais, mas gerou mais oportunidades para os cidadãos se comunicarem com seus representantes em vários níveis e também acessar as informações políticas de forma mais rápida e eficiente. Ou seja, "a Internet não permite somente comunicar mais, melhor e mais rápido; ela alarga formidavelmente o espaço público e transforma a própria natureza da democracia"<sup>43</sup>.

Além disso, o maior avanço que a era digital proporciona é a possibilidade de conhecer e interagir, pois "a Internet amplia o espaço público" e, além disso, "ela escancara as portas de um universo antes inserido em um diálogo entre jornalistas engajados e profissionais da política"<sup>44</sup>. Logo, as informações compartilhadas nesse novo "espaço público" podem ser comentadas,

---

<sup>42</sup>CARDON, Dominique. **A democracia internet: promessas e limites**. Tradução de Nina Vincent e Tiago Coutinho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 01.

<sup>43</sup>CARDON, Dominique. **A democracia internet: promessas e limites**, p. 01.

<sup>44</sup>CARDON, Dominique. **A democracia internet: promessas e limites**, p. 05.

debatidas, desacreditadas e até transformadas por um grande número de pessoas anteriormente consideradas inaptas ou ignorantes, pois agora as informações são socializadas e permitidas a todos os que tiverem acesso à rede.

Por isso, que são inúmeros os benefícios trazidos por essa, que se pode nominar como a nova ágora pública, já que:

[...] se o espaço público se abre para a intervenção cada vez mais ativa dos indivíduos, é também porque as maneiras de ser se transformam [...]. Essa abertura do espaço público aos indivíduos tem consequências de primeira importância. Introduce no mundo da informação e no mundo da política maneiras de estar junto, de interagir e de cooperar que permaneciam até então enclausuradas no espaço das sociabilidades privadas. Dessa forma, a Internet torna visível um conjunto de expectativas muito importante de ser decifrado<sup>45</sup>.

Entretanto, embora a rede interativa tem se expandido progressivamente, ainda não é um meio de comunicação que atinja a totalidade da população, em comparação com outros meios de comunicação de massa, como o rádio e a televisão, mas é uma realidade inevitável, como se percebe nas palavras de Manuel Castells<sup>46</sup>:

Como a cultura é mediada e determinada pela comunicação, as próprias culturas, isto é, nossos sistemas de crenças e códigos historicamente produzidos são transformados de maneira fundamental pelo novo sistema tecnológico e o serão ainda mais com o passar do tempo.

Nesse conjunto, surge o que se denomina, em tempos hodiernos, como ciberdemocracia, que se pode definir como um mecanismo de discussão e participação, que a partir de um diálogo entre o cidadão e o Estado, objetiva-

---

<sup>45</sup>CARDON, Dominique. **A democracia internet: promessas e limites**, p. 06.

<sup>46</sup>CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**, p. 414.

se chegar a uma política de decisões, cada vez mais legítima e transparente. Porquanto, torna-se praticamente,

[...] espantosa a disponibilidade das informações, de toda a espécie, respeitantes à vida política, assim como o frequentar de fóruns de discussão civilizados e bem organizados, tornam o debate político cada vez mais 'transparente' e preparam uma nova era do diálogo político que conduz a democracia a um estágio superior: a ciberdemocracia<sup>47</sup>.

Essa ciberdemocracia representa à toda sociedade, uma nova era do diálogo político, que fazendo uso da internet traz uma renovação na democracia e, consecutivamente da própria governança. Todavia, este desafio abre caminho à "cidade universal da civilização do computador", o que nos conduziria "a uma lei planetária, uma ciberdemocracia altamente participativa ligada ao novo espaço público da rede", uma vez que toda a informação e também as discussões acerca de tomada de decisões, passam a estar disponíveis a rede<sup>48</sup>.

É tendo em mente os novos avanços da emancipação humana que devemos tentar pensar, não 'o fim do Estado', mas 'outro Estado', um que admita plenamente os seus outros, um que emergja da sociedade, embora esteja ao seu serviço, em vez de estar sobranceira a ela, como se transcendência autoritária e burocrática. Podemos apostar que, no futuro, o Estado, que já assumiu tanta forma (teocracia faraônica, império do meio, democracia ateniense, república romana, monarquia europeia, califado, Estado-nação, fascismo, soviétismo, Estado islâmico, federalismo, Estados Unidos, união Europeia ...), continuará a metamorfosear-se<sup>49</sup>.

Um dos desafios impostos ao novo modelo de sociedade e Estado é a

---

<sup>47</sup>LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 123-124

<sup>48</sup>LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 149.

<sup>49</sup>LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 174-175.

democratização da informação, por estar gerando uma ampliada participação dos cidadãos, e assim, adentrando na era da governança digital<sup>50</sup>.

É nesse sentido, como bem refere Habermas, que "a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdo, tomadas de posição e de opiniões; nelas os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados". Produz a ideia de um novo espaço propício para que, de fato, a democracia direta seja concretizada com uma participação válida dos cidadãos na governança<sup>51</sup>.

Esse espaço virtual<sup>52</sup>, que é a tendência futura para a efetivação da democracia, além da fluidez proporcionada, também apresenta grande praticidade, uma vez que não há restrição geográfica, ou seja, o cidadão pode participar do conforto de seu lar. Pois,

Quando uma pessoa, uma coletividade, um ato, uma informação se virtualizam, eles se tornam "não-presentes", se desterritorializam. Uma espécie de desengate os separa do espaço físico ou geográfico ordinários e da temporalidade do relógio e do calendário. É verdade que não são totalmente independentes do espaço-tempo de referência, uma vez que devem sempre se inserir em suportes físicos e se atualizar aqui

---

<sup>50</sup>A "ciberdemocracia" poderia ser experimentada e outras formas de participação e mecanismos representativos poderiam ser propostos. Atualmente é muito fácil organizar consultas rápidas à população sobre temas de interesse imediato e que requeiram um pronunciamento de relativa urgência. Plebiscitos e referendos não teriam porque serem casos excepcionais na vida social e política. Ao menos tecnologicamente já não há mais desculpas. CRUZ, Paulo Márcio. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno.** Disponível em: [www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/421/363](http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/421/363). Acesso em 20 de junho de 2016, p. 50.

<sup>50</sup>HABERMAS, 1997, p. 92.

<sup>51</sup>HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.92.

<sup>52</sup>Contrariamente ao possível, estático e já constituído, o virtual é como o complexo problemático, o nó de tendências ou de forças que acompanha uma situação, um acontecimento, um objeto ou uma entidade qualquer, e que chama um processo de resolução: a atualização (LÉVY, 1996, p.16).

ou alhures, agora ou mais tarde. No entanto, a virtualização lhes fez tomar a tangente<sup>53</sup>.

E, é justamente nesse entendimento de desprezo parcial de tempo e espaço, que Pierre Lévy<sup>54</sup>, afirma que:

O ciberespaço (que também chamarei de "rede") é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infra-estrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo "cibercultura", especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço.

A ciberdemocracia é uma tendência inevitável para as sociedades contemporâneas, já que as pessoas estão cada dia mais atarefadas e com menos disposição para exercerem a democracia na forma presencial. A modalidade virtual, que vem a substituir o encontro nas praças dos antigos, trazem a ideia da nova ágora pública, que ao mesmo tempo que facilita, também possibilita o fortalecimento da relação entre o cidadão e o Estado, visto que o princípio fundamental da ciberdemocracia está na possibilidade de ampliar, significativamente, a participação popular efetiva nas decisões governamentais.

É neste contexto, que "a adoção de *e-gov*<sup>55</sup> modifica a estrutura tradicional

---

<sup>53</sup>LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: Ed. 34, 1996, p. 21.

<sup>54</sup>LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 17.

<sup>55</sup>"Governo Eletrônico (e-government, ou abreviadamente referenciado como e-gov) refere-se, basicamente, ao uso de tecnologias de informação e comunicação (doravante abreviadas como TICs) na esfera pública – no Brasil, isso inclui administração federal, estadual e municipal – para trocar informações e prover serviços a cidadãos, empresas e (outras) instituições governamentais e não governamentais. A adoção de e-gov modifica a estrutura tradicional do governo e é essencial para a modernização e a inovação da administração pública tornar-se uma realidade". TORRES, Gustavo da Gama; PIMENTA, Marcelo Soares. **Sistemas de governo**

do governo e é essencial para a modernização e a inovação da administração pública tornar-se uma realidade"<sup>56</sup>, ou seja, fomenta a governança no aspecto digital.

Dada a crescente agregação de tecnologia de informação e comunicação aos processos nas entidades governamentais como resultante dos esforços de modernização da gestão pública, não apenas a formulação e a implementação, mas também o monitoramento e a avaliação de políticas públicas se baseiam, cada vez mais, em compartilhamento de dados e fluxos de informação suportados por sistemas de dados e informações digitais<sup>57</sup>.

Por isso, a importância de estimular o uso de tecnologias da informação em conteúdo de interesse público pelos governos. Para Rosenau, o feito da governança é um elemento mais amplo que o próprio governo; já que abrange as instituições governamentais, mas também implica mecanismos informais, de caráter não-governamental, os quais "fazem com que as pessoas e as organizações dentro da sua área de atuação tenham uma conduta determinada, satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas"<sup>58</sup>.

A terminação governança eletrônica ou *e-governance*, "centra-se em uma visão ampla de governabilidade, sinalizando como opera, trabalha e se

---

**eletrônico são ecossistemas digitais.** In: PIMENTA, Marcelo Soares; CANABARRO, Diego Rafael (Orgs.). Governança Digital. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014, p. 81.

<sup>56</sup>TORRES, Gustavo da Gama; PIMENTA, Marcelo Soares. **Sistemas de governo eletrônico são ecossistemas digitais**, p. 81.

<sup>57</sup>FREITAS, Carla Dal Sasso; PIMENTA, Marcelo Soares. **Big data, visualização de informações e visual analyticsem suporte a políticas públicas.** In: PIMENTA, Marcelo Soares; CANABARRO, Diego Rafael (Orgs.). Governança Digital. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014, p. 104.

<sup>58</sup>ROSENAU, James N. **Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial.** In: Rosenau, James N. e Czempiel, Ernst-Otto. Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial. Brasília: Ed. Unb e São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 15-16.

organiza a sociedade à qual o governo deve assegurar o acesso e a participação em diversas redes de informação". Pois, compreende uma acepção mais ampla e engloba o conceito de *e-gov*, o qual teria como objetivo os trabalhos gerenciais que administram à interação cidadania-governo. Da ótica tecnológica, "o E-gov visaria o cidadão como um ponto a conectar dentro de uma rede, enquanto a governabilidade eletrônica asseguraria o acesso e participação dos cidadãos individual e coletivamente dentro das redes governamentais"<sup>59</sup>.

É nesse aspecto, que Ladislau Dowbor<sup>60</sup> reafirma que é no local, ou seja, no município, que o cidadão tem a possibilidade de exercer a sua cidadania, seja por conhecimento de causa ou pela proximidade entre os atores sociais, mas é nesse espaço que há maior facilidade do uso de tecnologias e participação comunitária para uma administração transparente, pois é fundamental os gestores estarem atentos as necessidades de seus administrados, "num universo onde as mudanças tecnológicas e sociais vão mais rápido que as mudanças jurídicas".

Entretanto, toda a questão dos problemas da democratização e reestruturação do próprio Estado, passam pela superação da dicotomia governo-sociedade civil, mas que pode ser alcançado no espaço da utilização das inovações tecnológicas (novas mídias interativas), a partir da oportunidade de inclusão de percepções diversas, que organizadas, ampliem a responsabilidade dos sistemas e, mesmo tempo, alterem sua relação hierárquica, gerando mecanismos de participação dos cidadãos "nos processos de formulação e feedback da administração, transformando, notadamente, os mecanismos de serviços ad hoc de governo eletrônico em

---

<sup>59</sup>JARDIM, J. M. **A construção do e-gov no Brasil: configurações político-informacionais.** In: ENCONTRO NACIONAL DA CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 5., 2004, Salvador, BA. Anais. Salvador: CIFORM, 2004, p. 6-7. Disponível em: <[www.ciform.ufba.br/v\\_anais/artigos/josemariajardim.html](http://www.ciform.ufba.br/v_anais/artigos/josemariajardim.html)> Acesso em 08 de setembro de 2016.

<sup>60</sup>DOWBOR, Ladislau. **Prefácio.** In: HERMANY, Ricardo (org.). *Gestão local e políticas públicas.* Santa Cruz: Editora IPR, 2010, p. 18-19.

mecanismos políticos e sistêmicos de governança"<sup>61</sup>.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sociedade contemporânea não é mais um elemento estático, mas pelo contrário, vive em uma constante transformação. É nesse cenário, que as tecnologias da informação e comunicação deslumbram-se nas principais responsáveis por esse modelo cíclico.

Os avanços consagrados pela internet emergente, desempenham um papel fundamental no desenvolvimento social, econômico e sobretudo, cultural. Vista assim, como meio de criação de conhecimento e qualidade de vida para os cidadãos.

Estes passam a interagir como agentes participantes não mais como meros espectadores, assumindo o protagonismo na construção desta nova fase da democracia - ciberdemocracia, que por sua vez, não implica o fim do Estado, mas apenas institui um novo espaço caracterizado pelo acesso amplo das informações e discussões – ciberespaço.

Esses fluxos e trocas de experiências e informações, são favoráveis a formação de uma opinião pública, sem limitações de tempo e espaço, alcançando escalas locais e/ou planetárias, o que proporciona uma maior interação entre o cidadão e o Estado com as políticas públicas.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

---

<sup>61</sup> RUEDIGER, M. A. **Governo eletrônico ou governança eletrônica: conceitos alternativos no uso das tecnologias de informação para o provimento de acesso cívico aos mecanismos de governo e da reforma do Estado.**In: CONCURSO DE ENSAYOS Y MONOGRAFIAS DEL CLAD SOBRE REFORMA DEL ESTADO Y MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA, 21., 2002, Caracas. Anais. Caracas, 2002, p.22.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo.** 6ª ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BORDENAVE, Juan E. Díaz. **O Que é Participação.** 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

CARDON, Dominique. **A democracia internet: promessas e limites.** Tradução de Nina Vincent e Tiago Coutinho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura.** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CRUZ, Paulo Márcio. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno.** Disponível em: [www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/421/363](http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/421/363). Extraído em: 20 junho. 2016, p. 50.

DEMO, Pedro. **Participação é Conquista: Noções de Política Social Participativa.** 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1993.

DOWBOR, Ladislau. **Prefácio.** In: HERMANY, Ricardo (org.). Gestão local e políticas públicas. Santa Cruz: Editora IPR, 2010, p. 13-20.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Prefácio.** In: HERMANY, Ricardo. Empoderamento Social Local. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p. 31-50.

FREITAS, Carla Dal Sasso; PIMENTA, Marcelo Soares. **Big data, visualização de informações e visual analyticsem suporte a políticas públicas.** In: PIMENTA, Marcelo Soares; CANABARRO, Diego Rafael (Orgs.). Governança Digital. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014. p. 98-114.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica**. São Paulo: Cortez, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de laAcción Comunicativa II. Crítica de larazón funcionalista**. Versióncastellana de Manuel Jiménez Redondo. 4ª edición. Madrid: Taurus Humanidades, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria de laAcción Comunicativa I. Racionalidad de laacción y racionalización social**. Versióncastellana de Manuel Jiménez Redondo. 4ª edición. Tomo I. Madrid: Taurus Humanidades, 1999.

\_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. 2ªed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JARDIM, J. M. **A construção do e-gov no Brasil: configurações político-informacionais**. In: ENCONTRO NACIONAL DA CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 5., 2004, Salvador, BA. Anais. Salvador: CIFORM, 2004. Disponível em: <[www.cinform.ufba.br/v\\_anais/artigos/josemariajardim.html](http://www.cinform.ufba.br/v_anais/artigos/josemariajardim.html)> Acesso em: 08 set. 2016.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: Ed. 34, 1996.

\_\_\_\_\_. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

\_\_\_\_\_. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito da Participação Política: Legislativa, Administrativa, Judicial: (Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Legitimidade).** Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MÜHL, Eldon H. **Habermas e a educação: ação pedagógica como agir comunicativo.** Passo fundo: UPF Editora, 2003.

PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática.** Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENAU, James N. **Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial.** In: Rosenau, James N. e Czempiel, Ernst-Otto. Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial. Brasília: Ed. Unb e São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 11-46.

ROSENFELD, Denis L. **O que é Democracia.** 5ªed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

RUEDIGER, M. A. **Governo eletrônico ou governança eletrônica: conceitos alternativos no uso das tecnologias de informação para o provimento de acesso cívico aos mecanismos de governo e da reforma do Estado.**In: CONCURSO DE ENSAYOS Y MONOGRAFIAS DEL CLAD SOBRE REFORMA DEL ESTADO Y MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA, 21., 2002, Caracas. Anais. Caracas, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2012.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E  
SUSTENTABILIDADE  
4º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da  
globalização"  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí  
Março 2017

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de bolso, 2010.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O Local e o Global: limites e desafios da participação cidadã**. 3ªed. São Paulo: Cortez, 2002.

TORRES, Gustavo da Gama; PIMENTA, Marcelo Soares. **Sistemas de governo eletrônico são ecossistemas digitais**. In: PIMENTA, Marcelo Soares; CANABARRO, Diego Rafael (Orgs.). Governança Digital. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014. p. 80-97.

## **A IMPORTÂNCIA DE CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE RESPOSTAS ADEQUADAS E INADEQUADAS EM DIREITO**

**Leandro Seberino da Silva<sup>1</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo consiste em explicitar qual a importância de se estabelecer critérios de distinção entre respostas adequadas ou inadequadas em direito. Ressalta-se que não se pretende abordar quais são esses critérios e nem como se chegou a eles. Essa última análise foi objeto de trabalho dissertativo de conclusão do curso de mestrado em ciência jurídica desse autor, com base na proposta teórica de Lenio Luiz Streck e de autores que lhe serviram de base, como Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin.

O objetivo aqui consiste em mostrar a importância da existência de critérios de identificação de respostas adequadas ou inadequadas, tendo em vista as peculiaridades que se consolidaram historicamente no ordenamento jurídico brasileiro conduzindo o Direito em situações que o distanciam dos ideais democráticos conquistados na forma da atual Constituição Federal.

Serão feitas alusões:

1. À prevalência de uma razão cínica que impede a resolução de injustiças e paradoxos;
2. Às peculiaridades históricas que contribuem para que o modelo de Direito prevalente resolva conflitos individuais, mas não saiba lidar com conflitos

---

<sup>1</sup>Universidade do Vale do Itajaí. Mestrado em Ciência Jurídica. Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Advogado atuante nas áreas cíveis, tributário, aduaneiro e administrativo. E-mail: l.seberino@gmail.com.

sociais;

3. À existência de um senso comum teórico que torna o direito um instrumento de manutenção do que está estabelecido;

4. À existência de uma crise de paradigma filosófico ainda prevalecente no imaginário dos juristas que induz a pensar que no direito se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, tornando a discricionariedade algo normal e inevitável;

5. À existência de teorias recepcionadas no Brasil, por vezes de maneira descontextualizada que acabam reforçando os problemas advindos da discricionariedade e;

6. À existência do que pode ser chamado de fábrica de princípios que reforça a discricionariedade legitimada pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Com base nessa exposição, através das Considerações Finais demonstra-se que é importante que haja critérios – talvez não de identificação, mas ao menos que sirvam de orientação -, para distinguir quando uma resposta é adequada e quando não o é, já que a perpetuação das peculiaridades históricas enumeradas impede que se avance em direção aos ideais democráticos fortemente almejados pelo movimento constitucional brasileiro.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação<sup>2</sup> foi utilizado o Método Indutivo<sup>3</sup>, na Fase de Tratamento de Dados o Método

---

<sup>2</sup>[...] 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**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 87.

<sup>3</sup>[...] 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. 91.

Cartesiano <sup>4</sup>, e, o Relatório dos Resultados é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente<sup>5</sup>, da Categoria<sup>6</sup>, do Conceito Operacional<sup>7</sup> e da Pesquisa Bibliográfica <sup>8</sup>.

## 1. A PREVALÊNCIA DE UMA RAZÃO CÍNICA BRASILEIRA.

Segundo Streck<sup>9</sup>, apoiado em Raymundo Faoro<sup>10</sup>, no Brasil o poder político articula-se influenciado por uma herança lusitana, que tem em seu conteúdo um estado patrimonialista e, em sua forma um modelo estamental. Os titulares do poder apoderam-se do aparelhamento estatal ao ponto de se tornar difícil a distinção entre bens públicos (Estado) e privados.

Por outro lado, esse poder persiste sempre nas mãos das mesmas famílias que conduzem a máquina estatal de acordo com seus interesses. Essa

---

<sup>4</sup>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. 22-26.

<sup>5</sup>"[...] 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. 58.

<sup>6</sup>"[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**, p. 27.

<sup>7</sup>"[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**, p. 39.

<sup>8</sup>"Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**, p. 215.

<sup>9</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 30-40.

<sup>10</sup>FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Globo, 1995, p. 824.

problemática aproximação entre público-privado, também se mostra pelo elevado grau de apropriação da coisa pública. Por isso, afirma Streck que existe um cinismo descarado que ignora as gritantes desigualdades que se perpetuam no Brasil.

Afirma que historicamente o Estado foi pródigo e beneficiou somente as elites brasileiras. Em outras palavras, quem se aproveitou foram as camadas médio-superiores da sociedade apropriando-se dos recursos estatais e privatizando-os. O resultado disso é que, os privilégios são usufruídos somente por uma pequena parcela de brasileiros, restando para os demais (os menos favorecidos) o atraso.<sup>11</sup> Considerando isso, afirma que não surpreende o fato de existir duas espécies de pessoas no Brasil: os sobreintegrados que dispõem e usufruem do sistema, mas a ele não se subordinam, e os subintegrados que dependem e não dispõem do sistema, mas, apesar disso, a ele não têm acesso.

Outra faceta desse imaginário estamental é representada pela corrupção e a impunidade que subsiste no país. Para Streck<sup>12</sup> o sistema brasileiro é muito bom e eficiente para prender ladrões de galinhas e sabonetes, mas nem tanto para prender sonegadores e lavadores de dinheiro.

De tudo isso, afirma o autor<sup>13</sup>, restam as promessas tão almeçadas pela modernidade. Em que pese os quase cinco séculos de operação Brasil, os enigmas e paradoxos: a dívida social crescente tal qual a fome, o ensino miserável, a ausência de terra para os aptos a trabalhá-la (sendo guardada como poupança), trabalhos voltados para exportação e importação

---

<sup>11</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p.28-30.

<sup>12</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p.35-41.

<sup>13</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p.36.

privilegiando os exportadores.

Tais enigmas e paradoxos são ainda cotidianamente reforçados e por isso tido como normais. Nos meios de comunicação são comuns propagandas que refletem isso.<sup>14</sup>

As situações acima levantadas constituem-se no que pode ser considerado patologias que destroem tudo o que foi conquistado historicamente e objetivado na forma da atual Constituição Federal e seus ideais democráticos. Essas patologias passam despercebidas como se normais fossem, o que não deveria.

Isso, com apoio em Sloterdijk <sup>15</sup> se encaixa em uma espécie de razão cínica brasileira. As classes dirigentes responsáveis pelo que está estabelecido sabem que milhares de injustiças são praticadas cotidianamente, "eles sabem muito bem o que estão fazendo, mas, mesmo assim, o fazem".

A existência dessa razão cínica prevalente mostra-se como um problema a ser enfrentado já que ela se sobrepõe a questões de direito conquistadas historicamente, em prejuízo dos objetivos fundamentais da atual Constituição Federal tais quais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais.

Por isso percebe-se a importância de se criar condições de possibilidade de aferir quando uma resposta no direito - por exemplo, uma decisão judicial - é adequada ou inadequada. A partir dessa base orientadora será possível corrigir razões cínicas existentes que muitas vezes passam despercebidas como se fosse algo normal.

---

<sup>14</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p.39.

<sup>15</sup>SLOTERDIJK, Peter. Apud. ZIZEK, Slavoj. Como Marx inventou o sintoma? In: ZIZEK, Slavoj (org). **Um mapa da ideologia**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 312-313.

## **2. CRISE DE MODELO DE PRODUÇÃO DO DIREITO: LIBERAL-INDIVIDUALISTA-NORMATIVISTA.**

Outra peculiaridade problemática refere-se, segundo Streck<sup>16</sup>, a prevalência de um modelo de produção do Direito que não consegue dar conta das promessas da modernidade insculpidas na Constituição, por exemplo, a promoção da dignidade da pessoa humana, garantia dos direitos sociais como o direito à saúde e à educação. Essa estrutura formal é feita para resolver disputas individuais, mas não consegue dar conta de conflitos coletivos.

Isso acaba criando, no mais das vezes paradoxos, já que a lei considera somente a singularidade do conflito individual enquanto inúmeros outros problemas de cunho coletivo perpetuam-se como se não existissem.

Nos manuais de Direito é comum se trabalhar com exemplos envolvendo Caio e Tício, como o caso em que Caio invade a propriedade de Tício, não sendo difícil resolver o impasse: segundo previsão legal, trata-se de esbulho que permite a imediata reintegração da posse, mecanismo esse eficiente que protege os Direitos reais de garantia. Basta que esteja à disposição dos operadores um conjunto de dispositivos tidos como *prêt-à-porter*, isto é, oferecendo respostas prontas e rápidas.

Contudo, - e aqui está a realidade brasileira negligenciada por este modelo - quando Caio e milhares de outros sem teto ou sem terras ocupam a propriedade de Tício os operadores se vêem sem rumo, por só conseguirem pensar o problema a partir de uma ótica liberal-individualista-normativista de

---

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p.44-46.

produção de Direito.<sup>17</sup>

A modernização é vista independentemente do bem estar coletivo. Apesar do imenso poderio econômico, ele não consegue resolver os problemas da qualidade de vida para todos. Estruturas sociais são construídas, mas, ao se fazerem modernas, "mantêm todas as características do que há de mais injusto e estúpido".

Essa peculiaridade perpetua inúmeros paradoxos por chamar a atenção para conflitos individuais ignorando problemas de ordem social. É por esse motivo que se justifica a importância de saber quando uma decisão é ou não inadequada. Em outras palavras, é preciso vislumbrar critérios que levem em consideração - não somente o modelo liberal-individualista-normativista voltado para resolução de conflitos tão somente individuais -, mas também conflitos que envolvam a sociedade como um todo a fim de que esses inúmeros paradoxos sejam evitados.

### **3. SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS BRASILEIROS.**

Em países como o Brasil, Streck<sup>18</sup> chama a atenção para o importante papel dos operadores do Direito que deveria ser de transformação social. No entanto, ocorre um fenômeno que tem efeito oposto, prevalecendo o senso comum teórico dos juristas, termo este cunhado por Alberto Luis Warat<sup>19</sup>.

Afirma que a crise de inefetividade da Constituição e das ilusões das

---

<sup>17</sup>BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do Direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea.** Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1996, p. 19.

<sup>18</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p.47.

<sup>19</sup>WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito.** Porto Alegre: Fabris, 1994. v. 1, p. 57.

promessas da modernidade é sustentada por esse senso comum que é um emaranhado de crenças, fetiches, valores e justificativas que se legitimam por meio de discursos produzidos pelos órgãos institucionais como os parlamentos, tribunais, escolas de Direito, associações profissionais e a administração pública <sup>20</sup>.

Esse fenômeno produz verdades que influenciam despercebidamente os operadores do Direito, ocultando-se e mascarando-se pela opinião comum dos doutores do Direito, propiciando que os juristas conheçam e aceitem o que está estabelecido juridicamente de maneira confortável, passiva e acrítica. O exercício do operador jurídico torna-se um simples hábito rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas da sociedade.<sup>21</sup>

Isso permite um conhecimento sobre o fenômeno jurídico e social que é reproduzido sem, porém, ser explicado. O debate se dá perifericamente, onde as respostas não ultrapassam o que está estabelecido. Subsistem, por isso, os paradoxos da sociedade. <sup>22</sup>

Essa formação, segundo Streck <sup>23</sup>, tem sua gênese já no processo de aprendizagem das escolas de Direito. Há uma cultura apoiada em manuais de duvidosa cientificidade, que visa simplificar o Direito e o ensino jurídico. Criam-se padrões que se repetem nas salas de aula e em cursos de preparação para concursos, assim como em fóruns e tribunais. Nesse

---

<sup>20</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p.85.

<sup>21</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p.86.

<sup>22</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 86-90.

<sup>23</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 98-99.

imaginário o positivismo exegético ainda é a regra e quando se quer superá-lo apela-se a uma corrente voluntarista.

A doutrina, por sua vez, apenas reproduz o que os tribunais estabelecem, aduzindo em seus textos ementários da jurisprudência para comentar a legislação, ementários esses no mais das vezes descontextualizados, tidos como se não fizessem parte de uma história e não estivessem sujeitos à dinamicidade do tempo. E os exemplos utilizados para fins didáticos não conseguem aludir o que ocorre no cotidiano da sociedade. Há alguns casos que de folclóricos chegam a ser absurdos como, por exemplo, o que exemplifica o estado de necessidade através do caso do naufrágio em alto mar, em que duas pessoas têm uma bóia, suficiente para salvar somente uma delas.<sup>24</sup>

Prevalece assim, uma cultura jurídica padrão no qual o operador do Direito no seu cotidiano trabalha com soluções e conceitos lexicográficos preenchendo suas petições, pareceres e sentenças com ementas jurisprudenciais citadas - em sua maioria - de forma descontextualizada, ignorando seu contexto, seu caráter temporal e histórico.<sup>25</sup>

Os operadores se vêem dependentes dos pareceres estabelecidos pela jurisprudência que traduzem o "correto e fiel sentido da lei", sendo comum se falar em "jurisprudências dominantes". Contudo, sempre que surge uma nova lei, sentem-se incapazes de decidir ou de dar seus pareceres, sentindo-se "órfãos científicos" esperando que alguém lhes aponte o que é que a lei quis dizer.

Nessa esteira, o Direito não consegue transformar a realidade, já que,

---

<sup>24</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 99-101.

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 100-103.

instrumentalizado por esse discurso padronizado é visto como seguro, justo, abrangente, sem fissuras, e, acima de tudo, técnico e funcional. No entanto, em contrapartida, o preço a ser pago é alto já que se ingressa "num universo de silêncio: um universo do texto, do texto que sabe tudo, que diz tudo, que faz as perguntas e dá as respostas". Assim, os juristas, fazendo seu trabalho "não fazem o Direito: apenas entretêm o mistério divino do Direito, ou seja, o princípio de uma autoridade eterna fora do tempo e mistificante, [...]".<sup>26</sup>

É preciso que a comunidade jurídica se dê conta de que o direito nem sempre é qualquer coisa que as autoridades reconhecidas, como por exemplo, os tribunais superiores dizem que é. É preciso abandonar a postura de reprodutores do que está na lei ou no verbete jurisprudencial prevalecente e passar a questionar, através de uma atitude científica responsável, quando uma resposta é ou não adequada em direito. É preciso evitar que se perpetuem ingenuidades teóricas acerca do direito perpetrada muitas vezes até mesmo pelas autoridades reconhecidas.

#### **4. NÃO SUPERAÇÃO DOS PARADIGMAS FILOSÓFICOS DA METAFÍSICA CLÁSSICA E FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA.**

No âmbito da filosofia houve uma mudança de paradigma que não foi devidamente recepcionada no campo da filosofia jurídica, das academias de Direito e no cotidiano das práticas judiciárias e doutrinárias brasileiras. Hora se acredita que o sujeito é quem dá sentido ao objeto analisado, o que pode ser chamado de posturas subjetivistas, hora se acredita que é possível extrair essência dos objetos, o que pode ser chamado de posturas objetivistas.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 109-110.

<sup>27</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 142-143.

De um lado há a influência do paradigma de cunho metafísico-essencialista que pressupõe que "os fenômenos têm uma pretensa independência, onde [...] é explicado depois de reduzido à sua essência [...]". Em decorrência acredita-se poderem extrair significados dos objetos, da realidade ou dos textos (jurídicos), predominando no imaginário gnosiológico dos juristas o hábito de tentar aprisionar os fatos em pequenos textos, sequestrando o tempo do Direito. A partir dessa concepção a linguagem acaba tendo um papel secundário, qual seja, o de servir de veículo para transferir de um texto para o intérprete a verdadeira essência do Direito ou do texto jurídico-normativo.<sup>28</sup>

Por outro lado, uma vez que o texto nunca consegue abarcar toda a realidade previamente, nos casos em que não há previsão legal ou jurisprudencial tratando previamente a questão, adotam-se concepções baseadas no paradigma epistemológico da filosofia da consciência que também acaba exercendo forte influência no âmbito jurídico brasileiro. Quando não se busca o "verdadeiro sentido da norma" (porque não previsão legal/jurisprudencial estabelecida previamente) se aposta na "revelação que deve ser feita pelo intérprete". Isso é facilmente detectado ao se admitir o poder discricionário dos juízes no âmbito da Interpretação da lei aplicada ao caso concreto, ou no livre convencimento e na livre apreciação das provas.<sup>29</sup>

Tanto um paradigma (metafísica clássica essencialista) quanto o outro (filosofia da consciência) influenciam a ação dos operadores do Direito de um modo a se acreditar, hora no objetivismo, hora no subjetivismo, sendo que ambos conduzem as práticas jurídicas na contramão do que se espera de um

---

<sup>28</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 77, 104 e 120.

<sup>29</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p.77, 119-121.

Estado Democrático de Direito, isto é, em direção às discricionariedades.<sup>30</sup> Buscam-se constantemente o "correto sentido da norma", mas ao mesmo tempo e, sob o pretexto de superar a figura do juiz-boca-da-lei (que não pode decidir somente com base na lei, principalmente, quando não existe lei prévia) passa-se a apostar no protagonismo judicial.<sup>31</sup>

As posturas objetivistas e as subjetivistas, segundo Streck, encontram-se arraigadas nas práticas cotidianas dos operadores jurídicos brasileiros, sendo comum a existência de uma mixagem entre as duas posturas onde se busca concomitantemente o "espírito do legislador" e a "vontade da norma". Trata-se, segundo Lenio<sup>32</sup> de uma "algaravia conceitual que foi sendo produzida ao longo dos anos".

Isso acaba desembocando num problema de discricionariedade que, segundo Streck<sup>33</sup> nem uma postura (objetivismo) nem outra (subjetivismo) conseguem resolver. Isso porque uma está situada no paradigma da metafísica clássica que acredita na possibilidade de extração do significado sobre as coisas (leis). Contudo, quando a lei não consegue dar conta da realidade o intérprete é obrigado a recorrer à própria vontade solitária para decidir no caso concreto qual a melhor medida a ser tomada. O poder judiciário passa a não mais "revelar" o que está na lei e se vê obrigado a "afirmar" a vontade da lei.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p.77.

<sup>31</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p.118.

<sup>32</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p.150-157.

<sup>33</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 145-146.

<sup>34</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 145-146.

Como consequência desses dois paradigmas filosóficos e de sua não superação, acredita-se que se pode dizer qualquer coisa sobre o direito como se não fosse possível aferir verdades e, por consequência identificar o que é ou não adequado. No final, prevalece a discricionariedade do juiz de modo que o direito enquanto fenômeno construído historicamente é ignorado, correndo-se o risco de repetir ingenuidades e injustiças já cometidas inúmeras vezes no passado. O risco é de retrocesso constitucional.

Mostra-se com isso que, ao se vislumbrar critérios de orientação do que é ou não adequado em direito evita-se a propagação da idéia de que não é possível livrar-se das garras do niilismo jurídico.

## **5. RECEPÇÕES DESCONTEXTUALIZADAS DE TEORIAS ALIENÍGENAS.**

Segundo Streck <sup>35</sup> com a chegada na nova ordem constitucional em 1988, rica em Direitos fundamentais e um vasto catálogo de Direitos sociais era preciso olhar o novo com os olhos do novo. Isso porque a tradição estava assentada num modelo de Estado liberal voltado para resolução de conflitos individuais que não dava lugar para Direitos de segunda e terceira dimensão. Assim também não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico, o que jogou os juristas brasileiros nos braços de teorias alienígenas.

Para o autor, as recepções no mais das vezes se deram de modo descontextualizado, acrítico e por vezes equivocado, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum de maior parte das teorias. Destaca três principais doutrinas que ganharam um diferenciado incentivo: a Jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase no

---

<sup>35</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas, p. 47.

ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy.

A Jurisprudência dos valores criticava o excessivo conceitualismo que conduzia os juízes para um terreno abstrato, muito distante das tensões sociais. Pregava que a norma jurídica deveria resolver os conflitos de interesses. Por isso, caberia como tarefa dada ao juiz a recomposição dos interesses em conflito que a lei não conseguia resolver, e nos casos de lacuna, deveria proceder a uma ponderação dos interesses em tensão <sup>36</sup>. Essa influência, segundo Streck <sup>37</sup>, ainda é forte no âmbito do pensamento jurídico brasileiro já que existe uma concepção amplamente difundida de que os princípios constitucionais são a consagração de valores éticos e morais. Afirma-se equivocadamente que o juiz não pode mais simplesmente reproduzir o discurso legislativo ficando inerte, mas valorar as circunstâncias de modo a encontrar a melhor solução ainda que a custo da própria legalidade.

O terreno da nova ordem constitucional também é fértil nos anos 90 para o denominado "neoconstitucionalismo" que apesar dos avanços proporcionados, deu azo no Brasil para o que se denomina "Pamprincipiologismo" como se verá no próximo item. As características desse "neoconstitucionalismo" trouxeram condições patológicas que, no contexto brasileiro, contribuíram para a corrupção do próprio texto constitucional. Isso porque se defendia um Direito constitucional da efetividade a partir de jargões vazios de conteúdos através de incorporação de valores que definem o Direito justo. <sup>38</sup>

---

<sup>36</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas, p. 48.

<sup>37</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 132.

<sup>38</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 133.

As diferenças do contexto alemão para o brasileiro foram ignoradas pelos doutrinadores. No caso brasileiro, historicamente há uma crise de legalidade difícil de emplacar tendo sido uma grande luta "estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade plasmado no texto constitucional". Influenciados pela jurisprudência dos valores buscava-se explicar a Constituição como uma ordem concreta de valores, sendo papel dos intérpretes encontrar e revelar esses valores.

O modo mais específico de implementação dessa recepção se deu através da teoria da argumentação de Robert Alexy, recebendo uma leitura superficial por parte de considerável parcela da doutrina e dos tribunais. O uso descriterioso da teoria Alexyana transformou a regra da ponderação em um princípio, tratando-o como uma espécie de álibi teórico para fundamentar os mais diversos posicionamentos.<sup>39</sup>

Também o ativismo judicial, indevidamente recepcionado causou sérias consequências já que empregado de um modo "tabula rasa". Isso porque sequer os limites semânticos do texto constitucional são respeitados em muitos casos. Esse protagonismo judicial que vem sendo praticado no poder judiciário brasileiro não possui limites.<sup>40</sup>

Além dessas três recepções, pode-se dizer que no plano da doutrina e da Aplicação do Direito existem ainda manifestações assentadas em pragmatismos dos mais variados, construídos a partir de mixagens teóricas assistemáticas e contraditórias. Toma-se emprestados pressupostos originários das teorias argumentativas como a de Alexy, em especial quando na decisão aplicam a proporcionalidade e a razoabilidade, transformando-os em enunciados performativos, que da "simples enunciação já faz 'emergir' a

---

<sup>39</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas, p. 48-50.

<sup>40</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas, p. 55.

sua significação" e que "não pode ser contestado"; não pode sofrer críticas; consta como algo dado desde sempre [...]" . Valendo-se da proporcionalidade e do "sopesamento entre fins e meios" (ponderação) chegam-se às mais diversas respostas. <sup>41</sup>

Relacionando esse ponto com a problemática do artigo que objetiva explicitar os motivos que justificam ser importante ter critérios para aferir decisões adequadas ou inadequadas, verifica-se que as recepções de teorias oriundas de outros contextos e por vezes equivocadas, até o presente momento somente resultaram no reforço das discricionariedades prevalecendo o pressuposto anteriormente mencionado de que no direito se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. E, ao contrário, isso não é possível e nem deve ser admitido justamente por quê existem critérios de identificação e ajudam a manter o direito como ele é atualmente, o resultado de uma construção historicamente conquistada.

## 6. PAMPRINCIPIOLOGISMOS.

Segundo Streck<sup>42</sup>, qualquer postura que pretenda superar as deficiências do positivismo (seja ele exegético ou normativista) não pode mais admitir espaços para os princípios gerais do Direito. Isso porque eles nunca tiveram um conceito definido.

Não obstante as inúmeras tentativas de definição, Streck <sup>43</sup> afirma que consenso é um ideal difícil de ser alcançado, além do que com a nova ordem

---

<sup>41</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas, p. 55.

<sup>42</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 157-162.

<sup>43</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 163-166.

constitucional os princípios foram introduzidos no Direito como um "critério positivista de fechamento do sistema" com vistas à preservação da pureza e integridade do mundo das regras. Apesar disso, a LINDB (Lei de Introdução as Normas do Direito brasileiro) mantém a abertura do sistema ao estabelecer em seu art. 4º que, em caso de omissão da lei pode haver o preenchimento a partir da "analogia", dos "costumes" e dos "princípios gerais do Direito".

Isso é problemático na medida em que abre espaços para discricionariedades de toda ordem. Bastam que se questionem quais costumes? E quais princípios gerais do Direito? Junto a isso, outra questão problemática é a função dos princípios constitucionais e a (não) distinção em relação aos princípios gerais do Direito. Esses últimos são nada menos do que uma autorização para a discricionariedade justificando a saída do juiz do sistema codificado para solucionar o caso que não permitia resposta no Código. Já os princípios constitucionais devem ser um contraponto a essa discricionariedade.

Pensar diferente soa paradoxal já que os princípios que antes autorizavam o "fechamento do sistema" através do exercício da discricionariedade (omissão da lei, lacunas, etc.) agora, se admitidos, soçobriariam diante dos princípios constitucionais instituídos justamente para evitar esse exercício de discricionariedades. A admissibilidade da adoção de princípios gerais do Direito enfraquece sobremodo o valor da doutrina na construção do conhecimento jurídico, fortalecendo o papel do aplicador da lei, colocando cada vez mais os juristas a mercê das decisões dos tribunais de modo a se identificar o Direito com as decisões dos tribunais.

No entanto, "o Direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é [...]". Não se pode permitir a atribuição arbitrária de sentidos. Princípios devem ser tratados como normas expressas na Constituição com um sentido de dever ser. Caso contrário, princípios serão tomados por posturas voluntaristas que acabam

por dar azo a uma verdadeira fábrica de princípios, o que Streck <sup>44</sup> dá o nome de pamprincipiologismo, o que fragiliza o grau de autonomia do Direito, já que a proliferação de princípios não passa de argumentações morais, que conduzem inexoravelmente à fragilização do Direito.

Consequência disso é o incontornável elenco de princípios <sup>45</sup> largamente utilizados cotidianamente nos tribunais e na doutrina. Tais princípios, no modo como são apresentados, pelo menos em sua expressiva maioria, decorrem de construções pragmatistas que, em um segundo momento adquire foros de universalização. Isso se torna problemático, pois, prevalece uma ampla liberdade de Aplicação do intérprete tornando-se impossível vislumbrar a distinção entre respostas adequadas ou inadequadas, já que qualquer coisa vale.

É justamente pelo motivo de não se pode admitir dizer qualquer coisa sobre o direito, e, nesse sentido, criar princípios decorrentes de argumentações morais, que é importante criar condições de possibilidade de se aferir quando uma resposta em direito é ou não adequada.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo objetivou explicitar qual a importância de valer-se de critérios de orientação para distinguir quando uma resposta em direito é ou não adequada. Para tanto apoiou-se principalmente nas proposições teóricas

---

<sup>44</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 171-174.

<sup>45</sup>Alguns "princípios" que podem ser citados: princípio da simetria, da precaução, da não surpresa, da confiança, da afetividade, do processo tempestivo, da ubiqüidade, do fato consumado, do deduzido e do dedutível, da alteridade, da cooperação processual, da confiança no juiz da causa, da humanidade, da situação excepcional consolidada, da rotatividade, do lógico e inúmeros outros elencados por Lenio Streck em sua obra: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 171-174.

do autor Lenio Luiz Streck que professa sua crítica hermenêutica do direito.

No que diz com a prevalência de uma razão cínica, as promessas da modernidade e os paradoxos perpetuam-se incumpridas por conta disso. Tratam-se de posturas discricionárias porque ignoram o que deveria ser tido como anormal, a saber, perpetuação de desigualdades e injustiças, falta de vinculatividade à legalidade e aos preceitos Constitucionais, desrespeito à organização democrática e reforço de inseguranças e incertezas jurídicas.

A existência dessa razão cínica prevalente mostra-se como um problema a ser enfrentado já que ela se sobrepõe a questões de direito conquistadas historicamente, em prejuízo dos objetivos fundamentais da atual Constituição Federal. Por isso percebe-se a importância de se criar condições de possibilidade de aferir quando uma resposta no direito - por exemplo, uma decisão judicial - é adequada ou inadequada.

A respeito do ainda prevalente modelo de produção do direito voltado para resolver conflitos individuais, mostra-se que ele é incapaz de resolver os dilemas que a democracia exige que se efetivem dentre os quais a maximização de direitos para todos. Essa peculiaridade perpetua inúmeros paradoxos por ignorar problemas de ordem social.

É por esse motivo que se justifica a importância de saber quando uma decisão é ou não inadequada. Em outras palavras, é preciso vislumbrar critérios que levem em consideração - não somente o modelo liberal-individualista-normativista voltado para resolução de conflitos tão somente individuais -, mas também conflitos que envolvam a sociedade como um todo a fim de que esses inúmeros paradoxos sejam evitados.

Quanto a propagação fortemente disseminada de um senso comum teórico que torna os operadores do direito reféns de verdades absolutas e atemporais estabelecidas por autoridades, verifica-se que isso fortalece um caráter estático que impede que o Direito seja tido como um instrumento de

transformação da sociedade.

Por conta desse senso obnubilador maiores são as chances de os tribunais tomarem decisões descriteriosas, isto é, decisões que ignoram o caráter histórico do direito que deu condições de conduzi-lo ao que hoje se entende por ideais de Estado Democrático.

É preciso que a comunidade jurídica se dê conta de que o direito nem sempre é qualquer coisa que as autoridades reconhecidas - como por exemplo os tribunais superiores - dizem que é. É preciso abandonar a postura de reprodutores do que está na lei ou no verbete jurisprudencial prevalecente e passar a questionar, através de uma atitude científica responsável, quando uma resposta é ou não adequada em direito. É preciso evitar que se perpetuem ingenuidades teóricas acerca do direito perpetrada muitas vezes até mesmo pelas autoridades reconhecidas.

Acerca da prevalência dos paradigmas filosóficos da metafísica clássica e da filosofia da consciência, verificou-se que estabelecem uma concepção mista de que o conhecimento humano se dá na forma de uma relação entre um sujeito que extrai a verdade do objeto. Os operadores acreditam que é possível extrair verdades absolutas e atemporais de simples verbetes jurídicas e jurisprudenciais, e, quando não existem previsões estabelecidas previamente, torna-se inexorável que se criem verdades, resultando em última análise, decisões discricionárias.

Nesses casos, as decisões podem dizer qualquer coisa de modo que a verdade torna-se algo relativo abrindo-se brechas para perpetuação de atitudes ingênuas ou maliciosas, resultando em insegurança jurídica e violação de desigualdades.

Como conseqüência, acredita-se não ser possível aferir verdades e, por conseqüência identificar o que é ou não adequado. No final, prevalece a discricionariedade do juiz de modo que o direito enquanto fenômeno

construído historicamente é ignorado, correndo-se o risco de repetir ingenuidades e injustiças já cometidas inúmeras vezes no passado. O risco é de retrocesso constitucional.

Mostra-se com isso que, ao se vislumbrar critérios de orientação do que é ou não adequado em direito evita-se a propagação da idéia de que não é possível livrar-se das garras do niilismo jurídico.

Quanto as recepções equivocadas e descontextualizadas de teorias alienígenas, relacionando esse ponto com os motivos que justificam ser importante ter critérios para aferir decisões adequadas ou inadequadas, verifica-se que as recepções de teorias elienígenas, até o presente momento somente resultaram no reforço das discricionariedades prevalecendo o pressuposto anteriormente mencionado de que no direito se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. E, ao contrário, isso não é possível e nem deve ser admitido justamente por que existem critérios de identificação que ajudam a manter o direito como ele é atualmente, ou seja, o resultado de uma construção historicamente conquistada.

Por último, quanto à legitimação da utilização de princípios gerais do direito com base na LINDB, é justamente pelo motivo de não se poder admitir dizer qualquer coisa sobre o direito, e, nesse sentido, criar princípios decorrentes de argumentações morais, que é importante criar condições de possibilidade de se aferir quando uma resposta em direito é ou não adequada.

Da exposição feita, vislumbra-se de maneira mais clara a importância de se ter critérios de identificação do que é adequado ou não em direito. Repisa-se que não se objetivou explicitar quais são e nem como identificar os critérios, e sim mostrar vários motivos que evidenciam porque isso é importante. A explicitação dessas duas questões (quais e como) é objeto de exposição em outros trabalhos publicados pelo autor.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1996.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1985.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 11 ed. São Paulo: Globo, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREIRE, Vinícius Torres. "Carro grande e senzala". In: **Folha de São Paulo**. 17.01.2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87.

SLOTERDIJK, Peter. Apud. ZIZEK, Slavoj. Como Marx inventou o sintoma? In: ZIZEK, Slavoj (org). **Um mapa da ideologia**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E  
SUSTENTABILIDADE  
4º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da  
globalização"  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí  
Março 2017

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito**. Porto Alegre: Fabris,  
1994. v. 1.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito**. Porto Alegre: Fabris,  
1995. v. 2.

**EMENDA CONSTITUCIONAL N.81/2014: A GARANTIA DO DEVIDO  
PROCESSO LEGAL NO PROCEDIMENTO CONFISCATÓRIO DA  
PROPRIEDADE EM QUE SE VERIFICAR A EXPLORAÇÃO DO  
TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO**

**Mariana Leite de Freitas<sup>1</sup>**

**Cássio Bruno Castro Souza<sup>2</sup>**

**INTRODUÇÃO**

A exploração do trabalhador na forma de redução à condição análoga à de escravo, apesar de ter sido oficialmente abolida há pouco mais de 125 anos, com a Lei Áurea, ainda tem persistido no Brasil. A motivação para a pesquisa do tema resulta da observação das circunstâncias degradantes e desumanas a que são submetidos os obreiros.

O confisco da propriedade, à luz da inovadora Emenda Constitucional n.81/2014, tornou-se um instrumento de combate ao trabalho análogo ao de escravo, ao que tudo indica, eficaz, já que coloca em perigo o recurso substancial do empregador escravocrata: seus bens.

A Proposta de Emenda à Constituição n. 438/2001, surgiu com o intuito de estabelecer a expropriação das propriedades nas quais se verificasse o trabalho escravo, complementando o rol do artigo 243 da Constituição Federal que previa essa possibilidade apenas nos casos de cultura ilegal de

---

<sup>1</sup>Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Católica de Rondônia. E-mail: marianalf.adv@gmail.com

<sup>2</sup>Procurador do Estado de Rondônia. Mestrando acadêmico em Direito pela PUC/PR. E-mail: cassiocastrosoouza@gmail.com

psicotrópicos.

Apesar da existência de ampla produção acadêmica sobre o fenômeno da escravidão, este artigo apresenta uma abordagem mais específica do tema para garantir uma contribuição inovadora à ciência jurídica.

A forma metodológica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, descritiva e documental, efetuada a partir da legislação, de decisões judiciais e de obras publicadas, tais como os livros, revistas, artigos e trabalhos acadêmicos. Em razão de o instituto abordado pela EC n. 81/2014 ser pluridimensional, a revisão da literatura permitiu um enfoque interdisciplinar dos campos doutrinários do Direito Constitucional, Direito Penal, Direito Administrativo e do Direito do Trabalho.

O objetivo geral desta pesquisa foi analisar, a luz da EC 81/2014 que alterou o artigo 243 da Constituição Federal, o confisco da propriedade como ferramenta jurídica de combate ao trabalho análogo ao de escravo no Brasil, com enfoque na garantia do devido processo legal de forma a assegurar ao proprietário do imóvel/terra que se verificar essa prática todos os meios legais de defesa da sua propriedade.

O artigo foi organizado em quatro seções. O encetamento da primeira seção compreendeu o fenômeno do trabalho em condições análogas às de escravo, sob fundamento da dignidade da pessoa humana, com base nos modos de execução apontados no art. 149 do Código Penal Brasileiro.

A segunda seção avaliou o princípio constitucional da função social que ratifica a possibilidade do confisco de propriedades em que se constatar a exploração do trabalho análogo ao de escravo.

A terceira seção se propôs a demonstrar que a medida instituída pela EC n. 81/2014 mostra-se apta como uma alternativa para intensificar o combate do trabalho análogo ao de escravo no Brasil, contribuindo, não só para a efetivação de direitos fundamentais dos trabalhadores, mas também garantir

que a propriedade cumpra sua função social.

A quarta e última seção do artigo, versou sobre o eixo norteador da pesquisa: o devido processo legal que emerge – no desempenho da atividade confiscatória por interesse social – dos princípios constitucionais que protegem o direito do proprietário contra a eventual expansão arbitrária do poder estatal.

Por fim, devido a frequente ocorrência de trabalhadores em condições análogas à escravidão no Brasil o presente estudo se propõe a oferecer informações relevantes no sentido de ampliar a discussão relativa ao tema; bem como ser um referencial de subsídio teórico para a formulação de ações efetivas de conscientização com o objetivo de minimizar esse fenômeno, sem deixar de ponderar os direitos constitucionais processuais resguardados a quem exerce a prática escravagista.

## **1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO RAZÃO FUNDAMENTAL PARA O COMBATE AO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO**

O ordenamento brasileiro trabalhista não estipula a elucidação de trabalho em condições análogas às de escravos, embora as normas trabalhistas inseridas em seu campo, de forma indireta, tenham combatido essa prática por meio da regulamentação das relações de trabalho. É atribuição, pois, do Código Penal tipificar esse fenômeno:

### **Redução a condição análoga à de escravo**

**Art. 149.** Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Ao incriminar a conduta e enquadrar as hipóteses em que o crime se configura, o Brasil efetivou à obrigação assumida nas Convenções 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e ao objetivo traçado pelo Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo.

A correta definição desse instituto perpassa pela a identificação da dignidade da pessoa humana como bem jurídico substancial tutelado pelo art. 149 do Código Penal brasileiro. Tal questão, com efeito, refere-se à eficácia horizontal dos direitos fundamentais do trabalhador e possui outros contornos que se irradiam em direção às garantias do mínimo existencial, direitos de dimensão essencial e inalienável.

É possível definir trabalho em condições análogas à condição de escravo como o exercício do trabalho humano em que há restrição, em qualquer forma, à liberdade do trabalhador, e/ou quando não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da sua dignidade.<sup>3</sup>

Segundo Theo Nascimento de Araújo<sup>4</sup> "a utilização da expressão 'trabalho análogo ao escravo', em todo processo jurídico, é essencial, afinal, o trabalho

---

<sup>3</sup>BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho escravo: caracterização**. São Paulo: LTr, 2014, p.86.

<sup>4</sup>ARAÚJO, Theo Nascimento de. **A longa vida do trabalho escravo na Bahia: uma análise das ferramentas para a erradicação**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Economia) - Faculdade de Economia da UFBA, Salvador, 2013, p. 27.

escravo institucionalizado foi revogado em 1888 com a Lei Áurea".

O fenômeno tem que ser compreendido não como uma situação de escravidão, mas somente como uma prática análoga, não permitindo legalmente a propriedade sobre um indivíduo por outro ser humano, logo, nem mesmo sob a alcunha de ato criminoso, poderia "coisificar" um indivíduo admitindo-o como escravo, podendo, no máximo, considerá-lo em situação análoga a de um.<sup>5</sup>

Já a concepção de dignidade, não é fácil de se expressar, pois se trata de um instituto de contorno extensivo. O filósofo Immanuel Kant alicerçado na autonomia da vontade, construiu uma concepção de dignidade que continua a vigorar como um verdadeiro axioma da civilização ocidental<sup>6</sup>. Na concepção jurídica de Kant<sup>7</sup> há uma divisão entre os seres no que denomina como "reino dos fins":

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.

Nesse diapasão, impende destacar o entendimento de Ingo W. Sarlet<sup>8</sup> que desenvolve um conceito multidimensional da dignidade da pessoa humana:

---

<sup>5</sup>NASCIMENTO, Arthur Ramos do. **Políticas públicas de combate ao trabalho escravo rural contemporâneo no Brasil**: análise da responsabilidade do Estado na erradicação da exploração da mão de obra escrava a partir dos paradoxos da realidade normativa, jurisprudencial e social brasileira. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, 2012, p. 61.

<sup>6</sup>SILVA, Marcello Ribeiro. **Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema** (Dissertação de Mestrado). 2010, p.69.

<sup>7</sup>KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2003, p. 77.

<sup>8</sup>SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013, p. 62.

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade, com efeito, deve ser considerada como atributo do ser humano que o faz merecedor de um mínimo de direitos e é ela que, principalmente, é desrespeitada quando verificado o crime de redução à condição análoga à de escravo, pois o que ocorre é desrespeito a esse atributo do ser humano, que é tratado como coisa, havendo uma negação de sua dignidade e, por consequência, de sua condição de ser humano.<sup>9</sup>

A redução a condição análoga a de escravo é caracterizada, na forma básica, pelo cerceamento de liberdade e pela coação moral, física ou econômica. Nessa hipótese, são verificadas quatro condutas típicas. Na seara administrativa, o entendimento é o mesmo, conforme art. 3º da Instrução Normativa n.91, Secretaria de Inspeção do Trabalho/MTE:

Art. 3º. Para os fins previstos na presente Instrução Normativa, considera-se trabalho realizado em condição análoga à de escravo a que resulte das seguintes situações, quer em conjunto, quer isoladamente:

- I – A submissão de trabalhador a trabalhos forçados;
- II - A submissão de trabalhador a jornada exaustiva;
- III – A sujeição de trabalhador a condições degradantes de trabalho;
- IV – A restrição da locomoção do trabalhador, seja em razão de dívida contraída, seja por meio do cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do

---

<sup>9</sup>BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Dignidade da Pessoa Humana como fundamento para o combate ao trabalho em condições análogas à de escravo**: A contribuição da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Processo TST-RR-178000-13.2003.5.08.0117. Revista TST, Brasília, vol. 78, no 3, p. 93 – 107, jul/set 2012, p. 102.

trabalhador, ou por qualquer outro meio com o fim de retê-lo no local de trabalho;

V – A vigilância ostensiva no local de trabalho por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

VI - A posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Na submissão a trabalhos forçados observa-se que a vontade do trabalhador resta comprometida, uma vez que não lhe é permitida de forma espontânea aceitar ou não o trabalho, ou ainda a qualquer tempo decidir sua permanência.<sup>10</sup>

A jornada exaustiva segundo José Paulo Baltazar Junior<sup>11</sup> "ocorre para além da mera superação dos limites legais, não deixando, o trabalhador, tempo razoável para o descanso, lazer, convívio com os familiares, prática religiosa e aprimoramento pessoal".

É necessário frisar que o tipo penal se consuma ainda quando o empregador exige do trabalhador a prestação de serviços em intensidade além do razoável – geralmente estimulado pela remuneração por produção<sup>12</sup> – com altos riscos à sua saúde e à sua vida, dentro da jornada exigida.<sup>13</sup>

A sujeição à situações degradantes de trabalho, por sua vez, se materializam quando uma pessoa é submetida a péssimas condições de trabalho e

---

<sup>10</sup>RESQUE, Samir Pinto. **Exploração madeireira e trabalho análogo ao de escravo no estado do Pará: o caso do Arquipélago do Marajó**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido, Belém, 2013, p. 46.

<sup>11</sup>BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais** – 9 ed. rev, atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014, p.141.

<sup>12</sup>No âmbito laborativo rural brasileiro a hipótese mais comum dessa prática é verificada no trabalho realizado pelo corte da cana-de-açúcar; enquanto que no setor urbano está presente entre as empresas de confecção têxtil.

<sup>13</sup>BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho escravo: caracterização**. São Paulo: LTr, 2014, p.74.

remuneração, isto é, quando não são cumpridas às condições mínimas de higiene, iluminação, ventilação, alimentação adequada etc., que restringem à autodeterminação da pessoa<sup>14</sup>.

O quarto e último tópico de execução do crime de plágio<sup>15</sup> é a restrição da liberdade de locomoção em razão de dívida contraída<sup>16</sup>. Sua definição não encontra muita complexidade, isso porque, trata-se de artifício sob pretexto de uma dívida para o uso da força do trabalhador, como forma de subjugá-lo.

É advertido nessa modalidade como uma espécie de prisão por dívida, que, paradoxalmente, coexiste com um sistema jurídico-positivo que proíbe sua utilização pelo próprio Estado, exceto na hipótese para garantir ao credor a percepção de alimentos, consoante a dicção do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal.<sup>17</sup>

Exploradas as possibilidades típicas de configuração do crime, vale frisar que existem três modos equiparados de execução dispostos no § 1º do art. 149, CP que são o cerceamento do uso de transporte, vigilância ostensiva e

---

<sup>14</sup>CORTEZ, Julpiano Chaves. **Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2013, p. 29.

<sup>15</sup>A respeito do plágio, ensina Pierangeli que "A palavra plagium, etimologicamente, vem do verbo plagiare, que na Roma antiga significava a compra de um homem livre sabendo que o era, e retê-lo em servidão ou utilizá-lo como próprio servo". (PIERANGELI apud BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Dignidade da Pessoa Humana como fundamento para o combate ao trabalho em condições análogas à de escravo**: A contribuição da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Processo TST-RR-178000-13.2003.5.08.0117. Revista TST, Brasília, vol. 78, no 3, p. 93 – 107, jul/set 2012, p. 97.)

<sup>16</sup>A servidão por dívida foi definida pela ONU em 1956, por meio da Convenção Suplementar sobre a Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, em seu art. 1º, § 1º, como [...] o estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for equitativamente avaliado no ato da liquidação da dívida ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida.

<sup>17</sup>SILVA, Marcello Ribeiro. **Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema** (Dissertação de Mestrado). 2010, p.132.

retenção de documentos ou objetos pessoais do trabalhador todos intrinsecamente ligados à conservação do obreiro na área de labor.

Analisando o panorama em que se enquadra o tipo penal, percebe-se que está inserido no Capítulo VI, que trata dos crimes contra a liberdade individual, precisamente na Seção I que dispõe sobre os crimes contra a liberdade pessoal, o que traz a impressão de que o bem jurídico tutelado é a liberdade individual do trabalhador. No entanto, o rol exaustivo de modos de execução não deixa dúvidas de que o crime protege outros bens jurídicos como a vida, saúde, segurança e, inclusive, a liberdade no conjunto de suas manifestações.<sup>18</sup>

Como defende Bitencourt, a conduta descrita no tipo penal "fere, acima de tudo, o princípio da dignidade humana, despojando-o de todos os seus valores ético-sociais, transformando-o em res, no sentido concebido pelos romanos".<sup>19</sup>

Porquanto, é o princípio da dignidade da pessoa humana que obsta quantificação e 'coisificação' do ser humano, pois como demonstra a concepção kantiana, todo homem tem dignidade e não um preço, não podendo ser vendido nem trocado como as coisas.<sup>20</sup>

Logo, a condição de trabalho análogo ao de escravo afronta à dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, na qualidade de princípio fundamental

---

<sup>18</sup>BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Dignidade da Pessoa Humana como fundamento para o combate ao trabalho em condições análogas à de escravo:** A contribuição da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Processo TST-RR-178000-13.2003.5.08.0117. Revista TST, Brasília, vol. 78, no 3, p. 93 – 107, jul/set 2012, p. 101.

<sup>19</sup>BITENCOURT apud BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Dignidade da Pessoa Humana como fundamento para o combate ao trabalho em condições análogas à de escravo:** A contribuição da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Processo TST-RR-178000-13.2003.5.08.0117. Revista TST, Brasília, vol. 78, no 3, p. 93 – 107, jul/set 2012, p. 101.

<sup>20</sup>SILVA, Marcello Ribeiro. **Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema** (Dissertação de Mestrado). 2010, p.77.

da República Federativa do Brasil (art. 1º, III CF/88) abrange o núcleo dos direitos fundamentais do homem em todas as dimensões; e, reflexamente, o sistema protetivo trabalhista e os valores sociais do trabalho, protegidos constitucionalmente.

Em suma, a dignidade da pessoa humana é a razão fundamental para o enfrentamento de todas as formas de trabalho análogo ao de escravo, pois envolve o respeito à integridade física, mental e moral do ser humano que, enquanto trabalhador, possui liberdade, autonomia e igualdade de direitos.

## **2. A FUNÇÃO SOCIAL COMO LIMITE CONSTITUCIONAL AO DIREITO DE PROPRIEDADE**

A teoria da função social ensejou um novo sentido à propriedade. Esse direito fundamental, previsto no art. 5º, XXII da CF/88 não é mais absoluto, pois se submete ao cumprimento da função social do inciso XXIII do mesmo artigo. Para se compreender esse fator no atual ordenamento jurídico brasileiro, é necessário fazer uma análise do processo que ensejou sua criação. De antemão, registra-se que o STF já se manifestou a respeito da limitação do direito de propriedade:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. - O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto -

enquanto sanção constitucional imponível ao descumprimento da função social da propriedade - reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. - Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade [...]. (STF - ADI-MC: 2213 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 04/04/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-04-2004 PP-00007 EMENT VOL-02148-02 PP-00296)

As primeiras ideias relativas ao conceito de função social da propriedade apareceram a partir de Aristóteles. Segundo o filósofo, os bens existiam para a satisfação das necessidades dos homens; contudo, a maneira mais eficaz de se assegurar a destinação social dos bens era através da apropriação pessoal, ou seja, os homens têm o direito de usar os bens, não só para sua própria manutenção como também para satisfazer a coletividade.<sup>21</sup>

Seguindo o pensamento cristão, São Tomás de Aquino chegou a conclusões semelhantes às de Aristóteles; para ele, o direito de propriedade resultava de uma luta natural de apropriação de bens pela sobrevivência; contudo esse direito de propriedade seria limitado pelo bem comum, limitado pelo direito

---

<sup>21</sup>PEREIRA, Rosalinda P. C. Rodrigues. **A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade.** A questão agrária e a justiça/ organizador Juvelino José Strozake – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

que têm todos os homens de viver condignamente.<sup>22</sup>

A Revolução Liberal, do século XVIII, erigiu o homem como centro do desenvolvimento social e a ordem natural como conceito principal do sistema. Os pensadores liberais consideravam que o homem tinha o direito de desfrutar todos os produtos da propriedade, sem ônus ou limitações impostas pelo Estado<sup>23</sup>. Nessa concepção, John Lock defendeu que a razão de ser do Estado é a proteção da propriedade privada, pois, sem ela, o ser humano se despoja de sua individualidade e personalidade. Trata-se de uma visão nitidamente exagerada, uma vez que aqueles que não possuísem bens ficariam à margem da proteção estatal. <sup>24</sup>

Com a consolidação do Estado Constitucional de Direito, ocorreu o gradativo abandono da ideia de propriedade como um direito absoluto e passou-se a conceber a propriedade não apenas como expressão da liberdade individual, mas como instituto cujo uso e exploração devem ser realizados de maneira responsável, com vistas a objetivos socialmente considerados<sup>25</sup>. Com efeito, a valorização do instituto da função social não representou um rompimento com as garantias associadas ao direito de propriedade, mas tão somente a inserção de um compromisso no ordenamento jurídico para o exercício dos

---

<sup>22</sup>PEREIRA, Rosalinda P. C. Rodrigues. **A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade.** A questão agrária e a justiça/ organizador Juvelino José Strozake – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 95.

<sup>23</sup>MARMELSTEIN, Geoge. **Curso de Direitos Fundamentais.** 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 163.

<sup>24</sup>MARMELSTEIN, Geoge. **Curso de Direitos Fundamentais.** 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 163.

<sup>25</sup>TREVISAN, Cristiane Bonat. **A hipótese de perdimento da propriedade como punição ao crime de redução à condição análoga à de escravo.** (Monografia em Direito) Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013, p. 05.

poderes proprietários com base em um viés social.<sup>26</sup>

A feição absoluta ou quase absoluta, da propriedade não poderia permanecer imune à investida das transformações econômicas e das relações sociais. Em razão disso, o direito de propriedade de absoluto, ilimitado e exclusivo, passou a direito relativo, limitado e condicionado a um novo conceito: o da função social da propriedade – em contrapartida o Estado tem o dever de intervir na propriedade para adequar seu uso a esse bem-estar social.<sup>27</sup>

Historicamente a Constituição de 1988 é inovadora<sup>28</sup> na disposição da função social da propriedade como princípio, pois além de fazer referência no rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º por meio do inciso XXIII, também o prevê como regulador da ordem econômica no art. 170, III.

Orlando Gomes afirma que:

O reconhecimento do exercício dos poderes do proprietário pelo ordenamento jurídico não protegeu tão-somente a satisfação de seu interesse, a função da propriedade tornou-se social sob tríplice aspecto: a privação de determinadas faculdades, a criação de um complexo de condições para que o proprietário possa exercer seus poderes e a obrigação de exercer certos direitos elementares do domínio.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup>TREVISAN, Cristiane Bonat. **A hipótese de perdimento da propriedade como punição ao crime de redução à condição análoga à de escravo.** (Monografia em Direito) Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013, p. 05.

<sup>27</sup>MARMELSTEIN, Geoge. **Curso de Direitos Fundamentais.** 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 164.

<sup>28</sup>"O direito brasileiro vem convivendo com a ideia de uma propriedade dotada de função social desde a Constituição de 1934, mas sempre foi destinada a disciplinar o título da ordem econômica e social." FACCHINI NETO, Eugênio. Comentário ao art. 5º, XXIII. A função social da propriedade como direito fundamental. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013, p. 314.

<sup>29</sup>GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 19ª ed. atualizada/ por Luiz Edson Fachin. – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 125.

Dessa forma, é possível analisar que, com o passar do tempo, houve uma relativização do direito de propriedade, para não mais atender exclusivamente os interesses individuais do proprietário, mas alcançar também, uma função social. Por isso, a atividade exercida na propriedade se sobrepõe em relação à titularidade do sujeito que é proprietário.

Cumprir registrar que a função social da propriedade se identifica com as limitações, os vínculos e os ônus que se resguarda da propriedade; contudo, são institutos diferentes, pois as limitações atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância, e que só se justificam se uma nova concepção do direito de propriedade é aceita.<sup>30</sup> A função social, por outro lado, é antes uma concepção com eficácia autônoma e incidência direta no próprio direito.<sup>31</sup>

Diante do exposto, o exercício dos poderes dominiais não é direcionado, tão somente, a conveniência privada, uma vez que deve contemplar exigências sociais, dentre elas, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho. Afasta-se o uso abusivo da propriedade – cultura individualista histórica – para inseri-la num propósito para o bem comum.

A função social não tem o condão de diminuir ou "enfraquecer" o direito de propriedade<sup>32</sup>, agindo, na verdade, no poder-dever do proprietário que deve dar à propriedade destino determinado – a propriedade precisa ter reflexos positivos socialmente – é ela que justifica a existência da propriedade, sendo

---

<sup>30</sup>GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. atualizada/ por Luiz Edson Fachin. – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 127.

<sup>31</sup>GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. atualizada/ por Luiz Edson Fachin. – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 128.

<sup>32</sup>Quanto à propriedade rural, a Constituição Federal foi especificadamente mais incisiva ao exigir o atendimento da função social, tendo em vista a definição dos critérios dispostos no art. 186. São três os elementos cuja fiel observância identifica o cumprimento da função social da propriedade: econômico, ambiental e social. Enquanto à propriedade urbana é exigido constitucionalmente o cumprimento de ordenação da cidade expressas no plano diretor, por força do art. 182, § 2º, CF/88.

que o seu descumprimento motiva a inexistência do direito, ou mesmo a sua proteção.<sup>33</sup>

Por fim, conclui-se que a função social não é uma ruptura em relação ao direito à propriedade privada, contudo trata-se de relativização desse instituto por meio de uma limitação constitucional que visa conter o uso irrestrito e irresponsável dos poderes proprietários. Assim, a necessidade de intervenção Estatal na propriedade, fundada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, torna-se na ótica da exploração da mão de obra análoga a de escravo, um motivo justificado pelo desrespeito aos princípios constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

### **3. A REFORMA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A OPORTUNIDADE DE OTIMIZAÇÃO NO COMBATE AO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO A PARTIR DO CONFISCO DA PROPRIEDADE**

Em 05 de junho de 2014, as mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram a Emenda Constitucional 81 que deu novo texto ao artigo 243 da Constituição da República. A mudança inseriu a conjunção do verdadeiro confisco de imóveis rurais e urbanos, quando for identificada a exploração de trabalho análogo ao de escravo. Essas propriedades poderão ser destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular.

O antigo texto<sup>34</sup> previa somente a expropriação de glebas onde fossem

---

<sup>33</sup>NASCIMENTO, Arthur Ramos do. **Políticas públicas de combate ao trabalho escravo rural contemporâneo no Brasil**: análise da responsabilidade do Estado na erradicação da exploração da mão de obra escrava a partir dos paradoxos da realidade normativa, jurisprudencial e social brasileira. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, 2012, p. 121.

<sup>34</sup>A redação original do art. 243, CF/88 dispunha o seguinte: As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem

encontradas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, para destinação de assentamento de colonos. Nessa perspectiva, Sento-Sé<sup>35</sup> esclarece que "o confisco não poderia ingressar na órbita jurídica nacional senão por emenda constitucional, pois é uma medida extrema que representa uma exceção à regra geral de garantia do direito de propriedade."

A redação do art. 243 da CF passou a vigorar da seguinte forma:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Apesar de a inclusão da medida ao texto constitucional acarretar um maior grau de intervenção do Estado na esfera privada, não afastou o dever de observância aos princípios e garantias fundamentais do ordenamento jurídico nacional<sup>36</sup>. A partir dessa mudança, surge, no Direito Constitucional brasileiro, uma forma inédita de combate ao trabalho análogo ao de escravo que ainda

---

prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único: Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

<sup>35</sup>Apud ANTERO, Samuel Antunes. **Considerações sobre o trabalho escravo no Brasil do século XXI**. In: Revista do Serviço Público, Brasília, vol. 58, n. 4, Out./Dez. 2007, 460.

<sup>36</sup>TREVISAN, Cristiane Bonat. **A hipótese de perdimento da propriedade como punição ao crime de redução à condição análoga à de escravo**. (Monografia em Direito) Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013, p. 51.

assume uma garantia de instrumento de acesso à terra e à moradia.

A escravidão é a forma mais cruel de desrespeito da função social da propriedade, pois lida com a agressão direta ao ser humano; se há uma preocupação com a terra abandonada, com produção insuficiente ou o desrespeito à natureza, deve ser maior ainda a apreensão em relação à violência contra uma pessoa, sua vida e dignidade.<sup>37</sup>

Na atual instância globalizada e capitalista, o Direito do Trabalho é um meio de concretização dos direitos humanos, já que protege o operariado, evitando sua exploração pelo economicamente mais forte e equilibrando forças desiguais, porém, as conquistas não foram suficientes, pois, até hoje, o fenômeno da escravidão perpetua-se no cenário trabalhista.<sup>38</sup>

Logo, a EC n. 81/2014 trouxe um mecanismo que contribuirá para a luta pela erradicação do trabalho escravo, uma vez que esse fenômeno tem problemas de origem histórica, como a concentração fundiária e de renda. Sua persistência atualmente<sup>39</sup>, entre outros fatores, se dá pela sensação de impunidade, visto que, mesmo havendo condenação<sup>40</sup> dos infratores pelo

---

<sup>37</sup>NASCIMENTO, Arthur Ramos do. **Políticas públicas de combate ao trabalho escravo rural contemporâneo no Brasil**: análise da responsabilidade do Estado na erradicação da exploração da mão de obra escrava a partir dos paradoxos da realidade normativa, jurisprudencial e social brasileira. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, 2012, p. 157.

<sup>38</sup>REIS, Sérgio Cabral dos. PAIVA, Regina Lemos. **A Emenda Constitucional 81/2014 e a problemática na conceituação de trabalho escravo**. Data de publicação: fevereiro de 2015, p. 06.

<sup>39</sup>O sistema que garante a manutenção do trabalho escravo no Brasil contemporâneo é ancorado em duas vertentes: de um lado, a impunidade de crimes contra direitos humanos fundamentais aproveitando-se da vulnerabilidade de milhares de brasileiros que, para garantir sua sobrevivência, deixam-se enganar por promessas fraudulentas em busca de um trabalho decente. De outro, a ganância de empregadores, que exploram essa mão de obra, com a intermediação de "gatos" e capangas. (CONFORTI, Luciana Paula. **Trabalho escravo no Brasil contemporâneo**: um olhar além da restrição da liberdade. Publicado em 03/02/2014, p.02)

<sup>40</sup>A pena mínima de dois anos para a prática do delito, prevista no art. 149 assegura a aplicação de vários dispositivos que permitem abrandar a execução penal, convertendo-a em, por exemplo, prestação de serviços à comunidade ou distribuição de cestas básicas. Inclusive, o primeiro condenado criminalmente por trabalho escravo no Brasil, Antônio Barbosa de Melo,

crime previsto no art. 149 do CP, a pena cominada é discutível por não representar, na prática, grande prejuízo ao negócio alicerçado pelo trabalho escravo.<sup>41</sup>

Igor Lima Goettenauer de Oliveira<sup>42</sup> afirma que a persistência do trabalho análogo ao de escravo no Brasil decorre, exclusivamente, da vantagem econômica:

Não há qualquer indício de haver motivação de outra ordem – cultural, racial, étnica etc. – que não seja a pretensão de auferir ganhos muito maiores através da subjulgação [sic] de outros seres humanos, ao invés de manter uma justa relação contratual empregatícia.

A questão do trabalho escravo resulta em consequências que transcendem meramente os direitos trabalhistas: há ofensa também moral, física, psicológica e econômica do trabalhador; a melhor forma de se compensar o trabalhador pelo dano causado é a partir da promoção da Justiça Social de redistribuição dessa propriedade confiscada.<sup>43</sup>

Os avanços são detectados no espectro "normativo-penal", fato é que no plano pragmático as medidas governamentais adotadas não tiveram o condão

---

proprietário da fazenda Alvorada, em Água Azul do Norte, sul do Pará, teve sua pena convertida em pagamento de cestas básicas. (OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. **PEC do "trabalho escravo" (n. 438/2001): imperativo de justiça social.** Universidade de São Paulo – USP. Paper apresentado na Semana Jurídica, 2010. Ribeirão Preto – SP, p. 12)

<sup>41</sup>RESQUE, Samir Pinto. **Exploração madeireira e trabalho análogo ao de escravo no estado do Pará: o caso do Arquipélago do Marajó.** Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido, Belém, 2013, p. 71.

<sup>42</sup>OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. **PEC do "trabalho escravo" (n. 438/2001): imperativo de justiça social.** Universidade de São Paulo – USP. Paper apresentado na Semana Jurídica, 2010. Ribeirão Preto – SP, p. 08.

<sup>43</sup>NASCIMENTO, Arthur Ramos do. **Políticas públicas de combate ao trabalho escravo rural contemporâneo no Brasil:** análise da responsabilidade do Estado na erradicação da exploração da mão de obra escrava a partir dos paradoxos da realidade normativa, jurisprudencial e social brasileira. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, 2012, p. 164.

de erradicar por completo a exploração do labor forçado; daí porque se deve comemorar – e muito – a nova punição "patrimonial", "econômica" e "financeira" recém entronizada pela "EC do Trabalho Escravo", que, a toda evidência, atinge uma parte muito sensível da anatomia do capitalista inescrupuloso: o seu bolso.<sup>44</sup>

Cumprir observar que o instituto do confisco da propriedade, utilizada de modo contrário ao interesse social com a exploração do trabalho escravo – através da promulgação da EC n.81/2014 – se mostra respaldado em preceitos constitucionais e obrigações internacionais em que o Brasil é signatário.

O crime de plágio também gera dano à sociedade, pois a prática desconsidera o Estado Social, de modo que os empregadores escravocratas alcançam uma vantagem indevida perante a concorrência que respeita as normas trabalhistas. A prática, portanto, reflete o conhecido –dumping social<sup>45</sup>, totalmente incompatível com a ordem econômica brasileira, já que o agente econômico tenta nulificar o valor social do trabalho, por meio de violações em larga escala e prejuízos à dignidade da pessoa humana, implicando contaminação do ambiente concorrencial.<sup>46</sup>

Nesse sentido, necessário se faz mencionar o entendimento do ilustre ativista

---

<sup>44</sup>AZEVEDO, Jordano. **A Emenda Constitucional 81 e o novo capítulo de nosso constitucionalismo**. Publicado em: 8 de outubro de 2014, p. 01.

<sup>45</sup>José Augusto R. Pinto define dumping social como uma prática de comércio internacional consistente na venda de mercadorias em praça estrangeira por preço sistematicamente inferior ao do mercado interno ou ao de produtos concorrentes, tendo como fito a eliminação da concorrência. PINTO, José Augusto Rodrigues. **Dumping social ou delinquência patronal na relação de emprego?** Revista TST, Brasília, vol. 77, n. 3, jul/set 2011, p. 137

<sup>46</sup>REIS, Sérgio Cabral dos. PAIVA, Regina Lemos. **A Emenda Constitucional 81/2014 e a problemática na conceituação de trabalho escravo**. Data de publicação: fevereiro de 2015, p. 16.

dos direitos humanos Leonardo Sakamoto<sup>47</sup>, que preconiza:

O antagonismo [...] colocou, lado a lado, empresários que atuam dentro da lei e os que cometem crimes, os que pagam impostos e os que os sonegam, os que cumprem contratos de trabalho e aqueles que nem os têm. Os que atuam dentro das regras do mercado e os que preferem a anomia. A quem interessa proteger quem promove a concorrência desleal e o dumping social, cortando custos ilegalmente para ganhar competitividade através da exploração de seres humanos [...]?

Em razão da natureza ilícita dessa atividade, deve ser afastada a possibilidade de desapropriação do imóvel com o pagamento de indenização pelo Estado, do contrário, o poder público estaria oferecendo, ao proprietário, uma compensação em razão da perda do bem utilizado para o cometimento de um crime.<sup>48</sup>

A nova redação dada pela EC n.81/2014 acrescentou, no caput do art. 243, CF, mais um limite ao direito de propriedade, ao prever a expropriação de imóveis (rurais ou urbanos) utilizados indevidamente pela exploração do trabalho escravo, sem qualquer indenização ao proprietário, destinando-os à reforma agrária e a programas de habitação popular.

Desse modo, a designação da propriedade em que se verificar o trabalho análogo ao de escravo repercutirá numa alteração da própria estrutura agrária, atribuindo ao imóvel confiscado, um novo eixo social e econômico.

É notório que a alteração constitucional também poderá ser utilizada como instrumento de combate ao trabalho análogo ao de escravo em meio citadino, havendo o confisco dessas propriedades e a sua conseqüente destinação

---

<sup>47</sup>SAKAMOTO, Leonardo. **Confisco de imóveis flagrados com escravos é aprovado pelo Congresso**. Blog do Sakamoto; 2014, p. 04.

<sup>48</sup>TREVISAN, Cristiane Bonat. **A hipótese de perdimento da propriedade como punição ao crime de redução à condição análoga à de escravo**. (Monografia em Direito) Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013, p. 49.

social urbana, para programas de habitação popular.

É importante mencionar que as alterações trazidas ao texto constitucional transformaram o art. 243, CF em uma norma de eficácia limitada, isto é, para sua efetividade prática, precisa de regulamentação de lei específica. Será necessário regular a forma pela qual vai ocorrer à expropriação, seu direcionamento à reforma agrária, a identificação das formas de exploração do trabalho escravo, bem como a criação de um fundo especial de distinção específica.

Por fim, a redução do trabalhador a condição análoga à de escravo desrespeita, não só os direitos trabalhistas, mas também o princípio da dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade, o que autoriza o confisco do imóvel e dos bens utilizados para essa prática, conforme passou a vigorar no art. 243, CF com o advento da EC n. 81/2014. A mudança do texto constitucional representa uma importante medida no combate ao fenômeno, vez que pode alcançar a inviabilidade econômica dessas atividades.

#### **4. A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCEDIMENTO CONFISCATÓRIO DA PROPRIEDADE EM QUE SE VERIFICAR A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO COMO FORMA DE REALIZAÇÃO DE UM DEBATE DEMOCRÁTICO COM PARTICIPAÇÃO ATIVA DO PROPRIETÁRIO NA DEFESA DE SEUS BENS**

O Estado Democrático de Direito tem como epicentro o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF) traz um duplo e simultâneo movimento de incidência no caso de confisco em que se constatar a exploração do trabalho análogo ao escravo.

Se por um lado há a dignidade do trabalhador subjugado à condição análoga a de escravo pelo que garante o confisco da propriedade em razão do

descumprimento da função social, por outro há a dignidade humana do proprietário que tem a garantia de defender seu direito da coação estatal.

A medida instituída pela EC 81/2014, de fato, se mostra apta a contribuir para a efetivação de direitos fundamentais e encontra-se em conformidade com princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, é preciso respeitar o devido processo legal como forma de impedir que o proprietário sujeito ao confisco seja reduzido em objeto do processo Estatal.

A regulamentação do art. 243, CF é atualmente debatida por meio do Projeto de Lei do Senado Federal (PSL) n. 432/2013, formulado por uma comissão liderada pelo senador Romero Jucá. O projeto visa regulamentar a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se verifique a exploração de trabalho análogo ao de escravo e dá outras providências.

Define, em seu art.1º, caput, que são passíveis de expropriação imóveis urbanos e rurais onde for identificada mão de obra escrava diretamente pelo proprietário, somente após sentença penal condenatória transitada em julgado.

A proposta dispõe, ainda, que o fundo a que reverterão os bens apreendidos, resultantes dessa prática ou, ainda, os valores decorrentes da venda de imóveis que não forem apropriados para destinação à reforma agrária, ou para habitação popular, será o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador). (art. 1º, §§ 3º e 4º PSL 432/2013)

Sob o aspecto processual o texto consolidado prevê no art. 3º, PSL 432/2013 que processamento e julgamento da ação expropriatória serão de competência da Justiça Federal que observará subsidiariamente ao disposto na Lei Processual Civil, não podendo ser tramitado em segredo de justiça.

É nesse procedimento de expropriação que o devido processo legal deve funcionar como um supra princípio norteador dos atos desenvolvidos para impedir o excesso do Poder Público no exercício inerente à supremacia do seu

interesse. Servindo como um conjunto de princípios de uma ordem constitucional fundada na legalidade e na proteção das liberdades; dessa forma, entre o indivíduo e a coação estatal incidente sobre seus bens deve sempre se interpor um processo, devidamente conduzido por um juiz.<sup>49</sup>

Em regra, o Poder Público não intervirá na propriedade do particular, sendo isso possível excepcionalmente, nas hipóteses autorizadas pelo ordenamento jurídico. Para autorizar a intervenção na propriedade é preciso a utilização de dois fundamentos: supremacia do interesse público e a verificação da prática de uma ilegalidade.<sup>50</sup>

Confisco – do latim *confiscato*, que significa "juntar-se ao tesouro" é a tomada da propriedade de uma dada pessoa (física ou jurídica), por parte de uma autoridade pública, sem que haja qualquer contraprestação quanto à perda da coisa em favor do antigo proprietário; não há, portanto, indenização em prol daquele que, porventura, tenha algum bem confiscado pelo Poder Público.<sup>51</sup>

Logo, essa modalidade de intervenção na propriedade pode ser entendida como atividade estatal que tenha por objetivo ajustá-la à função social. Nesse sentido, o confisco é perfeitamente admissível pela ordem constitucional, sendo um instrumento legítimo para penalizar aqueles que praticam graves violações a garantias constitucionalmente asseguradas, conforme previsão

---

<sup>49</sup>MENDES, Gilmar F. Comentário ao art. 5º, LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013, p. 429.

<sup>50</sup>MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8. ed. Niterói: Editora Impetus, 2014, 906.

<sup>51</sup>BORGES, Guilherme Martins Teixeira. **Confisco de terras: considerações acerca de sua atual configuração no direito agroambiental brasileiro**. In: Direito ambiental I organização CONPEDI/ UNICURITIBA; coordenadores: Norma Sueli Padilha, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Livia Gaigher Bosio Campello - Curitiba - PR: vol.4 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014. p. 269-270.

dos artigos 243 e 5º, XLVI, b<sup>52</sup> da CF/88.

Essa norma, segundo Sérgio Cabral dos Reis e Regina Lemos Paiva<sup>53</sup>, "gera polêmica acerca da discussão entre direito de propriedade versus o rol de princípios que regem os direitos humanos".

Nesse sentido, Cambi Eduardo<sup>54</sup> afirma que o valor da dignidade da pessoa humana funciona como um vetor-mor da interpretação jurídica na solução de conflitos entre direitos fundamentais:

O valor da dignidade humana, na solução de conflitos entre direitos fundamentais ou na colisão de princípios, assume grande destaque operacional que, mesmo antes de ser alçado pela Carta Magna de 1988 ao status de alicerce do Estado Democrático de Direito, já constava do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sendo possível concluir que o princípio da dignidade humana constitui o fundamento de todos os direitos constitucionalmente consagrados.

Ocorre que o reconhecimento expresso da dignidade como bem jurídico tutelado nos casos em que se reprime o trabalho em condições análogas a de escravo é antagônico a mesma dignidade do proprietário que tem direito de defender seus bens da coação estatal.

Por isso, somente com a legítima composição da lide é que pode ser prestada a tutela jurisdicional a partir da observância de princípios informativos que garantem às partes a plena defesa de seus interesses, e ao juiz, os

---

<sup>52</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...] b) perda de bens

<sup>53</sup>REIS, Sérgio Cabral dos. PAIVA, Regina Lemos. **A Emenda Constitucional 81/2014 e a problemática na conceituação de trabalho escravo**. Data de publicação: fevereiro de 2015, p.16-17.

<sup>54</sup>Apud SILVA, Marcello Ribeiro. **Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema**. 2010. Dissertação de Mestrado, p. 232.

instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos dos litigantes.<sup>55</sup>

Nessa perspectiva, o novo Ministro do STF Alexandre de Moraes<sup>56</sup> considera:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção do direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, a publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas [...]

Outrossim, segundo Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>57</sup> bastaria ao legislador constituinte, no tocante aos princípios processuais, se limitar a prever o devido processo legal para que o juiz no caso concreto percebesse outros princípios que dele naturalmente decorrem.

Nesse raciocínio, o devido processo legal traduz uma amplitude de fundamentos principiológicos como, contraditório e ampla defesa, juiz natural, motivação das decisões, publicidade e isonomia.

Sobre a garantia do *due process of law*, Carlos Nino<sup>58</sup> traça duas considerações. "A primeira refere-se a um valor intrínseco de que o indivíduo passível de coação não seja manipulado, ou seja, que possa ser partícipe de um diálogo para convencer do contrário. O segundo, é o valor instrumental, como mecanismo que a lei possa ser aplicada de forma imparcial e

---

<sup>55</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria Geral do direito processual e processo de conhecimento – vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 27.

<sup>56</sup>MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 112.

<sup>57</sup> NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 19.

<sup>58</sup>Apud MENDES, Gilmar F. Comentário ao art. 5º, LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013, p. 429.

equânime".

No Estado Democrático de Direito o devido processo legal tem o papel de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e garantia da efetividade dos direitos fundamentais.<sup>59</sup>

A noção de devido processo significa, portanto, a exigência de um processo legal, justo e adequado; isto é, aquele que está formalmente estabelecido em lei de modo adequado e razoável para a consecução de sua finalidade primordial no Estado Democrático de Direito, que é a garantia da efetividade dos direitos e liberdades básicas do indivíduo.<sup>60</sup>

Nesse sentido, o magistrado na aplicação e interpretação do art.243, CF/88 tem uma tarefa de ponderação do conflito dos direitos fundamentais envolvidos na lide. De fato, a dignidade humana dos trabalhadores subjugados à condição análoga a de escravo é o que substancia a intervenção do Estado na propriedade através do confisco. Contudo, diante da supremacia estatal na propriedade privada é necessário que o processo se desenvolva a partir do debate democrático entre as partes respeitando valores constitucionais para que o proprietário se manifeste no intuito de proteger o seu direito diante da motivação evidente para a ação governamental.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

---

<sup>59</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria Geral do direito processual e processo de conhecimento – vol. I. Rio de Janeiro: Forense,2013, p. 29.

<sup>60</sup>MENDES, Gilmar F. Comentário ao art. 5º, LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013, p. 430.

Compreender a intervenção do Estado na propriedade por meio do confisco do imóvel em que se constatar a exploração de trabalhadores reduzidos à condição análoga à de escravo ultrapassa a matéria constitucional prevista no art. 243, CF, uma vez que também alcança questões trabalhistas e penais.

Independente do período histórico a exploração do trabalhador na forma de escravidão ou análoga a ela é envolvida não só na privação da liberdade, mas também no desrespeito à dignidade da pessoa humana.

A expressão "trabalho análogo ao de escravo" foi amplamente utilizada no decorrer deste trabalho por ser, sob a perspectiva da legislação brasileira, a definição com maior precisão técnica para se referir ao fenômeno. O artigo 149, do CP e a IN n.91/2011, da SIT/MTE definem uma conceituação mais ampla de trabalho análogo ao de escravo no sistema legal brasileiro.

Os dispositivos apontam que ele é consumado por meio de submissão a trabalhos forçados, jornadas exaustivas, condições degradantes de trabalho e restrição de locomoção em razão de dívida contraída, sinalizando descumprimento intenso a diversas garantias constitucionais e infraconstitucionais asseguradas aos trabalhadores.

O direito de propriedade que antes atendia exclusivamente os interesses individuais do proprietário, passou a ser relativizado pela teoria da função social que ensejou à propriedade, a observância de exigências ao bem-estar social. A limitação constitucional, prevista no art. 5º, XXIII da CF, está dirigida à atividade exercida no imóvel que deve contemplar as imposições da coletividade, dentre elas, a observância dos preceitos que regulam as relações de trabalho.

A sujeição da propriedade ao confisco, por meio da Emenda Constitucional n. 81/2014, mostra-se respaldada pela sua utilização de maneira contrária ao interesse da coletividade e pela natureza desumana do crime. Com efeito, a mudança do texto constitucional representa uma importante medida –

fundada em obrigações internacionais assinadas pelo Brasil, preceitos constitucionais e normas infraconstitucionais – que inviabiliza economicamente o exercício dessa prática e, ainda, traz um novo eixo social e econômico ao imóvel.

Por outro lado, qualquer forma compulsória em que o Estado despoja alguém da propriedade e a adquire requer a observância de princípios da ordem constitucional estruturados na legalidade e na proteção da liberdade.

Nessa perspectiva, aquele que está sujeito ao confisco da propriedade em razão da exploração do trabalho análogo ao de escravo deve ser garantido o devido processo legal no procedimento que objetiva a privação de seus bens; como forma a realização dos máximos cuidados para que se preencham as condições que o tornem justificável, mormente quanto à permissão de um debate democrático com participação ativa do indivíduo proprietário do bem.

Em suma, a medida instituída pela EC 81/2014 mostra-se apta a contribuir para a efetivação de direitos fundamentais dos trabalhadores e encontra-se em conformidade com princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, por outro lado é necessário garantir o devido processo legal como forma de impedir que o proprietário sujeito ao confisco seja reduzido em objeto do processo Estatal.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ANTERO, Samuel Antunes. **Considerações sobre o trabalho escravo no Brasil do século XXI**. In: Revista do Serviço Público, Brasília, vol. 58, n. 4, Out./Dez. 2007.

ARAÚJO, Theo Nascimento de. **A longa vida do trabalho escravo na Bahia: uma análise das ferramentas para a erradicação**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Economia) - Faculdade de Economia da UFBA, Salvador, 2013.

AZEVEDO, Jordano. **A Emenda Constitucional 81 e o novo capítulo de nosso constitucionalismo**. Publicado em: 8 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://estudosemdireitosreais.blogspot.com.br/2014/10/ec-81-de-060614-confisco-de-terras-onde.html>>. Acesso em: 12 maio 2015.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais** – 9ª ed. rev, atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BORGES, Guilherme Martins Teixeira. **Confisco de terras: considerações acerca de sua atual configuração no direito agroambiental brasileiro**. In: Direito ambiental I organização CONPEDI/ UNICURITIBA; coordenadores: Norma Sueli Padilha, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Livia Gaigher Bosio Campello - Curitiba - PR: vol.4 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014. p. 268-289.

BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Lei nº 432 de 2013**. Dispõe sobre a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se localizem a exploração de trabalho escravo e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=114895](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114895)>. Acesso em: 06 set. 2014.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo**. Brasília, DF. Março de 2003. Disponível em: <[www.mte.gov.br/Empregador/fiscatrab/trabescravo/ErradicacaoTrabalhoEscravo/default.asp](http://www.mte.gov.br/Empregador/fiscatrab/trabescravo/ErradicacaoTrabalhoEscravo/default.asp)>. Acesso em: 10 abril 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966**. Promulga e Convenção sobre Escravatura de 1926 emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-58563-1-junho-1966-399220-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 58.563, de 1º de junho de**

**1966.** Promulga e Convenção sôbre Escravatura de 1926 emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sôbre a Abolição da Escravatura de 1956. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-58563-1-junho-1966-399220-publica-caoriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 21 jan. 2014

BRASIL. Secretária de Inspeção do Trabalho. **Instrução Normativa n. 91 de 06 de outubro de 2011.** Diário Oficial da União, Seção I, p. 102. Poder Executivo. Brasília. Disponível em: <[pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=06/10/2011&jornal=1&pagina=102&totalArquivos=160](http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=06/10/2011&jornal=1&pagina=102&totalArquivos=160)> Acesso em: 15 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Federal. Direito penal e processual penal. Art. 149 do código penal. Redução a condição análoga à de escravo. Trabalho escravo. Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais. Crime contra a coletividade dos trabalhadores. Art. 109, VI da constituição federal. Competência. Justiça Federal. Recurso Extraordinário n. 398041/PA. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Silvio Caetano de Almeida. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 30 de novembro de 2006. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730398/recurso-extraordinario-re-398041-pa>>. Acesso em 20 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Relevância da questão fundiária - O caráter relativo do direito de propriedade - a função social da propriedade - importância do processo de reforma agrária - necessidade de neutralizar o esbulho possessório praticado contra bens públicos e contra a propriedade privada - a primazia das leis e da Constituição da República no Estado Democrático de Direito. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2213 - DF. Relator: Celso de Mello. Brasília, 04 de abril de 2002. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774884/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2213-df>>. Acesso em 23 maio 2015.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho escravo: caracterização**. São Paulo: LTr, 2014.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Dignidade da Pessoa Humana como fundamento para o combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: A contribuição da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Processo TST-RR-178000-13.2003.5.08.0117**. Revista TST, Brasília, vol. 78, no 3, p. 93 – 107, jul/set 2012.

CONFORTI, Luciana Paula. **Trabalho escravo no Brasil contemporâneo: um olhar além da restrição da liberdade**. Publicado em 03/02/2014. Disponível em: <<http://www.trabalhoescravo.org.br/noticia/79>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

CORTEZ, Julpiano Chaves. **Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2013.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Comentário ao art. 5º, XXIII. A função social da propriedade como direito fundamental**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. atualizada/ por Luiz Edson Fachin. – Rio de Janeiro: Forense, 2007

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2003.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8. ed. Niterói: Editora Impetus, 2014.

MARMELSTEIN, Geoge. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar F. **Comentário ao art. 5º, LIV**. Ninguém será privado da

liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Arthur Ramos do. **Políticas públicas de combate ao trabalho escravo rural contemporâneo no Brasil: análise da responsabilidade do Estado na erradicação da exploração da mão de obra escrava a partir dos paradoxos da realidade normativa, jurisprudencial e social brasileira**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, 2012.

NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. **PEC do "trabalho escravo" (n.º438/2001): imperativo de justiça social**. Universidade de São Paulo – USP. Paper apresentado na Semana Jurídica, 2010. Ribeirão Preto – SP.

PEREIRA, Rosalinda P. C. Rodrigues. **A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade**. A questão agrária e a justiça/ organizador Juvelino José Strozake – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Dumping social ou delinquência patronal na relação de emprego?** Revista TST, Brasília, vol. 77, n. 3, jul/set 2011.

REIS, Sérgio Cabral dos. PAIVA, Regina Lemos. **A Emenda Constitucional 81/2014 e a problemática na conceituação de trabalho escravo**. Data de publicação: fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9833dfe00e523737>>.

Acesso em: 12 mai. 2015

RESQUE, Samir Pinto. **Exploração madeireira e trabalho análogo ao de escravo no estado do Pará: o caso do Arquipélago do Marajó.** Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido, Belém, 2013.

SAKAMOTO, Leonardo. **Confisco de imóveis flagrados com escravos é aprovado pelo Congresso.** Blog do Sakamoto; 2014. Disponível em: <<http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2014/05/27/confisco-de-imoveis-flagrados-com-escravos-e-aprovpe-lo-congresso>>. Acesso em: 12 mai. 2015

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9ª ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Marcello Ribeiro. **Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema.** 2010. Dissertação de Mestrado.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria Geral do direito processual e processo de conhecimento – vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais.** R. Dir. adm., Rio de Janeiro, In: 29-49 jul/set.1989 Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiwoPu5nsDSAhVFD5AKHdyqBfoQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fbibliotecadigital.fgv.br%2Fojs%2Findex.php%2Frd%2Farticle%2Fdownload%2F46113%2F44271&usg=AFQjCNGbsF2iEWgc7sq09BccSC5yFVXCEA&sig2=\\_WS2fM2Z0VutCAIm1jzcOQ](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiwoPu5nsDSAhVFD5AKHdyqBfoQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fbibliotecadigital.fgv.br%2Fojs%2Findex.php%2Frd%2Farticle%2Fdownload%2F46113%2F44271&usg=AFQjCNGbsF2iEWgc7sq09BccSC5yFVXCEA&sig2=_WS2fM2Z0VutCAIm1jzcOQ)> Acesso em:

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E  
SUSTENTABILIDADE  
4º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da  
globalização"  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí  
Março 2017

05/03/2017

TREVISAN, Cristiane Bonat. **A hipótese de perdimento da propriedade  
como punição ao crime de redução à condição análoga à de escravo.**

(Monografia em Direito) Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

## **PLURALISMO RELIGIOSO E MULTICULTURALISMO: REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A INFLUÊNCIA NO PLURALISMO JURÍDICO**

**Natammy Luana de Aguiar Bonissoni<sup>1</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

Nos dias atuais, o pluralismo tem sido um termo tão citado e amplamente divulgado no Ocidente. Tendo em vista as diversas definições e aplicações, o pluralismo já se dividiu em pluralismo cultural, pluralismo político, pluralismo filosófico, pluralismo científico, pluralismo jurídico e pluralismo religioso; entre outros. No entanto, na presente pesquisa será abordado o pluralismo religioso como fundamento para o pluralismo cultural e, por fim, o pluralismo jurídico.

Para o coerente desenvolvimento do trabalho, primeiramente é necessário tratar sobre o conceito de pluralismo e a sua origem durante a modernidade, evoluindo para as algumas modalidades de pluralismo no período pós-moderno, apresentando também alguns paradoxos existentes à conceituação do multiculturalismo.

Na segunda parte, já adentrando na questão do pluralismo religioso, serão estudadas as consequências que o relativismo, oriundo do pluralismo da modernidade, têm gerado no mundo pós-moderno inserido no contexto da liberdade religiosa para, ao final, apresentar algumas ingerências e modificações temporais que ainda podem gerar pluralismo

---

<sup>1</sup>Doutoranda em Ciência Jurídica pelo PPCJ/UNIVALI. Pós-Graduada em Estado Constitucional e Liberdade Religiosa pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ/UNIVALI. Bolsista PROSUP/CAPEL. Contato: natammy@hotmail.com.

jurídico.

Registra-se que o artigo não tem por finalidade analisar as especificidades do pluralismo jurídico e suas consequências. A breve pesquisa busca apresentar as intrínsecas relações entre o pluralismo, e até o multiculturalismo, e o pluralismo jurídico em vista das influências que as cosmovisões individuais podem gerar no mundo político e jurídico.

A presente pesquisa tem por escopo iniciar uma reflexão acerca da temática e não tem como pretensão exaurir os entendimentos e especificações sobre o assunto. Até porquê, os aprofundamentos relacionados à temática relacionam-se com uma ampla vasta rede de conhecimentos como antropologia, sociologia, filosofia e teologia, por isso, as considerações que seguem visam fomentar as ponderações sobre o tema a partir de uma breve reflexão realizada no âmbito da temática.

## **1. NOÇÕES GERAIS SOBRE PLURALISMO**

O pluralismo é um termo tão citado e referenciado no século XXI. Para tanto, os seus significados carregam contradições, e até os dias atuais, ainda não se encontrou um uníssono predominante com relação à sua conceituação. Basicamente, existem duas linhas de pensamento que tratam sobre o tema: os que apresentam o pluralismo com um paradigma em resposta aos grandes dilemas da modernidade e os que o consideram como uma grande falácia que busca rejeitar verdades absolutas e incentivar o relativismo, se aproximando mais do conceito de multiculturalismo.

A origem do termo pluralismo é geralmente associada a Horace Kallen (1882-1974), um filósofo judeu orgulhoso de sua linhagem judaica. Preocupado com a preservação de suas convicções e com as pressões sofridas pelos imigrantes dentro dos Estados Unidos no início do século XX, ele alçou a questão da sobrevivência de uma cultura minoritária em meio de muitas outras como

sendo um fator positivo ao progresso do mundo.<sup>2</sup>

Em 1915, Horace Kallen publicou um ensaio provocador denominado *Democracy versus the Melting Pot*. No artigo foi arguida a ideia de a América ser vista como um *meltingpot*, um grande caldeirão que misturaria as diversas nacionalidades existentes na época do pós-guerra em território norte americano, até se tornarem uma "mistura homogênea" por meio do processo de americanização. Em contraste ao *meltingpot*, Kallen cunhou o termo "pluralismo cultural" para descrever o atual momento dos Estados Unidos e o que futuramente esta nação se tornaria.

A americanização constituiu um movimento nativo dedicado a desvitalizar as culturas originais, especialmente os idiomas de vinte e sete milhões de imigrantes (os italianos e europeus ocidentais) que entraram nos Estados Unidos de 1880 a 1929. A teoria do *meltingpot* racionalizava a essência coercitiva da americanização em propor aos novos imigrantes a adoção da cultura norte-americana e também, de maneira simplista, tentar acabar com alguns movimentos ideológicos radicais nos Estados Unidos. O pluralismo cultural surgiu para combater a teoria *meltingpot* rejeitando todos os seus esforços para coagir as minorias culturais de participarem deste processo de americanização.<sup>3</sup>

Os grupos de imigrantes deveriam ser leais a certos princípios democráticos, mas, dentro das suas limitações, Kallen argumentou que não haveria razão para que os imigrantes não mantivessem suas identidades, expressões culturais, crenças religiosas e até mesmo línguas. Portanto, apresentou como

---

<sup>2</sup>PORTELA, Solano. **Pluralismo e Intolerância**. O Tempora! O Mores!. Disponível em: <http://tempora-mores.blogspot.com.br/2009/12/pluralismo-e-intolerancia.html>. Acesso: 10 fev. 2017.

<sup>3</sup>MEYER, Geral. The Cultural Pluralist Response to Americanization: Horace Kallen, Randolph Bourne, Louis Adamic, and Leonard Covello. **Socialism and Democracy**. Disponível em: <http://sdonline.org/48/the-cultural-pluralist-response-to-americanization-horace-kallen-randolph-bourne-louis-adamic-and-leonard-covello/>. Acesso: 10 fev. 2017.

visão do pluralismo cultural o consenso entre diferentes culturas para se comunicarem uns com os outros, trabalhando em conjunto e, se possível, concordando ou discordando pacificamente.<sup>4</sup>

No contexto norte-americano do século XX, para Kellen, o país deveria se gloriar de sua diversidade étnica e cultural ao invés de tentar reprimi-la por meio do processo de americanização. Louis Brandeis, também sionista, reconheceu que o "verdadeiro americanismo" não decorre de uma coerção ou imposição de uma cultura, mas da possibilidade de que todas as raças e povos, como indivíduos, possam exercer os seus direitos livremente.<sup>5</sup>

Ao defenderem os direitos de as minorias étnicas prosseguirem no desenvolvimento de suas culturas, mesmo longe de seus países de origens, os ideais do pluralismo cultural foram avançando e conquistando adeptos em diversas partes do mundo como Randolph Bourne, Louis Adamic e Leonard Covello, cada qual como uma visão incrementadora à inicial proposta de Kellen.

Localizada na nação que serviu como berço para esta nova expressão, a Universidade de Harvard tem um centro específico que estuda e trabalha com a temática, *The Pluralism Project*. Para o projeto, o pluralismo não deve apresentar apenas a ideia de diversidade mas deve solidificar uma busca pelo compromisso com a diversidade. Enquanto a diversidade é considerada algo que sempre existiu, o pluralismo pode ser caracterizado como uma conquista; desta forma a existência da diversidade sem uma busca com um bom relacionamento entre "os diversos" pode aumentar a tensão entre as

---

<sup>4</sup> HE PLURALISM PROJECT. **The right to be different.** Harvard University. Disponível em: <http://www.pluralism.org/encounter/history/different>. Acesso: 10 fev. 2017.

<sup>5</sup> FONER, Eric. **Storia della Libertà Americana.** Roma: Donzelli Editore, 1998. Título original: *The Story of American Freedom*, p. 257

sociedades.<sup>6</sup>

Percebe-se que o pluralismo pretende ir além da tolerância e almeja a compreensão além das diferenças. Diane L. Eckem, ao apresentar a ideia de pluralismo defendida por Harvard, critica a noção de tolerância em razão de que apenas o ato de tolerar não remove a falta de conhecimento dos indivíduos, contribuindo para que as pessoas continuem com estereótipos criados em suas mentes, com meias verdades que não impulsionam as pessoas a buscarem pontos de convergência em suas crenças.<sup>7</sup>

Ao levantar a bandeira do diálogo, a Diretora do *The Pluralism Project* defende que o pluralismo não requer o abandono das identidades ou dos compromissos individuais que as pessoas possam carregar consigo mesmas, mas justifica um ponto de encontro entre tais compromissos. Significaria suportar as diferenças mais profundas, até mesmo as religiosas, não por meio do isolamento, mas através da convivência de um com os outros.<sup>8</sup>

No entanto, existe outra corrente dentro do mesmo cenário que enxerga com olhos temerosos o avançar do pluralismo, o qual caracteriza como um dos elementos mais salientes do pós-modernismo<sup>9</sup> contemporâneo a exaltação da diversidade e do inclusivismo. Valorizar as diferenças e as peculiaridades de cada grupo ou segmento da sociedade, principalmente das minorias

---

<sup>6</sup>ECK, Diana L. **What is pluralism?**. The Pluralism Project. Harvard University. Disponível em: <http://pluralism.org/what-is-pluralism/>. Acesso: 10 fev. 2017.

<sup>7</sup>ECK, Diana L. **What is pluralism?** The Pluralism Project. Harvard University. Disponível em: <http://pluralism.org/what-is-pluralism/>. Acesso: 10 fev. 2017.

<sup>8</sup>ECK, Diana L. **What is pluralism?** The Pluralism Project. Harvard University. Disponível em: <http://pluralism.org/what-is-pluralism/>. Acesso: 10 fev. 2017.

<sup>9</sup>Ao tratar pós-modernismo, é difícil realizar uma análise de maneira breve e introdutória. Tendo como grandes pensadores Michel Foucault, Friedrich Nietzsche, Martin Heidegger entre outros, tal período representou uma forma de relativismo cultural sobre questões tais como realidade, verdade, razão, valor, significado linguístico, o eu, entre outras ideias. MORRELAND, J.P.; CRAIG, William Lane. **Filosofia e cosmovisãocristã**. São Paulo: Vida Nova, 2005, p. 186.

categorizadas como oprimidas e desprezadas, tem sido, para o pluralismo, a atitude "politicamente correta", isto é, normativa, segundo os cânones da nova mentalidade, baseado na alegação de se estar lutando contra males antigos como o racismo, a intolerância, o patriarcalismo, e mais diversas injustiças existentes na história.<sup>10</sup>

Todavia, o que não tem sido muito perceptível atualmente, é que a ênfase irrestrita na diversidade e no pluralismo, está sorrateiramente abrindo caminho para novas formas de intolerância e divisão entre os indivíduos. Tal posicionamento não exclui os argumentos válidos na defesa do pluralismo, em razão da diversidade étnica, religiosa e cultural ser um fato inquestionável. É notório que sem uma ênfase na unidade, em elementos compartilhados por todos, nenhum organismo social pode sobreviver. Entretanto, é necessário questionar que grau de diversidade uma sociedade pode suportar sem que acabe se fracionando e sucumbindo.<sup>11</sup>

## **2. O MULTICULTURALISMO E O PLURALISMO RELIGIOSO E CULTURAL: DIFERENCIAÇÕES E ASPECTOS DESTACADOS**

Antes de iniciar o tópico em questão, compete esclarecer um problema comum de linguagem, as dificuldades em conceituar pluralismo e multiculturalismo. O pluralismo, caracterizado como a convivência pacífica em um mesmo território de culturas divergentes, preconiza a diversidade ao passo que a comunidade como um todo é sujeita a um mesmo rol de direitos

---

<sup>10</sup>MATOS, Alderi de Suza. Enquanto os homens dormem: dilemas e perigos do pluralismo pós-moderno. **Ultimato.** Disponível em: <http://www.ultimato.com.br/revista/artigos/308/enquanto-os-homens-dormem-dilemas-e-perigos-do-pluralismo-pos-moderno>. Acesso: 10 fev. 2017.

<sup>11</sup>MATOS, Alderi de Suza. Enquanto os homens dormem: dilemas e perigos do pluralismo pós-moderno. **Ultimato.** Disponível em: <http://www.ultimato.com.br/revista/artigos/308/enquanto-os-homens-dormem-dilemas-e-perigos-do-pluralismo-pos-moderno>. Acesso: 10 fev. 2017.

e deveres. Já o multiculturalismo, relativiza a objetividade das normas e busca uma relativização das leis de acordo com as características culturais de um povo. Ou seja, aquilo que é considerado normal e legal para uma cultura pode ser identificado como incoerência e ilegal para outra.

Conforme foi apresentado, o pluralismo defendido pelo *The Pluralism Project* busca além da convivência pacífica em meio à diversidade, ele visa o conhecimento do outro e a possibilidade de descobertas de encontros e desencontros doutrinários e culturais. Entretanto, é necessário atentar para a questão de que as culturas carregam consigo preceitos e fundamentos religiosos que, apesar das diversas similitudes, encontrarão fortes divergências. E, a postura que deverá ser tomada, em meio aos ideais antagônicos é o que basicamente diferencia o pluralismo do multiculturalismo.

Se uma comunidade considerar que existem princípios e valores positivados que são válidos universalmente, no contexto de uma nação, para todos os habitantes daquele mesmo território, independente de crença, religião ou raça, o que ocorre é um pluralismo religioso, cultural e que filosófico que, em meio às divergências, são sujeitos a um mesmo sistema de direitos e deveres.

Por outro lado, se esta mesma comunidade considerar que a diversidade cultural existente e representada pelas comunidades culturais, que podem viver isoladas ou integradas à sociedade, tem a opção de escolher viver de acordo com as suas próprias regras em detrimento da norma geral que rege um território, no contexto de uma nação, se está diante do multiculturalismo. Neste caso, os direitos e deveres que são válidos para uma maioria não devem ser necessariamente válidos para todos, tendo em vista as divergências culturais.

Para melhor compreender as origens da diversidade cultural, necessária é a análise da cosmovisão. A palavra *Weltanschauung*, introduzida por Immanuel Kant e utilizada por Kierkegaard, Engels e Dilthey, quando estes refletiram

sobre a cultura ocidental; pode ser considerada como uma perspectiva do mundo e das coisas, uma forma de observar o cosmos de um determinado ponto de vista individual<sup>12</sup>

Desta forma, o conjunto de crenças, valores e princípios estruturados dentro de um indivíduo – suas cosmovisões - são fundamentais na formação de identidades filosóficas, políticas, culturais e religiosas. O interessante é que Samuel Huntington já previa que o maior choque que ocorreria entre as civilizações seria o choque ligado a esta identidade cultural e religiosa, não importando mais a nacionalidade, e sim seu posicionamento cultural (geralmente influenciado pela cosmovisãoreligiosa).

De acordo com a perspectiva sociológica de Peter Berger<sup>13</sup>, a estrutura psíquica, aliada às vivências religiosamente interpretadas durante o período formativo dos primeiros anos de vida, configura o principal e mais duradouro modelo de mundo do indivíduo, o fundamento sobre o qual as demais vivências posteriores serão edificadas. Corroborando ao entendimento de Berger, David Koyzis<sup>14</sup> afirma que a cosmovisão "é uma visão pré-teórica, arraigada num compromisso religioso básico, em interação com a experiência ordinária da vida". Desta forma, compreende-se que as experiências religiosas são elementares para a formação do indivíduo, sendo fundamental para o seu entendimento e desenvolvimento cultural.

O conceito de cosmovisão está estritamente relacionado ao entendimento do indivíduo com relação ao pluralismo, tendo em vista que a perspectiva de enxergar o mundo defendida pelo leitor, também irá moldar o seu

---

<sup>12</sup>Albert Wolters, apud Paul Hiebert. HIEBERT; Paul G. Transformando **Cosmovisões**: uma análise antropológica de como as pessoas mudam. Tradução de: Carlos E. S. Lopes. São Paulo: Vida Nova, 2016, p. 17.

<sup>13</sup>BERGER, Peter Ludwig. **O dossel sagrado**: elementos para uma teoria sociológica da religião. Tradução de José Carlos Barcellos. São Paulo: Ed. Paulinas, 1985.

<sup>14</sup>KOYZIS, David T. **Visões e Ilusões Políticas**: uma análise e crítica cristã das ideologias contemporâneas. Tradução de: Lucas G. Freire. São Paulo: Vida Nova, 2014, P. 9.

entendimento acerca da sua compreensão sobre pluralismo. Se a sua cosmovisão for estritamente filosófica, sua visão de pluralismo será filosófica; se religiosa e inserida em crença monoteísta, um espectro de verdade absoluta será trazido ao pluralismo; porquanto se politeísta, provavelmente o conceito adotado será o do multiculturalismo.

Desta perspectiva, o multiculturalismo (apresentado originalmente pelo abalaria as certezas tradicionais (valores já solidificados e conservados na sociedade) e enfraqueceria ou eliminaria a consciência das liberdades individuais, institucionais e sociais, expondo o indivíduo à necessidade de um constante reposicionardiante de si mesmo e em relação ao complexo social.<sup>15</sup>

O pluralismo cultural se situa no cruzamento entre dois aspectos de um paradoxo: a consciência da racionalidade e a convivência imprescindível com a pluralidade que esta consciência individual acarreta; e viver dentro desta situação é um dos grandes desafios que a modernidade traz não somente às pessoas, mas também às instituições, àquelas, "sobretudo, para as quais, a tradição, no melhor sentido desta palavra, é componente estrutural e patrimônio inestimável."<sup>16</sup>

Semelhante a tal linha de raciocínio existe o pluralismo filosófico, podendo ser considerado irmão do pluralismo religioso. Rudolf Carnap<sup>17</sup> (1891-1970), em um ensaio denominado *Principle of Tolerance*, firmava os fundamentos do pluralismo lógico por meio da sua afirmação: "Na lógica, não existe moral. Cada um tem a liberdade de construir a sua própria lógica, a sua própria forma de linguagem como bem entender". Desta forma é perceptível o

---

<sup>15</sup>AZEVEDO, Marcelo de Carvalho. **Entroncamentos e entrechoques:** vivendo a fé em um mundo plural. Edições Loyola: São Paulo, 1991, p. 124

<sup>16</sup> AZEVEDO, Marcelo de Carvalho. **Entroncamentos e entrechoques:** vivendo a fé em um mundo plural. Edições Loyola: São Paulo, 1991, p. 135

<sup>17</sup>COHNITZ, Daniel. **Logical Pluralism.** Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10670-013-9473-0>. Acesso em: 10 fev. 2017.

posicionamento do filósofo alemão em não defender uma posição lógica, abrindo um leque de possibilidades para que cada pessoa crie a sua própria, dando abertura ao pensamento multicultural. Assim sendo, não há absoluto; por conseguinte, não há uma verdade universal válida a todos,<sup>18</sup> tornando cada vez mais natural não somente a relativização cultural como também a necessária relativização das normas.

Com o advento do iluminismo, o indivíduo passou a ser responsável por testar todas as proposições através do uso da razão e, como consequência, a religião baseada na revelação (que é considerada como um dos balizadores da existência dos direitos universais) foi atacada, e uma forma de religião natural, o deísmo, foi elevado ao *status* de verdadeira religião. Consoante a isso, as proposições religiosas aceitáveis se resumiram às ditas universalmente discerníveis e que detinham uma bagagem moral positiva, como por exemplo, a existência de um Criador (o grande arquiteto do deísmo), a imortalidade da alma (uma doutrina platônica) e a liberdade do espírito humano (pelagianismo).<sup>19</sup>

Nenhum credo dogmático poderia ser considerado autoritativo, para os iluministas, em razão de nenhum sistema religioso ter a possibilidade de ser provado por argumentos científicos universalmente válidos. Todavia, enquanto Immanuel Kant concluiu que poderias chegar a verdades através do puro ato de pensar, sem antes avaliar criticamente seus próprios recursos e poderes, Friedrich Schleiermacher (1768-1834) apresentou uma ideia diferente. O professor de Berlim alegou que a religião cristã<sup>20</sup> não poderia ser

---

<sup>18</sup>PORTELA, Solano. **Pluralismo e Intolerância**. O Tempora! O Mores!. Disponível em: <http://tempora-mores.blogspot.com.br/2009/12/pluralismo-e-intolerancia.html>. Acesso: 10 fev. 2017.

<sup>19</sup>GOUVÊA, Ricardo Quadros. A morte e a morte da modernidade: quão pós-moderno é o pós-modernismo? **Fides Reformata**. Disponível em: [http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME\\_I\\_\\_1996\\_\\_2/a\\_morte.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME_I__1996__2/a_morte.pdf). Acesso: 10 fev. 2017.

<sup>20</sup>O cristianismo foi trazido à baila tendo em vista ser a religião com o maior número de adeptos dentre as três maiores crenças monoteístas. Por também ser uma cosmovisão exclusivista com

reduzida meramente à moralidade, nem à uma filosofia metafísica, devendo, no entanto, ser compreendida como o objeto maior da consciência humana, uma experiência essencial à verdadeira humanidade.<sup>21</sup>

No entendimento de Ricardo Quadros Gouvêa<sup>22</sup>:

Opós-modernismo<sup>23</sup> busca desconstruir<sup>24</sup> qualquer noção de verdade que proponha unitária, absoluta, universal ou até mesmo coerente. Porquanto, enquanto movimento acadêmico (principalmente filosófico e literário) o pós-modernismo "propõe, em termos positivos, a pluralidade da verdade. Não há uma verdadeira interpretação de um fato, de um texto ou discurso, mas muitas interpretações igualmente válidas. A verdade é entendida em termos semióticos e políticos, e é vista como algo inerentemente nocivo pois toda pretensão à verdade implica em exclusivismo preconceituoso, dominação exploratória, e tirania obscurantista."

Ainda, o Prof. Visitante da Universidade de Waterloo, Michel Foucault foi ao extremo ao afirmar que "toda defesa de uma verdade como absoluta e universal é terrorismo, pois não existe conhecimento ou verdade inocente,

---

valores universais absolutos, ela será utilizada como um exemplo de cosmovisão (religiosa e cultural) que tem sido debatida na atualidade em favor do multiculturalismo.

<sup>21</sup>GOUVÊA, Ricardo Quadros. A morte e a morte da modernidade: quão pós-moderno é o pós-modernismo? **Fides Reformata**. Disponível em: [http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME\\_I\\_\\_1996\\_\\_2/a\\_morte.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME_I__1996__2/a_morte.pdf). Acesso: 10 fev. 2017.

<sup>22</sup>GOUVÊA, Ricardo Quadros. A morte e a morte da modernidade: quão pós-moderno é o pós-modernismo? **Fides Reformata**. Disponível em: [http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME\\_I\\_\\_1996\\_\\_2/a\\_morte.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME_I__1996__2/a_morte.pdf). Acesso: 10 fev. 2017.

<sup>23</sup>Para Ernest Gellner, o pós-modernismo aparenta ser claramente favorável ao relativismo e infenso à ideia de uma verdade universal objetiva ou transcendente.

<sup>24</sup>O desconstrucionismo é uma prática de leitura baseada em uma hermenêutica de suspeita em que o texto é entendido a partir da sua auto-desintegração teórica. A desintegração implica na subversão, na descentralização de qualquer origem perceptível de discursos autoritativos associados à "metanarrativas", isto é, macroestruturas teóricas como, por exemplo, sistemas filosóficos e teológicos. As metanarrativas são desconstruídas através de uma "arqueologia do conhecimento" e de uma "tipologia dos discursos".

isto é, não existe representação desinteressada da realidade."<sup>25</sup>

O Professor<sup>26</sup> ainda continua:

Os sistemas metafísicos exclusivistas e absolutistas (metanarrativas) são repudiados devido à sua pretensão de serem estruturas totalizadoras que revelam verdades universais e absolutas. Com isso, o paradigma transcultural é rejeitado, não permitindo que nenhum discurso seja aplicado indiscriminadamente através de barreiras culturais e negando a existência de qualquer absoluto que transcenda as diferenças culturais.

Destarte, novamente volta-se a uma das questões principais: o relativismo da cosmovisão do leitor. O sentido do texto é determinado no momento da leitura à medida em que ele interage com o depósito discursivo e o ideário do leitor.<sup>27</sup> Entretanto, se as possibilidades de interpretação ficarem sempre à cargo do indivíduo, não importando o conteúdo em debate, as probabilidades de incertezas e dúvidas aumentarão na medida que forem acrescidas as cosmovisões que poderão apreciá-lo. Desta forma, necessária é a análise a respeito do pluralismo, multiculturalismo e as influências que tais fenômenos poderão gerar ao mundo jurídico, tendo em vista as diferentes respostas apresentarem consequências que, atualmente, tem sido pouco debatidas abertamente.

Assim, baseado nas informações compiladas, favoráveis e contrárias ao

---

<sup>25</sup>GOUVÊA, Ricardo Quadros. A morte e a morte da modernidade: quão pós-moderno é o pós-modernismo? **Fides Reformata**. Disponível em: [http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME\\_I\\_\\_1996\\_\\_2/a\\_morte.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME_I__1996__2/a_morte.pdf). Acesso: 10 fev. 2017.

<sup>26</sup>GOUVÊA, Ricardo Quadros. A morte e a morte da modernidade: quão pós-moderno é o pós-modernismo? **Fides Reformata**. Disponível em: [http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME\\_I\\_\\_1996\\_\\_2/a\\_morte.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME_I__1996__2/a_morte.pdf). Acesso: 10 fev. 2017.

<sup>27</sup>GOUVÊA, Ricardo Quadros. A morte e a morte da modernidade: quão pós-moderno é o pós-modernismo? **Fides Reformata**. Disponível em: [http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME\\_I\\_\\_1996\\_\\_2/a\\_morte.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME_I__1996__2/a_morte.pdf). Acesso: 10 fev. 2017.

fenômeno multicultural emergido no início do século XX, buscar-se-á no próximo capítulo apresentar as algumas consequências deste fenômeno dentro da sociedade, que têm influenciado as tomadas de decisões dos indivíduos em todas as esferas, inclusive na área do Direito.

### **3. AS INGERÊNCIAS DO PLURALISMO RELIGIOSO-CULTURALE DO MULTICULTURALISMO NO PLURALISMO JURÍDICO**

Constatou-se que o fundamento do discurso multicultural mais difundido atualmente está em não garantir uma verdade objetiva, baseado na compreensão de que tudo é relativo e dependente da forma de como indivíduo possa enxergar a realidade. Logo, todos têm suas verdades, mesmo que elas se contradigam. Convencidos de que não há uma verdade objetiva, os pós-modernistas ensinam que os valores (verdades) devem ser construídos pelos próprios indivíduos. Dessa forma, o erro dos cristãos, por exemplo, segundo os pós-modernistas, seria crer em uma verdade absoluta.<sup>28</sup>

Portanto, nesta linha de raciocínio, a melhor forma de proteger a sociedade seria rejeitar todas as reivindicações que se proclamem absolutamente verdadeiras. Enquanto Richard Dawkins aduz que o fenômeno religioso deve ser erradicada por completo, o multiculturalismo celebra a igual validade entre todas as culturas, sendo intolerante com qualquer aquela que propor, em caráter exclusivo, uma verdade absoluta - o que, se colocado em prática, invalidaria, por um lado, o discurso para a grande maioria das culturas e suas fundamentações religiosas.

Dois questionamentos surgem na tentativa de relacionar o multiculturalismo

---

<sup>28</sup>CAMPOS, Héber Carlos de. O Pluralismo do Pós-Modernismo. **Monergismo**. Disponível em: [http://www.monergismo.com/textos/hermeneuticas/hermeneutica\\_heber.htm](http://www.monergismo.com/textos/hermeneuticas/hermeneutica_heber.htm). Acesso: 10 fev. 2017.

e o pluralismo jurídico. A diversidade de cosmovisões, crenças e religiões exerceram e exercem influências sobre os sistemas jurídicos? Se sim, quais são os limites destas interferências? Será intentado durante os próximos parágrafos apresentar possibilidades de respostas a tais indagações.

Para chegar no contexto atual de pluralismo jurídico é necessária uma breve introdução sobre o monismo jurídico, paradigma que, segundo alguns doutrinadores, foi superado em detrimento do atual caráter pluralista. Para tanto, compete ressaltar que há distintas correntes monistas e pluralistas, das mais variadas origens e concepções, sendo apresentadas as principais visões e teorias.

O monismo jurídico é caracterizado e identificado em sua essência com a teoria que considera como válida apenas uma ordem jurídica, seja o direito natural ou universal (monismo jurídico universal), seja o direito estatal (monismo jurídico estatal). Dessa forma, o monismo jurídico universal fundamenta-se na existência de um único direito universal, de caráter absoluto, comum a todos os povos e nações.<sup>29</sup>

Por outro lado, nasce o pluralismo jurídico. O pluralismo jurídico não surgiu apenas com o fim imotivado de contrapor a doutrina do monismo jurídico, mas, deve-se ter em mente que a própria insuficiência do monismo estatal contribuiu de forma decisiva para o alargamento dos centros geradores de produção jurídica, mediante outros meios normativos não convencionais.

Em razão da insuficiência no monismo jurídico em gerir as demandas apresentadas pela nova sociedade globalizada, surgiu, então uma nova teoria que propõe a possibilidade de existência de outros centros de produção de normas de direito, também reconhecidas em uma determinada coletividade.

---

<sup>29</sup>DUARTE, Ícaro de Souza. Monismo Jurídico versus Pluralismo Jurídico: uma Análise à Luz do Direito do Trabalho. **Lex Magister**. Disponível em: [http://editoramagister.com/doutrina\\_24368824\\_MONISMO\\_JURIDICO\\_VERSUS\\_PLURALISMO\\_JURIDICO\\_UMA\\_ANALISE\\_A\\_LUZ\\_DO\\_DIREITO\\_DO\\_TRABALHO.aspx](http://editoramagister.com/doutrina_24368824_MONISMO_JURIDICO_VERSUS_PLURALISMO_JURIDICO_UMA_ANALISE_A_LUZ_DO_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx). Acesso em: 10 fev. 2017.

A primeira tentativa de estabelecer o pluralismo jurídico ocorreu por meio do historicismo jurídico, propondo uma série de ordenamentos (pluralismo) jurídicos autônomos, representados pela soberania de cada nação. Segundo Ronaldo Lima dos Santos<sup>30</sup>, o "direito não é fruto de ideias abstratas concebidas *a priori*, mas produto concreto da consciência jurídico-relativa de cada povo".

Sendo assim, para Miguel Reale o pluralismo jurídico rompe com a concepção monista do direito, ao passo em que devolve à totalidade do corpo social a formação das normas jurídicas, na medida em que começa a admitir uma pluralidade de fontes do direito positivo.<sup>31</sup>

Por conseguinte, Ícaro de Souza Duarte<sup>32</sup> conclui, a partir da impossibilidade do monopólio estatal de produção de normas jurídicas, que a "concepção pluralista é percebida pela rejeição da ideia de um direito imutável e absoluto, um direito pré-concebido pela razão ou qualquer outro fundamento, mas que se imponha a todos os homens de maneira universal".

Reginaldo de Souza Vieira sintetizou os pensamentos basilares de Eugen Ehrlich (1862-1918) e Santi Romano (1875-1947) acerca da compreensão do assunto. Segundo o Professor, para Eugen Ehrlich,

"o direito não tem como única fonte o Estado, mas

---

<sup>30</sup>SANTOS, Ronaldo Lima. Teoria das normas coletivas. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 41. apud DUARTE, Ícaro de Souza. Monismo Jurídico versus Pluralismo Jurídico: uma Análise à Luz do Direito do Trabalho. **Lex Magister**. Disponível em: [http://editoramagister.com/doutrina\\_24368824\\_MONISMO\\_JURIDICO\\_VERSUS\\_PLURALISMO\\_JURIDICO\\_UMA\\_ANALISE\\_A\\_LUZ\\_DO\\_DIREITO\\_DO\\_TRABALHO.aspx](http://editoramagister.com/doutrina_24368824_MONISMO_JURIDICO_VERSUS_PLURALISMO_JURIDICO_UMA_ANALISE_A_LUZ_DO_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx). Acesso em: 10 fev. 2017.

<sup>31</sup>REALE, Miguel. Teoria do direito e do Estado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Apud DUARTE, Ícaro de Souza. Monismo Jurídico versus Pluralismo Jurídico: uma Análise à Luz do Direito do Trabalho. **Lex Magister**. Disponível em: [http://editoramagister.com/doutrina\\_24368824\\_MONISMO\\_JURIDICO\\_VERSUS\\_PLURALISMO\\_JURIDICO\\_CO\\_UMA\\_ANALISE\\_A\\_LUZ\\_DO\\_DIREITO\\_DO\\_TRABALHO.aspx](http://editoramagister.com/doutrina_24368824_MONISMO_JURIDICO_VERSUS_PLURALISMO_JURIDICO_CO_UMA_ANALISE_A_LUZ_DO_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx). Acesso em: 10 fev. 2017.

<sup>32</sup>DUARTE, Ícaro de Souza. Monismo Jurídico versus Pluralismo Jurídico: uma Análise à Luz do Direito do Trabalho. **Lex Magister**. Disponível em: [http://editoramagister.com/doutrina\\_24368824\\_MONISMO\\_JURIDICO\\_VERSUS\\_PLURALISMO\\_JURIDICO\\_CO\\_UMA\\_ANALISE\\_A\\_LUZ\\_DO\\_DIREITO\\_DO\\_TRABALHO.aspx](http://editoramagister.com/doutrina_24368824_MONISMO_JURIDICO_VERSUS_PLURALISMO_JURIDICO_CO_UMA_ANALISE_A_LUZ_DO_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx). Acesso em: 10 fev. 2017.

origina-se também na Sociedade e nas relações sociais oriundas dela, sendo o direito uma formulação espontânea da Sociedade e influenciado pelas mudanças que essa passa. Deste modo, ele rejeita a matriz teórica do monismo jurídico e seu paradigma formalista."<sup>33</sup>

Enquanto, para Santi Romano:

[...] o direito não se reduz na norma jurídica existente, mas é encontrado em cada organização social – instituição, que é possuidora de seu próprio ordenamento. Por conseguinte, sendo o Estado uma destas instituições e não a única, não existe apenas o seu ordenamento jurídico, mas cada instituição é proprietária de seu próprio ordenamento.<sup>34</sup>

Logo, percebe-se que o fenômeno jurídico não mais resultaria somente do Estado ou de um direito natural, mas, igualmente, da própria sociedade, influenciada pelas mudanças temporais. Ao não existir uma verdade absoluta e nem um direito absoluto, universal, as normas estarão à disposição da evolução da sociedade, continuando, a cada década, a buscar por novos paradigmas que possam corresponder aos anseios das novas sociedades.

Portanto, percebe-se uma estreita relação entre o fenômeno cultural-religioso e o jurídico, tendo em vista que ambos têm sido alterados em conformidade ao avançar das civilizações e, tais "evoluções", são consideradas na maioria das vezes como benéficas, tendo em vista a necessidade de sempre ter que se produzir novos direitos em respostas às ambições da coletividade.

Assim, subentende-se que, de acordo com as culturas existentes em cada

---

<sup>33</sup>VIEIRA, Reginaldo de Souza. Pluralismo Jurídico Clássico: A Contribuição de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch. **Direito Estado e Sociedade**. n. 47 p. 108 a 127 jul/dez 2015. Rio de Janeiro, PUC Rio, 2015. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/601/393>. Acesso em: 10 fev. 2017. P. 124.

<sup>34</sup>VIEIRA, Reginaldo de Souza. Pluralismo Jurídico Clássico: A Contribuição de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch. **Direito Estado e Sociedade**. n. 47 p. 108 a 127 jul/dez 2015. Rio de Janeiro, PUC Rio, 2015. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/601/393>. Acesso em: 10 fev. 2017. P. 124.

território, será produzido um sistema jurídico que supra as necessidades de um determinado povo em conformidade à cultura-religiosa estabelecida em um determinado local.

Uma pergunta que permanece sem resposta está relacionada ao limite de tais evoluções. Qual é o limite para o avanço da pluralidade religiosa que tem desencadeado o multiculturalismo? A cada século novas religiões surgem com a expectativa de satisfazer as necessidades da sociedade. Entretanto, o que se percebe é que a cada dia que passa, no contexto do mundo globalizado e da obsolescência programada, o ser humano permanece mais egoísta e programado ao consumo. Da mesma forma será que as novas formas de ordenamentos jurídico irão suprir as novas demandas e impasses que surgem como frutos das sociedades com diversidades de pensamentos, posicionamentos filosóficos, religiosos, políticos?

Brendan Sweetman<sup>35</sup>, ao analisar a obra *The political problem of Religious Pluralism: and why philosophers can't Solve It* de Thaddeus J. Kozinski, conclui que os filósofos políticos liberais têm lutado contra diversos problemas da atualidade como consequência de não optarem por nenhuma cosmovisão como verdadeira. O autor continua afirmando que ao se adotar uma abordagem cética e relativista sobre questões valorativas e ao mesmo tempo tentar especificar princípios que forneceria as bases para um Estado moderno, pluralista e democrático, é achar que tais bases poderiam ser aplicadas a qualquer cosmovisão dentro de um Estado.

Ainda, o filósofo político ao final de sua resenha destaca os esboços do autor sobre como ele pensa que pode resolver tais problemas. Thaddeus J. Kozinski sugere que o problema da filosofia política hoje, e também da filosofia em geral, está no fato de ser fundamentalmente liberal (e secular) em razão do

---

<sup>35</sup>SWEETMAN, Brendan. Review of *The Political Problem of Religious Pluralism: And Why Philosophers Can't Solve*. **Notre Dame Philosophical Reviews**. Disponível em: <https://ndpr.nd.edu/news/24584-the-political-problem-of-religious-pluralism-and-why-philosophers-can-t-solve-it/>. Acesso em: 10 fev. 2017.

fato de se excluir conteúdo teológico. Para tanto, um problema é unânime na moderna filosofia política: como justificar as afirmações teológicas de uma forma que ainda respeite as liberdades individuais? Para apresentar uma resposta, o autor sugere que os filósofos saiam da seara do racionalismo e busquem estudar filosoficamente a teologia.

Percebe-se que a crença religiosa, compõe a cosmovisão do indivíduo social, membro de uma comunidade organizada juridicamente. Portanto, nota-se que, por consequência, suas conceituações de verdade, moral e ética irão influenciar o ordenamento jurídico pluralista que, por sua vez, segundo Eugen Ehrlich é determinado pelas relações sociais oriundas desta sociedade.

Conforme já é possível notar, há tempos os modelos do *common law* e o romano-germânico tem perdido espaço para os novos sistemas orientais, tais como o direito asiático, que por si só apresenta diversas especificidades, o direito hindu, tradicional da Índia e o direito islâmico, fundamentado na *Sharia*. Os novos sistemas existem há séculos, todavia, nos últimos cem anos eles começaram a ser estudados profundamente pelos estudiosos ocidentais.

Cada novo sistema, carrega consigo uma carga cultural alicerçada sob princípios até mesmo milenares embasados em culturas religiosas características de suas regiões específicas. O do Direito Hindu, por exemplo, é fundamentado no hinduísmo, religião com aproximadamente um bilhão de adeptos que possui milhares de deuses, e funcionaria como uma "espécie de *nómos* específico de comunidades religiosas de um país, mando de condutas [...]; de perfil próprio da época medieval e também no estilo da antiguidade, respaldado por extensas regras religiosas, morais e mandamentais.<sup>36</sup>

Enquanto isso, o sistema jurídico islâmico é considerado um ramo da religião que influencia a vida de mais de 1,5 bilhão de pessoas e deriva de dois

---

<sup>36</sup>CAMPOS NETO; Augusto Machado de. O Hinduísmo, o Direito Hindu e o Direito Indiano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67850/70458>. Acesso em: 10 fev. 2017.

institutos religiosos: a Sharia e o fiqh: a normatividade revelada e o direito sagrado compilado pelos juristas muçulmanos a partir dos preceitos estabelecidos pela Sharia.<sup>37</sup>

Depreende-se, portanto, com o advento da globalização e as facilidades de acesso e intercâmbio de informações, nações ocidentais que por diversos anos conheciam apenas o modelo dicotômico *common law* e romano-germânico estão percebendo a infinidade de sistemas existentes na atualidade e que apresentam uma característica peculiar: são fundamentados em preceitos religiosos culturais.

É natural que existam diversas formas cosmovisões, crenças, religiões e cultura, bem como é apropriado que cada indivíduo tenha a liberdade de optar por qual caminho seguir. Todavia, o que mais tem sido preocupante, com o aumento das novas descobertas religiosas e culturais, são as possibilidades de relativização de valores que já eram considerados absolutos e que após os horrores da Segunda Guerra buscou-se, por meio da declaração Universal, por meio da declaração de certos direitos, evitar que atrocidades contra direitos inatos ao ser humano ocorressem novamente.

Dentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não há um consentimento a respeito da questão da relativização e universalização dos direitos humanos. Enquanto alguns defendem que, independente da cultura e do espaço, certos direitos devem ser resguardados, outros aderem à tese que possibilita a relativização de alguns direitos tendo em vista as divergências culturais. A preocupação que surge, em meio a tantas divergências que surgem nas esferas religiosas e culturais, são as naturais consequências que estas podem gerar na esfera jurídica.

---

<sup>37</sup>SILVA, Natália Lipovetsky e. Breve estudo sobre o sistema jurídico islâmico. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena da Faculdade de Direito da UFMG**. 2009. Disponível em: <http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/viewFile/56/55>. Acesso em: 10 fev. 2017.

Portanto, diante de tais considerações, é importante que ocorram cada vez mais estudos acerca das novas religiões e seus consequentes sistemas jurídicos a fim de que, com o incremento do fluxo migratório, as nações receptoras estejam preparadas para, mediante comparação cultural e jurídica, tenham condições de emitir um juízo de valor coerente com seus princípios e valores e que preservem a diversidade, ao mesmo tempo busquem conservar suas convicções mais caras.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pelo esboço da pesquisa desenvolvida através do presente artigo, possibilitou-se compreender algumas características do pluralismo e diferenciação com o multiculturalismo, bem como se conseguiu firmar, em aspectos gerais, a análise acerca da cosmovisão como pressuposto formação da estrutura do indivíduo religioso, cultural e social.

Com a crescente defesa do pluralismo jurídico em detrimento do ideal monista, as normas passaram a estar à disposição da evolução da sociedade, continuando, ano após ano, a buscar por novos paradigmas que possam apresentar respostas aos novos anseios do mundo globalizado; não mais existindo uma verdade absoluta – no contexto do pluralismo religioso - e nem um direito absoluto, universal – no contexto do pluralismo jurídico.

Percebeu-se então, por meio das análises, uma estreita relação entre o fenômeno religioso e o jurídico, em razão de que ambos têm sido alterados em consonância à evolução das sociedades. Logo, é perceptível a impossibilidade dos diversos ordenamentos jurídicos, frutos das evoluções das sociedades, não receberem influências das distintas religiões existentes. Isso posto, seguindo a sugestão de Kozinski, é necessária uma abertura da filosofia jurídica à teologia, a fim de compreender que o ser social, antes mesmo de ser social, também é religioso. Ademais, com o intuito de buscar

compreender tais fenômenos, interessante é um estudo honesto e aprofundado acerca das principais religiões e culturas da atualidade, com o objetivo de compreender as suas naturais ingerências sobre a sociedade e, principalmente, sobre o universo jurídico.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZEVEDO, Marcelo de Carvalho. **Entroncamentos e entrechoques:** vivendo a fé em um mundo plural. Edições Loyola: São Paulo, 1991.p. 120

BERGER, Peter Ludwig. **O dossel sagrado:** elementos para uma teoria sociológica da religião. Tradução de José Carlos Barcellos. São Paulo: Ed. Paulinas, 1985.

CAMPOS, Héber Carlos de. O Pluralismo do Pós-Modernismo. **Monergismo.** Disponível em: [http://www.monergismo.com/textos/hermeneuticas/hermeneutica\\_heber.htm](http://www.monergismo.com/textos/hermeneuticas/hermeneutica_heber.htm). Acesso em: 10 fev. 2017.

CAMPOS NETO; Augusto Machado de. O Hinduísmo, o Direito Hindu e o Direito Indiano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.** v. 104. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67850/70458>. Acesso em: 10 fev. 2017.

COHNITZ, Daniel. LogicalPluralism. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10670-013-9473-0>. Acesso em: 10 fev. 2017.

DUARTE, Ícaro de Souza. Monismo Jurídico versus Pluralismo Jurídico: uma Análise à Luz do Direito do Trabalho. **Lex Magister.** Disponível em: [http://editoramagister.com/doutrina\\_24368824\\_MONISMO\\_JURIDICO\\_VER\\_SUS\\_PLURALISMO\\_JURIDICO\\_UMA\\_ANALISE\\_A\\_LUZ\\_DO\\_DIREITO\\_DO\\_TR](http://editoramagister.com/doutrina_24368824_MONISMO_JURIDICO_VER_SUS_PLURALISMO_JURIDICO_UMA_ANALISE_A_LUZ_DO_DIREITO_DO_TR)

ABALHO.aspx. Acesso em: 10 fev. 2017.

ECK, Diana L. **What is pluralism?** The Pluralism Project. Harvard University. Disponível em: <http://pluralism.org/what-is-pluralism/>. Acesso em: 10 fev. 2017.

FONER, Eric. **Storia della Libertà Americana**. Roma: DonzelliEditore, 1998. Título original: The Story of American Freedom.

GOUVÊA, Ricardo Quadros. A morte e a morte da modernidade: quão pós-moderno é o pós-modernismo? **Fides Reformata**. Disponível em: [http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME\\_I\\_\\_1996\\_\\_2/a\\_morte....pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME_I__1996__2/a_morte....pdf). Acesso em: 10 fev. 2017.

KOYZIS, David T. **Visões e Ilusões Políticas**: uma análise e crítica cristã das ideologias contemporâneas. Tradução de: Lucas G. Freire. São Paulo: Vida Nova, 2014. P. 9.

MATOS, Alderi de Suza. Enquanto os homens dormem: dilemas e perigos do pluralismo pós-moderno. **Ultimato**. Disponível em: <http://www.ultimato.com.br/revista/artigos/308/enquanto-os-homens-dormem-dilemas-e-perigos-do-pluralismo-pos-moderno>. Acesso em: 10 fev. 2017.

MEYER, Geral. The Cultural Pluralist Response to Americanization: Horace Kallen, Randolph Bourne, Louis Adamic, and Leonard Covello. **Socialism and Democracy**. Disponível em: <http://sdonline.org/48/the-cultural-pluralist-response-to-americanization-horace-kallen-randolph-bourne-louis-adamic-and-leonard-covello/>. Acesso: 10 fev. 2017.

MORRELAND, J.P.; CRAIG, William Lane. **Filosofia e cosmovisão cristã**. São Paulo: Vida Nova, 2005.

RZIM. **Religious pluralism**: do all religions lead to the same goal? Zacharias Trust. Disponível em: <http://www.rzim.eu/religious-pluralism-do-all->

religions-lead-to-the-same-goal. Acesso em: 10 fev. 2017.

PORTELA, Solano. **Pluralismo e Intolerância**. O Tempora! O Mores!. Disponível em: <http://tempora-mores.blogspot.com.br/2009/12/pluralismo-e-intolerancia.html>. Acesso em: 10 fev. 2017.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Ronaldo Lima. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, Natália Lipovetsky e. Breve estudo sobre o sistema jurídico islâmico. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena da Faculdade de Direito da UFMG**. 2009. Disponível em: <http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/viewFile/56/55>. Acesso em: 10 fev. 2017.

SWEETMAN, Brendan. Review of The Political Problem of Religious Pluralism: And Why Philosophers Can't Solve. **Notre Dame Philosophical Reviews**. Disponível em: <https://ndpr.nd.edu/news/24584-the-political-problem-of-religious-pluralism-and-why-philosophers-can-t-solve-it/>. Acesso em: 10 fev. 2017.

THE PLURALISM PROJECT. **The right to be different**. Harvard University. Disponível em: [http://www.pluralism.org/encounter/history/different\\_](http://www.pluralism.org/encounter/history/different_). Acesso em: 10 fev. 2017.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. Pluralismo Jurídico Clássico: A Contribuição de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch. **Direito Estado e Sociedade**. n. 47 p. 108 a 127 jul/dez 2015. Rio de Janeiro, PUC Rio, 2015. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/601/393>. Acesso em: 10 fev. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E  
SUSTENTABILIDADE  
4º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da  
globalização"  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí  
Março 2017

WOLTERS, Albert M. **O que é cosmovisão?** Monergismo. Disponível em:  
[http://www.monergismo.com/textos/cosmovisao/cosmovisao\\_wolters.htm](http://www.monergismo.com/textos/cosmovisao/cosmovisao_wolters.htm).  
Acesso em: 10 fev. 2017.

## **O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE RECONHECIMENTO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS E DE APERFEIÇOAMENTO DA DEMOCRACIA**

**Luiz Eduardo Anesclar<sup>1</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

O catálogo dos direitos e liberdades no art. 5º da Constituição brasileira de 1988, configura uma garantia declaratória no sentido amplo. Isto se deve, em boa medida, pois o Estado liberal não estabeleceu um sistema de proteção dos direitos e liberdades, também, porque estes direitos têm origem iusnaturalista, cujos direitos eram concebidos anteriormente a qualquer organização política, até seu próprio significado como limites absolutos ao poder estatal, e que atualmente justifica a teoria dos direitos humanos.

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos

---

<sup>1</sup>Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Granada, Espanha. Diploma de Estudos Avançados e de Suficiência Investigadora pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilha, Espanha. Pós-Graduado com Especialização em Direito Civil pela Universidade Federal Fluminense. Membro da Comissão de Estudos Permanentes de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros- IAB. Professor convidado pela Universidade Católica de Petrópolis e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Contato e-mail: anesclar@hotmail.com

do Estado<sup>2</sup>

A Constituição brasileira de 1988, de espírito liberal, embora comparta elementos próprios do Estado social no Estado Democrático, garante que todo o poder emana do povo, e que a República é constituída em Estado Democrático de Direito. Desta declaração se entende que o Poder Judiciário se insere na democracia brasileira, embora os juízes não sejam eleitos diretamente pelo povo.

A Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>

Isto se deve ao fato do princípio de legalidade próprio do Estado de Direito que garante o Juiz Natural ou o Juiz predeterminado pela Lei que "impede a criação de órgãos judicantes para o julgamento de questões (civis e criminais) ex post facto ou ad personam"<sup>4</sup>. Esta garantia é suficiente em razão do princípio democrático do processo legislativo no Congresso Nacional, que além da competência legislativa de normas de grau inferior à Constitucional, também tem a competência para o processo de reforma da própria Constituição através da Assembleia Constituinte.

A lei expressada democraticamente pela decisão de uma maioria estabelecerá qual é o Direito, o desencadeamento normativo que deverá estar de acordo com a Constituição. A existência do Direito de uma

---

<sup>2</sup>BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução por Carlos Nelson Coutinho do original L'EtádelDiritti. Ed. Campus. 9ª. ed. 1992. p. 31. FILHO, Manoel G. Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 30.

<sup>3</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116.

<sup>4</sup>JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. RT. 3ª ed. Vol. 21. São Paulo, 1996, p. 67.

maioria parlamentar supõe também a existência do mesmo Direito para uma minoria, constitucionalmente garantido<sup>5</sup>

Nestas bases o Poder Judiciário, além de funcionar como contrapoder (freios e contrapesos) para garantir os direitos e liberdades individuais, retira da Constituição sua competência que lhe dá legitimidade para fazer cumpriras leis e a aplicação aos casos concretos que lhe são submetidos, em obediência ao princípio de legalidade que lhe atribui o art. 37 da Carta Magna, e às competências designadas a cada órgão deste poder judicante a partir do art. 92 da Constituição.

*Se pronuncia la Constitución acerca de la legitimación democrática de este poder del Estado: <<La Justicia emana del Pueblo.>> Llama la atención de inmediato el que esta legitimación se predique de un poder que es, sin embargo, administrado no por cargos públicos de naturaleza electiva o representativa, a cuya orientación o ejercicio se acceda por sufragio universal, sino por funcionarios de un cuerpo burocrático (art. 121.1 CE). Pues bien, precisamente por ello la legitimación del poder del juez procede de su más fuerte sujeción a la Constitución y a la ley (<<sometidos exclusivamente al imperio de la Ley>>): una ley que ni crea ni inventa ni puede modificar (como sí puede, en el marco de la Constitución, el Parlamento y el Gobierno, poderes representativos sobre los que el sufragio sí que puede influir), sino que sólo puede interpretar y aplicar. El Poder Judicial se legitima democráticamente porque resuelve problemas jurídicos (no políticos) aplicando normas que expresan decisiones de la voluntad popular<sup>6</sup>*

E, como orientação, o Poder Judiciário obedece a diversos princípios contidos no art. 5º, tais como: de igualdade ante a lei no inciso I; ao princípio de legalidade no inciso II, XXXIX; à proibição de juízos ou tribunais de

---

<sup>5</sup>ANESCLAR, Luiz Eduardo. **A Medida Provisória na Constituição Brasileira de 1988. Potestade Legislativa do Poder Executivo.** Curitiba: CRV, 2011, p. 69.

<sup>6</sup>BALAGUER CALLEJÓN, F. **Manual de Derecho Constitucional.** Vol. II. Madrid: Tecnos, 2010, p. 568/569.

exceção previsto no inciso XXXVII, XXXV (princípio de unidade de jurisdição).

Além destas garantias institucionais, próprias da democracia, o cidadão brasileiro conta com proteção constitucional do devido processo legal e ampla defesa; a razoável duração do processo e a presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Além da proteção constitucional de acesso ao Poder Judiciário o novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015 - recebe estes princípios constitucionais tornando-os regras tanto às partes quanto ao juiz no processo.

## **1. O DIREITO ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Os Direitos fundamentais de liberdade e igualdade são parâmetros para o legislador ordinário (Congresso Nacional), no momento de se produzir lei debatida democraticamente, e que não se deve violar ditos direitos.

O Direito está sempre latente no homem moderno e na sociedade, e, qualquer pessoa com um mínimo de instrução ou com um mínimo de convivência social, onde quer que seja, tem a percepção dos benefícios do exercício da democracia através do voto, embora, as propostas de realização dos programas políticos partam dos candidatos e muito pouco ou quase nada por deliberação de vizinhos ou outra associação legalmente constituída.

A regra tem sido os avanços e retrocessos ao reconhecimento dos direitos básicos aos cidadãos em geral, e ainda que existam de fato tais como os registros de estado civil, a aposentadoria e o direito de votar e ser votado, como exemplos, a realidade é bem distinta, a começar com o direito à educação, trabalho, saúde, segurança pública, habitação, saneamento básico, transportes entre outros, nem sempre satisfeitos.

A história dos movimentos sociais populares revela que

uma carência, num primeiro momento sentida individualmente -por exemplo, a falta de um serviço de atendimento médico-hospitalar num bairro-, pode vir a contribuir para uma ação conjunta, num processo de transição da consciência-organização-articulação-ação para uma demanda coletiva. A satisfação de certas necessidades passa de sua apreensão enquanto direitos individuais para sua compreensão como direitos da pessoa humana e de todos os que estão na mesma situação. Por exemplo, a noção de direito ao atendimento médico conduz à de direito à saúde e, daí à de direito ao posto de saúde. As reivindicações incorporam então o conceito de direito: à moradia, à terra, à escola, à vida, enfim<sup>7</sup>

Tais direitos, entre outros, são de interesses comuns e somente através do debate público de ideias nos parlamentos de todas as instâncias será possível obter-se uma maioria para a produção da norma reguladora. A dificuldade reside nas necessidades locais urgentes e isso pode vulnerar competências legislativas das diversas instâncias do Estado federal, do ponto de vista da hierarquia das normas ou mesmo a vulneração de pactos políticos nas diversas instâncias, devido ao déficit de representatividade parlamentar ou devido à diversidade de regionalismos.

A dificuldade aumenta quando se observa o déficit de representatividade no Congresso Nacional, pois os Estados do norte do país estão sobrerrepresentados devido à baixa densidade demográfica, e por outro lado os Estados do sul estão subrepresentados, devido à alta densidade demográfica, justificados pela política de expansão industrial no eixo Rio-São Paulo que gerou o histórico êxodo rural, alimentado também pela ausência de política fundiária e de assentamento do homem no campo.

Aliado a tudo isso as classes detentoras dos meios de produção que mantiveram e de certa forma mantém o poder hegemônico por várias décadas obscurecem os conceitos de República, de Democracia e de Direito

---

<sup>7</sup>PERUZO, C. M<sup>a</sup>. Krohling. **Comunicação nos Movimentos Populares. A Participação na Construção da Cidadania.** 2<sup>a</sup> ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 61

às classes menos privilegiadas. O resultado é uma secular sociedade desigual em total estado de apelo aos Direitos humanos devido às insuficiências do nosso ordenamento jurídico no que se pode referir à falta de cumprimento dos direitos fundamentais por parte dos poderes estatais e da administração pública em geral.

Ainda está por nascer um Estado nacional no Brasil, pacto de reconhecimento e de cidadania entre todos, gerador de direitos que se estendem a toda a sua população, que permita e assegure a apropriação do território nacional pelos habitantes da terra e que dê início a um processo político verdadeiramente nacional, no sentido europeu do termo, que tenha por suposto básico garantir a vida e o progresso da população e não os fundamentos macroeconômicos de uma empresa internacionalizada desde cinco séculos atrás<sup>8</sup>

Soma-se a isto o fato das privatizações de empresas estatais e a flexibilização dos direitos trabalhistas para a eficiência da máquina administrativa estatal e também em obediência ao princípio de não intervenção estatal na esfera individual, corolário do princípio civilista da autonomia privada, numa sociedade de massa, o que resulta em certa medida contraditório. "A existência de outros mecanismos de proteção como o princípio de separação de poderes e a absoluta separação entre o Estado e a Sociedade, eram mais que suficientes"<sup>9</sup>

Embora o Poder Judiciário tenha como finalidade a aplicação da lei aos casos concretos, nem sempre segue ao que a lei determina direcionada aos poderes públicos, pois estes são entes políticos e o cumprimento de decisões judiciais pode gerar efeitos imprevisíveis na sociedade devido aos precedentes e também devido à rígida separação de poderes. Desta forma, o Poder

---

<sup>8</sup>LIMA, Luiz G. de Souza. **A Refundação do Brasil. Rumo à Sociedade Biocentrada**. São Carlos: Ed. Rima, 2011, p. 184

<sup>9</sup>ÁLVAREZ CONDE, E. **Curso de Derecho Constitucional**. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1996, p. 479.

Judiciário está mais habilitado e cômodo em conhecer e decidir casos privados que públicos, embora a Administração tenha a "competência para invalidar ou convalidar seus próprios atos do ordenamento jurídico por vícios de legalidade"<sup>10</sup>.

Ultimamente, a grande demanda por saúde pública, educação entre outros, tem levado o Judiciário a decidir de forma urgente em lugar da Administração pública. Isto se deve à consciência de igualdade entre os cidadãos e o "dever de prestação de direitos por parte do Estado"<sup>11</sup>, e que a deficiência na prestação destes direitos, os partidos políticos, associações diversas e cidadãos individualmente, pleiteiam ao Juiz que a prestação do serviço público seja implementada pela Administração pública reclamada.

Neste caso, nota-se as insuficiências por parte da Administração pública devido às políticas partidárias ou administrativo-financeiras e que deixam a população em apuros a depender de manifestações populares, de novas eleições democráticas e, em último caso, a instância de parte ao Poder Judiciário.

Efetivamente, a judicialização do direito ou da política ou ativismo judicial, expressão americana cunhada em 1947 por Arthur Schlesinger Jr. Judicial Activism, o direito que deveria ser produzido pelo Poder Legislativo ou prestado pela Administração pública, acaba por ser prestado pelo Poder Judiciário, numa autêntica forma de criação do direito.

É oportuno ressaltar a bem constante discussão sobre o controle de políticas públicas como resultado do desenvolvimento das ideias de "*judicialização da política*" (ou "*politização da justiça*"), segundo as quais se admite o que se tem denominado de "*ativismo judicial*",

---

<sup>10</sup>FILHO, J. dos S. Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 145.

<sup>11</sup>MENDES, G. Ferreira e outros. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 334.

propiciando a intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em virtude da reconhecida ineficiência da Administração. Embora tal ação provoque resultados de satisfação social, a doutrina se tem dividido quanto à sua admissibilidade e aos limites de semelhante intervenção. A verdade é que, sem embargo de ser esta admitida em algumas hipóteses, não o tem sido em outras, o que tem causado perplexidade entre os estudiosos pela ausência de parâmetros dotados de certa objetividade que possam indicar até onde será lícita tal interferência<sup>12</sup>

Isto se deve também o fatado Poder Legislativo que não atende às demandas ao bem comum através de leis, devido à morosidade que lhe é peculiar e os diversos interesses políticos em jogo, pelo que, deixa-se a cargo do Governo, cuja máquina administrativa está bem mais aparelhada a dar soluções bem mais rápida na realização dos programas sociais e inclusive de legislação, embora, não leve a contento nem um nem outro em determinadas circunstâncias políticas adversas.

Como as normas não podem prever todas as condutas possíveis, elas sempre deixam uma margem de discricionariedade para atuação da sociedade. E com os avanços tecnológicos e científicos, torna-se necessário o Estado, o consentimento para reproduzir na sociedade novas formas de condutas, o que resulta discutível as condutas anteriores à modernização, o que gera certa insegurança, porque se torna imprescindível reorganizar o ordenamento jurídico com uma interpretação do ponto de vista da democracia social<sup>13</sup>

Esta realidade afeta a produção normativa através do debate democrático de ideias no Parlamento para a configuração e reconhecimento dos direitos. "A

---

<sup>12</sup>FILHO, J. dos S. Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 49

<sup>13</sup>ANESCLAR, Luiz Eduardo. **A Medida Provisória na Constituição Brasileira de 1988. Potestade Legislativa do Poder Executivo**. Curitiba: CRV, 2011, p. 54.

Constituição faz valer exatamente os direitos que os cidadãos precisam reconhecer mutuamente, caso queiram regular de maneira legítima seu convívio com os meios do direito positivo"<sup>14</sup>. Além disso, afeta às fontes do Direito, cujas competências estão estabelecidas constitucionalmente através do princípio de reserva de lei, e isto vem afetando significativamente o desenvolvimento social e os direitos fundamentais estes que são o ponto de partida à produção normativa no que se refere à vinculação negativa do legislador em não reduzir o significado destes direitos estabelecidos na Constituição.

Neste caso, a total omissão por parte do legislador ordinário abre espaços ao Supremo Tribunal Federal para configurar os direitos através da hermenêutica constitucional. A crítica está no fato que o STF integra o Poder Judiciário brasileiro numa atividade híbrida entre legalidade e constitucionalidade de normas, e não como um autêntico Tribunal Constitucional nos moldes dos tribunais da Alemanha e Espanha, o que pode resultar em possível redução do conteúdo essencial do direito fundamental e também em déficit de democracia em suas decisões.

Las diferencias que pueda haber por la cultura jurídica en su desarrollo histórico, en todas partes el Estado constitucional se ha despedido de la idea de Montesquieu de que el juez es solamente la "bouche de la loi". Si bien se ha exagerado la imagen del "Estado judicial" (R. Marcic), crece cada vez más el reconocimiento de la función "pretoriana" del tercer poder, de que sus tareas también son creativas; la sola "defensa del derecho" (cfr. artículo 164 del Tratado de la Comunidad Europea) no es suficiente; también se trata de un prudente desarrollo del derecho hasta llegar al derecho judicial como "fuente del derecho" propia. En los Estados Unidos se habla plásticamente del "law in action", lo que hay que complementar con una palabra que designe lo público: "law in publicaction". Ciertamente, la legitimación democrática de los jueces es muy diversa en los países

---

<sup>14</sup>HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política**. Traduzido por George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Ed. Loyola, 2002, p. 229.

en lo particular: en Suiza, se elige directamente a los jueces a nivel de los cantones, asimismo en algunos estados de la Unión Americana; en Alemania lo son por los comités de selección judicial en unión de los gobiernos de los Länder. También hay que mencionar las reglas especiales que rigen para los jueces constitucionales, ya que algunos de ellos son nombrados por el presidente o por otros órganos (cfr. el artículo 135 de la Constitución de Italia, el 147 de la Constitución de Bulgaria de 1991). Ya que si bien el "tercer poder" se ha apreciado en el Estado constitucional actual, no es más que parte de las funciones estatales y permanece articulado en el sistema conjunto de la división de poderes y debe respetar el principio de los límites jurídico-funcionales de la actividad jurisdiccional, aunque éstos puedan variar en el tiempo, en el espacio y entre países ("judicial activism"- "judicial restraint")<sup>15</sup>

Com efeito, a força normativa da Constituição se deixa sentir nos poderes estatais e na Administração pública. Em último caso será o Juiz ou Tribunal que realizará o conhecimento e o reconhecimento dos direitos do ponto de vista legal ou o Supremo Tribunal Federal, que configurará os direitos assegurados no nível constitucional.

Porém, com as transformações do Estado liberal em Estado social, a lei perde seu caráter geral e em certa medida a separação de poderes e a democracia acabam por ver-se afetados. Também, as funções dos juízes vão estender-se no controle do governo e da administração, o que faz do princípio da independência do Poder Judiciário adquirir a dimensão de direito subjetivo do cidadão, a um processo imparcial<sup>16</sup>.

## **2. A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DE LEGALIDADE AO PRINCÍPIO DE CONSTITUCIONALIDADE AO CONHECIMENTO E RECONHECIMENTO**

---

HÄBERLE. Peter. **El Estado Constitucional**. Tradução: Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2003, p. 222/223.

<sup>16</sup>ÁLVAREZ CONDE, E. **Curso de Derecho Constitucional**. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1997, p. 243.

## **DOS DIREITOS**

A democracia não somente deve ser entendida pela liberdade conquistada pelos cidadãos, no sentido de ser livre, senão que, ela possibilita a confirmação dos direitos e também à aspiração de novos direitos devido aos avanços individuais, sociais, econômicos, tecnológicos etc. A cultura praticada em determinada sociedade possibilita o conhecimento de novos direitos e seu reconhecimento na esfera pública estatal.

Com efeito, o sufrágio universal livre pelo qual o cidadão pode ser representado democraticamente, possibilita a chance de criação de direitos através da via legal. As reivindicações sociais no plano legislativo são as que melhores traduzem essa legitimidade para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, ainda que tais direitos sejam de minorias e isto exige grande esforço no debate com a maioria parlamentar. De qualquer modo, os direitos contam com a garantia de legislação democrática e sua intangibilidade e inderrogabilidade por normas hierarquicamente inferior ou sua inaplicabilidade pela Administração pública ou pelo Poder Judiciário.

O desrespeito ou violação dos direitos individuais tem sido uma prática corriqueira, quando então o cidadão se vê forçado a recorrer ao Poder Judiciário para garantir um direito garantido legalmente. Assim, o *Mandado de Segurança*(art. 5º LXIX CF) para garantir direito líquido e certo não amparado por *Habeas Corpus*; o próprio *Habeas Corpus*(art. 5º LXVIII CF) para garantir a liberdade de ir e vir, são exemplos de que a norma legal não é obedecida ao exercício dos direitos e liberdades individuais. Momento em que se traslada da esfera legal à constitucional, quando se ativa os mecanismos ou ferramentas de proteção dos direitos que a Constituição estabelece.

La crítica de la jurisdicción y de la jurisprudencia constitucional se efectúa siempre en lo que respecta a la distribución de competencias entre el legislador democrático y la administración de justicia; es siempre,

por tanto, una disputa en torno al principio de la división  
de poderes<sup>17</sup>

Portanto, a superação do princípio de legalidade ao de constitucionalidade, ainda que cause danos pela postergação da fruição do direito, revela a possibilidade para a consciência constitucional na sociedade da garantia dos direitos neste nível, e, adianta-se podendo ir além quando se invoca normas de tratados ou convênios internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos. "O Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos proclama, em seus primeiros artigos, o dever dos Estados-partes em assegurar os direitos nele elencados a todos os indivíduos que estejam sob a sua jurisdição"<sup>18</sup>.

Noutra ordem de considerações, certos direitos são ativados judicialmente através do Mandado de Injunção (art. 5º LXXI CF), quando o Poder Judiciário determina ao Poder Legislativo que regule o direito requerido pela parte no processo. Neste caso, a omissão legislativa, o STF delimita e regula o direito, exercendo assim a dupla função de órgão judicial e legislador.

Com efeito, devido ao conservadorismo de representantes do Congresso Nacional, não fora convertido em lei o projeto de lei que regula a união de pessoas do mesmo sexo. Enquanto isso, em vários Estados da federação tramitam ações declaratórias ou de reconhecimento de união de pessoas do mesmo sexo. Em alguns casos são reconhecidas enquanto noutros não o são. Finalmente, o "STF, por maioria, reconheceu em ADI Nº 4277"<sup>19</sup> este direito, afastando interpretações do art. 1.723 do Código Civil, contrário ao art. 3º

---

<sup>17</sup>HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Derecho. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso**. Tradução por Manuel Jiménez Redondo Trotta. Madrid, 2005, p. 312

<sup>18</sup>PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max limonada, 1997, p. 179-180.

<sup>19</sup>**Supremo reconhece união homoafetiva.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em 03 de março de 2017.

#### IV da CF.

Da decisão do STF, o CNJ (art. 103-B §4º CF) que tem competência constitucional de controle externo do judiciário, aprovou resolução determinando às repartições cartorárias de Registro Civil das Pessoas Naturais o registro de pessoas de união de pessoas do mesmo sexo. Há casos que o oficial de Registro Civil se nega ao registro, quando então os interessados recorrem ao Poder Judiciário para que se cumpra a decisão do CNJ amparada no reconhecimento pelo STF.

Outro caso, relativamente à liberdade da mulher, "a primeira Turma do STF decidiu descriminalizar o aborto no primeiro trimestre de gestação"<sup>20</sup>, entendendo que os artigos 124 e 126, ambos do Código Penal, devem ser interpretados de acordo com a Constituição. Com efeito, a decisão é válida somente ao processo apreciado pelo STF, embora possa constituir precedentes.

Já, no âmbito das liberdades individuais, o STF entendeu, por maioria, que "o início da pena deverá ser cumprida após esgotadas as instâncias penais ordinárias"<sup>21</sup>. Decisão que afasta o princípio de inocência garantido no art.5º LVII CF e no art. 283 do Código de Processo Penal.

Neste caso, o Ministro do STF, Marco Aurélio de Mello, entende que a competência para a regulação do Direito processual penal é do legislador infraconstitucional, por tratar-se de matéria de configuração legal.

---

<sup>20</sup>**Turma do STF decide que aborto nos três primeiros meses de gravidez não é crime.** Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/turma-do-stf-decide-que-aborto-nos-tres-primeiros-meses-de-gravidez-nao-e>. Acesso em 03 março de 2017.

<sup>21</sup>**STF admite execução da pena após condenação em segunda instância.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em 03 março de 2017.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Estes estudos não se esgotam em razão da transformação do Estado brasileiro atual que vive um autêntico Estado Democrático de Direito e com ênfase no Estado Social, embora não declarado no art. 1º da nossa Constituição. Porém se extrai do sistema constitucional a interpretação neste sentido, principalmente no que se refere ao princípio de igualdade, os direitos e liberdades individuais garantidos no art. 5º e os direitos sociais no art. 7º, além dos direitos da criança, do adolescente, do idoso e dos indígenas. Porquanto, a ordem econômica na Constituição, o art. 170, III, V e VII, vincula à justiça social, à função social da propriedade, à defesa do consumidor e à redução das desigualdades regionais e sociais.

Todo o material constitucional para a promoção do bem-estar social vincula os poderes estatais e administração públicas em todos os níveis, com o apoio da forma federal de Estado que dá sentido à força normativa da Constituição em todo o território nacional.

Não obstante, o tema proposto realça o Poder Judiciário na criação e reconhecimento dos direitos devido ao déficit de representatividade democrática no Congresso Nacional e também nas Assembleias legislativas dos Estados-membros da federação.

Além disso, as Administrações públicas dos Governos federal, estadual e municipal, em que pese a vinculação com a Constituição e com o ordenamento jurídico, apresentam a tradição vinculação política entre diversos partidos, seja de direita, de centro ou de esquerda, sem compromissos institucional, o que favorece à corrupção em lugar de se realizar os objetivos que a Constituição traça para a sociedade em geral.

Com efeito, a falta da produção do direito através das fontes normais estabelecidas no art. 59 da Constituição federal afeta o sistema de separação de poderes do Estado, gerando um sobredimensionamento no Poder

Judiciário, que além de decidir os casos entre particulares, se ocupa também, em conhecer e reconhecer direitos constitucionais através da hermenêutica em substituição à atividade parlamentar e democrática no Poder Legislativo.

Soma-se a tudo isto o fato do desconhecimento dos direitos por grande parte da sociedade, a qual se orienta pelo mercado financeiro, e isto evita uma maior participação nos assuntos de interesse público na Administração local, aliado ao sistema político que ainda não sofrera modificações significativas como se era de esperar.

De fato é uma atividade hercúlea a do Poder Judiciário por enfrentar a sociedade e as críticas dos operadores jurídicos e da doutrina, porém é de se observar que a atividade de reconhecimento dos direitos pelos Juízes e Tribunais não apresenta uma grande demanda, mas é significativa quando os poucos existentes afetam a uma gama consideráveis de pessoas interessadas, e os trâmites processuais não contam com a celeridade.

No presente artigo buscou-se colocar no mesmo plano a legalidade e a constitucionalidade e a superação daquela por esta.

De qualquer forma, é uma tarefa que não é somente da prática como da teoria do Direito Constitucional, o que resulta de fundamental importância estabelecer critérios definidores, embora as normas constitucionais devam ser parâmetros para a produção do direito pelos canais normais do Poder Legislativo e também para a execução pela Administração pública e aplicação aos casos concretos pelo Poder Judiciário.

Quando se invoca o princípio da autonomia privada, muitas vezes o Juiz deixa ao alvedrio das partes a resolução do conflito, esquecendo-se de aplicar a parte geral do Direito Civil, no que se pode referir os vícios dos atos jurídicos que ensejam nulidade *pleno iure*. Desta forma, não se aplica o princípio da dignidade da pessoa no nível constitucional, e também se desconsidera o princípio garantista da justiça social, função social da propriedade e da defesa

do consumidor.

Neste caso, somente através do Recurso é que o Tribunal poderá rever ao objeto de se modificar a decisão e em caso de confirmação, a parte vencida deverá socorrer-se aos Tribunais Superiores até o Supremo Tribunal Federal, para que o direito de dignidade humana e outros correlatos sejam observados e efetivados por decisão final.

Tudo isto se deve em grande medida à tendência da sociedade de economia neoliberal que não equilibrou e ultrapassou a técnica do Estado social com o Estado liberal, precisamente devido à secular desigualdade social que o Estado não erradicou.

Este desequilíbrio que afeta o sistema político e o tecido social, afeta à produção normativa pelos canais competentes estabelecidos no nível constitucional, gerando, como já afirmado anteriormente, o sobredimensionamento no Poder Judiciário em relação ao Legislativo, que além de julgar os casos ordinários, se incumbe, também, da análise para o conhecimento e reconhecimento dos direitos constitucionais não regulamentados pelos representantes no Congresso Nacional.

Efetivamente, numa situação com a descrita se rompe com o pacto democrático e com o princípio de separação de poderes, podendo gerar um Judiciário que vai além do processo para regular casos extralegais, porém, advirta-se com total apoio nos direitos fundamentais que a Constituição garante.

## **REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS**

ÁLVAREZ CONDE, E. **Curso de Derecho Constitucional**. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1996.

ANESCLAR, Luiz Eduardo. **A Medida Provisória na Constituição Brasileira**

**de 1988. Potestade Legislativa do Poder Executivo.** Curitiba: CRV, 2011.

BALAGUER CALLEJÓN, F. **Manual de Derecho Constitucional.** Vol. II. Madrid: Tecnos, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução por Carlos Nelson Coutinho do original L'EtádelDiritti. 9ª ed. Ed. Campus, 1992.

FILHO, J. dos S. Carvalho. **Manual de Direito Administrativo.** 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILHO, Manoel G. Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

HÄBERLE. Peter. **El Estado Constitucional.** Tradução por Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Derecho. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso.** Tradução por Manuel Jiménez Redondo Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Trotta. Madrid. 2005. HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro.** Estudos de Teoria Política. Traduzido do original Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur Politischen Theorie. Tradução por George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Ed. Loyola, 2002.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 3ª ed. Vol. 21. São Paulo: RT, 1996.

LIMA, Luiz G. de Souza. **A Refundação do Brasil. Rumo à Sociedade Biocentrada.** São Carlos: Ed. Rima, 2011.

MENDES, G. Ferreira e outros. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E  
SUSTENTABILIDADE  
4º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da  
globalização"  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí  
Março 2017

PERUZO, C. M<sup>a</sup>. Krohling. **Comunicação nos Movimentos Populares. A  
Participação na Construção da Cidadania.** 2<sup>a</sup> ed. Vozes. Petrópolis. 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional  
Internacional.** São Paulo: Max limonada, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São  
Paulo: Malheiros, 2005.

## **DEMOCRACIA E TECNOCRACIA: UM DEBATE ACERCA DAS FORMAS DE GOVERNO NO CONTEXTO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO<sup>1</sup>**

**Pedro Walter Guimarães Tang Vidal<sup>2</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

Dentre as formas de Governo<sup>3</sup>, a Democracia<sup>4</sup> passou a ser a mais adotada,

---

<sup>1</sup>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.

<sup>2</sup>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.

<sup>3</sup>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 eficácia depende do prestígio, do ascendente e das qualidades pessoais do chefe do Governo. In: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale et. al. 12Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. Título original: Dizionariodi Política. p.553.

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)

<sup>4</sup>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,

aceita e difundida, principalmente no Ocidente<sup>5</sup>. Tendo como pressuposto o direito de igualdade e com vistas à garantia dos direitos dos mais variados grupos sociais, criou-se a instituição do Estado, que hoje apresenta-se sob a forma do Estado Contemporâneo<sup>6</sup>, cuja característica principal é um confronto entre as formas do Estado de Direito<sup>7</sup> com os conteúdos do Estado

---

fica a dificuldade de achar o que é que estas duas espécies têm em comum. A resposta extremamente genérica que este autor foi constrangido a dar, segundo o qual as três espécies têm 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.

<sup>5</sup>Acerca da discussão célebre sobre a preferência pelas formas 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 teoriedelle forme di governo nellastoriadelpensiero politico: annoaccademico 1975-76, p. 39-43.

<sup>6</sup>Conceito operacional da categoria Estado Contemporâneo extraído da obra "Dicionário de Política", de Norberto Bobbio: "Uma definição de Estado Contemporâneo envolve numerosos problemas, derivados principalmente da dificuldade de analisar exaustivamente as múltiplas relações que se criaram entre o Estado e o complexo social e de captar, depois, os seus efeitos sobre a racionalidade interna do sistema político. Uma abordagem que se revela particularmente útil na investigação referente aos problemas subjacentes ao desenvolvimento do Estado contemporâneo é a da análise da difícil coexistência das formas do Estado de direito com os conteúdos do Estado social.

Os direitos fundamentais representam a tradicional tutela das liberdades burguesas: liberdade pessoal, política e econômica. Constituem um dique contra a intervenção do Estado. Pelo contrário, os direitos sociais representam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida. A forma do Estado oscila, assim, entre a liberdade e a participação. (E. Fortshoff, 1973)

Além disso, enquanto os direitos fundamentais representam a garantia do status quo, os direitos sociais, pelo contrário, são a priori imprevisíveis, mas não de ser sempre atendidos onde emergem do contexto social. Daí que a integração entre Estado de direito e Estado social não possa dar-se a nível constitucional, mas só a nível legislativo e administrativo. Se os direitos fundamentais são a garantia de uma sociedade burguesa separada do estado, os direitos sociais, pelo contrário, representam a via por onde a sociedade entra no Estado, modificando-lhe a estrutura formal. (2002, p. 401, itálico no original). In: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. p. 401, itálico no original.

<sup>7</sup>Gustavo Zagrebelsky conceitua a categoria Estado de Direito e o estuda a partir da formação do conceito de *Rechstaat*, surgido em paralelo com o modelo de Estado proposto pelo modelo britânico do *Rule of Law*: [...] El calificativo de Estado de derecho se habría podido aplicar a

Social<sup>8</sup>.

A complexidade da sociedade, da própria estrutura estatal e da dimensão política neste contexto, no entanto, vem dificultando a participação popular e política nesta estrutura que acaba subvertendo a ideia da Democracia e a

---

cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese (2011, p. 22-23).

[...]

En esto radica toda la diferencia entre el Estado de derecho continental y el rule of law británico. El rule of law - como se ha podido decir se orienta originariamente por la dialéctica del proceso judicial, aun cuando se desarrollo en el Parlamento; la idea del Rechtsstaat, en cambio, se reconduce a un soberano que decide unilateralmente. Para el rule of law, el desarrollo del derecho es un proceso inacabado, históricamente siempre abierto. El Rechtsstaat, por cuanto concebido desde un punto de vista iusnaturalista, tiene en mente un derecho universal y atemporal. Para el rule of law, el derecho se origina a partir de experiencias sociales concreta. Según el Rechtsstaat, por el contrario, el derecho tiene la forma de un sistema en el que a partir de premisas se extraen consecuencias, ex principiisderivationes. Para el rule of law, el estímulo para el desarrollo del derecho proviene de la constatación de la insuficiencia del derecho existente, es decir, de la prueba de su injusticia en el caso concreto. La concepción del derecho que subyace al Rechtsstaat tiene su punto de partida en el ideal de justicia abstracta. La preocupación por la injusticia da concreción y vida al rule of law. La tendencia a la justicia aleja al Estado de derecho de los casos. (2011, p. 26, itálico no original).in ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2011. Título original: Ildiritto mite. Leggedirittigiustizia. p. 22-23 e 26, itálico no original.

<sup>8</sup>Estado de Bem-Estar é o sistema político-econômico que, mantendo um âmbito privado capitalista, encarrega o Estado de tarefas relativas à obtenção de condições sociais mínimas, como foi visto acima.

Esse conceito de Estado de Bem-Estar tem suas origens históricas nos segundo e terceiros quartos do Século XX, caso se aceite a premissa de que sua plena consolidação foi produzida após a Segunda Guerra Mundial. Em muitas ocasiões o seu conceito foi utilizado como sinônimo de "Estado Social". Alguns autores, como Wolkmer (WOLKMER, 1990, p. 72.), usam indistintamente ambos os termos. Outros, de acordo com o âmbito cultural no qual foram formados (nórdico ou anglo-saxão), utilizam as expressões "Estado Social" ou "Estado Social-Democrata" para definir categorias similares, senão iguais." In: ABREU, Cesar Augusto Mimoso Ruiz; ABREU, Pedro Manoel; CRUZ, Paulo Márcio; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito Processo e Política**: aportes hermenêuticos. Florianópolis: CEJUR, 2013. p. 823. Disponível em: <http://acadjud.tjsc.jus.br/e-books>. Acesso em 16.01.2016.

substituindo por uma Tecnocracia<sup>9</sup>, ocasião em que o Poder<sup>10</sup>deixa de ser

---

<sup>9</sup>Conceito operacional da categoria "Tecnocracia" extraído da obra "Dicionário de Política", de Norberto Bobbio: "1. AMBIGUIDADES CONCEPTUAIS - A noção de Tecnocracia 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 Tecnocracia 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 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 categorização. 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

exercido legitimamente pelo Povo<sup>11</sup> e passa a atender especificamente os

---

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.

<sup>10</sup>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.

<sup>11</sup>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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 10 de janeiro de 2016.

anseios e as vontades de uma gama seleta de *experts*, sob o fundamento da meritocracia e da competência. Desta forma, governos tecnocratas buscam reduzir o espaço político, menoscabando o debate político ideológico em prol da aplicação de um conhecimento científico, neutro em ideologias e inquestionavelmente mais eficiente.

Assim, o presente artigo tem como objeto, o estudo da Democracia, como forma de Governo no contexto do Estado Contemporâneo e objetiva traçar um paralelo com a Tecnocracia, com vistas a delimitar um conceito próprio e contextualizado ante a relatividade da categoria.

Para o desenvolvimento, o artigo aborda inicialmente a Democracia no Estado Contemporâneo, a partir dos pensamentos de Norberto Bobbio, Paulo Cruz, Maurizio Oliviero, Amartya Sen e Paulo Bonavides. Em um segundo momento, o artigo estuda a Tecnocracia em Norberto Bobbio, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Jürgen Frank. Por fim, a partir de Hans Peter Dreitzel, o artigo distingue a ação racional da ação política, confronta a Democracia com a Tecnocracia a partir de Paulo Bonavides e com os pensamentos de Thomas Piketty, traça perspectivas para a Democracia no século XXI.

Considera-se ao final, que as categorias coexistem no Estado Contemporâneo e que, em um eventual embate, a Tecnocracia traz consigo um discurso que se declara livre e neutro de ideologias, que ultrapassa o debate aberto e a construção coletiva da tomada de decisões, reservando o *decisionmaking* de questões políticas para um grupo seleta de técnicos e experts conhecedores da *koiné* tecnológica e científica e daquilo que seria o melhor para o Povo, para o Governo, Estado ou qualquer outra instituição criada para garantir e fomentar os anseios e os objetivos comuns, criados pela cultura de um Povo, que se reconhece como igual.

Quanto à Metodologia, o relato dos resultados foi composto na base

Lógica Indutiva<sup>12</sup> e foi utilizada a técnica da Pesquisa Bibliográfica<sup>13</sup>, utilizando-se como Referente<sup>14</sup>: investigar as categorias Democracia e Tecocracia em obras de Teoria do Estado, Ciência Política e Direito Constitucional, buscando delimitar conceitualmente a Democracia, ante sua relatividade no contexto do Estado Contemporâneo, e traçar simultaneamente, em forma de diáde, um paralelo com a categoria Tecocracia, com vistas a formulação de perspectivas democráticas para o Estado no século XXI.

## 1. DEMOCRACIANO ESTADO CONTEMPORÂNEO

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.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup>"[...] 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.

<sup>13</sup> "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.

<sup>14</sup>"[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), dos objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." In: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**, p. 54.

<sup>15</sup>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 república romana 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

Deste modo, a Democracia passa a ser relativizada pelo direito de igualdade e, conseqüentemente, pelo Povo que titulariza e dispõe deste direito<sup>16</sup>. Neste sentido, vale destacar as palavras de Maurizio Oliviero que questiona pontualmente "Qual Democracia?" Neste artigo, o autor 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

---

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*.

<sup>16</sup>"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

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.

Estado como um pressuposto da Democracia<sup>17</sup>.

Igualmente admitindo a existência de "Democracias", em "A Democracia dos 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 individuais<sup>18</sup>.

Assim, observa-se que a categoria Democracia no Estado Contemporâneo é relativa, sendo possível delinear um traço comum entre as "Democracias", ou seja, seu caráter relativo à igualdade entre o Povo que constrói esta forma de Governo. Esta é uma questão complexa que o Estado Contemporâneo traz para a Democracia: Qual é o povo do Estado Contemporâneo que legitima o exercício do Poder?<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup>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).

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.

<sup>18</sup> SEN, Amartya. **La Démocratie des autres**. Paris: Payot et Rivages, 2006. p.12-13.

<sup>19</sup>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

No entanto, é possível ainda encontrar um segundo traço em comum entre as Democracias. Trata-se da organização do exercício do Poder por meio de uma instituição, sendo a mais comum delas, o Estado. Este segundo elemento da construção lógica das "Democracias" é emblemático no contexto do Estado Contemporâneo porque admite o diálogo e o debate de concepções de Democracia distintos, com posições antagônicas sobre os pressupostos de igualdade, tendo como maiores expoentes os conceitos de Democracia apresentados pelos modelos do Estado de Direito e os do Estado Social.

Desta forma, a necessária correlação entre Povo e Democracia e, por conseguinte, entre Democracia e Estado advém por duas razões: em um primeiro momento na etimologia da palavra *demos* (povo) e *kratos* (poder) constam elementos que constituem o Estado<sup>20</sup>; em um segundo momento porque a relatividade do conceito de Democracia é marcada, essencialmente, pelo conflito entre a forma do Estado de Direito e os conteúdos do Estado Social<sup>21</sup> debatidos no contexto do Estado Contemporâneo.

---

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.

<sup>20</sup>BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.59

Paulo Bonavides destaca, neste sentido, a soberania do povo, como elemento do Estado Constitucional da Democracia Participativa.

<sup>21</sup> 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,

Assim há um necessário embate ideológico entre Estado de Direito e os conteúdos do Estado Social, cujos reflexos são sentidos, igualmente, no processo de construção da Democracia.

Por esta razão se questiona, no que se refere à Democracia do Estado Contemporâneo "Qual Democracia?" e também se fala em "A Democracia dos Outros". É que neste contexto, a Democracia é um conceito relativo, um produto construído pela cultura de um Povo, cuja formação e concepção sobre os conceitos de igualdade e desigualdade variam<sup>22</sup>.

Este conflito assume especial relevância para o presente artigo porque a partir dele é possível distinguir discursos que são fundamentados com a dimensão política e ideológica de discursos tecnocráticos. 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

---

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." (2015, p.18)

[...]

"[...] 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).

<sup>22</sup>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.

separar o conhecimento abstrato da dimensão humana<sup>23</sup>.

## 2. FUNDAMENTOS DA TECNOCRACIA

O discurso da ideologia tecnocrática<sup>24</sup>transita no debate político com ênfase a partir da revolução científica que vislumbrava a capacidade positiva da ciência e do saber tecnológico em prol do bem coletivo, mas é com a Primeira Revolução Industrial e o desenvolvimento do capitalismo que os seus contornos adquirem pujança e geram a revolução da organização. Fatalmente, a tecnocracia veio a fracassar junto com os modelos ditatoriais de Estado do século XX que lhe asseguravam guarida. No entanto, o discurso tecnocrático se mantém vivo graças a Revolução Tecnológica e a busca de mecanismos para garantia da transparência para os processos decisórios de cunho político<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup>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.

<sup>24</sup>"[...] 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 consequente 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.

<sup>25</sup>Se si prescinde dalle molteplici variazioni sul motivo platonico del governo dei custodie dalle prefigurazioni utopistiche di un'organizzazione scientifica della società, che si intensificano con l'età della rivoluzione scientifica, è la rivoluzione industriale ad aprire la stagione di riflessione sul declino della politica e dello Stato e a fornire le basi per lo sviluppo dell'ideologia tecnocratica. Alla radice di questa svolta sta un ribaltamento nella gerarchia sociale delle tecniche e, di conseguenza, delle classi. In Platone chiusa deve disporre di un sapere superiore a quello di chi produce, mentre con Saint-Simon e Comte è ai produttori che vengono attribuite

Bobbio relaciona a Tecnocracia com o Totalitarismo. Para o autor, ambos formam espécies de invasão da esfera de liberdade do homem, de modo a

---

capacità 'positive' e il possesso del sapere strategico in vista del benessere collettivo, il che consente loro di assurgere a classe dominante (la 'prima classe') della nuova compagine sociale. All'interno della divisione del lavoro fra 'industriali' si determina comunque anche qui una gerarchia in base al livello di generalità del lavoro (Comte arriverà a formulare una "legge gerarchica della generalità crescente"), per cui al vertice vengono collocarsi coloro che sanno dirigere e regolare l'azione sulle cose in vista dell'utilità collettiva: in Saint-Simon gli 'industriali dirigenti' e in Comte, analogamente, gli industriali non proprietari ma 'direttori' della produzione (v. Fisichella, 1995).

[...]

Se la dottrina tecnocratica appare già compiutamente delineata con i classici del positivismo sociale, le condizioni strutturali per l'affermazione della classe dei tecnici, l'avvento del potere tecnocratico sembrano avvicinarsi per la prima volta con la grande trasformazione strutturale del capitalismo nei primi decenni del XX secolo. Un vero e proprio movimento tecnocratico nasce infatti nel contesto della seconda rivoluzione industriale, con la separazione delle funzioni di proprietà e controllo all'interno della grande impresa e con quella che è stata chiamata la 'rivoluzione dell'organizzazione'.

[...]

Fatalmente però l'ideologia tecnocratica finì, nell'Europa degli anni trenta, per portare munizioni all'arsenale dei fascismi. L'anticapitalismo, l'antiparlamentarismo, il corporativismo, l'ideologia oltranzista della modernizzazione identificano punti di convergenza con i programmi dei movimenti fascisti. Ma come non possono essere considerati, per la disastrosa conduzione dell'economia, esempi di tecnocrazia i regimi comunisti, così non lo possono essere nemmeno i fascismi, per il primato comunque attribuito alla politica e anzi alla forma più demagogica e irrazionale di politica. Queste differenze non escludono che una talora caricaturale e più spesso tragica approssimazione agli ideali della tecnocrazia si sia avuta in molte dittature modernizzatrici del XX secolo.

[...]

Con la terza rivoluzione industriale - la rivoluzione dell'informatica e dei nuovi mezzi di comunicazione - registriamo il potenziamento del ruolo della scienza e della tecnica in ogni ambito della vita quotidiana, dal lavoro al tempo libero, dall'azienda alla scuola, dalla sanità allo sport e, di conseguenza, il rafforzamento del ruolo legittimante della scienza e della tecnica nel discorso pubblico (v. Stehr, 1994). Tutta la teoria della società postindustriale è incentrata su questa acquisizione: l'utilizzazione della scienza e della tecnica per l'organizzazione sistemica di processi collettivi fa compiere un salto di qualità al processo di razionalizzazione. Non solo la politica appare in declino, ma anche il lavoro cessa di essere il pilastro dell'organizzazione economica: la società postindustriale è infatti descritta come società del sapere, knowledgeable society o Wissensgesellschaft.

[...] Anche l'ingegneria costituzionale sembra del resto orientata oggi a porsi l'obiettivo di rendere le istituzioni recettive nei confronti del sapere dei tecnici e a mettere in atto quegli accorgimenti che potrebbero risultare utili nel neutralizzare i rischi della strumentalizzazione politica del sapere (e dei tecnici) e nell'accrescere la trasparenza dei processi decisionali, onde evitare che rilevanti decisioni politiche siano prese sotto la copertura della 'ragione tecnica'.

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:

[...] 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. [...].<sup>26</sup>

Bobbio revela o potencial da ciência 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".<sup>27</sup>

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:

[...] 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

---

<sup>26</sup>BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**, p. 88, grifei.

<sup>27</sup>BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**, p.87-88, grifei.

técnicas, tal situação acaba gerando, no mundo de hoje, uma necessidade crônica de legitimação.<sup>28</sup>

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 a raiz ideológica das críticas ao Estado de Bem Estar Europeu:

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.<sup>29</sup>

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 acumulação de capital e a concentração de riqueza. Segundo o autor, a acumulação de

---

<sup>28</sup>FERRAZ JR. Tércio Sampaio Ferraz. **Função Social da Dogmática Jurídica**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 16, grifei.

<sup>29</sup>CRUZ, Paulo Marcio; 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, p. 840-841, grifei.

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.<sup>30</sup>

Conforme pode-se observar, o discurso da ideologia tecnocrática fundamenta-se nos princípios da eficiência e da competência e tende a menoscabar a *res publica*, por meio da profissionalização do *decisionmaking* do declínio de ideologias políticas. Este discurso reduz a liberdade do homem, mascara as relações de domínio na sociedade, deslegitima o Estado de Bem Estare busca reforçar a atuação política do Estado, segundo a lógica do sistema econômico vigente. Neste sentido, a Tecnocracia tende a valorizar dados e teorias, separando governantes de governados, com vistas à obtenção do bem coletivo, sem levar em consideração contudo, a dimensão humana, ou seja, o *Demos*.

### 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 entre Estado de Direito e Estado Social que a

---

<sup>30</sup>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.

caracteriza<sup>31</sup>.

Um traço marcante do antagonismo entre Democracia e Tecnocracia é delineado por meio da distinção entre a ação racional<sup>32</sup> e ação política<sup>33</sup>. 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

---

<sup>31</sup>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**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.203-204.

<sup>32</sup>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 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 medida 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.). **Tecnocracia e Ideologia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975, p. 13-16.

<sup>33</sup>Implicitamente, a ação política é aqui definida como uma ação planejada, mas protegida da penetração pela racionalização, e cujas possibilidades de efetivação se baseiam em vinculações valorativas e pessoais e coletivas". In: DREITZEL, Hans Peter. *Ação Racional e Orientação Política*. p. 22.

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:

[...] 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 das inteligências dos seus cidadãos. É perfeitamente possível que as formas tradicionais de controle institucional na democracia não mais sejam suficientes para o controle da cientificização da política. O equilíbrio instável da divisão de poderes e a constituição pluralística da sociedade poderiam ser paulatinamente esvaziados por uma tecnocracia, de tal forma que as contradições entre interesses perderiam sua legitimidade, devido a um provisão 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 essa discussão fosse de caráter institucionalizado e também estivesse em condições de absorver o conhecimento científico.<sup>34</sup>

Uma segunda distinção que se observa entre as categorias é a legitimidade. Neste sentido, Paulo Bonavides é incisivo ao afirmar que a Tecocracia 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:

---

<sup>34</sup>In: DREITZEL, Hans Peter. Ação Racional e Orientação Política, p. 46.

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. [...] <sup>35</sup>

A chancela da legitimidade democrática deve recorrer, neste sentido, à Soberania <sup>36</sup>. 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 Constitucional <sup>37</sup> ou a soberania do Povo, representada pela

---

<sup>35</sup>BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 392.

<sup>36</sup>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.

<sup>37</sup>"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.<sup>38</sup>

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 3º mundo, para a garantia efetiva dos direitos sociais que elas trazem:

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...<sup>39</sup>

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

---

<sup>38</sup>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. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>39</sup>LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p.35

da arrecadação de tributos em relação ao Produto Interno Bruto –PIB<sup>40</sup>. 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 educação, saúde e assistência social<sup>41</sup>.

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 aplicados<sup>42</sup>.

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

---

<sup>40</sup>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 First Century**, p. 475.

<sup>41</sup>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.

<sup>42</sup>PIKETTY, Thomas. **Capital in the Twentieth First Century**, p. 480.

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 Democracia<sup>43</sup>.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No Estado Contemporâneo, a Tecocracia carece de legitimidade democrática, pois ainda que se apresente como livre de ideologias e visando a eficiência, na verdade provoca a redução do debate político e da participação popular, indo de encontro a lógica da forma de governo proposta pela Democracia.

Os anseios e as perspectivas para a construção de um século XXI democrático, conforme investigado, tendem a redimensionar a igualdade, por meio da transparência econômica. É a partir de dados, anseios e objetivos comuns que se constrói a igualdade e que se obtém fundamentos para construí-la.

Na contramão desta perspectiva, a Tecocracia tende a manter conhecimento e informações da forma mais restrita possível. A complexidade é vista como fundamento para que reine a meritocracia e a competência, em detrimento da dimensão humana.

Urge, desta forma, a partir desta concepção lógica de Democracia em que se erige a igualdade do Povo, fomentar o Estado para promoção e garantia dos direitos básicos, bem como buscar a transparência econômica para participação política de forma fundamentada, a fim de que as formas veladas de desigualdade ainda remanescentes sejam sistematicamente desmascaradas, a começar pela ampliação dos espaços públicos para o

---

<sup>43</sup>PIKETTY, Thomas. **Capital in the Twentieth First Century**, p. 480.

debate e participação política.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução para o Português: Pedro Constantin Teles. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2001. Título Original: *Politikón*

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 de janeiro de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](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. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Título original: *La teoriadelle forme di governo nellastoriadelpensiero politico: annoaccademico 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: *Dizionariodi 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.

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 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.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E  
SUSTENTABILIDADE  
4º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da  
globalização"  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí  
Março 2017

SILVA, Matheus Passos. **Relações entre Estado e Democracia na Teoria  
Política Contemporânea**. Brasília: Vestnik, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El DerechoDúctil. Ley, derechos, justicia**.  
Madrid: Editorial Trotta S.A, 2011. Título original: *Il dirittomite.  
Leggedirittigiustizia*.

## **A SUSTENTABILIDADE E SUA INSERÇÃO NA TEORIA DA SUBSTÂNCIA LEGAL TRANSNACIONAL**

**Bruno Smolarek Dias<sup>1</sup>**

**Márcio Cristiano de Góis<sup>2</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo justifica-se por introduzir uma perspectiva<sup>3</sup> da sustentabilidade na vida hodierna, propondo aos seres humanos uma conformação de convivência entre eles e para com os Estados que os envolvem.

O objeto de estudo é a sustentabilidade como fundamento para a criação de uma cidadania transnacional, na qual todos os seres humanos passam a ser considerados atores (ao invés de espectadores) das manifestações em prol de seu desenvolvimento como comunidade transnacional.

---

<sup>1</sup>Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – SC; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR; Advogado e Professor do Curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR; E-mail: <professorbruno@unipar.br>.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC; Advogado e Professor da Unidade Universitária da Universidade Paranaense - UNIPAR; E-mail: <marciodegois@unipar.br>.

<sup>3</sup>O presente artigo traz alguns dos conceitos primeiramente trabalhados em artigo antecedente. Em especial no que se refere aos conceitos de sustentabilidade. No entanto, o desenvolvimento da teoria do Processo Legal Transnacional é abordada de forma inicial neste artigo. Referência do artigo antecedente: DIAS, Bruno Smolarek; MARDEGAN, Herick. Sustentabilidade como fundamento da cidadania transnacional. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

O objetivo centra-se, portanto, na capacidade de se defender a existência lógica desta comunidade transnacional, e nos seus fundamentos de validade através da sustentabilidade como padrão de conduta a regê-la, expostos pelo Processo e Substância Legal Transnacional.

As categorias utilizadas neste artigo serão: Sustentabilidade como a prerrogativa de possibilitar a subsistência digna de nossos congêneres atual e futuramente; Transnacionalidade como o fenômeno social no qual se diluíram as perspectivas de um mundo dividido e gerido pelos Estados Nação; Processo Legal Transnacional entendido como o processo de interação entre distintos ordenamentos jurídicos, bem como de institutos jurídicos que perpassam os limites territoriais da soberania; Princípios sendo normas jurídicas capazes de influenciar a atuação humana em prol de objetivos traçados pela norma, com aplicabilidade dada por mandamentos de otimização; Direito como o conjunto de normas, composto por regras e princípios que regulam a inter-relação entre os indivíduos que compõem o grupamento social.

O artigo foi produzido através do método indutivo, no qual as formulações individualizadas foram trazidas na busca de obter-se uma percepção do panorama generalista. Os dados foram retirados de livros e de documentos oficiais produzidos pela Organização das Nações Unidas (ONU).

## **1. SUSTENTABILIDADE**

De início o conceito de sustentabilidade foi utilizado como "desenvolvimento sustentável", conforme definido por Robert Prescott-Allen, nas Estratégias de Conservação Mundial, organizada pela ONU, 1980.

A new ethic, embracing plants and animals as well as people, which will enable human societies to live in harmony with the natural world on which they depend

for survival and well being<sup>4</sup>.

Alguns anos depois, já fazendo uso do vocábulo "desenvolvimento sustentável" a Comissão Brundtland (Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento) tratou o assunto como "Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs"<sup>5</sup>.

O termo é atualmente mais utilizado na questão ambiental, e traduz a base do pensamento ecologicamente correto do início do século XXI, uma vez que o desenvolvimento sustentável nada mais é do que a utilização racional dos recursos naturais não renováveis. O termo também é conhecido como Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado ou Ecodesenvolvimento<sup>6</sup>.

Considera a expressão pautar a capacidade de consumo de determinado bem, à capacidade de renovação da matéria-prima necessária para fornecer novamente esse bem, de forma que o consumo do produto não gere a sua escassez ou extinção. Ao consumir sustentavelmente dá-se a possibilidade da garantia de renovação do produto, ou seja: oportuniza-se a existência do mesmo produto por um maior período de tempo, visando a aplicabilidade do meio ambiente sustentável às tão aclamadas futuras gerações.

No entanto, se o termo sustentabilidade foi inicialmente utilizado como desenvolvimento sustentável, hodiernamente possui nova conformação,

---

<sup>4</sup>Uma nova ética, que abarque plantas e animais bem como pessoas, que possibilitará às sociedades humanas viverem em harmonia com o mundo natural que dependem para sua sobrevivência e bem-estar". IUCN – World Conservation Union. **World Conservation Strategy**. Section 13.1.

<sup>5</sup>World Commission on Environment and Development (1987). **Our Common Future**. 'Brundtland Report'. Oxford and New York: Oxford University Press.

<sup>6</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 4. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 35.

apresentada internacionalmente pelo Professor Gabriel Ferrer e Klaus Bosselmann, e nacionalmente pelo Professor Juarez Freitas.

Klaus Bosselmann em seu livro "The Principle of Sustainability" defende que a sustentabilidade passe a ser considerada como meta-princípio.

Like the ideals of justice and human rights, sustainability can be seen as an ideal for civilization both at national and international level. When accepted as a recognized legal principle, sustainability informs the entire legal system, not just environmental laws or not just at the domestic level<sup>7</sup>.

Ao ser considerada a sustentabilidade como meta-princípio, esta passa a ordenar e redesenhar toda a relação social, incluso as relações jurídicas, não se restringindo apenas à questão econômica.

Justifica-se a afirmação do pesquisador Neozelandês, da Universidade de Auckland, com os estudos realizados pelo Professor Gabriel Real Ferrer, da Universidade de Alicante.

O Professor Gabriel Ferrer divide o Direito Ambiental em círculos de evolução (trata a evolução cronológica como ondas, e a evolução técnica como estratos) na medida em que se amplia a sua esfera de atuação.

El Derecho Ambiental se singulariza cuando su objeto es la protección del Ecosistema Planetario, aunque sea a través de la inmediata defensa de sus elementos, de los múltiples ecosistemas parciales que lo componen o de la utilización de un elenco de técnicas indirectas<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup>Como os ideais de justiça e direitos humanos, a sustentabilidade pode ser vista como um ideal para tanto a civilização nacional como internacional. Quando aceita como um princípio legal reconhecido, a sustentabilidade informará todo o sistema jurídico, não somente as normas ambientais e não só as normas de nível doméstico". BOSELDMANN, Klaus. **The Principle of Sustainability**: Transforming Law and Governance. Hampshire, England: Ashgate, 2008, p. 4.

<sup>8</sup>O Direito Ambiental é singularizado quando o seu objeto é a proteção do Ecosistema Planetário, mesmo que seja através da imediata defesa de seus elementos, de seus múltiplos ecossistemas parciais que o compõem ou da utilização de técnicas indiretas". FERRER, Gabriel

Conforme o doutrinador espanhol, o Direito Ambiental não tem sentido se não na sua aceção mundial, tendo em vista inclusive a questão de sua classificação como Direito Difuso. Direito Difuso que implica sua definição como sendo "[...] aquele que atinge a coletividade, cujos titulares são indetermináveis, unidos por um relação de fato diferente da jurídica, e ao mesmo tempo indivisíveis"<sup>9</sup>. Os titulares da relação jurídica passam a ser todos aqueles afetados pela relação de fato, independentemente da conformação jurídica.

Conforme premissa básica, "[...] a certeza de que toda a coletividade é interessada constitui uma presunção absoluta, como, por exemplo, a proteção constitucional do meio ambiente e patrimônio cultural"<sup>10</sup>. Consequência da caracterização como Direito Difuso é que, como o ecossistema macro é o planeta, os legitimados como titulares do bem jurídico são todos os interessados: leia-se neste caso, todos os seres humanos no planeta<sup>11</sup>.

As questões ambientais também podem ser entendidas como transindividuais, ou seja, são aquelas que ultrapassam os limites das esferas individuais de direitos e de obrigações e, como direitos difusos, afetam as esferas coletivas ao invés das individualizadas<sup>12</sup>.

Caracterizada, portanto, como uma premissa global do Direito Ambiental, ou

---

Ferrer. La Construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranz de Derecho Ambiental**, Pamplona, España, n. 1, p. 73-93, 2002.

<sup>9</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini. **Interesses Difusos e Coletivos**. 4ª ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

<sup>10</sup>BECHARA, Fábio Ramazzini. **Interesses Difusos e Coletivos**. p. 2.

<sup>11</sup>DIAS, Bruno Smolarek. **Direitos Humanos e sua efetivação**. Cascavel-PR: Smolarek, 2009. ISBN: 978-85-60709-18-2.

<sup>12</sup>FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

do Ambiente, como prefere o Professor Édis Milaré, "a sustentabilidade deve ser abordada sob vários prismas: o econômico, o social, o cultural, o político, o tecnológico, o jurídico e outros"<sup>13</sup>.

Passa-se então a abordar o tema em seu aspecto social através dos contornos sociais dados pelo Direito.

## 2. SUSTENTABILIDADE SOCIAL

A sustentabilidade social tem seu fundamento no próprio documento da ONU, *Nosso Futuro Comum (Our Common Future)*, que lança a premissa de que a própria desigualdade social é o principal problema enfrentado pela questão ambiental<sup>14</sup>. Grande parte das questões abordadas se configuram como consequência do fato dos danos ambientais serem sentidos de maneira diversa por aqueles que possuem e aqueles que não possuem recursos, o que afeta de maneira direta sua capacidade de desenvolvimento e de virem a atingir metas de qualidade de vida no futuro<sup>15</sup>.

Tão agravante quanto o problema das desigualdades sociais para a questão do futuro do mundo (questão nevrálgica da sustentabilidade), está a desigualdade em suportar os efeitos da degradação ambiental.

Quando um sistema se aproxima de seus limites ecológicos, as desigualdades se acentuam. [...] Portanto, nossa dificuldade para promover o interesse

---

<sup>13</sup>MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 70.

<sup>14</sup>Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Organização das Nações Unidas. **Nosso Futuro Comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. Título original: *Our Common Future*.

<sup>15</sup>Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Organização das Nações Unidas. **Nosso Futuro Comum**, p. 31.

comum no desenvolvimento sustentável provém com freqüência (sic) do fato de não se ter buscado adequadamente a justiça econômica e social dentro das nações e entre elas<sup>16</sup>.

Não existe possibilidade de negar-se a sustentabilidade enquanto base e fundamento da sociedade em seu panorama social. A sustentabilidade, como critério de possibilitar a existência de condições para a manutenção e desenvolvimento do agrupamento humano em conformidade com o ecossistema que o circunda, envolve por óbvio todas as interações humanas para com este ecossistema.

As desigualdades sociais e a desigualdade na capacidade de enfrentamento das conseqüências ambientais são em si problemas a serem abordados pela sustentabilidade, tendo em vista a proposta de efetivação de um sistema social transnacional capaz de atender às demandas dos seres humanos.

### **3. SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO**

O Direito serve como objeto de estudo de um grupamento social, vez que expressa os contornos que dado conjunto de pessoas possuem em determinado momento. O Direito não só reflete os limites de atuação dos membros deste grupo como também expressa os anseios desta comunidade, ou seja, trata tanto do *ser* como do *dever ser*<sup>17</sup>.

O Direito é composto por um conjunto de regras e princípios. Segundo Ronald Dworkin tanto as regras como os princípios possuem força normativa, apesar da mesma ocorrer de forma diferida. As regras devem ser aplicadas, ou serem afastadas do caso concreto, de forma que incidam ou não incidam sobre

---

<sup>16</sup>Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Organização das Nações Unidas. **Nosso Futuro Comum**, p. 52.

<sup>17</sup> Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Reine Rechtslehre*.

determinado caso: por isso a expressão que se tornou famosa, "as regras aplicáveis à maneira do tudo ou nada". Cabe, então, aos aplicadores do Direito as consequências de se válidas ou inválidas, se cabíveis ou incabíveis ao caso ora em tela.

Quando trata de princípios, Dworkin remete a diferenciado sistema de aplicabilidade.

Já os princípios atuam como razões que poderão levar a uma determinada decisão, e são aplicados segundo uma dimensão de peso ou importância, de modo que podem influenciar na decisão em maior ou menor grau. Interessante observar que Dworkin, em crítica aberta ao positivismo jurídico, já defendia que não só as regras, mas também os princípios eram obrigatórios e vinculavam o juiz<sup>18</sup>.

Já Robert Alexy verificou que, a diferença básica entre os dois institutos reside no fato de que os princípios possuem realização, ou aplicabilidade diferida de acordo com a possibilidade, ou seja: seriam aplicados em casos de acordo com a maior medida de compatibilidade possível entre o princípio, o bem jurídico tutelado e o caso em tela. Sendo assim, considerados como mandados de otimização, quanto mais aplicáveis mais próxima do correto está uma decisão<sup>19</sup>.

Os dois autores, Dworkin e Alexy, determinam que a aplicabilidade dos princípios é feita através de uma ponderação, tendo em vista a maneira em que o princípio seja melhor aplicado, tendo em vista a sua otimização para gerar o resultado mais próximo da norma geral prevista em seu âmbito.

Alguns princípios legais são e devem ser considerados meta-princípios, tendo em vista que são considerados princípios do próprio Direito, ao invés de se

---

<sup>18</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá. 2010, p. 64.

<sup>19</sup>ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

relacionarem a um determinado ordenamento jurídico em detrimento de outros.

Explica-se: alguns princípios podem ser considerados princípios em determinados ordenamentos jurídicos enquanto que em outros, não o são, como é o caso dos princípios ligados ao Direito Iraniano, que tem estreita relação com os seus princípios religiosos. Situação esta prevista na multiculturalidade como defendida por Habberle e Habermas.

Apesar do fato acima exposto, alguns princípios são considerados como princípios para a existência do próprio Direito, independentemente de reconhecimento ou previsão positivista, como é o caso do princípio da Justiça, da Legalidade, do Devido Processo Legal, da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade e da Igualdade, dentre outros.

The prime responsibility of law is to promote fundamental principles, often expressed in constitutions and human rights catalogues, and ensure that the legal process is reflective of them. If sustainability is perceived as one of such fundamental principles, the legal process will have to be reflective of it<sup>20</sup>.

No trecho acima Klaus Bosselmann refere-se aos princípios fundamentais para qualquer política pública. Como explicitado, a principal responsabilidade do direito é promover e efetivar os princípios fundamentais e, em reconhecendo a sustentabilidade como um destes princípios, passa a ser o papel do Direito efetivá-la.

Verifica-se o papel de fundamentalidade do princípio da sustentabilidade por seu uso como base dos tratados internacionais mais recentes, como é o caso

---

<sup>20</sup>A principal responsabilidade do Direito é promover os princípios fundamentais, geralmente expressos em Constituições ou catálogos de Direitos Humanos, e assegurar que o processo legal é reflexo destes princípios. Se a sustentabilidade for percebida como um de vários outros princípios fundamentais, o processo legal terá de refletir a própria sustentabilidade". BOSELNANN, Klaus. **The Principle of Sustainability**: Transforming Law and Governance. Hampshire, England: Ashgate, 2008, p. 8.

dos tratados firmados pela Organização das Nações Unidas<sup>21</sup>.

#### 4. TRANSNACIONALIDADE

A transnacionalidade é vista como um novo paradigma social, assim como a sustentabilidade, representativa de um novo contexto sócio-econômico no qual as fronteiras estatais já não representam limites à comunicação entre as diversas sociedades. Com a intensificação do sistema de comunicação mundial ocorrida na evolução pós-guerras (1 e 2), e as transações econômicas entre pessoas alocadas nas mais variadas localidades planetárias, foi gerada a "desterritorialização" social, que culmina com a necessidade de novo regramento para ordenar uma nova conformação social<sup>22</sup>.

Não se deve descolar a transnacionalização da globalização ou da mundialização<sup>23</sup>, circunstância que levaria o pesquisador à complexa e infinita pesquisa de doutrinadores, cada um a seu jeito, a denominar as emergentes circunstâncias, que moldam a vida contemporânea ou, como Ulrich Beck alude, buscar para a globalização uma definição 'mais parece um tentativa de pregar um pudim na parede'<sup>24</sup>.

Assim sendo, a transnacionalidade pode ser entendida como o fenômeno no qual as limitações dos Estados Nacionais não mais contém as relações sociais, que passam então a perpassar, a ultrapassar os contornos do território,

---

<sup>21</sup>Vide site da Sustentabilidade na ONU: <<http://www.un.org/en/sections/general/un-and-sustainability/index.html>>. Acesso em 06 de fevereiro de 2017.

<sup>22</sup>STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs). **Direito e transnacionalidade**. 1. ed. (ano 2009), 1 reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 16-7.

<sup>23</sup>Termo utilizado pela doutrina francesa para explicar o processo comumente referido como globalização.

<sup>24</sup>STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, p. 16-7.

nacionalidade e primordialmente a soberania.

No que tange à diferenciação da transnacionalidade, da internacionalidade e da globalização, Joana Stelzer explicita tais diferenças: Não se está referindo de forma diferida sobre a internacionalidade, pois nesta "[...] as relações político-jurídicas desenvolvem-se de forma bilateral ou multilateral, mas sem que tal circunstância esteja envolvida com a multiplicação de enlaces decorrentes das transformações tecnológicas, de comunicação ou transporte em escala planetária" <sup>25</sup>.

O fenômeno não é o mesmo, pois na internacionalização a figura do Estado Nação continua sendo protagonista da atividade, aceitando as limitações em sua soberania, através de acordos bi ou multilaterais; na transnacionalidade o Estado Nação é relativizado, "[...] de tal modo eu em determinadas dimensões legais, não se reconhece mais o ente político-jurídico em suas características elementares"<sup>26</sup>.

Relativização esta que não exclui o ente estatal, apenas o relega a planos menores ou em concorrência com os demais atores transnacionais, como organizações não-governamentais, empresas transnacionais, dentre outros.

Com relação à relativização da soberania, recorre-se ao escritor italiano Luigi Ferrajoli, que explica que a soberania do Estado em sua acepção externa sempre teve como justificativa a necessidade de defesa do Estado contra outros inimigos externos, que seriam então inimigos da sociedade que precisaria então se proteger destes.

No contemporâneo, com a queda dos dois blocos contrapostos que polarizaram todas as relações internacionais dos anos 1950 ao final da década de 80, e a interdependência dos mercados mundiais, como bem explanado

---

<sup>25</sup>STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. Op. Cit, p. 17.

<sup>26</sup>STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. Op. Cit, p. 21.

por Ferrajoli, esta necessidade se encontra ultrapassada. O mundo se reuniu em inúmeras novas propostas pela paz para a não repetição dos horrores presenciados nas Grandes Guerras, citando como exemplo a própria Carta da ONU<sup>27</sup>.

Este fenômeno demanda a criação de novos sistemas de regulação de suas atividades, tendo em vista o fato do Estado não conseguir regular de forma satisfatória vários elementos referentes a esta realidade.

## 5. COMUNIDADE E DIREITO TRANSNACIONAL

Como visto anteriormente, o Estado Nacional não possui condições de solução das novas realidades complexas existentes na contemporaneidade<sup>28</sup>.

Essa crise de legitimação afeta hoje em seus alicerces aquilo que na história moderna tem sido o fulcro da política e, ao mesmo tempo, o principal obstáculo à hipótese, levantada inicialmente por Francisco de Vitoria, depois por Immanuel Kant, e finalmente por Hans Kelsen, de uma comunidade mundial sujeita ao direito: a própria figura do Estado soberano, ou seja, *legibus solutus*, desvinculado das leis, que, após ter permeado durante toda a Idade Moderna as relações entre os países europeus, tem sido no século XX exportada ao mundo inteiro por meio de sua própria obra de "civilização"<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauría Filho. Revisão: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *La sovranità nel mondo moderno*, p. 47-8.

<sup>28</sup>Sobre o assunto ver: Beck, Ulrich. *O que é globalização?*, trad. André Carone, S. Paulo: Paz e Terra, 1999. ou Beck, Ulrich. *Sociedade de Risco - Rumo a uma outra modernidade*. Sao Paulo: Editora 34, 2010.; ou ainda, Zygmunt Baumann, *Globalização: As Conseqüências Humanas* (*Globalization: The Human Consequences*. New York: Columbia University Press.). Traduzido por Marcus Penchel. Jorge Zahar Editor; ou *Modernidade Líquida* (*Liquid Modernity*. Cambridge: Polity). Traduzido por Plínio Dentzien. Jorge Zahar Editor.

<sup>29</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional, p. 48.

A crise do Estado Nacional abre espaço para a criação de novas estruturas, ou instituições<sup>30</sup>, capazes de respostas mais eficientes aos anseios da população frente aos fenômenos acima descritos.

Dentre estas possibilidades surge a hipótese de uma comunidade política única, "[...] pues si la vocación no es otra que la protección del Ecosistema Planetario su correspondencia social no puede ser otra que la especie humana"<sup>31</sup>.

Se a sociedade contemporaneamente é visualizada como uma sociedade global, em que os riscos e benesses são globalmente divididos, apesar de não equitativamente<sup>32</sup>, a solução está na globalidade da resposta.

O Direito é "[...] uma ordem da conduta humana"<sup>33</sup>, confluência de uma sociedade organizada com objetivos comuns, sendo resultado da convivência humana<sup>34</sup>, em sendo a atual sociedade uma sociedade global, deve o direito também se tornar global.

Dessa forma, como propugnado pelos professores Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, deve o Direito também transnacionalizar-se<sup>35</sup>. Lógico que não mais sob a batuta de um Estado, como o conhecido e reconhecido na temática atual, indo além dos limites deste instituto jurídico, possibilitando a inserção

---

<sup>30</sup>CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacional. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs). **Direito e transnacionalidade**. 1. ed. (ano 2009), 1 reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>31</sup>FERRER, Gabriel Ferrer. *La Construcción del Derecho Ambiental*, p. 23.

<sup>32</sup>BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid, Siglo XXI, 2009. Título original: *World Risk Society*.

<sup>33</sup>KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5. Título original: *General theory of Law and state*.

<sup>34</sup>KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Op. Cit.

<sup>35</sup>CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacional. Op. Cit.

de outros atores, como a própria sociedade.

O Direito transnacional pode ser fruto de uma sociedade, ou comunidade, que não se organize no formato de Estado, pois como já dito por Hermann Heller, o Estado é uma organização peculiar de um determinado período e com determinadas características que não podem ser trasladadas a outros formatos ou períodos<sup>36</sup>.

A criação de uma comunidade transnacional é possível desde que verificados os seus requisitos básicos, como a espontaneidade em sua criação e a subjetividade identitária que vincula seus membros, sejam eles laços de família, sociais, culturais ou religiosos. Comunidade esta que se organiza de maneira a proporcionar a todos uma relação igualitária, que a diferenciaria de uma sociedade comum<sup>37</sup>.

Como explicado por Valério de Oliveira Mazzuoli, existem diferenças entre uma sociedade e uma comunidade, e o que se propõe neste artigo é a criação, ou melhor, o reconhecimento da existência de uma comunidade transnacional, tendo em vista a territorialidade que nos liga, dado o meta-princípio da sustentabilidade, ou seja: pertencemos à mesma comunidade transnacional por compartilharmos o mesmo espaço, leia-se o mesmo planeta, pelas inúmeras conexões ambientais que, apesar de difusas, compartilhando os mesmos riscos.

Opta-se pela expressão comunidade, dada suas características.

Em outras palavras, os vínculos que unem os indivíduos numa *sociedade* ou numa *comunidade* são em tudo diversos: enquanto nesta última os que ali estão *pertencem* a ela, naquela outra (na sociedade) os que dela fazem parte apenas *participam* dela. E mais:

---

<sup>36</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta.** São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.

<sup>37</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 31.

enquanto a comunidade transmite a idéia (sic) de *convergência* (com nítidos valores éticos comuns) a sociedade demonstra a idéia (sic) de *divergência*, fazendo primar – neste último caso – a normatização (legislação, tratados etc.) reguladora de conflitos<sup>38</sup>.

Esta comunidade transnacional, que converge a população global, necessita de um direito, também transnacional, tendo como base além de outros princípios, o princípio da sustentabilidade para propugnar o devir da humanidade.

## 6. PROCESSO LEGAL TRANSNACIONAL

A criação ou delimitação de um direito capaz de regular a Comunidade Transnacional já foi objeto de estudo em outros momentos, por diversos autores. Este artigo faz uso da teoria de Harold Koh, chamada de Processo Legal Transnacional, por não excluir a figura do Estado como ator do processo de geração deste direito para a realidade contemporânea.

Harold Koh faz uso de um dos dogmas de Robert Cover, o jurisgenerativo, que seria o processo no qual aqueles que em comunidades interpretativas criam leis e dão significado às leis através de seus preceitos e narrativas<sup>39</sup>.

Segundo Harold Koh a teoria deve estar preparada para corresponder a compromissos, mas adaptá-los e interpretá-los a luz dos dias atuais: a) continua investigação da teoria e interdisciplinariedade, pois os *insights* são fruto de não estar adstrito a apenas uma categoria, e possibilitar a permeabilidade de outras realidades; b) o estudo do *Transnational Legal Process*, que será objeto de análise em seguida; c) o pluralismo de sujeitos ou trans-subjetivismo do Direito Transnacional e a relação entre as normas

---

<sup>38</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. Op. Cit, p. 31.

<sup>39</sup> COVER, Robert M. Nomos and Narrative. **Harvard Law Review**. V. 97. N. 4. 1983.

nacionais e internacionais, cujos limites se desfazem; d) a normatividade que deve ser estudada dentro de uma teoria positiva que não se isole das finalidades normativas; e, por fim, e) a conexão entre políticas e a prática, pois teoria sem prática não traz efetividade, e a prática deve ser estudada em função do bem público <sup>40</sup>.

Tendo em vista as necessidades da realidade internacional contemporânea, Harold Koh desenvolveu a teoria do *Transnational Legal Process*, para o qual "descreve a teoria e a prática de como atores públicos e privados – Estados-Nação, organizações internacionais, companhias multinacionais, organizações não-governamentais e indivíduos privados – interagem em uma variedade de *fora* públicos e privados, domésticos e internacionais para fazer, interpretar, implementar, e por fim, internalizar normas de direito transnacional"<sup>41</sup>.

Aqui cabe traçar um paralelo de diferenciação entre o ponto de vista de Koh e o ponto de vista adotado pela doutrina nacional, fortemente influenciada pela escola de Ciências Jurídicas da Univali.

A transnacionalidade é vista como um novo paradigma social, assim como a sustentabilidade. Representativo de um novo contexto socioeconômico no qual as fronteiras estatais já não representam limites à comunicação entre as diversas sociedades.

Critério este que coaduna com a teoria apresentada por Harold Koh, em que o Processo de Transnacionalização do Direito quebra com duas dicotomias

---

<sup>40</sup> KOH, Harold. Is There a "New" New Haven School of International Law? **Yale Journal of International Law**. V. 32. P. 559-573. 2007.

<sup>41</sup> "describes the theory and practice of how public and private actors – nation-states, international organizations, multinational enterprises, non-governmental organizations, and private individuals – Interact in a variety of public and private, domestic and international for a to make, interpret, enforce and ultimately, internalize rules of transnational law". (Tradução livre). KOH, Harold. *Transnational Legal Process*. The 1994 Roscoe Pound Lecture. **Nebraska Law Review**. V. 75. P. 181-207. 1995, p. 183-4.

tradicionais, pois deixa de haver separação entre público e privado, além de nacional e internacional.

Transnacionalidade esta que devido a estas características é eminentemente dinâmica e não estática. "O Direito Transnacional transforma, muta, e filtra para cima e para baixo, do público para o privado, do doméstico para o nível internacional e de volta para baixo"<sup>42</sup>.

Para elucidar usar-se-á o exemplo dado pelo próprio professor Koh, "Considere, por exemplo, o sistema métrico ou o conceito de negócios virtuais do 'ponto.com'. São estes conceitos domésticos ou internacionais? É evidente, a resposta intuitiva é nenhum deles. Ambos são híbridos, puras ideias transnacionais"<sup>43</sup>.

Interação esta que proporciona a este processo a produção de Direito, novas interpretações surgem, sendo um processo eminentemente normativo<sup>44</sup>. O processo funciona mediante a permeabilidade do Direito Internacional a institutos do direito interno e vice-versa<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup>"Transnational law transforms, mutates, and percolates up and down, from the public to the private, from the domestic to the international level and back down again". (Tradução livre). KOH, Harold. *Transnational Legal Process. The 1994 Roscoe Pound Lecture. Nebraska Law Review*. V. 75. P. 181-207. 1995, p. 183-4.

<sup>43</sup> "Consider, for example, the metric system or the Internet business concept of 'dot.com' Are these domestic or international concepts? Of course, the intuitive answer is neither. Both are hybrids, purely transnational ideas" (Tradução livre). KOH, Harold. *Is There a "New" New Haven School of International Law? Yale Journal of International Law*. V. 32. P. 559-573. 2007, p. 566.

<sup>44</sup>KOH, Harold. **From International to Transnational Law**. The United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/cod/avl/lis/Koh\\_IL\\_video\\_1.html](http://untreaty.un.org/cod/avl/lis/Koh_IL_video_1.html)>. Acesso em 04 Agosto de 2012. 23hs 56min.

<sup>45</sup>Perhaps the best operational definition of transnational law can be expressed using computer-age terminology. One may think of domestic law, for example, an international law concept that is domesticated or internalized into municipal law, such as the international human rights norm against disappearance, now recognized as domestic law in most municipal system, such as the guarantee of a free trial under the concept of due process, which then becomes part of international law, as in the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, and from there becomes internalized into nearly every legal system in the world. Third, some rules of transnational law have been

A transnacionalidade não é uma teoria propriamente dita, ela é um fato. Não se pode mais aludir a separações que não proporcionam a solução ou o enfrentamento dos problemas jurídicos atuais. Como já referenciado por outros, o direito, e principalmente os Direitos Humanos, são transindividuais, difusos na sua essência<sup>46</sup>.

## 7. SUBSTÂNCIA LEGAL TRANSNACIONAL

O Processo Legal Transnacional propugna-se a ser estruturado em função da existência de relacionamento entre as diversas culturas componentes do globo terrestre, e tal relacionamento é feito com bases em padrões estabelecidos de cultura, visto que um dos requisitos para a existência de relacionamento são as bases em comum (interesses) que justificam e sedimentam a relação.

A grande justificativa encontra-se no que Harold Koh chamou de *Transnational Legal Substance*<sup>47</sup>. Para o autor a grande alteração se faz na medida em que os conceitos de Direito são transnacionais.

E assim como todas as nações reconhecem estes conceitos comuns globais, por todo o mundo, conceitos de direito público estão emergindo, enraizados em normas nacionais compartilhadas e em emergentes normas internacionais que possuem similitude ou identidade de conceito em todos os sistemas nacionais. Estas normas

---

borrowed or 'horizontally transplanted' from one national system to another, for example, the 'unclean hands' doctrine, which migrated from the British law of equity to many other legal systems". KOH, Harold. Is There a "New" New Haven School of International Law? **Yale Journal of International Law**. V. 32, p. 559-573, 2007, p. 567.

<sup>46</sup>VALE DA SILVA, Ildete Regina. **A Fraternidade como um valor que o Direito pode e deve (re)construir**: uma abordagem à luz dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais. 2009. 152 fls. [Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica] Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais – CEJURPS, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí - SC, 2009.

<sup>47</sup>KOH, Harold. Why Transnational Law Matters? **Pennsylvania State International Law Review**. V. 24. P. 750-753. 2005-2006.

incluem, por exemplo, 'tratamento cruel, desumano e degradante' nos direitos humanos; o conceito de 'sociedade civil' no direito democrático[...].<sup>48</sup>

Ocorre à apropriação do discurso internacional por parte dos discursos legais internos, coisa que gera credibilidade perante os outros atores de Direito Internacional<sup>49</sup>. Não por oposição, não por pressão, não por exercício de dominação, mas por apropriação decorrente do convívio<sup>50</sup>.

Pode se dizer que parte do conteúdo da Substância Legal Transnacional é composto pelos Direitos Humanos, vez que estes podem ser vistos como um conceito político, moral e legal que estruturam os direitos básicos aos seres humanos.

Essa gama de direitos é considerada como basilar da sociedade de direito em que vive o homem contemporâneo, sendo esta gama de direitos permeada de princípios básicos do próprio Direito<sup>51</sup>.

Tão básicos são os Direitos Humanos, que devem ser respeitados pelo próprio Estado na consecução de seus afazeres e no planejamento de suas ações. "O respeito aos direitos fundamentais, notadamente pelas autoridades públicas, é pilastra-mestra na construção de um verdadeiro Estado democrático de

---

<sup>48</sup>And just as every nation recognizes these common global concepts, around the world, public law concepts are emerging, rooted in shared national norms and emerging international norms that have similar or identical meaning in every national system. These norms include, for example, 'cruel, inhuman or degrading treatment' in human rights law; the concept of 'civil society' in democracy law...". (Tradução livre). KOH, Harold. Is There a "New" New Haven School of International Law? **Yale Journal of International Law**. V. 32. p. 559-573, 2007, p. 566.

<sup>49</sup>COTTERRELL, Roger. Transnational Communities and the Concept of Law. **Ratio Juris**. Vol. 21. N. 1. March, 2008, p. 1-18.

<sup>50</sup>BECKER LORCA, Arnulf. Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation, **Harvard International Law Journal**. Vol. 51. N. 2. Summer 2010.

<sup>51</sup>LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, direitos humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

direito" <sup>52</sup>.

São necessidades do próprio homem que condicionam a criação das normas de Direitos Humanos<sup>53</sup>. Para Gregório Peces-Barba Martinez este objetivo seria conseguido quando possibilitado o conjunto da liberdade moral, psicológica e de escolha, todas concomitantes, e factualmente aplicáveis e exigíveis<sup>54</sup>.

De forma que os Direitos Humanos devem ser visualizados e conceituados através de suas dimensões de justiça, de validade e de eficácia<sup>55</sup>.

Os Direitos Humanos fluem pela história das sociedades humanas: desde os

---

<sup>52</sup>PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Os direitos fundamentais e o princípio da legalidade: uma compatibilização possível. **Revista da AGU**. Publicação da Advocacia Geral da União. 2005. Disponível em: <[http://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano\\_V\\_dezembro\\_2005/marco\\_aurelio\\_direitos\\_Fundamentais.pdf](http://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_dezembro_2005/marco_aurelio_direitos_Fundamentais.pdf)>. Acesso em 04 de dezembro de 2007, p. 2.

<sup>53</sup>Así, los primeros derechos que aparecen en la historia, individuales, políticos y procesales, y que constituyen el núcleo de las declaraciones de la Revolución liberal, no son producto de una gran reflexión racional, sino respuestas a una situación concreta existente en Europa y en las colonias de los países europeos, en los siglos XVI y XVII". PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de moral y Derecho. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. 1988. N. 28. P. 193-207. Editor: Universidad de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho. ISSN 0008-7750.

<sup>54</sup>Eso supone distinguir en el concepto de los derechos tres momentos inseparable y de los que no se puede prescindir: 1. Una pretensión moral justificada, es decir, generalizable y susceptible de ser elevada a ley general, con un contenido igualitario para sus posibles destinatarios, sean éstos los hombres y los ciudadanos (genérico) o mujeres, niños, trabajadores, consumidores, minusválidos (específicos o situados en una categoría con rasgos propios y distintivos). 2. Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales. Esto exige que esa pretensión moral sea susceptible técnicamente, de acuerdo con las reglas que regulan la creación, interpretación y aplicación de Derecho, de ser incorporada a una norma que pueda pertenecer a un Ordenamiento ...3. Una realidad social que favorezcan y haga posible su eficacia. En efecto los derechos no son sólo pretensiones morales susceptible de ser realizadas a través de Derecho, sino posibles, por la existencia de factores económicos, sociales o culturales que favorezcan su efectividad". PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Conceptos y Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales. **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**. Vol. 1. N. 1. P. 76-85. 1993. ISSN: 1133-0937.

<sup>55</sup>PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Conceptos y Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales. **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**. Vol. 1. N. 1. P. 76-85. 1993. ISSN: 1133-0937.

gregos (que delinearão a democracia, apesar de seletiva); pelas premissas apresentadas pela Revolução Francesa; pela Revolução Bolchevique, até o final da Guerra Fria<sup>56</sup>.

Tendo o seu fundamento, em tempos antigos vinculados à esfera sobrenatural ou a uma abstração metafísica<sup>57</sup> ou até tempos imemoriais, contemporaneamente vinculados ao seu criador e objetivos, o próprio homem<sup>58</sup>

"Este assume os valores éticos primeiro, políticos depois, e os converte em jurídicos, organizando a convivência social, com suas técnicas próprias, e com o objetivo de cumprir esses fins morais últimos no desenvolvimento da dignidade humana, que estão no fundamento, e no porque dos direitos" <sup>59</sup>.

Vários autores<sup>60</sup> conceituam os Direitos Humanos como reflexo de um "construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação

---

<sup>56</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. V. 1. Porto Alegre: SAFE, 1997.

<sup>57</sup>VALE DA SILVA, Ildete Regina. **A Fraternidade como um valor que o Direito pode e deve (re)construir**: uma abordagem à luz dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais. 2009. 152 fls. [Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica] Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais – CEJURPS, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí - SC, 2009.

<sup>58</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. **Revista Cultura dos Direitos Humanos**. Coleção Instituto Jacques Maritain. São Paulo: LTR, 1998.

<sup>59</sup>"Éste asume los valores éticos primero, políticos después, y los convierte en jurídicos, organizando la convivencia social, con sus técnicas propias, y con el objetivo de cumplir esos fines morales últimos en desarrollo de la dignidad humana, que están en el fundamento, y en el porqué de los derechos". (Tradução livre). PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Derechos Fundamentales, Especificación y discapacidad**. In: CERVERA, Campoy. **Igualdad, no discriminación y discapacidad**: una visión integradora de las realidades española y argentina. Madrid: IDHBC-Dykinson, 2007, p. 353-375. ISBN 978-84-9849-045-9.

<sup>60</sup>BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Néson Coutinho. 5 reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: *L' Etàt dei Diritti*. Ou PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos Direitos Humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, abr. 2005. Por fim: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

social"<sup>61</sup>. Para outros, as origens e a fundamentação dos direitos humanos se confunde, pois ao estudar as origens se compreende sua fundamentação<sup>62</sup>, mas não tem dúvidas em dizer que, mesmo com origens antigas, estes têm esta conformação a partir da modernidade<sup>63</sup>.

Com relação à própria função dos Direitos Humanos a doutrina procura dividi-los em funções objetivas/institucionais ou subjetivas/individuais<sup>64</sup>.

A função objetiva seria a expressão dos valores nucleares de uma determinada ordem jurídica, não se resumindo apenas a limitação dos atos jurídicos da autoridade estatal<sup>65</sup>, funcionando estes valores como fundamentação jurídico-objetiva, dirigindo o ordenamento jurídico<sup>66</sup>.

A função subjetiva estaria vinculada a garantia de posições jurídico-

---

<sup>61</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 8.

<sup>62</sup> LEITE GARCIA, Marcos. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi**, 2005, Fortaleza, CE. Disponível em <<http://www.org/manaus/arquivos/Anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

<sup>63</sup> "Solamente en el mundo moderno a partir del tránsito a la moderidad se puede hablar propiamente de ellos. Las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas que surgen en ese momento histórico permiten usar esos términos con propiedad. Su uso para designar a fenómenos o conceptos propios de etapas históricas anteriores no es correcto". PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Derechos fundamentales. **Revista Jurídica de Castilla-La Mancha**. N. 2. 1987. P. 7-34. ISSN: 0213-9995. P. 9.

<sup>64</sup> Usando além da expressão funções a expressão dimensão: BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. Utilizando a expressão perspectiva: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Utilizando o termo fundamentação: **CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>65</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. **Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. V. XII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 297-332.

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

individuais aos titulares do bem jurídico tutelado, referindo-se "à possibilidade que tem o seu titular [...] de fazer valer judicialmente os poderes, liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão" <sup>67</sup>.

Valendo ressaltar que esta função subjetiva não exclui a possibilidade de que os titulares do Direito Humano em tela sejam pessoas coletivas, ou mesmo, difusas ou indeterminadas.

A expressão Direitos Humanos possui um profundo caráter transnacional, visto que é interpretado como uma posição jurídica que reconhece a condição humana, independente de limitações estatais, ordens constitucionais, sendo um princípio formalmente válido em qualquer lugar e fluindo através do tempo<sup>68</sup>.

A Substância Legal Transnacional como dita acima é o reconhecimento de valores e direitos oriundos pelo relacionamento para com outros membros da Comunidade Internacional, e por meio deste processo de relacionamento os Estados se tornam cômicos e influenciados pelas normas jurídicas e instituições existentes nos países com quem se relacionam. Este é o conceito básico do Processo Legal Transnacional.

Situação esta perfeitamente adaptável tanto ao conceito, quanto ao papel da Sustentabilidade dentro da estrutura de meta-princípios anteriormente apresentada.

---

<sup>67</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 179.

<sup>68</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sustentabilidade, como se pode observar pelo exposto, é um dos fundamentos do relacionamento social, tendo em vista que o seu objetivo é especificamente a perpetuidade deste relacionamento. O principal objetivo da sustentabilidade é que a raça humana continue a compor o ecossistema em que ela se encontra.

Logo, a sustentabilidade deve ser observada como sendo fundamento da relação social, da interação não só dos seres humanos com a natureza, mas também especificamente nas relações entre si.

Assim, conclui-se que deva ser a sustentabilidade considerada um princípio a nortear as condutas dos seres humanos, possibilitando ao grupamento humano uma maior longevidade (ou o objetivo máximo, a perpetuidade) de sua presença no Planeta Terra.

Observa-se uma segunda categoria, a transnacionalidade, como consequência do processo de globalização, que pela transformação técnica e tecnológica liquefez os limites que separavam os povos, as nações e as culturas, alterando a conformação da estrutura social, agora universal, e possibilitando a crise do modelo político embasado em estruturas fixas territorial e popularmente.

Considera-se que, com a alteração da realidade social, deve acompanhá-la necessariamente a alteração do sistema normativo estruturado para dar respaldo ao sistema social, vez que o Direito não nasceu com o Estado Nacional Moderno, nem deveria com ele desvanecer. Propõe-se que o Direito deve transformar-se, adaptar-se, como diria Darwin, aos novos contornos de uma sociedade mais maleável e que abarca um número muito maior de pessoas, sem importar-se com os limites territoriais. De forma que, propugna-se pelo reconhecimento da figura do Direito Transnacional.

Direito, por definição é a estruturação de um grupamento social, mas como

deve ser chamado o grupamento que este Direito Transnacional regula? Os teóricos de Direito Internacional há tempos evitam o reconhecimento de uma comunidade transnacional/global, mas suas características estão cada vez mais presentes, nas técnicas de intercomunicação, no relacionamento social por meio da internet, pelas relações de comércio não mais adstritas aos burgos.

O mundo globalizado já é uma realidade, basta-nos reconhecer esta globalidade como uma comunidade de pessoas, que necessitam da criação de seu Direito.

O artigo propõe, com base na existência de uma comunidade transnacional, na qual pela característica de difusidade das questões ligadas à sustentabilidade, abarca todas as pessoas do globo, é justo que as questões que possam afetá-las sejam passíveis de interpelação por parte dos interessados.

A partir da conclusão de que o princípio da sustentabilidade faz parte da estrutura normativa mundial e de que seus contornos para obtenção de efetividade precisa de um necessário debate em fórum global. Contudo, a discussão em um fórum global traz a tona fatos históricos que já marcaram a divisão entre a teoria relativista dos direitos humanos da teoria universalista, bem como aspectos da teoria do discurso dos direitos humanos.

O presente artigo não procura apresentar conclusões peremptórias sobre o impasse criado pelas teorias acima identificadas, vez que versam sobre intenções não aparentes ou ainda sobre a efetividade na aplicação dos referidos direitos.

O trabalho representa um estado de pesquisa em desenvolvimento, portanto, as situações acima referenciadas serão objeto de análise em momento consequente da evolução destes estudos.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

Baumann, Zygmunt. **Globalização: As Consequências Humanas**. Traduzido por Marcus Penchel. Jorge Zahar Editor. 1999. Título Original: *Globalization: The Human Consequences*. New York: Columbia University Press.

\_\_\_\_\_. **Modernidade Líquida**. Traduzido por Plínio Dentzien. Jorge Zahar Editor. 2001. Título Original: *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Interesses Difusos e Coletivos**. 4. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI, 2009. Título original: *World Risk Society*.

\_\_\_\_\_. **O que é globalização?** trad. André Carone, S. Paulo: Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. **Sociedade de Risco - Rumo a uma outra modernidade**. Sao Paulo: Editora 34, 2010.

BECKER LORCA, Arnulf. *Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation*, **Harvard International Law Journal**. Vol. 51. N. 2. Summer 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. 5 reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: *L'Età dei Diritti*.

BOSELNANN, Klaus. **The Principle of Sustainability**: Transforming Law and Governance. Hampshire, England: Ashgate, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. V. 1. Porto Alegre: SAFE, 1997.

CANOTILHO, J. J. **Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Organização das Nações Unidas. **Nosso Futuro Comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. Título original: *Our Common Future*.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. **Lua Nova**, São Paulo, n. 28-29, Apr. 1993. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451993000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100005&lng=en&nrm=iso)>. access on 07 July 2011. doi: 10.1590/S0102-64451993000100005.

\_\_\_\_\_. Fundamento dos Direitos Humanos. **Revista Cultura dos Direitos Humanos**. Coleção Instituto Jacques Maritain. São Paulo: LTR, 1998.

COTTERRELL, Roger. *Transnational Communities and the Concept of Law*. **Ratio Juris**. Vol. 21. N. 1. March, 2008. P. 1-18.

COVER, Robert M. *Nomos and Narrative*. **Harvard Law Review**. V. 97. N. 4. 1983.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacional. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs). **Direito e transnacionalidade**. 1. ed. (ano 2009), 1 reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

DIAS, Bruno Smolarek. **Direitos Humanos e sua efetivação**. Cascavel-PR: Smolarek, 2009. ISBN: 978-85-60709-18-2.

DIAS, Bruno Smolarek; MARDEGAN, Herick. Sustentabilidade como fundamento da cidadania transnacional. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

FERRAJOLI, Luigi. **Soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlo Cocchioli, Márcio Lauría Filho. Revisão: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *La sovranità nel mondo moderno*.

FERRER, Gabriel Ferrer. La Construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzi de Derecho Ambiental**, Pamplona, España, n. 1, p. 73-93, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

IUCN – World Conservation Union. **World Conservation Strategy**. Section 13.1.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5. Título original: *General theory of Law and state*.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Reine Rechtslehre*.

KOH, Harold. **From International to Transnational Law**. The United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponível em: [http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Koh\\_IL\\_video\\_1.html](http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Koh_IL_video_1.html). Acesso em 04 Agosto de 2012. 23hs 56min.

\_\_\_\_\_. *Is There a "New" New Haven School of International Law?* **Yale Journal of International Law**. V. 32. P. 559-573. 2007.

\_\_\_\_\_. *Transnational Legal Process. The 1994 Roscoe Pound Lecture.* **Nebraska Law Review**. V. 75. P. 181-207. 1995.

\_\_\_\_\_. *Why Transnational Law Matters?* **Pennsylvania State International Law Review**. V. 24. P. 750-753. 2005-2006.

LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, direitos humanos:** reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

LEITE GARCIA, Marcos. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi**, 2005, Fortaleza, CE. Disponível em <[http://www.org/manaus/arquivos /Anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf](http://www.org/manaus/arquivos/Anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf)>. Acesso em 13 de julho de 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente:** doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais:** efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá. 2010.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Conceptos y Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Vol. 1. N. 1. P. 76-85. 1993. ISSN: 1133-0937.

\_\_\_\_\_. *Derechos fundamentales.* **Revista Jurídica de Castilla-La Mancha**. N. 2. 1987. P. 7-34. ISSN: 0213-9995.

\_\_\_\_\_. Derechos Fundamentales, Especificación y discapacidad. In: CERVERA, Campoy. **Igualdad, no discriminación y discapacidad**: uma visión integradora de las realidades española y argentina. Madrid: IDHBC-Dykinson, 2007, p. 353-375. ISBN 978-84-9849-045-9.

\_\_\_\_\_. *Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de moral y Derecho*. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. 1988. N. 28. P. 193-207. Editor: Universidad de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho. ISSN 0008-7750.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Os direitos fundamentais e o princípio da legalidade: uma compatibilização possível. **Revista da AGU**. Publicação da Advocacia Geral da União. 2005. Disponível em: <[http://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano\\_V\\_dezembro\\_2005/marco\\_aurelio\\_direitos\\_Fundamentais.pdf](http://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_dezembro_2005/marco_aurelio_direitos_Fundamentais.pdf)>. Acesso em: 04 dez. 2007.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos Direitos Humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, abr. 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. **Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. V. XII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 297-332.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 35.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E  
SUSTENTABILIDADE  
4º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da  
globalização"  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí  
Março 2017

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica.  
In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs). **Direito e transnacionalidade**. 1. ed. (ano 2009), 1 reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

VALE DA SILVA, Ildete Regina. **A Fraternidade como um valor que o Direito pode e deve (re)construir**: uma abordagem à luz dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais. 2009. 152 fls. [Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica] Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais – CEJURPS, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí - SC, 2009.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

World Commission on Environment and Development (1987). **Our Common Future**. 'Brundtland Report'. Oxford and New York: Oxford University Press.

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO AO MEIO  
AMBIENTE E À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA: UM PARALELO  
ENTRE ESPANHA E BRASIL**

**Rafaela Schmitt Garcia<sup>1</sup>**

**INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por objeto o estudo da relação entre o direito ao meio ambiente e à tutela jurisdicional efetiva. O objetivo é analisar de que forma, especificamente, as Constituições da Espanha e do Brasil contemplam ambos os aspectos, fundamentando os demais instrumentos legais pertencentes ao ordenamento jurídico de cada um destes países.

Para tanto, na primeira parte, aborda-se a tutela do meio ambiente e o acesso à justiça no cenário internacional, apresentando-se uma breve exposição dos principais marcos na história das cúpulas internacionais para o meio ambiente e as convenções que delas resultaram, quanto à busca pelo meio ambiente equilibrado e o desenvolvimento sustentável. Destaca-se, ademais, a celebração e a importância da Convenção de Aarhus no que tange ao direito à informação, participação e acesso à justiça ambiental.

No segundo momento, o estudo se atém à Constituição da Espanha e à maneira como aborda e classifica o direito ao meio ambiente, assim como à

---

<sup>1</sup>Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – Santa Catarina/Brasil - e do Máster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad da Universidad de Alicante– UA/ Espanha. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio. Analista e Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: rafaela.sg@terra.com.br.

tutela jurisdicional efetiva. É exposto, ainda, como o país desenvolveu sua legislação e tem aplicado as diretrizes internacionais no que se refere à tutela ambiental.

Por fim, busca-se analisar, de maneira breve, a Constituição Federal de 1988 e os caminhos encontrados pelo Brasil para proteger o meio ambiente e viabilizar o acesso à justiça, tornar efetivos os direitos a ele relacionados e concretizar também a chamada democracia ambiental e a justiça ambiental.

Os resultados serão relatados de acordo com o método indutivo<sup>2</sup>, utilizando-se as técnicas do Referente<sup>3</sup>, da Categoria<sup>4</sup>, do Conceito Operacional<sup>5</sup> e da Pesquisa Bibliográfica<sup>6</sup>.

## **1. A TUTELA DO MEIO AMBIENTE E O ACESSO À JUSTIÇA NO CENÁRIO INTERNACIONAL**

A preservação do meio ambiente corresponde a um dos assuntos mais debatidos na sociedade, nos seus diferentes âmbitos. A ideia de que o planeta possui recursos finitos e de que o prolongamento da vida humana e de sua

---

<sup>2</sup>MÉTODO INDUTIVO: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral." Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

<sup>3</sup>REFERENTE: explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa. [...]" Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 209.

<sup>4</sup>CATEGORIA: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia(sic)." Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 197.

<sup>5</sup>CONCEITO OPERACIONAL [COP]: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias (sic) expostas." Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 198.

<sup>6</sup>PESQUISA BIBLIOGRÁFICA: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais." Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 207.

qualidade dependem exclusivamente de quem nele vive cresce significativamente, atribuindo-se às questões ambientais uma importância sem precedentes na história do mundo. Nesse sentido, pontuam Ruiz e Daudí:

La protección del medio ambiente constituye actualmente una de las mayores preocupaciones de la humanidad. Aunque los orígenes del problema ambiental son antiguos, sus efectos más dramáticos se han manifestado abiertamente en tiempos recientes, poniendo en evidencia la necesidad de una acción concertada para responder a este nuevo desafío de magnitud ecuménica. La dimensión transnacional de sus causas y efectos ha situado a la protección del medio ambiente en un lugar central de la acción de los Estados y de los organismos e instituciones internacionales en la Comunidad Internacional actual<sup>7</sup>.

Para os autores, uma das primeiras dificuldades a serem enfrentadas pelos estudiosos do assunto é a própria definição do termo meio ambiente. A respeito, invocam manifestação da Corte Internacional de Justiça do ano de 1996, onde se afirmou que "el medio ambiente no es una abstracción sino el espacio en el que viven los seres humanos y del que depende la calidad de su vida y su salud, inclusive de las generaciones futuras"<sup>8</sup>.

No Brasil, o conceito de meio ambiente pode ser encontrado na Lei n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), art. 3º, inc. I, segundo o qual: "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; [...]".

As definições expõem, em suma, que o meio ambiente, além de ser o espaço onde vivem os seres humanos, é o meio do qual dependem a qualidade de

---

<sup>7</sup>RUIZ, José Juste; DAUDÍ, Mireya Castillo. **La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea**. Valencia: TirantloBlanch, 2014, p. 11.

<sup>8</sup>RUIZ, José Juste; DAUDÍ, Mireya Castillo. **La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea**. Valencia: TirantloBlanch, 2014, p. 11.

vida e a saúde não só das gerações atuais, mas também das futuras. Desse modo, atualmente, falar em meio ambiente e em sua preservação é necessariamente falar em desenvolvimento sustentável e sua consecução.

No plano internacional, as atenções da Organização das Nações Unidas – ONU se voltaram para o tema no ano de 1972, quando, entre os dias 5 e 16 de junho, promoveu, em Estocolmo, a Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, destacando-se, como fruto de maior projeção, a decisão de criar o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA<sup>9</sup>.

Em seguida, em 1983, o Secretário-Geral da ONU convidou a médica GroHarlemBrundtland, mestre em saúde pública e ex-Primeira Ministra da Noruega, para estabelecer e presidir a então criada Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Assim, em abril de 1987, a Comissão Brundtland, como ficou também conhecida, publicou o relatório denominado "Nosso Futuro Comum", inserindo no discurso público o conceito de desenvolvimento sustentável: "O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades"<sup>10</sup>.

O Relatório Brundtland representa um marco nas discussões e preocupações da sociedade global com o meio ambiente e o desenvolvimento. Consistiu em uma 'agenda global para mudança', eis que existia um apelo urgente da Assembleia Geral das Nações Unidas para o estabelecimento de estratégias

---

<sup>9</sup>O presente retrospecto das principais conferências sobre o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável foi transcrito, com adequações, do artigo "**Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável: desdobramentos e desafios pós-Relatório Brundtland**", produzido por esta autora em conjunto com a professora Dra. Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza.

<sup>10</sup>COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1991, p. 46.

ambientais de longo prazo, a fim de se obter um desenvolvimento sustentável do ano 2000 em diante, bem como de maneiras para que a preocupação com o meio ambiente resultasse em maior cooperação entre os países desenvolvidos e países em estágios diferentes de desenvolvimento.

Além disso, buscava-se considerar meios pelos quais a comunidade internacional pudesse lidar mais eficientemente com as preocupações de cunho ambiental; definir noções comuns relativas a questões ambientais de longo prazo e os esforços necessários para tratar com êxito os problemas da proteção e da melhoria do meio ambiente<sup>11</sup>.

Na busca pela implementação das propostas apresentadas no relatório, o mundo presenciou, nos anos que se seguiram, a realização de diversas cúpulas das Nações Unidas, estabelecendo metas a serem cumpridas em tempo determinado, a fim de que o desenvolvimento sustentável se tornasse uma realidade.

Destacam-se, nesse sentido, a Cúpula da Terra, realizada no Rio de Janeiro em 1992, que resultou na Agenda 21, classificada pela ONU como "um diagrama para a proteção do nosso planeta e seu desenvolvimento sustentável"<sup>12</sup>. Ademais, para assegurar apoio aos objetivos da Agenda 21, a Assembleia Geral estabeleceu, em 1992, a Comissão para o Desenvolvimento Sustentável.

Cinco anos depois, foi realizada a Cúpula da Terra +5, para revisar e avaliar a implementação da Agenda 21, onde se recomendou a adoção de metas juridicamente vinculativas para a consecução do desenvolvimento sustentável.

---

<sup>11</sup>COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**, p. XI.

<sup>12</sup>ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em 11 de agosto de 2016.

As conferências da ONU que se seguiram passaram a adotar, de maneira implícita ou explícita, o desenvolvimento sustentável, estando entre elas a Cúpula do Milênio (2000) e seus Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e a Reunião Mundial de 2005.

No ano de 2002, foi realizada em Johannesburgo (África do Sul), a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, também como uma forma de balanço das conquistas, desafios e novas questões surgidas desde 1992.

Outro evento de destaque foi a Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, a Rio +20, na cidade do Rio de Janeiro, em 2012, onde se consignou que a erradicação da pobreza é um dos grandes desafios globais que o mundo enfrenta e indispensável ao desenvolvimento sustentável.

Por fim, em 2015, foi realizada nova Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, resultando em um novo documento que aponta as suas atuais diretrizes.

Simultaneamente às preocupações com o meio ambiente e à criação de inúmeros tratados e instrumentos internacionais visando à preservação dos recursos naturais e ao desenvolvimento sustentável, o mundo também buscou disciplinar as maneiras de efetivar os direitos então criados. Fala-se, desse modo, em democracia ambiental e justiça ambiental. Segundo a compreensão de Sampaio,

O binômio "democracia ambiental" projeta a reciprocidade do fazer democrático para dentro das deliberações sobre meio ambiente, e, ao mesmo tempo, ecologiza a democracia. Por um, destaca-se a necessidade de legitimação dos processos decisórios sobre o tema ambiental; por outro, impõe-se a exigência de que o meio ambiente seja considerado a sério nos processos de escolhas de políticos e das políticas como

agenda necessária e inadiável<sup>13</sup>.

Por sua vez, a ideia de justiça ambiental sofreu algumas modificações ao longo dos anos, sendo definida, atualmente, como:

Ao conceito de injustiça ambiental contrapõe-se a atual noção de justiça ambiental, concebida a partir da perspectiva teórico-discursiva do movimento por justiça ambiental, que compreende um "[...] conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional de degradação do espaço coletivo". Assim, atualmente o movimento por justiça ambiental exprime, nas palavras de Acsehrad, "[...] um movimento de resignificação da questão ambiental. Ela resulta de uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social"<sup>14</sup>.

Trata-se, em verdade, de unir a busca pela concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à participação popular e social, assim como ao acesso à justiça, por meio de uma tutela jurisdicional efetiva.

Nesse âmbito, destaca-se a celebração da Convenção de Aarhus, no ano de 1998, na Dinamarca. Seu surgimento foi impulsionado pela Agenda 21, a qual, apesar de não ser um instrumento jurídico vinculante, fundamentou uma série de convenções internacionais em matéria de proteção ambiental, de alcance mundial ou regional, as quais incorporaram as exigências de informação, participação e justiça.

Pontua-se que a mencionada convenção materializou legalmente no

---

<sup>13</sup>SAMPAIO, José Adércio Leite. **Democracia ambiental como direito de acesso e promoção ao meio ambiente sadio.** Disponível em: <<http://portaltutor.com/index.php/conpediview/article/view/113/110>>. Acesso em 26 de novembro de 2016.

<sup>14</sup>RAMMÊ, Rogério Santos. Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos [recurso eletrônico]: conjecturas políticos-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012, p. 26.

continente europeu o Princípio 10 da Declaração do Rio de 1992<sup>15</sup>, viabilizando avanços na democracia ambiental dos Estados e instituições comunitárias da União Europeia, tornando-se uma referência mundial que serve de modelo para o desenvolvimento da mesma proposta nos demais continentes.

Ainda que não possua efeito jurídico vinculativo para além dos países que a ratificaram, consagra-se como um dos instrumentos jurídicos de direito internacional mais avançados e importantes sobre o acesso em matéria ambiental. No ano de 2007, já havia sido assinada e ratificada por 40 países, compreendendo Europa e Ásia Central. Sua importância é, efetivamente, global<sup>16</sup>.

A Convenção de Aarhus, assim, constitui um passo muito importante na busca pela democracia ambiental, eis que articula os três pilares acima mencionados: informação, participação e justiça, contribuindo para a proteção do direito a um meio ambiente saudável.

El Convenio de Aarhus aporta un nuevo enfoque a la protección del medio ambiente, al relacionar los derechos ambientales con los derechos humanos. En este sentido, el Convenio de Aarhus mejora los derechos del público a participar en la elaboración y en la aplicación de la política ambiental y concibe el desarrollo sostenible como un objetivo que sólo puede lograrse involucrando a todos los actores implicados en beneficio de las generaciones presentes y futuras. Así, al igual que los tratados de derechos

---

<sup>15</sup>Princípio 10 – documento final – ECO 92: "A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos".

<sup>16</sup>RAMMÊ, Rogério Santos. **Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos**, p. 144.

humanos, el Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008, p. 22-23.

Ademais, o mencionado documento está inspirado em três princípios básicos: a vinculação entre a proteção do meio ambiente, o desenvolvimento sustentável e o exercício dos direitos fundamentais; a necessária transparência das Administrações Públicas na tomada de decisões, concretamente, daquelas decisões que possam ter repercussões significativas em matéria de meio ambiente; e por fim, o importante papel que os cidadãos podem desempenhar na proteção do meio, bem como algumas pessoas jurídicas sem fins lucrativos e o setor privado em geral<sup>18</sup>.

Dessa forma, congrega dois importantes direitos constitucionalmente protegidos: o meio ambiente saudável e equilibrado e a tutela jurisdicional efetiva, ou o acesso à justiça, não só no sentido de acesso aos órgãos jurisdicionais, mas também ao devido processo legal e a decisões justas.

O qualificativo ambiental que se agrega ao princípio do acesso à justiça significa um redimensionamento no conteúdo e na abrangência deste postulado fundamental, exatamente em função do compromisso que deve assumir em prol da tutela efetiva do meio ambiente, inclusive com forte viés preventivo. O acesso à justiça ambiental também torna concreto o escopo político da jurisdição na medida em que significa uma forma de exercício substancial de democracia e que permite ao cidadão o questionamento jurisdicional dos atos e das omissões da Administração Pública, mediante o ajuizamento de Ações Populares Ambientais ou Ações Públicas por intermédio de associações e em benefício de

---

<sup>17</sup>SOLÉ, Antoni Pigrau; PENTINAT, Susana Borràs. Diez años del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. In: \_\_\_\_\_ (Director). **Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008, p. 22-23.

<sup>18</sup>Tradução de SOLÉ, Antoni Pigrau Solé; PENTINAT, Susana Borràs. Diez años del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, p. 23.

toda a coletividade<sup>19</sup>.

O referido instrumento internacional, portanto, pretendeu reconhecer direitos acessórios ao meio ambiente adequado, incorporando ao ordenamento jurídico dos Estados-parte direitos ambientais processuais ou procedimentais.

Assim, a Convenção de Aarhus mostra-se tão importante para os governos como para os cidadãos, além das organizações não governamentais, pois reconhece direitos diretamente a favor dos particulares. Concentra-se na relação entre os cidadãos e os governos, sob o ponto de vista democrático, viabilizando a participação pública na elaboração e aplicação das normas ambientais. A esse respeito, destacam Solé e Pentinat:

Implica elreconocimiento expreso de derechos de losciudadanos - derecho a lainformación, a laparticipación y a lajusticia - para larealizacióndelderecho a unmedio ambiente adecuado para lasalud y elbienestar e impone a los Estados laobligación de promover y garantizarestosderechos. En este sentido, este Convenio constituyela base fundamental para larealizacióndelderecho al medio ambiente<sup>20</sup>.

Portanto, além de reconhecer a existência dos direitos das futuras gerações ao ambiente saudável, determina-se que compete a cada Estado-parte também a garantia dos direitos de acesso estabelecidos na Convenção – informação, participação e justiça. Ambos os direitos estão previstos na Constituição da Espanha, signatária de Aarhus, e na Constituição Federal do Brasil, as quais serão analisadas a seguir.

---

<sup>19</sup>BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. O acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. Itajaí: Univali, 2013, p.211-212.

<sup>20</sup>SOLÉ, AntoniPigrau; PENTINAT, Susana Borràs. Diezañosdel Convenio de Aarhus sobre elacceso a lainformación, laparticipación y elacceso a lajusticia em materia de médio ambiente, p. 23.

## **2. A CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA – TUTELA AMBIENTAL E JURISDICIONAL**

As constituições abordam o meio ambiente como mandatos – ou seja, ações que devem ser concretizadas pelos poderes públicos para que ele seja protegido. Há princípios que devem ser observados.

A Constituição Espanhola data do ano de 1978, e traz, em seu art. 45, o direito de desfrutar de um meio ambiente adequado, nos seguintes termos:

### **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.

A referida previsão não se encontra no capítulo dedicado aos direitos e deveres fundamentais, e sim no capítulo terceiro – 'principios rectores de la política social y económica'. Portanto, na Espanha, o direito ao meio ambiente adequado não é um direito fundamental, apesar de este ter sido um dos primeiros países a tratar do meio ambiente em seu texto constitucional<sup>21</sup>.

Ao considerar o direito ao meio ambiente um princípio de política social e econômica, a Constituição da Espanha exige, assim, a sua observância na

---

<sup>21</sup>Tradução de PALOMAR, Valeriano Bermúdez. El proceso de subjetivación del derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado em el artículo 45 de la Constitución Española. **Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente**, n. 266, Madrid, Junio (2011), p. 182.

formulação e aplicação da legislação positiva, na prática judicial e na atuação dos poderes públicos. Nesse sentido, destaca Martín:

Frente a los derechos fundamentales en sentido propio, los recogidos en el Capítulo II del Título I, los principios rectores de la política social y económica se caracterizan negativamente por precisar de un desarrollo legislativo para su efectiva transformación en auténticos derechos o intereses legítimos accionables ante los Tribunales ("Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen", segundo inciso del art. 53.3 CE), y por carecer de un haz de facultades constitucionalmente protegido (de un "contenido esencial") frente a la acción del legislador (art. 53.1 CE, *sensu contrario*), el cual cuenta por ello de una más amplia libertad de configuración a la hora de afrontar su desarrollo normativo<sup>22</sup>.

Destaca-se, contudo, que o meio ambiente possui também uma concepção de direito subjetivo, como assinala Palomar:

Ciertamente, la protección del medio ambiente será más intensa a través de un derecho público subjetivo que por medio de un principio rector. El derecho público subjetivo contiene una acción que garantiza su tutela efectiva ante los Tribunales. Em cambio, un principio rector vincula la acción de los poderes público, pero no está dotado de la correspondiente acción en manos del ciudadano para hacer valer aquél principio<sup>23</sup>.

Expõe o autor que o direito de que trata o art. 45 da Constituição adquire um perfil de direito subjetivo, que originalmente não possui, por intermédio do legislador ordinário, o qual está obrigado a concretizar os precisos contornos que cada caso exigir. Assim, na hipótese de ameaça ou lesão a direito, o

---

<sup>22</sup>MARTÍN, German Valencia. **Jurisprudencia Constitucional en Materia Ambiental (1981-2005)**. Material fornecido aos alunos do Máster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad – Universidad de Alicante/UA – Semestre 2016/6, p. 4.

<sup>23</sup>PALOMAR, Valeriano Bermúdez. El proceso de subjetivación del derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado em el artículo 45 de la Constitución Española, p. 185.

particular pode acionar o Estado em sua defesa.

Diante desta característica da Constituição Espanhola no que se refere à disciplina ambiental, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao longo dos anos, fixou jurisprudência e doutrina no sentido de identificar conteúdos ambientais em direitos fundamentais típicos, como o direito à vida, à propriedade, à intimidade de domicílio e à informação.

Portanto, na Constituição da Espanha, o direito ao meio ambiente encontra-se entre os princípios diretores da política social e econômica, não sendo consagrado como direito subjetivo capaz de ser diretamente invocado perante os tribunais sem estar amparado em norma legal que o tenha desenvolvido.

Apesar disso, tendo em vista que o desenvolvimento da sociedade, a degradação ambiental e a queda na qualidade de vida tornaram-se preocupações centrais para o Estado e os particulares, doutrina e jurisprudência têm se articulado em um processo evolutivo considerado sem retorno, tendente à consagração da proteção do meio ambiente ao máximo nível normativo, identificando conteúdos ambientais em direitos subjetivos típicos, e conferindo um caráter duplo ao meio ambiente como princípio diretor da política social e econômica e direito subjetivo<sup>24</sup>.

Noutro prisma, o direito à tutela judicial efetiva encontra-se no rol de direitos fundamentais, assim disciplinada:

**Artículo 24**

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia

---

<sup>24</sup>Tradução de PALOMAR, Valeriano Bermúdez. El proceso de subjetivización del derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado em el artículo 45 de la Constitución Española, p. 196.

de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Além disso, o direito à informação administrativa é reconhecido em seu art. 105, presente no Título IV – Do governo e da Administração:

#### **Artículo 105**

La ley regulará:

- a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.
- b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.
- c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.

Acrescenta-se que a Espanha é signatária da Convenção de Aarhus, sendo que após a sua ratificação o país assumiu o compromisso de se adequar às normas de informação, participação e acesso à justiça ambiental, unindo os direitos constitucionalmente já previstos.

Dessa forma, transpondo as Diretivas europeias 2003/4/CE e 2003/35/CE, que tratam do assunto, desenvolveu-se a Lei n. 27/2006, que disciplina o tema internamente. De acordo com ela, todos terão direito, entre outras coisas, a acessar a informação ambiental que esteja em poder das autoridades públicas ou de outros sujeitos em seu nome, sem que para isso estejam obrigados a declarar um interesse determinado, qualquer que seja sua nacionalidade, domicílio ou sede (art. 3.1.a).

Além disso, a Lei n. 27/2006 se caracteriza pela extensão objetiva e subjetiva

de seu âmbito de aplicação. Como extensão subjetiva, entende-se que as Administrações Públicas são sujeitos ativos de direito de acesso à informação ambiental, estabelecendo-se, inclusive, uma isenção ao pagamento de taxas em favor da Administração Geral do Estado. Porém, fundamentalmente há uma ampliação do sujeito passivo, da autoridade pública obrigada a fornecer a informação ambiental em seu poder, um conceito muito mais amplo que o de Administração Pública, tanto ativa como consultiva, abarcando também as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam funções públicas, e inclusive as pessoas físicas ou jurídicas que assumam responsabilidades públicas relacionadas ao meio ambiente<sup>25</sup>.

Quanto à participação e ao acesso à justiça, o país se comprometeu, através da lei mencionada, a dar apoio às organizações não governamentais de defesa do meio ambiente, viabilizando o seu acesso à justiça através de ações coletivas para impugnar atos e omissões dos agentes privados e das autoridades que venham a violar a legislação ambiental nacional. Deve, ainda, estabelecer mecanismos de assistência, destinados a eliminar ou reduzir obstáculos financeiros ou outros que dificultem o acesso à justiça<sup>26</sup>.

O acesso à justiça ambiental, a fim de que se alcance a tutela efetiva do direito ao meio ambiente equilibrado, pode ocorrer, ademais, por meio de recurso de amparo, que é de natureza constitucional, sendo cabível quando houver algum direito fundamental violado; civilmente, por meio de ações próprias, e penalmente, quando ocorrer a prática de crimes ambientais.

Estão legitimados, de modo concorrente, todos os cidadãos espanhóis, as pessoas jurídicas e o Ministério Fiscal. No âmbito europeu, tanto pode haver o recurso

---

<sup>25</sup>Tradução de GARCÍA, Gerardo García-Álvarez. Acceso a la información, participación y acceso a la justicia en cuestiones ambientales: del Convenio de Aarhus a la sentencia Boxus. **Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública**, XIV, Zaragoza, 2013, p. 448.

<sup>26</sup>SAMPAIO, José Adércio Leite. **Democracia ambiental como direito de acesso e promoção ao meio ambiente sadio**. p. 161

perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por violação da Convenção Europeia de 1950, quanto ao encaminhamento de queixa à Comissão Europeia, que, julgando-a pertinente, acione o Tribunal de Luxemburgo por descumprimento da obrigação do Estado de proteger adequadamente o meio ambiente (ESPINOSA, 2010)<sup>27</sup>.

Porém, como relata Sampaio, pesquisas apontam que, na Espanha, não teriam sido criados instrumentos processuais específicos para o acesso à justiça para prevenir ou reparar violações às normas ambientais. Ademais, a demora dos tribunais, assim como as dificuldades na execução das sentenças, também seria problemas encontrados no sistema implantado no país. Isso explicaria o pequeno número de demandas judiciais sobre temas ambientais<sup>28</sup>.

De todo modo, é possível constatar que o ordenamento espanhol abraça, com fundamentos constitucionais, a disciplina do meio ambiente e da tutela efetiva, condensando ambos os direitos na Lei n. 27/2006, resultado da adesão à Convenção de Aarhus, que consagrou no plano internacional o direito à informação, participação e acesso à justiça no âmbito ambiental, instrumentos para a concretização do equilíbrio e do desenvolvimento sustentável.

### **3. O MEIO AMBIENTE E O ACESSO À JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

No Brasil, o meio ambiente é contemplado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 225:

---

<sup>27</sup>SAMPAIO, José Adércio Leite. **Democracia ambiental como direito de acesso e promoção ao meio ambiente sadio.** p.162.

<sup>28</sup>SAMPAIO, José Adércio Leite. **Democracia ambiental como direito de acesso e promoção ao meio ambiente sadio.** p. 163.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

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

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem

a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

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

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Diferente do que ocorre na Espanha, o ordenamento brasileiro acolhe a tutela do meio ambiente como um direito fundamental. Ademais, o texto constitucional trata, em diversos artigos, das obrigações da sociedade e do Estado para com o meio ambiente.

Sendo um direito fundamental, a norma do meio ambiente equilibrado ecologicamente, no Brasil, é de aplicação imediata, não necessitando de outras leis para que seja implementada. A esse respeito, destacam Ottoni e Costa:

A Constituição da República de 1988 que, no Brasil, elevou o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado ao nível de direito fundamental, incumbe a tarefa de proteção do meio ambiente ao Poder Público e a toda coletivamente (caráter objetivo), dizendo que é bem de uso comum do povo. Para a efetivação desse direito fundamental, é mister a sua designação como patrimônio de uso comum da humanidade, tendo em vista que o Direito Ambiental trata-se de fenômeno transfronteiriço, em que toda a humanidade é detentora do direito a desfrutar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e é responsável pela manutenção deste no estado que permita o desenvolvimento de uma sadia qualidade de vida (caráter subjetivo)<sup>29</sup>.

Por sua vez, o direito de acesso à justiça é contemplado primordialmente em seu art. 5º, inc. XXXV, que consagra a inafastabilidade da apreciação do Poder

---

<sup>29</sup> OTTONI, Davi Niemann; COSTA, Daniel Fernandes Nogueira. **Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado**. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=11340&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura#\\_ftn4](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11340&n_link=revista_artigos_leitura#_ftn4)>. Acesso em 27 de novembro de 2016.

Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. Ao longo do texto constitucional, a mencionada garantia recebe, ainda, outras características que reforçam o seu caráter de direito fundamental: efetividade, celeridade, adequação.

Nesse sentido, e sem a intenção de se esgotar o assunto, o acesso à justiça é um princípio constitucional, alçado pela Carta Magna à categoria de direito fundamental, cujo conteúdo é expressado pela garantia outorgada ao cidadão de concretização de seus direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza - individuais, sociais, econômicos, culturais, ambientais. Para tanto, devem ser a ele disponibilizados todos os instrumentos e meios adequados e efetivos à realização dos mencionados direitos, inclusive o pleno acesso ao Poder Judiciário e a prestação de uma tutela jurisdicional célere, efetiva e adequada<sup>30</sup>.

Observa-se que, no país, a proteção ambiental pode se dar por diversos meios, havendo a possibilidade de ser questionada no âmbito constitucional, de maneira difusa ou concentrada, quando alguma lei implicar em violação à proteção ambiental e ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Há, igualmente, mecanismos de proteção na esfera cível e criminal. Na primeira, destacam-se as ações coletivas, como a ação civil pública e a ação popular. No bojo destas demandas, é possível obter provimentos cautelares que impeçam a continuidade ou a ocorrência do dano ambiental. Além de implicarem na anulação do ato impugnado, os provimentos jurisdicionais podem, ainda, condenar o poder público e os empreendedores da iniciativa privada a reparar o dano, compensá-lo ou mitiga-lo, conforme o caso.

Os agentes públicos e terceiros que ao menos culposamente possam ter violado normas ambientais

---

<sup>30</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Breves considerações sobre o princípio do acesso à justiça no direito brasileiro.** Disponível em: [www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/835/594](http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/835/594). Acesso em 27 de novembro de 2016.

podem ainda responder por improbidade administrativa de que resultam a perda do cargo ou função públicos, a suspensão de direitos políticos, ressarcimento integral do dano, se houver, pagamento de multa civil e proibição temporária de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (BRASIL, 1992). Literalmente, a Constituição garante ao autor da *actio popularis* a isenção de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé (BRASIL, 1998, art. 5º, LXXIII)<sup>31</sup>.

Já na esfera penal, são previstos diversos tipos que tratam do meio ambiente, acarretando também a responsabilização e a penalização, inclusive de pessoas jurídicas. A propósito, é a Lei n. 9.605/1998, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, que abarca dois deveres provindos das convenções internacionais, o dever de cooperar (art. 77) e a obrigação de informar (art. 78).

Extrai-se, assim, que ordem jurídica nacional está em harmonia e acompanhando o desenvolvimento do mundo contemporâneo no que tange à tutela e ao acesso à justiça ambiental, ainda que não tenha aderido a alguns instrumentos internacionais, a exemplo da própria Convenção de Aarhus.

Conquanto ainda não aplicada ao Brasil, a Convenção de Aarhus serve ao nosso país como paradigma e referencial ético no que toca à cooperação internacional para a proteção do meio ambiente, na medida em que consagra aos cidadãos o acesso à informação, a participação na tomada de decisões e o ingresso à justiça em matéria ambiental<sup>32</sup>.

Todavia, também no Brasil alguns problemas ainda merecem ser enfrentados

---

<sup>31</sup>SAMPAIO, José Adércio Leite. **Democracia ambiental como direito de acesso e promoção ao meio ambiente sadio**. p.164. 149-176

<sup>32</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. Cooperação Internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a Convenção de Aarhus. **Revista Direito GV**. São Paulo, jan-jun. 2012, p. 297-328, p. 310.

na tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim como na Espanha e em outros países, os impasses judiciais carecem de celeridade, eficácia nas decisões e problemas relacionados ao alto custo da produção de provas e comportamento das partes envolvidas no processo.

Do mesmo modo, a informação e a participação cidadã necessitam de aperfeiçoamento, e a própria cultura precisa ser modificada, a fim de que tanto a sociedade como a Administração Pública pratiquem seus atos com vistas ao desenvolvimento sustentável, atingindo, assim, de forma plena, o que se entende por justiça ambiental.

Com efeito, o Estado-juiz, ao exercer o poder-dever da jurisdição para solver conflitos de distribuição ecológica, deve pautar sua atuação pelos valores, objetivos, princípios e normas constitucionais que amparam a perspectiva tridimensional da justiça ambiental aqui analisada, dentre as quais destacam-se: a dignidade da pessoa humana; a redução das desigualdades sociais; a vedação de qualquer forma de discriminação; a preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras; e a vedação de práticas que importem em desequilíbrio ecológico, extinção de espécies ou submissão de animais à crueldade<sup>33</sup>.

Por fim, destaca-se que tanto o Brasil como a Espanha, a partir de suas Constituições, por meio da celebração de acordos internacionais e por desenvolvimento da legislação interna, têm empenhado esforços na busca da concretização daquilo que se entende por meio ambiente equilibrado e desenvolvimento sustentável. Destaca-se, ademais, que têm buscado formas de implementar o acesso à informação, à participação e à justiça, tornando uma realidade a democracia e a justiça ambiental.

---

<sup>33</sup>RAMMÊ, Rogério Santos. Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos [recurso eletrônico]: conjecturas políticas-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012, p. 173.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho buscou tratar da relação existente entre o direito ao meio ambiente equilibrado e à tutela jurisdicional efetiva. Pretendeu abordar, de forma objetiva, como as Constituições da Espanha e do Brasil contemplam esses temas, dando suporte para que o acesso à justiça ocorra também na seara do direito ambiental.

Observa-se que, internacionalmente, o mundo tem empregado esforços, através das organizações internacionais e das cúpulas realizadas ao longo das últimas quatro décadas, para que o desenvolvimento sustentável se torne uma realidade. Não foi esquecido, porém, que o direito ambiental necessita de instrumentos para que seja concretizado, razão pela qual, no mesmo compasso em que os direitos materiais são consolidados, algumas garantias processuais são também transformadas em normas a serem implementadas pelos países: o direito à informação, participação e acesso à justiça ambiental. Nesse sentido, o continente europeu, servindo de exemplo para as demais nações, celebrou, em 1998, a Convenção de Aarhus.

No que tange à Espanha, em que pese não considerar o meio ambiente equilibrado um direito fundamental, o país vem encontrando mecanismos de reconhecer a sua natureza subjetiva e, junto à tutela de direitos fundamentais específicos, protegê-lo de maneira eficiente. Já a tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental. O país é signatário, ademais, da mencionada Convenção de Aarhus, tendo transposto ao seu ordenamento as Diretivas que instituem os direitos de acesso à justiça ambiental.

Quanto ao Brasil, apesar de não ter manifestado adesão ao instrumento, observa-se que o meio ambiente é constitucionalmente considerado um direito fundamental, assim como o acesso à justiça. Além disso, o país possui inúmeros mecanismos processuais que possibilitam acionar o Poder Judiciário e viabilizam a participação popular e social nas causas e demandas ambientais.

De todo o exposto, extrai-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à tutela jurisdicional efetiva caminham lado a lado, um servindo de ferramenta ao outro, a fim de que os ideais de democracia e justiça ambiental sejam alcançados.

Especificamente quanto à Espanha e ao Brasil, verifica-se que, a seu modo e de acordo com a sua história, cada um desses países vem inserindo, em seus ordenamentos, as regras que efetivam tais direitos. Ambos ainda enfrentam problemas no que tange à eficiência, celeridade, cumprimento das decisões, o que, de toda forma, não é capaz de paralisar a busca destas nações pelo desenvolvimento sustentável e pela verdadeira justiça.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Breves considerações sobre o princípio do acesso à justiça no direito brasileiro.** Disponível em: <[www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/835/594](http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/835/594)>. Acesso em 27 de novembro de 2016.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. O acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. Itajaí: Univali, 2013, p. 207-230.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 27 de novembro de 2016.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)>. Acesso em 27 de novembro de 2016.

BRASIL. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas

ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em 27 de novembro de 2016.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. UNECE. **Convenção de Aarhus**(1998). Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente. Disponível em:

<<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf>>. Acesso em 24 de novembro de 2016.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1991.

ESPAÑA. **Constitución**(1978). Constitución Española. Disponível em: <[http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion\\_es1.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf)>. Acesso em 27 de novembro de 2016.

ESPAÑA. **Ley n. 27, de 18 de julio de 2006**, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2006/07/19/pdfs/A27109-27123.pdf>>. Acesso em 27 de novembro de 2016.

GARCÍA, Gerardo García-Álvarez. Acceso a la información, participación y acceso a la justicia en cuestiones ambientales: del Convenio de Aarhus a la sentencia Boxus. **Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública**, XIV, Zaragoza, 2013, p. 433-472.

MARTÍN, German Valencia. **Jurisprudencia Constitucional en Materia Ambiental (1981-2005)**. Material fornecido aos alunos do Máster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad – Universidad de Alicante/UA – Semestre 2016/2.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. Cooperação Internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a Convenção de Aarhus. **Revista Direito GV**. São Paulo, jan-jun. 2012, p. 297-328.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em 11 de agosto de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento** (1992). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 26 de

novembro de 2016.

OTTONI, Davi Niemann; COSTA, Daniel Fernandes Nogueira. **Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado.** Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=11340&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura#\\_ftn4](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11340&n_link=revista_artigos_leitura#_ftn4)>. Acesso em 27 de novembro de 2016.

PALOMAR, Valeriano Bermúdez. El proceso de subjetivación del derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado en el artículo 45 de la Constitución Española. **Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente**, n. 266, Madrid, Junio (2011), p. 177-198.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

RAMMÊ, Rogério Santos. Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos [recurso eletrônico]: conjecturas políticas-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

RUIZ, José Juste; DAUDÍ, Mireya Castillo. **La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Democracia ambiental como direito de acesso e promoção ao meio ambiente sadio.** Disponível em: <<http://portaltutor.com/index.php/conpediview/article/view/113/110>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

SOLÉ, Antoni Pigrau; PENTINAT, Susana Borràs. Diez años del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. In: \_\_\_\_\_ (Director). **Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus.** Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008.

**ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A TEORIA DE JUSTIÇA DE JOHN  
RAWLS CONFORME IMPORTANTES PENSADORES: DOS PROBLEMAS  
CONTEMPORÂNEOS DA ÉPOCA DE SUA CRIAÇÃO AOS QUE SE  
APRESENTAM NOS DIAS ATUAIS**

**Carina Gassen Martins Clemes<sup>1</sup>**

**Johnny Gustavo Clemes<sup>2</sup>**

**INTRODUÇÃO**

A análise das pessoas e das instituições que formam a sociedade com vistas a compreensão dos aspectos responsáveis por seu surgimento e transformações, bem como de suas interações e resultados por conta da convivência em grupos. Sempre que surge insatisfação com esse modelo organizacional uma nova reflexão é necessária em busca de uma sociedade ideal.

Se a proposição fosse de fazer uma análise pelo paradigma histórico diferentes filósofos seriam lembrados na linha do tempo e as respectivas mudanças que vivenciaram ou que suas ideias provocaram na estrutura social, no entanto, neste artigo será feita abordagem do contratualismo temperado proposto por John Rawls.

Com a obra *A theory of justice*, RAWLS<sup>3</sup> causou grande impacto no mundo da

---

<sup>1</sup>Mestranda em Direito no programa MINTER da PUC/PR e FCR.

<sup>2</sup>Doutorando em Ciência Política no programa de DINTER da UFRGS e FCR.

<sup>3</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 17 v. (Coleção justiça e direito).

filosofia política pós-moderna. Ainda vinculado ao liberalismo, porém, com uma proposta teórica bem menos radical e voltada para um perfil integracionista, o escritor despertou imediatamente a resistência dos intelectuais de sua época, o que persiste até os dias atuais.

Sem dúvida o debate entre os modelos do utilitarismo, do libertarismo e do liberalismo de Rawls marcaram o referencial do conceito político de justiça e o quanto podem ser úteis para análises empíricas a fim de sustentarem qual deva ser a decisão que conduza ao resultado mais acertado, mas sem esquecer que as últimas duas décadas foram marcadas por acontecimentos que mudaram o eixo das relações políticas internas e externas das nações, logo, está a requerer uma reflexão com base nas teoria que possa indicar quais serão as melhores escolhas.

O objetivo deste artigo é analisar reflexivamente algumas das principais manifestações a respeito da teoria de justiça como equidade naquilo que se dispuseram a fazer total oposição, parcial ou mesmo complementação e diante dessa abordagem projetar em que as abordagens podem ser relevantes para os desafios políticos do mundo globalizado, em especial os movimentos migratórios que estão acelerando um processo de miscigenação das culturas e a busca por um método que permita a condução a uma convivência pacífica e justa, pois ocorrem num contexto de intolerância religiosa e da violência por ela produzida.

A primeira parte destina-se a uma apresentação sintética da proposição de Rawls na obra em referência. A segunda parte servirá para trazer a ponderação de alguns dos pensadores que se manifestaram sobre as ideias de Rawls. Nas considerações finais haverá uma ponderação sobre se a teoria de Rawls tem aplicação para um dilema específico de nossa época, o da convivência igualitária de diversos povos num mesmo país.

## **1. A PROPOSTA DE JOHN RAWLS**

Em sua obra pondera a justiça como a virtude política mais importante para uma sociedade. Em reação ao utilitarismo clássico Rawls busca um ponto de vista diferente para analisar a igualdade ou desigualdade entre os membros de uma sociedade. Para tanto propõe uma reflexão fundada nos seguintes pressupostos: igualdade racional de todos os homens, homem não sendo um meio, mas um fim em si mesmo e a dignidade humana como intrínseca a todo ser humano.

Moldado em premissas contratualistas afirma que as regras existem para gerar um ciclo cooperativo que busque alcançar a todos e na hipótese de oposição de interesses haja uma fórmula construída sobre princípios que sejam um molde para escolha do melhor formato para a sociedade, assegurando a cada um de seus integrantes o que lhe seja devido. Para muito além da visão jurídica o papel da justiça na sociedade não se traduz simplesmente a regras de proibição ou de responsabilização, mas sim de definir o lugar de cada um e a correspondente distribuição dos ônus e dos bônus num sistema de cooperação social.

Para os utilitaristas em geral a regra de ouro é a do maximin (maximização do mínimo) e isso algumas vezes resolve problemas de desigualdade, como no caso de desnivelamento entre ricos e pobres em que uma transferência de riqueza dentro do que se identificasse como o possível justificaria a diferença por trazer felicidade aos mais pobres. Rawls entende que a ideia de igualdade nesse caso é meramente instrumental, o que o deixa insatisfeito. Ele deseja que igualdade seja reconhecida como boa em si mesma e não pela felicidade que produz, mas por ser um caminho que assegure os bens primários e justifique certas desigualdades.

Para tanto, Rawls sugere três princípios para guiar o raciocínio em busca da decisão justa: 1) princípio da liberdade igual; 2) princípio da oportunidade justa e 3) princípio da diferença.

A regra geral vem no princípio da liberdade igual pelo qual é imprescindível assegurar a máxima liberdade das pessoas, conforme a liberdade igualmente assegurada para todos os outros.

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.<sup>4</sup>

Já pelo princípio da oportunidade justa as desigualdades econômicas e sociais devem estar ligadas ao merecimento no acesso a determinada situação favorável em circunstância na qual todos concorreram com iguais oportunidades.

"[...] vinculadas a cargos e posições abertos a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidade."<sup>5</sup>

E finalmente pelo princípio da diferença a sociedade deve promover a distribuição igual da riqueza, salvo se as desigualdades econômicas e sociais constatadas gerarem maior benefício aos menos favorecidos.

"[...] sejam para o maior benefício dos que tem menos vantagens, consistente com o principio de poupança justa..."<sup>6</sup>

Os princípios propostos fazem de Rawls um liberalista que se preocupa com a geração de igualdade como um caminho para a justiça, ainda que esta venha por meio da compensação.

Ciente de que os valores dos grupos podem sofrer diferenças e, portanto, que

---

<sup>4</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 17 v. (Coleção justiça e direito), p. 17.

<sup>5</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 17 v. (Coleção justiça e direito), p. 17.

<sup>6</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 17 v. (Coleção justiça e direito), p. 17.

individualismo decorrente deles pode interferir numa reflexão isenta, para defesa do princípio da diferença propõe duas circunstâncias para aplicação de seus princípios com garantia de isenção na aplicação da teoria: o argumento intuitivo da igualdade de oportunidades e o argumento do contrato social hipotético.

Ele faz referência as desigualdades sociais e naturais, repudiando que elas possam justificar que essas circunstâncias determinem a sorte da pessoa por serem externos. Afirma que todos são moralmente iguais e como este é uma fonte interna deve ser a baliza para modelar-se o tratamento entre as pessoas.

Para materializar o contrato social hipotético, que é o momento onde os membros de uma sociedade elegem suas regras, propõe que eles estejam sob o véu da ignorância. Essa seria uma situação em que para decidirem essas pessoas teriam apagados de suas mentes informações como sua posição social, seus gostos pessoais, traços psicológicos, talentos naturais, convicções ideológicas e outros aspectos que fazem uma vida valer a pena.

Conclui que perante essa situação ideal, por não saber se seria ou não favorecido, o ser humano sempre será capaz de tomar decisões essencialmente igualitárias, inclusive quando sejam chamados a deliberar sobre conflitos através dos critérios de priorização.

A teoria é focada apenas nas disputas pelos bens primários, pois são estes que o autor afirma serem aqueles indispensáveis para que uma vida seja boa. Eles são de duas categorias, sendo os sociais, portanto, aqueles cuja distribuição é feita pelas instituições sociais como por exemplo os direitos e deveres, rendimento e riqueza. Os naturais são decorrentes da natureza, mas influenciados indiretamente pelas instituições sociais, tais como incluem a saúde, a inteligência, o vigor, etc.

## **2. CRÍTICAS A TEORIA DE RAWLS**

Não há um estudioso que tenha concentrado todos os tópicos de críticas sobre a obra *A theory of justice*. Do que produziu cada um é possível extrair abordagens a diferentes pontos ou quando sobre o mesmo ponto com um referencial distinto. Também implicaria em trabalho por demais extenso compilar as totalidades das análises realizadas sobre a obra de Rawls, razão pela qual buscou-se enumerar alguns pontos para a realização deste trabalho, com eleição de autores opostos a sua linha de pensamento, parcialmente ou até mesmo favoráveis.

Uma primeira é que a teoria parte de pressupostos que não necessariamente são universais. Ao tratar da igualdade e da liberdade não explica como tratar a diversidade de valores dentro de um mesmo país muito comum na atualidade por conta de variadas religiões e vocações produtivas, o que implica na significação desses pressupostos.

Outra é a acusação de que sua teoria não é para ação das pessoas no seu dia a dia, mas sim para que sejam criadas e avaliadas as instituições políticas e sociais.

Dentre os pontos mais atacados está a ficção da posição original, pois nessa circunstância as pessoas não teriam ainda senso moral quanto a qual seriam os seus objetivos.

Já um quarto ponto é a situação da posição original ser puramente hipotética. Por conta disso, conforme os valores do autor, a posição original poderia gerar resultados diferentes, sendo exemplo disso as diversas escolas de pensamento (liberalismo, utilitarismo etc).

Problematizam também que ao criar sujeitos abstratos não representa uma teoria da justiça que explicaria a tomada de decisão por sujeitos concretos e reais.

Mais uma espécie de consideração é a de ser uma teoria com aplicação antes do fato e não posteriormente a ele, perdendo força condutora para os fatos do cotidiano.

A sétima e última eleita para efeito da abordagem proposta é sobre faltar um critério de compensação das desigualdades naturais, resumindo-se a sugerir que a solução ocorre pela aplicação do princípio da diferença.

De qualquer sorte, historicamente falando, a obra de Rawls fez renascer o interesse da Filosofia Política sobre a questão da Justiça e suscitou diversos debates, tornando mais claros os argumentos em prol ou contra certas visões de sociedade. Um pouco disso é o que será explorado adiante.

## **2.1. Visão de Robert Nozick**

Por ser um representante típico do liberalismo radical NOZICK<sup>7</sup> naturalmente reage a teoria de Rawls. Para ele direitos individuais como liberdade e propriedade são absolutos, sustentando que o acesso a riqueza é baseado no mérito da conduta de cada membro da sociedade. Embora reconheça ser a regulação pelo mérito uma utopia entende que falta legitimidade para que haja interferência naquilo que cada um obteve como resultado de seu esforço. O Estado deve interferir apenas para assegurar direitos políticos (fonte de legitimidade do poder do governante) e a segurança da sociedade face a ameaças internas e externas, razão pela qual deve ter interferência mínima sobre como as pessoas conduzem suas vidas e assegurando a elas serem titulares absolutas do que produzem e adquirem mesmo que isso gere um contexto de desigualdade econômica. Como consequência, o Estado não deve interferir nas relações econômicas, sendo justo apenas que exerça seu poder tributário para manutenção dos serviços estatais e jamais para transferência

---

<sup>7</sup> NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

de renda, sob pena de ferir os direitos individuais de quem pagará por isso.

Nozick justifica sua tese afirmando que é impossível fazer o controle da desigualdade por uma intervenção que estabeleça critérios distributivos, pois cada um voltará a produzir conforme suas qualidades pessoais, de modo que haverá maior acumulação por uns do que por outros, retornando-se ao mesmo ponto inicial. Fundamenta que a interferência estatal representará uso ilegítimo da força na medida que obrigará indivíduos a dispor daquilo que adquiriram por seus próprios esforços e também que uma intervenção na escolha dos indivíduos causa distúrbios nos padrões de comportamento quanto as relações econômicas com resultados de difícil previsão.

Para clarificar sua crítica segue o exemplo em que faz referência a arrecadação de valores obtida por um famoso jogador de basquete:

Imaginemos uma sociedade em que cada qual tem o que deve ter de modo a que a desigualdade econômica não seja injusta. Suponhamos agora que um famoso basquetebolista - um dos maiores jogadores de sempre da NBA, Willt Chamberlain - decide livremente efectuar vários jogos de exibição recebendo por jogo 1 dólar de cada espectador. Milhões de admiradores decidem também livremente gastar essa quantia para o ver jogar. Resultado: no final da época o jogador ganhou dezenas de milhões de dólares.<sup>8</sup>

É agora detentor de mais bens do que aqueles que deve ter. Assim sendo, o padrão de justiça em vigor na sociedade exige que algum do dinheiro que ganhou seja transferido para outros indivíduos de modo a que a apropriada distribuição da riqueza seja repostada. Mas será correcto este procedimento? Os admiradores do basquetebolista sabiam que o dinheiro seria de Willt. Não têm direito de se queixar quanto mais porque contribuíram para o seu enriquecimento por livre iniciativa. Por outro lado, os bens dos que não assistiram aos jogos não foram de modo algum afectados e os que assistiram

---

<sup>8</sup> NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

quase nada gastaram. A distribuição que resultou da conjugação das referidas livres escolhas, isto é, que Willt tenha ficado mais rico nada tem de injusto.

Acusa o conceito de Rawls ser imoral porque é um direito fundamental de qualquer indivíduo dispor livremente de seus bens, pois assim estaria fulminada sua liberdade para decidir por suas convicções, sendo rebaixado a uma condição de ser anímico. Quanto a desigualdade entre ricos e pobres reconhece apenas que ela será injusta se o enriquecimento for causado por meios ilícitos. Reafirma que a justiça está exatamente em assegurar-se a titularidade de posses legítimas mesmo que se invoque o bem-estar geral. Por esse raciocínio a manutenção de programas assistencialistas através da arrecadação de impostos corresponderia a uma interferência injusta do Estado por ferir a propriedade individual. Aceita que os mais favorecidos sejam chamados a contribuir, mas não que sejam obrigados a tal.

Em pesquisa realizada por Tochetto e Pôrto<sup>9</sup> voltada para testar os modelos de Rawls e Nozick a população trabalhada foi submetida a questionamentos que confirmariam a escolhas de acordo com uma ou outra tese, porém, aplicadas duas vezes, sendo uma com o véu da ignorância e outra sem. Em conclusão após análise das respostas relatam que no modelo aplicado com o véu da ignorância as respostas da população elegeu o modelo de Rawls, mas quando se deixa de trabalhar com o véu da ignorância as escolhas conduzem ao modelo de Nozick.

Os resultados revelaram a predominância de escolhas do modelo rawlsiano sempre que as escolhas eram feitas sob o véu de ignorância, tanto individualmente e sem produção de renda (Parte I), como em grupo e com produção de renda (Parte II do Tratamento I). Dessa forma, o fato de os indivíduos perceberem que produzem individualmente a renda a ser distribuída entre eles não altera o padrão distributivo escolhido, quando o conjunto informacional (véu de ignorância) é mantido constante.

---

<sup>9</sup>PPGE UFRGS – em [http://www.ufrgs.br/ppge/pcientifica/2009\\_05.pdf](http://www.ufrgs.br/ppge/pcientifica/2009_05.pdf).

Não obstante, na Parte II do segundo tratamento, agora sem véu de ignorância, as escolhas se modificam, e o modelo distributivo mais escolhido pelos grupos passa a ser o nozickiano. Não apenas o modelo de Nozick passou a ser o mais escolhido sob o segundo tratamento, mas é interessante ressaltar também que nenhum grupo o escolheu sob o Tratamento I.

Com essa pesquisa a acusação da teoria rawsiana ser frágil por partir de uma situação hipotética perde força, pois mesmo buscando base numa condição ideal ela é confirmada quando as pessoas são submetidas a um teste em suas diretrizes, o que confirma a proposta de Rawls sobre sua teoria servir como modelo para reflexão sobre a busca da justiça e não como uma fórmula para solução de problemas específicos.

## **2.2. A Visão de Michael Sandel**

Por se tratar de um autor comunitarista, Sandel defende que a ideia de justiça deve estar relacionada a de bem. Concorda em alguns pontos com Rawls, mas apresenta três argumentos principais em oposição, sendo o primeiro de que não se pode admitir uma concepção única de vida boa, sob pena de ofender-se diferentes concepções de vida; também discorda da aplicação de conceitos éticos como ferramenta procedimental e por último que o justo não pode ser sobreposto ao bem.

Chega a tecer elogio porque entende que a teoria da justiça como equidade conseguiu combinar a filosofia moral de Kant com o realismo empirista de Hume e que o método do equilíbrio reflexivo resolveu a tensão entre o universalismo e o contextualismo.

Alguns escritores avaliam que Sandel não fez uma boa interpretação de Rawls, inclusive de que sua obra foi publicada durante o período que *A theory of justice* estava sendo revisada para melhor esclarecimento e adequação da teoria proposta por seu autor.

Na busca de um conceito de deontologia os dois autores fazem interpretações distintas. Sandel acusa Rawls de quebrar o universalismo, mas o que este último desejava era marcar que concepções políticas do bem devem ser separadas das outras concepções abrangentes empregadas por outras áreas. O que Rawls pretendeu em sua deontologia foi manter em suas premissas uma concepção de bem por estabelecer uma relação adequada entre os dois principais conceitos éticos.<sup>10</sup>

Sandel também afirmou que a proposta de conceito de bem por Sandel foi por demais avançada, mas este respondeu que a pluralidade de concepções e as grandes variações da modernidade requerem um olhar abrangente a fim de manter o padrão deontológico. No entanto, o crítico entende existir inconsistência já que as finalidades da teoria de Rawls (evitar contingências dos desejos existentes - arbitrariedade e obscuridade do metafísico) seriam incombináveis.<sup>11</sup>

Quanto ao indivíduo mencionado por Rawls em sua teoria, entende Sandel que houve tentativa de buscar um "ponto arquimediano", mas que isso não é possível porque ela será integralmente *a priori* ou empírica, pois estará agindo movido apenas por suposições ou baseado em dados da experiência no mundo dos fenômenos. Daí sustentar que Sandel trabalha o que seria uma "antropologia filosófica" e isso distancia o uso de suas ideias das situações empíricas.<sup>12</sup>

Outra ponderação de Sandel supõe uma concepção individualista de pessoa já que ao propor a posição original a leva para um momento anterior ao da

---

<sup>10</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 17 v. (Coleção justiça e direito), p. 24-30. FREEMAN, S. **Justice and the Social Contract**. Essays on Rawlsian Political Philosophy. New York: Oxford University Press, 2007, p. 45-74.

<sup>11</sup> SANDEL, Michael. **Liberalism and the Limits of Justice**. Second Edition. New York, Cambridge: University Press, 1998, p. 40.

<sup>12</sup> SANDEL, Michael. **Liberalism and the Limits of Justice**. Second Edition. New York, Cambridge: University Press, 1998, p. 50.

vida em sociedade, o que a impediria de ter uma identidade coletiva. Seria uma tentativa sem sucesso de gerar neutralidade para o indivíduo que não terá condições de agrupar o dimensionamento do que seja o correto e o que seja o bem. Nisso faz sua conclusão de que o conceito proposto conflita o conceito de deontologia porque entende que não cabe a inserção nele de uma concepção de bem.

A respeito do contratualismo usado como suporte da teoria de Rawls, é feita observação por SANDEL<sup>13</sup> de que a teoria do contrato social comporta diversas concepções teóricas, sendo que algumas delas não conduziram a mesma conclusão da teoria da justiça como equidade.

### **2.3. A Visão de Roberto Gargarella**

Roberto Gargarella desenvolve a concepção deliberativa de democracia e focado nos setores mais vulneráveis da sociedade com pretensão democrática fez análise da teoria de John Rawls, produzindo uma interessante atualização de pontos da proposição para uso em seus trabalhos.

No primeiro ponto de observação quanto a apropriação da teoria do contrato social por Rawls ressalta que se distanciou da visão Hobesiana considerada a força e a habilidade dos indivíduos como determinante para obter melhores vantagens, ignorando a questão da moralidade, pois quando na teoria da justiça como equidade é colocado como condição o véu da ignorância Rawls constrói uma ligação com o moralismo.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> SANDEL, Michael. **Liberalism and the Limits of Justice**. Second Edition. New York, Cambridge: University Press, 1998, p. 178.

<sup>14</sup> GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça depois de Rawls** – Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 13-14.

Outra análise de GARGARELLA<sup>15</sup> foi de que na posição original conclusão sugerida das pessoas seria por "bens primários" é uma presunção. Parece que não tem convicção de que retirar das pessoas suas experiências, convicções, preferências e outras concepções sobre justiça assegurará que não tenham outras aspirações. Afinal, não se consegue identificar o ponto em que o indivíduo passe a desejar algo além dos bens primários.

Mais uma preocupação é dirigida ao princípio da diferença de Rawls, já que gera interferência na concepção de justiça distributiva meritocrática. Isso poderia interferir na motivação para os indivíduos produzirem já que a frente do crédito pelas capacidades e dedicação estaria a imposição de redistribuição dos benefícios para os menos favorecidos. Nisso a teoria iria além de uma questão de igualdade de oportunidades.<sup>16</sup>

Nem tanto em referência a Rawls, mas ao liberalismo no qual tal autor ainda permaneceu vinculado, Gargarella<sup>17</sup> critica a forma como ponderam que o Estado deva comportar-se para uma sociedade ser justa. Preocupa-se com a vastidão de diferenças, em especial aquelas que estariam ligadas a denominada "loteria da natureza" e o desenvolvimento de uma fórmula voltada a solução de problemas reais.

## 2.4. A Visão de Amartya Sen

Junto com Rawls, Amartya Sen é um crítico do utilitarismo clássico. Provavelmente buscando complementar as ideias contidas na teoria da justiça

---

<sup>15</sup> GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça depois de Rawls** – Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 23.

<sup>16</sup> GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça depois de Rawls** – Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 25.

<sup>17</sup> GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça depois de Rawls** – Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 27-28.

como equidade Sen questiona o institucionalismo transcendental, mas dentro de um racionalismo que evite raciocínios como o desenhado para o *homo economicus*, ou seja, daquele que acima de tudo busca o maior benefício dentro de um universo ainda que de mínimas possibilidades.

SEN<sup>18</sup> pretende ir além do contratualismo de Rawls ao apresentar uma visão que admite a concorrência de princípios plurais de justiça. Embora não rejeite as três regras principiológicas de Rawls, adverte que sendo a sociedade um organismo com diferenças será necessário trabalhar a possibilidade de tratar princípios rivais de diversas ordens. Nessa esteira de pensamento é que Sen acredita ser possível uma análise dos casos por pessoas comprometidas com as condições para a realização da justiça e não meramente com um resultado eficiente.

Em análise da influência de Rawls sobre Sen concluiu-se que uma das razões deste último aceitar a teoria do primeiro está no ponto em que o procedimento para comparação das vantagens entre as pessoas considera recursos institucionais, afastando o aplicador da teoria de recorrer a formatos carregados de subjetividade.<sup>19</sup>

Mais um detalhe importante que une o pensamento dos autores é que Rawls busca espaço para participação dos indivíduos nas escolhas públicas, em especial por conta do mecanismo de compensação para assegurar condições de participação. Daí SEN<sup>20</sup> reconhecer como meritório esse foco na liberdade individual e em assegurar-se os recursos necessários para que haja efetiva igualdade entre as pessoas, ainda que restritas aos bens primários.

---

<sup>18</sup> SEN, A; WILLIAMS, B. (eds.). **Utilitarianism and Beyond**. New York: Cambridge University Press. 1982.

<sup>19</sup> VITA, A. Justiça distributiva. A crítica de Sen a Rawls. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, v. 42, n. 3, p. 471-498, 1999.

<sup>20</sup> SEN, Amartya. e possibility of social choice. e **American Economic Review**, v. 89, n. 3, p. 349-378, 1999, p. 86.

Reconhece que esse olhar quanto as desigualdades, que para os liberais clássicos é centrado na renda e nos resultados, passa a ter foco nas liberdades e nas efetivas oportunidades.<sup>21</sup>

A crítica de Sen a liberdade referida por Rawls porque este se resume aos "meios para a liberdade", enquanto que a capacidade plena somente é alcançada pela quando se assegura a "liberdade em si mesma".<sup>22</sup> É por isso que se mantém fiel ao pensamento de que deva ser empregado um critério objetivo na avaliação do bem, mas admite que em parte teve sua convicção influenciada pela proposição rawlsiana das oportunidades e vantagens dos indivíduos.

## 2.5. A Visão de Thomas Pogge

Seu foco de trabalho é a justiça global, de modo que analisa as relações entre as nações e suas consequências para a desigualdade. Apresenta poucas críticas a Rawls, buscando explicar e estender sua teoria de justiça para uma envergadura global.

Concentra sua atenção de análise moral a partir das instituições sociais relacionadas aos serviços básicos de uma sociedade já que são elas importantes para assegurar condições de participação para os indivíduos antes afetados pela desigualdade. Em seguida é que constrói os princípios de justiça sugeridos por Rawls a fim de que as instituições atendam os direitos e liberdades fundamentais como o processo político, saúde, educação e as instituições econômicas.

Como *A theory of justice* foi desenhada para um âmbito

---

<sup>21</sup> SEN, Amartya. **Inequality reexamined**. New York: Harvard University Press, 1992, p. 86.

<sup>22</sup> VITA, A. Justiça distributiva. A crítica de Sen a Rawls. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, v. 42, n. 3, p. 471-498, 1999.

doméstico, aguardou-se uma nova obra que adequasse os princípios de justiça para uma dimensão global. Ao publicar três décadas depois O direito dos povos Rawls não satisfaz a expectativa da comunidade científica e Pogge manifestou-se lamentando que Rawls não estendeu seus princípios de justiça para a realidade das nações (MARTIN; REIDY, 2006, pg. 07).

Povos bem ordenados são obrigados a ajudar uns aos outros para se preservar acima do mínimo econômico necessário para torna possível uma sociedade bem ordenada. Mas, para além desse limiar, a teoria internacional de Rawls permite indeterminadas desigualdades econômicas dentro da sociedade dos povos. Isto é assim, porque ele ignora o interesse dos indivíduos dentro das sociedades bem ordenadas. Caso Rawls tivesse estipulado que os deliberados na posição original internacional deveriam mesmo que um pouco de peso ao interesse de tais indivíduos na absoluta e/ou relativa posição sócio-econômica que tem a oportunidade de alcançar, então tais deliberados teriam favorecidos regras econômicas globais que tendem a moderar ao invés de agravar a desigualdade econômica internacional.<sup>23</sup>

Sobre os critérios propostos para a teoria internacional Pogge taxou-os de muito rígidos por sustentar que oito princípios facilmente implicariam em contradições porque as circunstâncias internacionais são ainda mais variáveis que as domésticas.

Em publicação na Revista colombiana de filosofia, RODAS<sup>24</sup> relaciona argumentos de Pogge para sustentar que a comunidade internacional tem o dever de promover compensação para erradicar as desigualdades por conta das circunstâncias as quais são submetidos.

Para establecer esta relación causal, muestra cómo los

---

<sup>23</sup> POGGE, Thomas. "La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls", **Revista Internacional de Filosofía Política** 23 (2004): 28-48, p. 212.

<sup>24</sup> RODAS, Francisco Cortés. Una crítica a las teorías de justicia global: al realismo, a Rawls, Habermas y Pogge. Ideas y valores - **Revista colombiana de filosofía**. vol. 59, núm. 142, abril, 2010, pp. 93-110. Disponível em <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80914956005>.

países más desarrollados y sus ciudadanos más ricos están implicados en el destino de la población más pobre de los países del mundo subdesarrollado, en la medida en que: a) los han obligado a pertenecer a un orden mundial en el que se produce regularmente pobreza; b) han contribuido a excluirlos del usufructo de materias primas; c) han defendido una desigualdad radical que es resultado de un proceso histórico atravesado por violencia; d) han generado un sistema que aumenta la desigualdad a través de la transformación radical de los volúmenes globales de ocupación y de la composición del trabajo, en la producción de bienes y servicios; y e) han hecho cada vez más difíciles las posibilidades de participación de las empresas de los países en desarrollo en los mercados, a través de medidas proteccionistas y de políticas de subsidios para los productores de los países ricos.

Por conta desses argumentos Pogge rechaça eventual ponderação que esteja buscando impor responsabilidade moral, retornando ao apoio em Rawls para responder que essa responsabilidade deve ser imposta por questão de justiça.

## **CONCLUSÕES FINAIS**

Sem dúvida a teoria de justiça de John Rawls tornou-se uma das principais obras de filosofia política. Através dela trouxe para o centro do debate a importância de construirmos instituições sociais justas e de que para tanto a principal virtude a ser considerada é a justiça.

O foco nas instituições representa uma convicção de que as teorias destinadas ao indivíduo não atingiram os progressos delas esperados. Na teoria de Rawls, ainda que haja um modelo institucional a decisão praticada naquela sede é humana e nesse aspecto é que os críticos mais concentrarão suas investidas.

Tal como indicou o teste ideológico feito com as teorias de Rawls e Nozick em pesquisa acadêmica, as pessoas variam entre os modelos, confirmando um ou outro de acordo com as circunstâncias, logo, não há argumentos racionais que recomendem afastar a aplicação de uma ou outra teoria. Pelo contrário,

confirma sua aplicabilidade se considerarmos que o pensamento dos sujeitos a elas se amolda.

Em verdade, a teoria de justiça como equidade se destinou a fornecer um método para assegurar que as decisões representem resultados justos, de modo que seu uso visando casos específicos de uma ou outra pessoa individualmente consistirá em aplicação incoerente. A partir dessa constatação muitos sugerem que a teoria rawlsiana tem perfeita aplicação no momento do planejamento das políticas públicas, pois é nele que são necessários diversos níveis de escolhas que indicarão os caminhos a serem seguidos e por eles prevaleça o sentimento de justiça.

A partir do momento em que os inevitáveis conflitos de interesse surjam outros sistemas serão necessários para sua solução até que num segundo momento em que o ciclo de planejamento volte a ser executado tais fenômenos sejam considerados, porém, analisados como um elemento coletivo e por critérios que sejam os mais objetivos e abrangentes possíveis.

Assim sendo, a teoria de Rawls será aplicável a sociedades que se enquadrem a seus requisitos para solução de suas questões internas, porém, dentro da área de aplicação da teoria que fundamentalmente está preocupada com as desigualdades geradas por conta de questões econômicas.

Como muitos dos problemas internos dos países tornaram-se tão intimamente ligados com questões internacionais, sugerindo cada vez mais uma sociedade supranacional houve os que passaram a invocar a adaptação da teoria da justiça a o nível internacional, fomentando o autor da teoria de justiça como equidade e trabalhar novos princípios que tornassem sua teoria compatível com essa amplitude de aplicação.

Efetivamente a teoria deve ser pensada atender os anseios de Pogge no sentido de buscar a redução das desigualdades a nível internacional porque a globalização acelerou o processo de convivência de diferentes valores que

são a razão preocupantes conflitos e resultarão em novas referências para os povos. Imprescindível que para transitar nesse caminho haja instituições que tenham um método que esteja superior aos valores dos indivíduos e que através da premissa da igualdade auxilie na produção de decisões justas.

Muito ainda existe a ser desenvolvido, mas é certo que a meta necessariamente deverá ser o trabalho com critérios abrangentes já que os desafios presentes e futuros são os que envolvem a convivência pacífica das nações e isso requer decisões com potencial de despertar o sentimento de justiça.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. **Qual o sentido de Rawls para nós?** Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006. Acessível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92822/Abreu%20Luiz.pdf?sequence=1>

FREEMAN, S. **Justice and the Social Contract**. Essays on Rawlsian Political Philosophy. New York: Oxford University Press, 2007.

FREEMAN, S. Introduction: John Rawls: an overview. In: FREEMAN, S. **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. (Cambridge Companions).

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça depois de Rawls** – Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawl's political liberalism. **The Journal of Philosophy**, New York, v. 92, n. 3, mar. 1995.

HABERMAS, Jürgen. "Una constitución política para una sociedad mundial

pluralista", **Entre naturalismo y religión**. Barcelona: Paidós, 2006. 113-193.

KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. **Rawls**: Uma Teoria da Justiça e os seus Críticos. Portugal: Gradiva. 2005.

LEMONS, Fabrício José Rodrigues de. **Justiça Global**: As críticas e os avanços de Thomas Pogge em relação a teoria de justiça rawlsiana. 2016. Disponível em  
[http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5586/Fabr](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5586/Fabr%C3%ADcio%20Jos%C3%A9%20Rodrigues%20de%20Lemos_.pdf?sequence=1&isAllowed=y)  
[r%C3%ADcio%20Jos%C3%A9%20Rodrigues%20de%20Lemos\\_.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5586/Fabr%C3%ADcio%20Jos%C3%A9%20Rodrigues%20de%20Lemos_.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

MARIN, Solange Regina; QUINTANA, André Marzulo. **AMARTYA SEN E A ESCOLHA SOCIAL: UMA EXTENSÃO DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS?** Artigo apresentado no XIII Encontro Regional de Economia da Região Sul (ANPEC Sul 2010), realizado de 11 a 13 de agosto de 2010 na Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Acessível em  
<http://www.scielo.br/pdf/rec/v16n3/a07v16n3.pdf>

MCCARTHY, T. **Kantian constructivism and re-constructivism**: Rawls and Habermas in dialogue. *Ethics*, San Diego, v. 105, n. 1, out. 1994.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991

NUNES JR., A. T. A teoria rawlsiana da justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, v. 168, out./dez. 2005.

OLIVEIRA, Pablo Camarço de. **As críticas de Michael Sandel à justiça como equidade de John Rawls**: limites e incoerências do liberalismo deontológico. Acessível em:  
[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&arti](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&arti)

go\_id=13766

POGGE, Thomas. "La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls",  
**Revista Internacional de Filosofía Política** 23 (2004): 28-48.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 17  
v. (Coleção justiça e direito).

REIS, Flávio Azevedo. **O debate dos desencontros: uma avaliação das  
críticas de Michal Sandel ao liberalismo de John Rawls**. Recebido em  
09 de janeiro de 2013. Aceito em 20 de fevereiro de 2013. Acessível em:  
<http://revistas.ufpr.br/doiPontos/article/view/30454/20916>

RODAS, Francisco Cortés. Una crítica a las teorías de justicia global: al  
realismo, a Rawls, Habermas y Pogge. Ideas y valores - **Revista colombiana  
de filosofía**. vol. 59, núm. 142, abril, 2010, pp. 93-110. Disponível em  
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80914956005>

SANDEL, Michael. **Liberalism and the Limits of Justice**. Second Edition.  
New York, Cambridge: University Press, 1998.

SEN, A; WILLIAMS, B. (eds.). **Utilitarianism and Beyond**. New York:  
Cambridge University Press. 1982.

SEN, Amartya. **Merit and Justice**. In: ARROW, K.; BOWLES, S.; 2000.

SEN, Amartya. **Inequality reexamined**. New York: Harvard University  
Press, 1992.

SEN, Amartya. e possibility of social choice. e **American Economic Review**,  
v. 89, n. 3, p. 349-378, 1999.

SEN, Amartya. Equality of What? In: **The Tanner Lecture on Human  
Values**. Stanford University, 1979.

TOCCHETTO, Daniela Goya; PÔRTO JR. Sabino da Silva. **Julgamentos de**

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E  
SUSTENTABILIDADE  
4º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da  
globalização"  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí  
Março 2017

**Justiça Distributiva em John Rawls e Robert Nozick:** uma investigação  
experimental. Disponível em:  
[http://www.ufrgs.br/ppge/pcientifica/2009\\_05.pdf](http://www.ufrgs.br/ppge/pcientifica/2009_05.pdf)

VITA, A. Justiça distributiva. A crítica de Sen a Rawls. **Dados - Revista de  
Ciências Sociais**, v. 42, n. 3, p. 471-498, 1999.

**PARADIGMAS DA CIÊNCIA JURÍDICA: ANÁLISE DA TEORIA DO  
DIREITO, DESDE OS POSTULADOS DO JUSNATURALISMO ATÉ A  
PROPOSTA PÓS-POSITIVISTA DA TEORIA COMPLEXA DO DIREITO.**

**Rudson Marcos<sup>1</sup>**

**INTRODUÇÃO**

Este artigo pretende apresentar reflexões sobre a potencialidade da Decisão Judicial, como mecanismo de aptidão à concepção de um Poder Judiciário eficaz na árdua tarefa de resolução de conflitos existentes na Sociedade atual.

Para tanto, faz-se importante a investigação sobre as diversas vertentes da Teoria do Direito que embasam, especialmente, as circunstâncias que envolvem o Sistema Jurídico, as Fontes do Direito, as Normas e a Decisão Judicial.

O presente ensaio está dividido em três partes.

A primeira parte está destinada à análise da Ciência Jurídica, como campo do saber científico voltado para o desenvolvimento de Paradigmas estabelecidos para a sedimentação tanto do aspecto descritivo quanto descritivo da Ciência do Direito, que possam expressar a melhoria nas condições de relacionamento não só dos indivíduos entre si, mas também entre cada membro da Sociedade e a entidade estatal.

---

<sup>1</sup>Juiz de Direito, em Florianópolis/SC. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí -UNIVALI, Itajaí/SC/Brasil - (1.998). Especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina - CESUSC, Florianópolis/SC/Brasil - (2.014). Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI - (2.009). Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI, em regime de dupla titulação com a Universidad de Alicante (UA)/Espanha. (**Área de Concentração:** Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. **Linha de Pesquisa:** Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade). E-mail: rudsontjsc@gmail.com

A segunda seção do trabalho dedica-se à análise das bases de sustentação dos Paradigmas empreendidos no Jusnaturalismo, como modelo de Teoria do Direito. Aqui, pretende-se fornecer uma concepção conceitual e apresentar as razões históricas, culturais e axiológicas que fundamentaram a sedimentação desta matriz teórica do Direito.

A terceira parte do trabalho está centrada na investigação sobre os pilares de sustentação do modelo teórico do Direito denominado Positivismo Jurídico. Neste particular, promove-se um conceito deste Paradigma do Direito e procura-se inserir sua delimitação no campo de específico da Ciência Jurídica, com vista a abstrair do seu objeto de estudo as nuances peculiares a outros campos do saber, em especial, a Sociologia e a Política.

Na quarta seção deste trabalho, procura-se identificar conceitualmente o modelo denominado de Pós-positivismo Jurídico. Aqui, busca-se fomentar a reflexão acerca da insuficiência de diversos postulados do Positivismo Jurídico e apresentam-se algumas propostas de superação de sua base teórica.

Na quinta parte do trabalho, analisa-se a proposta pós-positivista da Teoria Complexa do Direito, investigando sua abrangência quanto aos postulados das Fontes, Ordenamento, Normas e Decisão Jurídica.

Ao final, são apresentadas algumas considerações atinentes às diferentes propostas paradigmáticas da Teoria do Direito, apontando as dificuldades da operacionalidade de cada uma delas no presente estágio de desenvolvimento civilizacional.

A metodologia empregada no trabalho foi, na fase de investigação, o método indutivo; na fase de tratamento de dados, o método cartesiano e no presente relatório, aplica-se o método lógico-dedutivo.

Ao longo da pesquisa foram utilizadas as técnicas do referente, da categoria,

do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica<sup>2</sup>.

## 1. PARADIGMAS DA CIÊNCIA JURÍDICA.

De início, convém esclarecer que não é escopo do presente trabalho fazer uma profunda investigação acerca dos Paradigmas da Ciência Jurídica. Procura-se, entretanto, de maneira sucinta e mesmo sob o risco de se proceder ao um corte demasiado, apresentar algumas noções e apontar características importantes de cada uma das fases importantes ao desenvolvimento da Teoria do Direito, com vistas a propiciar a reflexão acerca da Decisão Judicial e da utilização do processo como mecanismo apto a concretizar, efetivamente, a melhoria das condições de vida dos indivíduos.

A Ciência Jurídica apresentou ao longo da história alguns Paradigmas científicos, sobre os quais foram edificadas importantes contribuições em favor da Teoria do Direito.

Para o fim proposto no presente estudo, estabelece-se como conceito operacional de Paradigma aquele adotado por KUHN, para quem:

O paradigma representa uma matriz disciplinar ou base teórica, ou seja, indica o conjunto de realizações universalmente aceitas que, durante certo período de tempo, fornece problemas e soluções modulares para determinada comunidade científica.<sup>3</sup>

Já, o conceito de Teoria do Direito, utilizado na presente investigação coincide

---

<sup>2</sup>A metodologia aplicada no presente trabalho tem como base a seguinte obra: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13ª ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

<sup>3</sup>KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 13 e 228-234. Título original: The structure of scientific revolutions.

com aquele adotado por ATIENZA<sup>4</sup>, o qual afirma tratar-se de disciplina dedicada à análise dos conceitos jurídicos fundamentais que são comuns aos diferentes sistemas jurídicos ou ramos do direito.

Os Paradigmas da Teoria do Direito não são estáticos no tempo e no espaço, porquanto possuem variações de ordem cronológica e situacional, a depender das verdades estabelecidas pela Comunidade Científica, em um determinado período da história e em determinados locais.

Os influxos que ensejaram o predomínio de um ou outro paradigma da Ciência Jurídica não se apresentam de maneira linear no tempo, de maneira que no curso da história da humanidade constata-se sucessivas ascensões e declínios de um determinado paradigma, evidenciando sua nota destacada: a circularidade destes paradigmas no desenvolvimento da Teoria do Direito.

## 2. JUSNATURALISMO

O mais antigo e duradouro dos paradigmas da Ciência Jurídica foi o Jusnaturalismo. Ele desfrutou de forte hegemonia entre os estudiosos da Teoria do Direito no mundo ocidental por quase dois mil anos. Sua presença consta de registros desde a antiguidade clássica, com a proeminência das civilizações greco-romana. Seu declínio deu-se em meados do Século XIX, especialmente por ocasião das codificações de diversas legislações, de inúmeros Estados. Sem embargo de ainda existir o acolhimento de suas premissas entre alguns investigadores atuais, constata-se ser bastante minoritária a influência das bases teóricas do Jusnaturalismo, na defesa quanto à atualidade deste paradigma, no presente estágio de desenvolvimento da Teoria do Direito.

O Jusnaturalismo possui características próprias que o distingue dos demais

---

<sup>4</sup>ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2003, p. 239.

paradigmas da Teoria do Direito. As peculiaridades de maior relevância do Jusnaturalismo podem ser apontadas como aquelas indicadas por ZANON Jr, para quem:

A característica mais marcante de tal Paradigma da Ciência do Direito consiste em afirmar a existência de uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo Estado, a qual decorreria da própria natureza humana e seria aferível somente pela boa razão.<sup>5</sup>

No Jusnaturalismo há presença destacada do Direito Natural, o qual, juntamente com o Direito Positivo, forma um ordenamento jurídico dual. No Paradigma jusnaturalista há notável prevalência hierárquica dos postulados de direito advindo da ordem natural sobre o direito legislado, em consideração a alguns critérios peculiares distintivos.

Para essa corrente de pensadores, o Direito Natural é dotado de características relevantes, que o qualificam nesta categoria, a partir de alguns critérios distintivos do Direito Positivo. Estes critérios imanentes ao Direito Natural são apontados por BOBBIO<sup>6</sup> como: a universalidade; a imutabilidade; a existência de fonte naturalmente superior; a condição de ser apreendido pela razão; a consideração de os comportamentos humanos serem reputados como bons ou maus por si mesmos e; por fim, a distinção quanto ao critério de valoração das ações, na medida em que o Direito Natural estabelece aquilo que é bom, enquanto o Direito Positivo, aquilo que é útil.

Em razão destas prerrogativas, o Direito Natural, justamente por ostentar posição hierárquica superior sobre o direito legislado, suplantaria a norma

---

<sup>5</sup>ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas, 2015, p. 64.

<sup>6</sup>BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** – Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 22-23. Título original: Não disponível no exemplar utilizado.

estabelecida pela estrutura estatal, em caso de eventual colisão entre ambas. Para esta corrente, a fonte do direito está calcada na existência de partículas morais na natureza (mórons), de modo que, quando o direito legislado ofende o ordenamento natural há de ser reconhecido como injusto, com a consequente inaplicabilidade do direito estatal.

Sob a perspectiva da Teoria da Decisão, a aplicabilidade dos postulados relacionados ao Jusnaturalismo sofre severas críticas, especialmente diante da baixa segurança jurídica que dispõe, eis que o valor alçado à condição de justiça advindo da norma natural é deveras subjetivo.

Estas censuras são sintetizadas por ZANON Jr., para quem:

As críticas em face de tal linha de pensamento repousam na dificuldade de se estabelecer quais são os ditos direitos superiores com lastro apenas no argumento de racionalidade, em face de sua imprecisão e ambição, carente de previsibilidade e de difícil sindicabilidade (accountability).<sup>7</sup>

As correntes teóricas que embasaram o Paradigma jusnaturalista entraram em declínio, principalmente, com a consagração dos movimentos de codificação, iniciados com a edição do Código Civil francês, instituído por Napoleão Bonaparte, a partir do início do Século XIX.

O maior grau de previsibilidade decorrente dos enunciados do direito posto, codificado e instituído pelos Estados, conferiu sensível amplitude para a almejada segurança jurídica, de modo que os postulados jusnaturalistas passaram a ruir, entrando em verdadeira crise paradigmática. Nestas condições, fortaleceu-se um novo Paradigma da Ciência do Direito, o denominado Positivismo Jurídico, que se passa a abordar.

---

<sup>7</sup>ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 66.

### 3. POSITIVISMO JURÍDICO

O Juspositivismo, denominação sinônima do Positivismo Jurídico, passa a ser, então, a referência paradigmática da Ciência Jurídica, desde meados do Século XIX, por meio de delineamentos de novas bases teóricas voltadas para o desenvolvimento da Teoria do Direito.

Relativamente à existência ou não de neutralidade operada pelos juspositivistas DIMOULIS defende que:

O positivismo jurídico é uma teoria do direito que não professa a neutralidade do estudioso no sentido de um imperativo de reserva política e de abstenção da crítica. A neutralidade é uma opção metodológica que permite uma clara distinção entre as abordagens descritivas do sistema jurídico 'como ele é' e as críticas elaboradas pelo estudioso em relação ao objeto descrito.<sup>8</sup>

O Positivismo Jurídico apresenta duas fases bastante destacadas. A primeira denomina-se Positivismo Jurídico Exegético. Numa etapa superveniente surgiu a corrente conhecida por Positivismo Jurídico Normativista.

A primeira fase do Positivismo Jurídico resultou da reação promovida pela escola de pensadores da Exegese contra os postulados do Jusnaturalismo, basicamente, com vistas ao alcance de uma maior segurança jurídica na Teoria do Direito. Dentre as características mais proeminentes do Paradigma juspositivista encontram-se: 1) a tese da separação entre o Direito e Moral; 2) a construção um ordenamento jurídico unitário, em contraposição ao ordenamento dual, preconizado pelos jusnaturalistas, por meio da edição de Regras postas; 3) a edificação de um sistema hierárquico de Normas, pautado no critério de validade formal de Regras; 4) a aplicação das Normas instituídas pelo critério de subsunção e, também, 5) o reconhecimento da

---

<sup>8</sup>DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 40.

discricionariedade judicial para a resolução dos casos difíceis.

Nesta primeira fase do Positivismo Jurídico constata-se um movimento de forte reação aos postulados do Jusnaturalismo, em prol da promoção e busca por maior segurança jurídica e pela eliminação da construção de um sistema jurídico advindo, preponderantemente, de uma ordem natural.

A escola exegética do Positivismo Jurídico buscou edificar uma teoria voltada para a criação artificial do Direito, por meio da positivação de regras advindas da autoridade estatal (Direito Posto). Ficou notabilizada pela crença na completude do Ordenamento Jurídico, pela qual se acreditava que todas as ações humanas, as relações intersubjetivas e aquelas havidas entre o Estado e a Sociedade poderiam ser objetos de normatização, de maneira completa, sem ambiguidades, antinomias ou lacunas.

Na esfera da Decisão Judicial, esta corrente juspositivista propõe um enfoque estritamente legalista, pautado na aplicação da norma, exclusivamente, pelo critério da subsunção, pelo qual a função judicante seria reduzida ao empreendimento do método lógico-dedutivo, por meio do qual, caberia, tão-somente, encaixar os fatos lhe submetidos à norma positivada, previamente estabelecida pela autoridade estatal. Não por acaso, nesta etapa do desenvolvimento desta Teoria do Direito, cunhou-se a expressão Juiz "boca da lei", cujo objetivo principal era ceifar a possibilidade de discricionariedade durante a atividade judicante.

ZANON Jr, ao discorrer sobre este período destaca que:

Na primeira etapa deste movimento, chamado Positivismo Jurídico Exegético ou Legalista (ou ainda Paleopositivismo) acreditava-se que seria possível construir um Direito Positivo tão completo e perfeito que o Juiz poderia ser apenas o "boca da lei" (Bouche de la Loi), aplicando a regra democraticamente posta pelo legislador sem interferências subjetivas e inseguras. É a época do Código de Napoleão e da Escola da Exegese (école de l'exégèse). Este modelo superou a ideia de que

existira um Direito Natural extraído da Moral e, de tanta aversão que se tinha quanto à possibilidade de juízos morais suplantarem a segurança possibilitada pela legislação positiva, foi proposto que simplesmente o Direito não tinha qualquer relação com a Moral. A juridicidade seria um produto social diferente externo à moralidade.<sup>9</sup>

Diante da fragilidade de alguns pontos essenciais que embasaram o Positivismo Jurídico, em sua vertente exegética, essa escola de pensamento não prosperou. Várias são as razões que se possam apontar para o fracasso, dentre as quais, a desconsideração da função política exercida pelos membros do Poder Judiciário, a esvaziar, paulatinamente, a ideia de Juiz "boca da lei". Além disso, a prática cotidiana demonstrou, peremptoriamente, a incompletude e vagueza do ordenamento jurídico, a evidenciar sensível dificuldade em operar com a técnica de decisão por mera subsunção dos fatos ao Direito posto.

O Juspositivismo também apresenta distinta classificação em consideração às abordagens relacionadas às teorias das Fontes Sociais e da separação entre Direito e Moral. Daí porque é possível identificar a divisão entre Positivismo Jurídico Exclusivo e Positivismo Inclusivo.

Na corrente defensora do Positivismo Exclusivo, constata-se um grande esforço para a consolidação da tese quanto à separação entre o Direito e a Moral, exatamente por apregoar um Paradigma da Ciência Jurídica pautado privativamente em um ordenamento positivado, no qual se rejeita a inclusão de critérios morais, relegando o elemento axiológico para outros campos do saber, especialmente a sociologia e a política, com vistas a excluir o elemento "Moral" do objeto de estudo da ciência jurídica.

Sucedee, então, uma nova etapa do Positivismo Jurídico, denominado Juspositivismo Normativista. Dentre vários pensadores, esta fase é

---

<sup>9</sup>ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 126.

inaugurada, destacadamente, por Hans Kelsen e Herbert Lionel Adolphus Hart e, posteriormente, aperfeiçoada por Norberto Bobbio.

Em que pese a constatação de que houve reformulações importantes desta corrente de pensamento, com relação à escola exegética juspositivista, porém, é importante destacar a manutenção dos principais fundamentos que embasaram o Positivismo Jurídico desde o seu nascedouro, em especial, a consideração do aspecto descritivo como objeto central da Ciência Jurídica, qual seja: o "direito posto". Vale dizer: o objeto de investigação desta Ciência é depurado a partir de como o "direito é" e não aventado em como "deveria ser" (aspecto prescritivo).

As características mais marcantes desta vertente do Juspositivismo e que bem demonstram serem, em verdade, desdobramentos das teses anteriores a este movimento, podem ser apontadas da seguinte forma:

Primeiramente, pelo reconhecimento quanto à insuficiência quanto à concepção de um Judiciário, caracterizado por Juízes do tipo "boca da lei", diante da relevância deste órgão, erigido à condição de Poder, para o equilíbrio democrático das instituições estatais e que deve ser exercido no mesmo patamar de importância dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em segundo lugar, pela constatação quanto à inadequação da ideia de completude da Ordem Jurídica, porquanto evidenciada que a regra estatal, não raras vezes, traz ambiguidades (em relação ao alcance e sentido de sua previsão), antinomias (quando textos legais são contraditórios entre si) ou, principalmente, a lacuna (caracterizada pela ausência de regra legal sobre determinada situação fática). Nestas circunstâncias, o julgador atua tal qual o legislador, na medida em que, por meio da decisão judicial, há genuína criação de Norma Jurídica, em concreto.

Também se afigura marcante o esforço da escola normativista do Positivismo Jurídico voltado para o estabelecimento de critérios de validade formal das

regras estatais estabelecidas, hierarquizando-as, em resposta à inflação legislativa, emanada das diversas esferas federativas do Estado, além dos inúmeros órgãos e instituições que o compõem. Daí surgir a organização de regras sob a forma de pirâmide escalonada, concebida por Hans Kelsen.

A constatação da incompletude do Ordenamento Jurídico fez nascer a solução voltada para o reconhecimento quanto à necessidade de se conceber alguma margem de discricionariedade para a decisão judicial, especialmente naquilo que se passou a denominar de casos difíceis (*hard cases*), notabilizados pela constatação de que alguns fatos submetidos à apreciação judicial não se enquadram perfeitamente na hipótese contemplada na regra estatal pré-estabelecida (teoria da moldura) ou na completa lacuna legislativa sobre determinado fato levado à análise judicial.

Releva indicar a presença da vertente juspositivista denominada Positivismo Jurídico Inclusivo, classificação desta Teoria do Direito calcada sob o critério da teoria das Fontes Sociais do Direito, emblematicamente representada por Hart e Bobbio.

Esta escola juspositivista admite, expressamente, que a Norma legislada recebe influência dos influxos advindos da Moral, a evidenciar que a cisão entre Direito e Moral é relativizada, por essa matriz teórica, a qual desconsidera a concepção quanto à exclusão do elemento "Moral" como objeto da Ciência Jurídica.

Com efeito, é constatável a presença de valores éticos e morais no aspecto interno da norma legislada, na medida em que esta é dotada de maior eficácia e legitimidade social, com a conseqüente maior probabilidade de cumprimento, quando tal regra espelha valores morais presentes no seio social.

Mas esta vinculação entre a Moral e o Direito, mesmo em menor grau de aproximação, não se mostra unânime perante os Juspositivistas atuais. No

Brasil<sup>10</sup>, há corrente positivista do Direito que critica com veemência qualquer ligação entre Moral e Direito, sob o fundamento básico de que, com esta aproximação corre-se o risco de se conceber um amplo e indevido poder discricionário aos julgadores, possibilitando-lhes oportunas ponderações axiológicas na busca das melhores soluções a seu talante, em detrimento à segurança jurídica e colidindo com o dever de decidir conforme as exigências morais da comunidade e não do julgador.

O Juspositivismo vem sendo alvo de torrenciais críticas, ao longo das últimas décadas, especialmente a partir do período de pós-guerras, na segunda metade do Século XX, razão pela qual é possível se verificar na atual quadra do desenvolvimento da Teoria do Direito, o surgimento de um novo Paradigma da Ciência Jurídica, a saber o Pós-positivismo Jurídico, que passa a ser objeto de análise em campo próprio.

#### **4. PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO**

As bases de sustentação do Positivismo Jurídico têm sido fortemente contestadas na atualidade, exurgindo, em consequência, diversas propostas teóricas voltadas para a sua superação. A estas proposições teóricas tem-se denominado Pós-positivismo Jurídico.

Sob a perspectiva da Política do Direito, as bases teóricas do Juspositivismo são fortemente criticadas por assumirem um compromisso com a manutenção de *status quo*, através da adoção de instrumentos que se prestam à manutenção do direito estabelecido pelas forças políticas dominantes no Estado, independentemente da carga valorativa proveniente das regras estatais impostas.

---

<sup>10</sup>Neste sentido: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político, p. 96-97.

Os pós-positivistas sustentam que o Juspositivismo apresenta incorreção ao desprezar a possibilidade de o julgador descobrir o sentido valorativo da norma lhe submetida à apreciação, por meio da construção de processos hermenêuticos, que possibilitem o reconhecimento de um sistema jurídico formado, não somente por Regras, mas também e destacadamente composto por Princípios Jurídicos, que espelham valores compartilhados pela Sociedade, com os quais, as Regras hão de compatibilizar.

O critério de validade meramente formal da Norma Jurídica, defendida pelos juspositivistas, assim compreendida como aquela que aponta para a sua validade, tão-somente, o respeito ao trâmite legislativo e a instituição pelo órgão competente, também é apontada pelos críticos como insuficiente e deficitária.

Para os pós-positivistas, o critério de validade da norma jurídica não pode desconsiderar o seu caráter material, porquanto é imprescindível ter presente o conteúdo da Regra positivada para fins de avaliação quanto à sua carga valorativa, como vetor determinante, inclusive para se alcançar o sentido da norma jurídica. Vale dizer: o sentido normativo é fruto da construção de um processo hermenêutico que não se encerra com a exegese da Regra Jurídica. Pelo contrário, o texto legal é apenas o início deste processo, o qual deverá levar em consideração, também, outros fenômenos sociais relevantes.

Atualmente, pós-positivistas, como ALEXY<sup>11</sup>, vem propondo uma nova Teoria do Direito, cujas bases principais perpassam pela adoção de critério de validade da norma jurídica, que se relacione com o seu conteúdo material, ao sustentar que o sistema normativo precisa formular normas voltadas à pretensão de correção das condutas humanas. Além disso, ALEXY defende que o sistema jurídico não é composto somente por Regras, conforme defendem os juspositivistas, mas também por Princípios Jurídicos, os quais

---

<sup>11</sup>ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 151. Título original: Begriff und Geltung des Rechts.

apresentam diretivas de eficácia social ou de possibilidade de eficácia aptas a rechaçar Regras jurídicas relacionadas à injustiça extrema. Por fim, este autor defende que o julgador/intérprete do Direito deve considerar o sistema formado por princípios e outros argumentos normativos como um procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.

A escola pós-positivista defende a tese de que critério de validade do Direito recebe influxos decorrentes daquilo que é justo. Para tanto, adota a denominada fórmula cunhada por RADBRUCH, para quem:

O conflito entre justiça e segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como 'direito incorreto', deva ceder lugar à justiça.<sup>12</sup>

Com base nesta premissa, pós-positivistas passaram a defender a necessária vinculação entre o Direito e a Moral, mas não somente uma aproximação fraca, já admitida pelos juspositivista normativistas, mas sim uma vinculação forte, no sentido de que a ligação entre ambas as categorias deve ocorrer, não somente quando se identifica na norma jurídica a "injustiça extrema", mas sim em todas as situações de aplicações da Regra Jurídica, na medida em que esta deve ser sopesada pelo Princípio jurídicos que a sustenta.

A pedra fundamental desta teoria é justamente a identificação dos princípios como elemento integrante da normatividade jurídica.

Princípios jurídicos identificam-se como "mandamento de otimização", no Sistema Jurídico, o qual lhe confere aplicabilidade normativa em diversos graus de realização, a depender das condições reais e jurídicas de

---

<sup>12</sup> RADBRUCH, Gustav. **Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht**, in **Rechtsphilosophie**, 8ª ed., Stuttgart, 1946, p. 345.

implementação de seus postulados.

Nesta linha de raciocínio, ALEXY<sup>13</sup> sustenta a aplicabilidade normativa dos princípios jurídicos, ao lado das regras, pelo critério da ponderação, em reação ao método lógico-dedutivo, de subsunção, apregoado pelos juspositivistas. Daí porque, sustenta, inclusive, a possibilidade de colisão de dois ou mais princípios jurídicos, numa determinada realidade fática, a demonstrar a utilidade da ponderação, por meio da identificação dos diferentes graus de sua normatividade.

A par da vertente pós-positivista, de feição argumentativa – que tem Robert ALEXY como um de seus expoentes, existe também a corrente integrante do Pós-positivismo denominada Principlista – iconizada por Ronald DWORKIN e, no Brasil, representada por Lênio Luiz STRECK.

As distinções entre estas vertentes pós-positivistas são bastante sutis, porquanto na essência, todas se propõem a superar os postulados do Positivismo Jurídico, concebendo um arcabouço teórico voltado para a edificação de novos paradigmas da Teoria do Direito.

Dentre os postulados pós-positivistas destaca-se a tese quanto à origem artificial das fontes jurídicas, decorrentes da conduta humana, seja pelo viés social ou cultural, em contraposição à ideia de fonte natural do direito, apregoada pelos jusnaturalistas. Também se reafirma a prevalência dos Textos Normativos de origem estatal sobre outros padrões de julgamentos, porém é destacada a não-exclusividade da Regra legislada, na medida em que a Moral, os Princípios Jurídicos e políticas públicas influenciam sobremaneira na descoberta e aplicação do Direito.

No que respeita à possibilidade de discricionariedade de julgadores nos casos

---

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 155. Título original: Begriff und Geltung des Rechts.

lhe submetidos, STRECK<sup>14</sup>, um dos maiores expoentes da escola principialista no Brasil, em seu viés hermenêutico, do pós-positivismo, enceta acirradas críticas a esta discricionariedade judicial. Sustenta que a adoção do princípio como instrumento normativo integrante do sistema político e jurídico não deve servir para uma abertura interpretativa, mas ao contrário, os princípios jurídicos possibilitam um fechamento hermenêutico, na medida em que a normatividade forte dos princípios propicia uma blindagem hermenêutica contra o ativismo judicial. Para esta linha de pensadores, o paradigma constitucional principialista ensejou uma torrencial adoção exagerada de princípios, todos com baixa normatividade, o que denomina como sendo o fenômeno do "panprincipialismo".

Outra proposta pós-positivista voltada para superação das bases teóricas do positivismo jurídico é a apresentada por ZANON Jr., por ocasião da formulação daquela que denomina Teoria Complexa do Direito, que passa ser objeto da investigação, em separado.

## 5. TEORIA COMPLEXA DO DIREITO

No âmbito das propostas pós-positivistas, destaca-se como importante contribuição para o desenvolvimento da Teoria do Direito, a formulação idealizada por ZANON Jr<sup>15</sup>, sob a titulação de Teoria Complexa do Direito, na qual o autor analisa a função da Ciência do Direito, a partir da superação paradigmática dos quatro principais pilares de sustentação desta Ciência, a saber: as Fontes Jurídicas, o Ordenamento Jurídico, as Normas Jurídicas e da

---

<sup>14</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org) **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.64.

<sup>15</sup>As principais teses defendidas por ZANON Jr. encontram-se consolidadas na obra: ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**, 2015.

Decisão Judicial.

Trata-se de manifesta proposição pós-positivista, porquanto admite a relação de complementaridade existente entre Moral, Ética e Direito. Para o ZANON Jr., cada uma destas categorias exerce influência sobre as demais, não somente por ocasião da criação do Texto Normativo, mas também no ensejo da decisão ou aplicação da Norma Jurídica. Em razão disso, constata-se uma retroalimentação contínua do sistema normativo, a evidenciar uma relação complexa e reflexiva entre o Direito, a Moral e a Ética.

Neste particular, faz-se importante distinguir os conceitos operacionais de Texto Normativo e Norma Jurídica.

Para ZANON Jr:

Texto Normativo é uma construção gramatical que limita a amplitude decisória das pessoas em determinada Sociedade, amarrando as expectativas quanto às consequências de ações dentro da respectiva tradição interpretativa. E, de outro lado, a definição de Norma Jurídica é discrepante, porquanto diz respeito ao resultado de um processo interpretativo, movimentando por um questionamento emergente do tecido social, que abrange a articulação das Fontes Jurídicas (não só os textos legais, mas também Princípios, precedentes judiciais, políticas, etc.) de acordo com as peculiaridades fáticas da controvérsia, de modo a permitir a resolução de um problema concreto. Logo, tratam-se de conceitos operacionais inconfundíveis.<sup>16</sup>

De fato, nesta etapa do desenvolvimento da Teoria do Direito, a distinção entre Texto Normativo e Norma Jurídica apresenta especial relevo, notadamente sob o enfoque da Decisão Judicial, na medida em que bem demonstra que Norma Jurídica é conceito que necessita ser construído a partir de um processo hermenêutico que considere diversos elementos sociais e políticos relevantes, para além da Regra gramaticalmente estabelecida pelo

---

<sup>16</sup>ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**, pp. 149-150.

legislador.

Com efeito, a mesma Regra legal pode resultar em distintas Normas Jurídicas, a depender das variações, em razão de alternância de contextos fáticos, sociais, políticos e morais existentes em cada época na Sociedade.

ZANON Jr. traz a contribuição de WARAT sobre o tema, o qual ilustra a distinção entre Texto e Norma Jurídica, com a seguinte situação:

Suponha-se o dispositivo 'é proibido usar biquíni'. Tal preceito hipotético não é intercambiável como uma simples e clara Norma Jurídica ou mesmo Regra, como parece à primeira vista, podendo assumir diferentes significados conforme a época da interpretação e o seu contexto social. Com efeito, se a interpretação ocorrer no âmbito de um convento durante o verão do ano de 1900 implicará a Norma que proíbe a utilização de trajés tão sumários pelas freiras, mesmo em dias quentes, ante a incidência dos influxos dos costumes sociais e da tradição religiosa. Em contrapartida, se a sua inteligência se der no contexto de uma praia de nudismo no ano de 2012, significará Norma absolutamente diversa, ante a interligação da forma gramatical com os costumes sociais e com o Princípio Jurídico da liberdade (que admite uma exceção ao delito de atentado violento ao pudor nestes locais), impedindo que estes banhistas se utilizem sequer de tais vestimentas mínimas.<sup>17</sup>

O exemplo waratino bem demonstra que uma determinada Regra positivada distingue-se substancialmente da Norma Jurídica que dela decorre, porquanto a produção da Norma deriva de um processo hermenêutico, no qual a Regra não se mostra como o ponto de chegada, mas pelo contrário, ela é o ponto de partida do caminho hermenêutico, para o qual deverão ser considerados outros elementos, contextos e fenômenos sociais, históricos e políticos relevantes, os quais exercem influência significativa, senão determinante, nos elementos decisórios formadores da Norma Jurídica para

---

<sup>17</sup>ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. pp. 148-149, que faz referência à obra: WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p. 67.

o caso concreto.

A concepção pós-positivista de construção da norma jurídica pelo caminho hermenêutico revela a importância da interdisciplinariedade na Ciência Jurídica, na medida em que conhecimentos advindos de outras áreas do saber, que não a específica do Direito, relacionam-se diretamente com esta Ciência, a ponto de influenciar, sobremaneira, quando da prolação de Decisões Judiciais, especialmente nos chamados casos difíceis (*hard cases*), caracterizados pela omissão legislativa, vagueza ou ambiguidade da norma, frente a um caso concreto.

A Teoria do Direito adjetivada como "complexa", conforme expressão cunhada por ZANON Jr, está relacionada à ideia de complexidade, no sentido de "qualidade atribuída aos fenômenos que são influenciados por diversos elementos, inclusive reflexivamente, e que podem ser analisados sob vários ângulos distintos."<sup>18</sup>

Doravante, passa-se à análise desta teoria, em atenção à proposta de superação dos postulados do Juspositivismo, através da redefinição das quatro bases de sustentação da Ciência Jurídica, a saber: as Fontes Jurídicas, o Ordenamento Jurídico, as Normas Jurídicas e da Decisão Judicial, as quais serão estudadas individualmente.

No que se refere às Fontes Jurídicas, estas são conceituadas por ZANON Jr, como sendo "os argumentos teóricos (elementos de determinação) admitidos pelo Direito como legítimos limitadores para tomada de decisões em uma Sociedade específica."<sup>19</sup>

Do conceito operacional de Fontes Jurídicas infere-se premente preocupação do autor mencionado com a limitação ou restrição da atividade decisória,

---

<sup>18</sup>ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**, p. 227.

<sup>19</sup>ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**, p. 228.

elemento inafastável de legitimidade democrática da atividade jurisdicional.

Entretanto, isso não quer dizer que o Texto Normativo seja o exclusivo elemento condutor para o exercício da atividade interpretativa voltada para a formação da Norma Jurídica. Ao contrário, o julgador/aplicador deve se valer do diálogo entre as diversas Fontes do Direito (como aumento da sua base de conhecimento) para o fim de indicar o caminho interpretativo possível, na análise do caso concreto. Porém, este caminho interpretativo deve espelhar um fechamento hermenêutico, no sentido de indicar a impossibilidade de argumentos outros que não aquele empregado pelo julgador/aplicador e que deve estar sustentado em vetores principiológicos.

Por esta construção doutrinária, as Fontes Jurídicas operam em decorrência da cultura jurídica de cada Sociedade específica, diante de suas próprias peculiaridades, daí porque se aceita a utilização de preceitos religiosos como Fonte do Direito em alguns povos, nos quais a religião possui estreita vinculação com a atividade estatal, tal como ocorre em Sociedades muçulmanas.

A tese quanto à multiplicidade de Fontes Jurídicas proposta por ZANON Jr. e suas variantes em relação à força da aplicabilidade, bem como o modo de estabelecimento e as suas formas de supressão ou modificação, pode assim ser assim graficamente representada<sup>20</sup>:

---

<sup>20</sup> Este quadro sinóptico consta da obra: ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**, p. 183.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E  
SUSTENTABILIDADE  
4º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da  
globalização"  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí  
Março 2017

Fontes	Força	Estabelecimento	Supressão - Modificação
Textos Normativos	Intransponível (salvo legislação infraconstitucional por Princípio constitucional expresso)	Positivção	Revogação, total (ab-rogação) ou parcial (derrogação)
Princípios Jurídicos	Intransponíveis quando expressos ou vinculantes quando tácitos	Positivção ou construção argumentativa	Derruição
Jurisprudência	Influência decisiva, embora a legislação estabeleça hipóteses de força intransponível ou vinculante	Fundamentação Judicial	Superação (overruling)
Doutrina	Influência decisiva	Produção científica (Paradigmas)	Crise científica
Políticas Executivas	Influência decisiva	Programação governamental	Reprogramação governamental
Ética	Influência decisiva	Convergência de parâmetros morais	Modificação valorativa
Costumes	Influência limitada	Prática reiterada	Dessuetude
Estudos Interdisciplinares	Influência limitada	Produção científica (Paradigmas)	Crise científica

No que se refere à Teoria do Ordenamento Jurídico, ZANON Jr. refuta a tese kelsiana quanto à proposição piramidal de escalonamento hierárquico do ordenamento jurídico, porquanto defende a superação deste modelo de validade formal, calcado exclusivamente no critério de *pedigree*.

Para tanto, o autor preconiza o estabelecimento de um Ordenamento Jurídico em formato orbital, composto de microssistemas caracterizados por serem multirreflexivos.

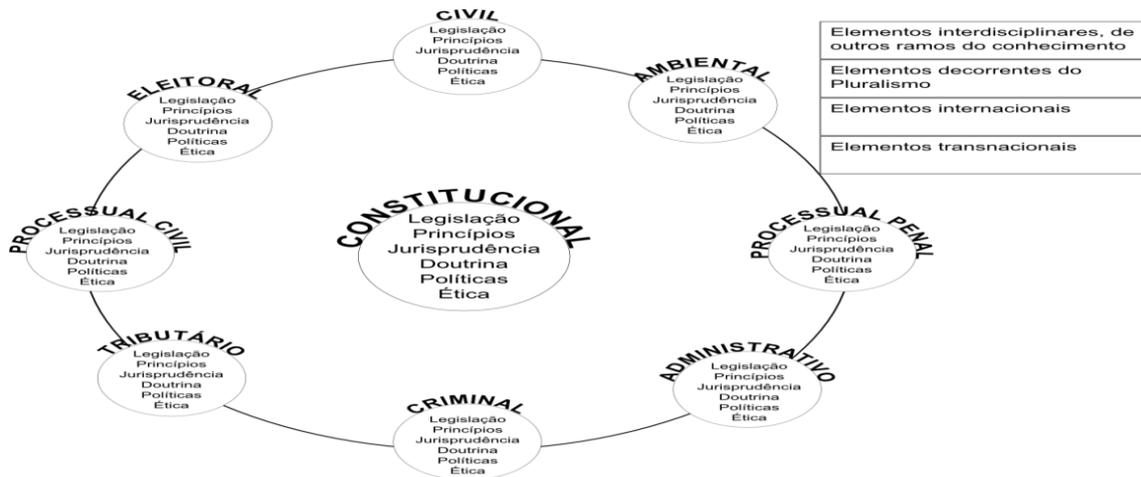
Neste cenário, a Constituição desfruta de posição privilegiada, caracterizada como elemento central, material e formalmente do Ordenamento Jurídico e dotada de força centrífuga e centrípeta irradiante e contramajoritária.

Além disso, defende-se a ideia de que cada sistema, por si só, possua diversas camadas de padrões de julgamento.

Graficamente<sup>21</sup>, a Teoria do Ordenamento Jurídico, defendida por Zanon Jr, no âmbito da proposta da Teoria Complexa do Direito, assim fica estabelecida:

---

<sup>21</sup>O quadro apresentado consta da obra: ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**, p. 194.



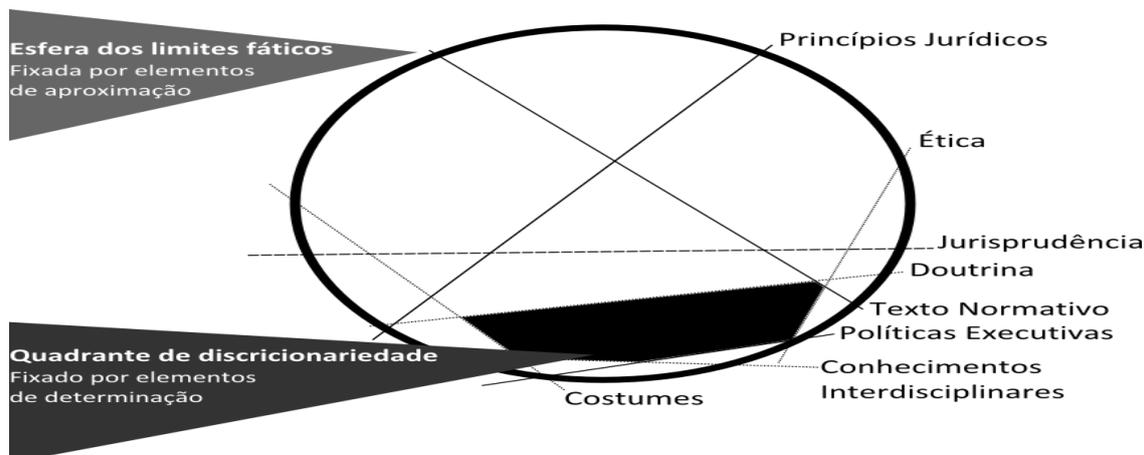
Por sua vez, os elementos configuradores da revisitação da Teoria da Norma Jurídica indicadas na Teoria Complexa do Direito expõem a consideração de se reputar a Norma Jurídica como resposta a um problema fático, concretamente.

Além disso, empreende-se a ideia de construção de um processo hermenêutico voltado para a construção da Norma Jurídica notabilizada pelo "start" dado pelo caso concreto.

Aqui neste ponto, também se defende a posição de conformação e existência de diversos elementos voltados para a construção do padrão decisório. E é por esta razão que a discricionariedade quanto à utilização dos padrões de julgamentos são radicalmente reduzidos, diante das fontes limitadoras.

A representação gráfica<sup>22</sup> da Teoria da Norma Jurídica, na proposta operada na Teoria Complexa do Direito pode ser identificada pela seguinte:

<sup>22</sup>O gráfico indicado consta da obra: ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**, p. 214.



Por fim, quanto aos aspectos inerentes à Teoria da Decisão Jurídica, constantes do âmbito da Teoria Complexa do Direito, importa inicialmente apresentar o conceito operacional proposto pelo autor, o qual conceitua como sendo:

A decisão jurídica é a implementação de uma conduta de acordo com a Norma Jurídica. É chamada de deliberação judicial quando praticada por uma autoridade no exercício da jurisdição, na qualidade de órgão de revisão das condutas praticadas em Sociedade, com poder de imposição mediante emprego de força intimidativa ou física (adjudicação de direitos).<sup>23</sup>

Com efeito, os temas da legitimidade e da discricionariedade jurisdicional, nesta toada, são deslocados para as Teorias das Fontes e da Norma Jurídica, anteriormente analisadas.

Ademais, a Teoria da Decisão Judicial está voltada para a discussão sobre a fundamentação dos elementos de convicção insertos na decisão, bem como sobre a análise das conseqüências aplicáveis à conduta daquele que opta ou não em transgredir a norma jurídica.

<sup>23</sup>ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**, p. 223.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A título de derradeiras considerações, reputa considerar o caráter científico do estudo do Direito, o qual teve, ao longo do seu desenvolvimento, destacados processos de ruptura paradigmática em seus postulados.

As bases teóricas do Jusnaturalismo foram importantes para uma concepção científica da Teoria do Direito. Contudo, a reputação de normas naturais, como elemento da divindade, não se sustentaram.

Exsurgiu, posteriormente, a Teoria do Positivismo Jurídico voltada para a depuração do objeto da Ciência Jurídica de elementos que não se relacionassem com a edificação de critérios de validade formal das normas, especialmente com a exclusão do elemento "Moral" desta Teoria do Direito.

Paulatinamente, o elemento "Moral" retornou para o centro do debate da Ciência Jurídica, a ponto de, atualmente, serem praticamente unânime até mesmo dentre os juspositivistas o influxo deste elemento na conformação do Direito.

Para a superação dos pilares de sustentação do Positivismo Jurídico, atualmente, Cientistas do Direito vem envidando esforços para o estabelecimento de Paradigmas voltados para consolidação de uma nova Teoria do Direito. O Pós-positivismo Jurídico.

Neste cenário, dentre as diversas propostas pós-positivistas, o presente trabalho optou por priorizar aquela indicada por ZANON Jr, intitulada de "Teoria Complexa do Direito".

Por meio desta Teoria, apresenta-se uma releitura dos fundamentos integrantes dos postulados do Positivismo Jurídico, especialmente aqueles relacionados às Fontes Jurídicas, o Sistema Normativo, as Normas jurídicas e Decisão Jurídica, concebendo contornos próprios a cada um destes fundamentos, com vistas a aproximar as bases teóricas estabelecidas com a

realidade jurídica complexa presente nos dias atuais.

Também é importante destacar que a "Teoria Complexa do Direito" fornece um arcabouço teórico de base voltado para empreender uma maior restrição quanto à discricionariedade da atividade do julgador/aplicador.

Muito ainda há por se construir, mas certamente a Teoria Complexa do Direito traz importantes contribuições para consolidação de um modelo de justiça destinado à resolução de conflitos advindos de uma Sociedade globalizada, multicultural e altamente complexa, como a dos dias atuais.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Título original: *Begriff und Geltung des Rechts*.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** – Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. Título original: Não disponível no exemplar utilizado.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009. Título original: *The structure of scientific revolutions*.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E  
SUSTENTABILIDADE  
4º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da  
globalização"  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí  
Março 2017

RADBRUCH, Gustav. ***Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht,***  
***in Rechtsphilosophie***, 8ª ed., Stuttgart, 1946.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª Ed. Porto Alegre:  
Sérgio Fabris, 1995.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**, Florianópolis:  
Empório do Direito, 2016.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba:  
Prismas, 2015.

## **A JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE E A DEFENSORIA PÚBLICA**

**Ana Paula Gilio Gasparotto<sup>1</sup>**

**Claudia Fidelis<sup>2</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

O direito à saúde por ser trazido pela Constituição Federal de 1988 como um dever do Estado e um direito de todos vem impulsionando o Poder Judiciário a suprir as falhas da Administração Pública no que tange a implementação de políticas públicas na área da saúde, gerando com isso o fenômeno da judicialização.

Dessa forma, esse trabalho abrange questões relevantes que devem ser analisadas em se tratando de judicialização na saúde, bem como a atuação da Defensoria Pública no que tange a efetivação do direito à saúde, mostrando experiências positivas do Estado de Rondônia que tem ajudado na redução da judicialização, obtendo, com isso, uma otimização das prestações realizadas na área da saúde.

### **1. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

Segundo o art. 196 da Constituição Federal de 1988 a saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo que o Poder Público deve prestá-la mediante

---

<sup>1</sup>Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR.

<sup>2</sup>Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR

políticas públicas e sociais que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos bem como através do acesso universal igualitário das ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Tal dispositivo prevê a observância do princípio constitucional da isonomia previsto nos seus arts. 3º, IV, e 5º, "caput", que estabelece que todos são iguais perante a lei.

O direito a saúde é um direito fundamental social, uma vez que:

[...] todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional ou mesmo que estejam (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil.<sup>3</sup>

Ademais, os "direitos fundamentais são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. São direitos inerentes a existência humana".<sup>4</sup>

O termo direitos fundamentais apareceu na França depois da Revolução Industrial, no século XIX, já a expressão direitos sociais surgiu significativamente no século XX com as constituições do México (1917) e da Alemanha (1919).<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> SARLET, 2006, p. 560 *apud* FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas**. Ano 1. n. 1. Vol. 2. Escola de Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2008, p. 415.

<sup>4</sup> VIAL, Sandra Regina Martini; OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler de. **O direito à saúde e os determinantes sociais**. Ano 1. n. 1. Vol. 2. Escola de Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2008, p. 281.

<sup>5</sup> LÜDKE, Welington Eduardo. **Políticas públicas de saúde e a tensão entre os poderes: fortalecimento da via administrativa para harmonização dos conflitos**. Dissertação mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012.

Insta salientar que o direito a saúde no Brasil somente foi reconhecido como direito fundamental com o advento da Constituição Federal de 1988, sendo que no âmbito internacional a Constituição Italiana foi a primeira a reconhecer tal direito como direito do indivíduo e de interesse da coletividade.<sup>6</sup>

"A inclusão da saúde como um direito social, apenas demonstra sua amplitude em relação ao direito individual, uma vez que, a sociedade deve ser vista como um todo e não mais em uma concepção solipsista".<sup>7</sup>

Destarte, o art. 6º da CF/88 assim dispõe: São direitos sociais a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Além da garantia constitucional, a Lei n. 8.080/90, garante a todo ser humano o direito à saúde, estabelecendo, inclusive, quais são os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde – SUS (art. 7º) e incluiu a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência (inciso I).

Necessário trazer a baila o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria

---

<sup>6</sup> VIAL, Sandra Regina Martini; OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler de. **O direito à saúde e os determinantes sociais**. Ano 1. n. 1. Vol. 2. Escola de Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2008.

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de resposta corretas em direito**. 2 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 44.

Lei Fundamental do Estado (Agravo Regimental no RE 393175. Agravante: Estado do Rio Grande do SUL. Agravado: Luiz Marcelo Dias e outro. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006.)

Cumpre destacar que a efetivação do direito à saúde também está relacionado ao meio ambiente, uma vez que "O Estado Socioambiental objetiva a concretização de uma existência mais sadia, proporcionando às pessoas uma melhor qualidade de vida e de satisfação dos direitos socioambientais."<sup>8</sup>

Assim, está esculpido na Constituição Federal em seu artigo. 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.

Silva<sup>9</sup> ao tratar do tema considerou:

[...] Toma consciência de que "a qualidade do meio ambiente se transformara num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja preservação, recuperação e revitalização se tornaram um imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento." (sem grifo no original)

Outrossim, dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, incrustado na Carta Magna, destaca-se o da defesa do direito à dignidade da pessoa humana (art.1º, inciso III). O acesso à saúde, e, portanto, o direito à saúde é aspecto fundamental, indisponível e condição à

---

<sup>8</sup> BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne. **A judicialização da política e as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal**. Revista Paradigma, 2009. Disponível em: <file:///D:/Favoritos/Downloads/43-172-3-PB%20(1).pdf>. Acesso em 20 de dezembro de 2016, p. 132.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9 ed., Malheiros Editores, 1993, p. 818.

efetividade da existência digna do ser humano.

O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional.<sup>10</sup>

Ambos os direitos emanam de um direito constitucionalmente tutelado e de maior dimensão: o direito à vida inserto no art. 5º, "caput", da Constituição Federal, de natureza inequivocamente indisponível. Como ensina Silva<sup>11</sup>, trata-se da fonte primária de todos os outros bens jurídicos e

[...] de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência. Este consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo.

Em razão de demasiado subjetivismo são inúmeras as definições do conceito de saúde, contudo a Organização Mundial de Saúde (OMS), com intuito de estabelecer um padrão define a saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de doença ou enfermidade."<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. Disponível em > <http://www.ebah.com.br/content/ABAAABfxcAG/a-eficacia-dos-direitos-sociais-professora-flavia-piovesan>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9 ed., Malheiros Editores, 1993, p. 198.

<sup>12</sup> OMS. **Constitution of the World Health Organization**: health is a state of complete physical, mental and well-being and not merely the absence of disease or infirmity. Disponível em: <[http://whqlibdoc.who.int/hist/official\\_records/constitution.pdf](http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf)>.

Segundo Vial<sup>13</sup> sempre se encontra conceito de saúde "como mera ausência de doença", todavia para a citada autora saúde "é um bem da comunidade", que "se constitui em um sistema social diferenciado funcionalmente". Saúde é um bem jurídico relacionado de forma indissociável com o maior bem jurídico que existe, a vida.<sup>14</sup>

O conceito de acesso à saúde é amplo, englobando desde o atendimento médico, passando pelo serviço hospitalar e cirúrgico, até o fornecimento de medicamentos, remédios ou similares, sem se olvidar de outros aspectos.

A conjugação destes dispositivos, da doutrina e da jurisprudência demonstra que toda população tem direito à saúde, norma de eficácia plena e imediata que tem dimensão subjetiva, sendo o Poder Público responsável obrigacional pelo atendimento deste direito de caráter fundamental.

Insta ressaltar que a efetivação do direito à saúde não depende exclusivamente das políticas públicas relacionadas à saúde, mas também ao ambiente e as condições básicas oferecidas à população pela Administração Pública, incluindo saneamento básico, moradia e água potável, demonstrando, dessa forma, a importância ao meio ambiente equilibrado, que a Constituição Federal tutela como direito fundamental.

---

Acesso em: 19 de dezembro de 2016. Tradução nossa.

<sup>13</sup> VIAL, Sandra Regina Martini Vial. **Sistema da saúde e transformação social**. In STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 248-249.

<sup>14</sup> AITH, 2007, p. 92 *apud* VIAL, Sandra Regina Martini Vial. **Sistema da saúde e transformação social**. In STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 281.

## 2. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Devido à baixa efetividade do direito à saúde "o Poder Judiciário tem sido convocado a manifestar-se de forma crescente sobre questões que tradicionalmente eram resolvidas na esfera política, um movimento traduzido pela judicialização da política."<sup>15</sup>

Destarte, o fato de muitas vezes o Poder Público não cumprir com seu papel, implantando corretamente as políticas públicas, principalmente na área da saúde, fez com que nascesse o fenômeno da judicialização da política, "a crescente confiança em cortes e meios judiciais para resolver problemas essencialmente morais, questões de políticas públicas e controvérsias políticas".<sup>16</sup>

Nesse cenário, existe uma crescente discussão acerca da judicialização de políticas, sendo que segundo Rocha e Barbosa.<sup>17</sup>

Defensores do ativismo consideram que a prática se constitui em um meio de efetivação dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988. Sustentam uma participação ativa do Poder Judiciário em áreas até então resguardadas à apreciação por parte do legislativo e do executivo em campos como saúde e educação, e justificam-na sob o argumento da insuficiência na atuação desses poderes, que deve ser suprida pelo Poder

---

<sup>15</sup> ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da Rocha; BARBOSA, Claudia Maria. **O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. UniCEUB, 2015. v. 5, p. 116.

<sup>16</sup> HIRSCHL, 2006-2007, p. 721 *apud* ZAGURSKI, Adriana Timóteo dos Santos; PAMPLONA, Danielle Anne. **Judicialização da saúde e orçamento Público**. 26 de Janeiro de 2016. Disponível em <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/6498>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2016.

<sup>17</sup> ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da Rocha; BARBOSA, Claudia Maria. **O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. UniCEUB, 2015. v. 5, p. 117.

Judiciário.

De outro lado têm-se posicionamento de que o Judiciário é o último recurso a quem a sociedade deve recorrer, devendo impor-se limites e parâmetros para uma atividade jurisdicional mais racional e responsável no acesso à saúde.<sup>18</sup>

O protagonismo do Judiciário pode não ser a solução para a falta de acesso da população a bens e serviços, porém, deve-se admitir a reivindicação judicial uma vez que, de acordo com o comando legal, estes direitos possuem eficácia imediata.<sup>19</sup>

Segundo Rocha e Barbosa<sup>20</sup> "o ativismo enfraquece o Estado Democrático de Direito porque concentra poderes no Poder Judiciário. Além disso o ativismo contribui para a insegurança jurídica e essa insegurança tem efeitos econômicos perversos."

Nesse diapasão necessário trazer à baila o entendimento de Hachem<sup>21</sup>:

É preciso ter em mente, contudo, que o deslocamento do debate a propósito da realização dos direitos sociais para a arena do Poder Judiciário só ocorreu, ao menos no caso brasileiro, em razão das reiteradas falhas da

---

<sup>18</sup> SABINO, Marco Antônio da Costa. **Políticas públicas, judiciário e saúde: Limites, excessos e remédios**. Tese Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Departamento de Direito Processual, 2014.

<sup>19</sup> ZAGURSKI, Adriana Timóteo dos Santos; PAMPLONA, Danielle Anne. **Judicialização da saúde e orçamento Público**. 26 de Janeiro de 2016. Disponível em <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/6498>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2016, p. 104.

<sup>20</sup> ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da Rocha; BARBOSA, Claudia Maria. **O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. UniCEUB, 2015. v. 5, p. 116.

<sup>21</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela Administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Tese Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas. 2014, p. 554.

Administração no cumprimento dos seus misteres. E é lógico que, em grande parte dos casos, não há alternativa senão buscar a proteção jurisdicional. O problema nasce quando a atuação administrativa começa a se pautar nas sucessivas ordens que advêm do Judiciário, as quais impactam diretamente no orçamento público e na programação das atividades da Administração. E com isso, privilegiam-se aqueles que logram acesso aos bens e prestações sociais pela via judicial e prejudicam-se aqueles que, encontrando-se em idênticas condições, deixam de ter o seu direito atendido.

Assim entendem Barbosa e Pamplona<sup>22</sup>:

A teoria constitucional contemporânea, que vem sendo desenvolvida a partir dos anos 60 na Europa e anos 80 na América Latina, também favorece a judicialização da política. A leitura moral da Constituição, a formulação de uma teoria dos princípios, a afirmação da juridicidade das normas então tidas por programáticas, a previsão constitucional de direitos sociais e o amplo rol de direitos fundamentais consagrados, impõem prestações positivas do Estado, preferências políticas por um ou outro princípio, muitas vezes contrapostos, formulação de políticas públicas que priorizem determinados bens e direitos em detrimento de outros (também exigíveis). Enfim, opções que tradicionalmente se faria na esfera política e que se tornaram questões constitucionais, cujo controle cabe ao Poder Judiciário.

Ademais, quando se fala de judicialização de política na área da saúde os temas mais invocados são a reserva do possível e o mínimo existencial. "A reserva do possível é questão que recorrentemente vem alegada pelo Poder Público em sede de defesa. Trata-se de exceção ligada à disponibilidade (fática ou técnica) de recursos para o cumprimento das providências

---

<sup>22</sup> BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne. **A judicialização da política e as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal**. Revista Paradigma, 2009. Disponível em: <file:///D:/Favoritos/Downloads/43-172-3-PB%20(1).pdf>. Acesso em 20 de dezembro de 2016, p. 71.

pleiteadas em Juízo."<sup>23</sup>

Já o mínimo existencial conduz a reflexão de que tal direito pode ser utilizado tanto para obrigar o Estado quanto para limitar o indivíduo. Assim ensina Sabino<sup>24</sup>:

Vê-se que enquanto o mínimo existencial consiste no núcleo duro de direitos que o Estado é obrigado a prover ao indivíduo, também o indivíduo não pode pedir além do necessário a sua vida digna, limitando-se ao mínimo existencial. É a visão negativa, ou bifronte do conceito.

Segundo Hachem<sup>25</sup>:

A escassez de pesquisas nesse tema sob o enfoque do Direito Administrativo deixa em aberto a questão, tornando-se necessário verificar se: (i) à Administração Pública brasileira incumbe somente assegurar ao cidadão condições mínimas de existência digna, que lhe permitam exercer de forma efetiva suas liberdades, restringindo-se o seu dever de atuação a proporcionar a todos uma igualdade de oportunidades como ponto de partida; ou se, diversamente: (ii) sobre ela recai a obrigação de empreender ações positivas que satisfaçam os direitos fundamentais sociais para além do mínimo existencial, como forma de reduzir as desigualdades existentes entre as diversas posições sociais.

Outro ponto a ser abordado são as decisões judiciais na área da saúde, visto que não há uma sólida padronização de seus limites, sendo que os

---

<sup>23</sup> SABINO, Marco Antônio da Costa. **Políticas públicas, judiciário e saúde: Limites, excessos e remédios**. Tese Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Departamento de Direito Processual, 2014, p. 195.

<sup>24</sup> SABINO, Marco Antônio da Costa. **Políticas públicas, judiciário e saúde: Limites, excessos e remédios**. Tese Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Departamento de Direito Processual, 2014, p. 221.

<sup>25</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela Administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Tese Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas. 2014, p. 62.

magistrados decidem com frequência de maneira solitária. Rocha e Barbosa<sup>26</sup> defendem a adoção do sistema de precedentes e assim entendem:

A adoção de um sistema de precedentes parece ser o melhor caminho para compatibilizar a segurança, a previsibilidade e a justeza do processo decisório que respeita regras infraconstitucionais, mas também valoriza os princípios constitucionais e, dessa forma, a efetividade da Constituição. [...].

Os precedentes são estabelecidos pelo próprio judiciário e fundam-se sobre a interpretação que deve ser dada à norma diante de um caso concreto. O precedente não determina ao juiz como determinado fato deve ser julgado, e nesse sentido resguarda o livre convencimento do magistrado. Também não impõe ao juiz qual norma deve ser aplicada ao caso concreto, apenas firma uma interpretação correta a ser dada a uma norma diante de uma situação fática específica.

Cumprido destacar que o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação n. 31, com objetivo de orientar os tribunais na adoção de medidas que subsidiem os magistrados para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde pública, tendo em vista, por exemplo a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas, sendo que tal recomendação estabeleceu aos magistrados, entre outras medidas, que procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata.

Contudo, diante da falta de interação da sociedade, do Poder Público, e do Judiciário é praticamente impossível que as partes desse tipo de demandas sejam capazes de fornecer tais informações, uma vez que a maioria da

---

<sup>26</sup> ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da Rocha; BARBOSA, Claudia Maria. **O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. UniCEUB, 2015. v. 5, p. 127.

população encontra barreiras junto a empresas privadas, bem como na própria Administração Pública, que muitas vezes não consegue ao menos informar dados que obrigatoriamente seriam de seu conhecimento, fazendo com que o paciente e/ou seus familiares se desloquem de um lado para o outro, vivenciando uma verdadeira "peregrinação" para usufruir do direito à saúde de forma digna.

Dessa forma, frequentemente é dada ao cidadão uma tarefa pesada, transferindo a ele a responsabilidade pelo insucesso na concretização do direito fundamental à saúde, visto que se impõem exigências que nem mesmo os setores da Administração são capazes de cumprir quicá o cidadão que se encontra enfermo e muitas vezes desestruturado financeiramente e psicologicamente.

O caminho a ser seguido, diante do caso concreto, deve ser aquele que se mostra mais adequado na efetivação do direito à saúde com mais agilidade, transpondo todos os obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício, seja através de informações prestadas à população a respeito da política pública de saúde perseguida, seja através de procedimentos administrativos e se necessário, judiciais, possibilitando a participação adequada no processo, a uniformidade e a igualdade processual.

Com relação à solução de conflitos via administrativa, Limberger<sup>27</sup> entende que "esta via propícia uma agilização em termo de solução de conflitos, pois dialoga diretamente com o setor que institui a política pública e que por algum motivo esta não foi implementada".

Ademais, como bem assevera Limberger<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Limberger 2010 *apud* LÜDKE, Welington Eduardo. **Políticas públicas de saúde e a tensão entre os poderes: fortalecimento da via administrativa para harmonização dos conflitos**. Dissertação mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012, p. 126.

<sup>28</sup> Limberger 2010 *apud* LÜDKE, Welington Eduardo. **Políticas públicas de saúde e a tensão**  
501

[...] se todas as demandas vão ser discutidas em juízo, em um país de alta litigiosidade, baixo cumprimento espontâneo do direito, pouca credibilidade das instituições públicas ao que se soma por vezes omissões e má gestão dos órgãos públicos, o Judiciário acaba colapsado com grande número de demandas, o que redundará em morosidade.

Nessa seara, avalia-se que o Judiciário surge como um considerável meio de garantia do direito à saúde, surgindo, com isso, a necessidade de um planejamento adequado para a efetivação de tal direito, a fim de combater os efeitos negativos no orçamento público com decisões judiciais que obrigam a implementação de políticas públicas de saúde, bem como reduzir o grande número de demandas que resulta em morosidade no Judiciário, com vistas a agilizar o atendimento médico a quem necessitar.

### **3. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Como a nação brasileira sempre lutou para que o Estado assegurasse seus direitos fundamentais, que eram constantemente violados até mesmo com o respaldo constitucional, promulgou-se a Constituição Federal de 1988, que proclamou o Brasil como um Estado Democrático de Direito, instituiu-se fundamentos, a fim de garantir os direitos de cada cidadão, sendo que, a criação da Defensoria Pública, materializou tais preceitos constitucionais.

A Defensoria Pública é uma instituição encarregada de garantir aos necessitados acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), direito fundamental que não se limita apenas ao Judiciário e suas Instituições, mas à promoção de uma ordem jurídica criadora de sentenças socialmente justas. Essa garantia

---

**entre os poderes: fortalecimento da via administrativa para harmonização dos conflitos.** Dissertação mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012, p. 126.

constitucional é assegurada através da atuação da Defensoria Pública que de acordo com a Carta Magna, em seu art. 134, caput, é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa em todos os graus, dos necessitados.

Nesse sentido proclama Melo:

É imperioso ressaltar, desde logo, Senhor Presidente, a essencialidade da Defensoria Pública como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que também são titulares as pessoas carentes e necessitadas. E por esse motivo que a Defensoria Pública foi qualificada pela própria Constituição da República como instituição essencial ao desempenho da atividade jurisdicional. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.903-7. Requerente: Associação Nacional dos Defensores Públicos. Requeridos: Governador do Estado da Paraíba e outro. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 01 de dezembro de 2005).

Assim entende Ferenczy<sup>29</sup>:

[...] compete, pois, agora, à Defensoria Pública procurar identificar os problemas e obstáculos e seus reflexos que prejudicam o acesso do cidadão carente à Justiça e atacá-los, transpô-los e derrubá-los [...] antes de ser uma obrigação constitucional, é, a Defensoria Pública uma necessidade social.

Além disso, a Lei n. 1.060/50 também garante aos necessitados, na forma da lei, os benefícios da justiça gratuita. A garantia da gratuidade da justiça aos necessitados deriva do princípio da igualdade que tem por fim impedir distinções, discriminações e privilégios arbitrários, preconceituosos, odiosos ou injustificados.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Ferenczy1993 *apud* SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência Jurídica**. São Paulo: Método, 2003, p. 94.

<sup>30</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008, p.. 292.

"O papel da lei não é outro senão o de implantar diferenciações"<sup>31</sup>, com isso, o elemento discriminador aqui adotado tem uma justificativa racional e está de acordo com o fim constitucionalmente consagrado, isto é, o direito ao acesso à justiça a todos. Ademais, tal direito está inserido no rol dos objetivos da República Federativa do Brasil que constituem, entre outros, erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades, construindo uma sociedade livre, justa e solidária.

Cumprir destacar que, a Lei complementar n. 80/94, em seu art. 4º, estabeleceu as funções institucionais da Defensoria Pública, sendo que, de acordo com o artigo 1º da referida lei a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei, tendo, como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 3º).

Cumprir destacar, ainda, que a Defensoria Pública é organizada em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurado aos seus integrantes a independência funcional no desempenho de suas atribuições, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e a estabilidade, sendo vedado aos defensores públicos o exercício da advocacia fora das funções institucionais, por expressa proibição constitucional.

Além disso, os membros da Defensoria Pública possuem prerrogativas especiais e peculiares, para que sejam alcançadas as finalidades da Instituição, nos termos do art. 44, da Lei Complementar 80/94.

A emenda constitucional n. 45/2004 fortaleceu as Defensorias Públicas Estaduais ao constitucionalizar a autonomia funcional e administrativa e fixar

---

<sup>31</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 169.

competência para a proposta orçamentária, nos termos do § 2º, inserido ao art. 134 da Constituição Federal: "§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º."

Desta feita, a Defensoria Pública por ser uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida, como expressão e instrumento do regime democrático e da promoção dos direitos humanos, a orientação jurídica, a postulação e a defesa, em todos os graus e instâncias, judicial e extrajudicialmente, dos direitos e interesses individuais, coletivos e difusos dos necessitados tem atribuição de grande importância na consecução do direito à saúde, influenciando decisivamente nos pleitos que envolvem as prestações de saúde, encaminhando-se primeiramente para a prestação de informações precisas do caminho procedimental a ser trilhado para obtenção de tal direito, seguindo para soluções via administrativa, bem como controle judicial das políticas públicas, melhorando, com isso, o atendimento à população.

No Estado de Rondônia vem sendo desenvolvidas algumas medidas para agilizar a efetividade do direito a saúde e diminuir a judicialização de tais políticas públicas. A Defensoria Pública em parceria com o município de Porto Velho e o Estado de Rondônia lançou em outubro de 2015 um programa intitulado SUS Mediado visando à redução da judicialização na área da saúde, garantindo aos cidadãos carentes o efetivo acesso aos medicamentos fornecidos pelo Estado, sem necessidade de recorrer à Justiça.<sup>32</sup>

O programa prevê que as ações judiciais sejam limitadas às questões de

---

<sup>32</sup> DEFENSORIA DO ESTADO DE RONDÔNIA. **SUS-Mediado: Defensoria e Faculdade Católica fecham acordo.** 2016. Disponível em: <<http://www.defensoria.ro.def.br/site/index.php/component/content/article/1-ultimas-noticias/1019-sus-mediado-defensoria-e-faculdade-catolica-fecham-acordo>>. Acesso em 04 de janeiro de 2017.

urgência/emergência e/ou sempre que verificada a impossibilidade de resolução extrajudicial da demanda.<sup>33</sup>

A fim de potencializar o programa acima referido foi realizado ainda um Termo de Cooperação Técnica com a Secretaria da Saúde do Estado, disponibilizando por parte desta, plantões aos finais de semana e feriados para que a Defensoria Pública possa resolver administrativamente as demandas que venham a surgir nesse período, evitando assim a necessidade de recorrer aos plantões judiciais na comarca de Porto Velho.<sup>34</sup>

Além disso, a Defensoria Pública estendeu o Programa SUS Mediado firmando uma parceria com a Faculdade Católica de Rondônia, com intuito de utilizar o Núcleo de Atendimento Jurídico da Instituição de Ensino para atender a população carente, buscando mais uma vez diminuir a judicialização, economizar recursos do Estado, bem como solucionar rapidamente os problemas enfrentados no que tange a efetivação do direito à saúde.<sup>35</sup>

Cumprir destacar ainda que a Defensoria Pública, através do Núcleo do município de Cacoal, bem como do Núcleo de Cidadania e do Posto de atendimento da zona leste localizados na capital do estado, estão utilizando

---

<sup>33</sup> DEFENSORIA DO ESTADO DE RONDÔNIA. **SUS-Mediado: Defensoria e Faculdade Católica fecham acordo.** 2016. Disponível em: <<http://www.defensoria.ro.def.br/site/index.php/component/content/article/1-ultimas-noticias/1019-sus-mediado-defensoria-e-faculdade-catolica-fecham-acordo>>. Acesso em 04 de janeiro de 2017.

<sup>34</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA. **DPE firmará TCT com a Sesau para reduzir judicialização na área de saúde.** 2016. Disponível em: <<http://www.defensoria.ro.def.br/site/index.php/component/content/article/1-ultimas-noticias/974-dpe-firmara-tct-com-a-sesau-para-reduzir-judicializacao-na-area-de-saude>>. Acesso em 04 de janeiro de 2017.

<sup>35</sup> DEFENSORIA DO ESTADO DE RONDÔNIA. **SUS-Mediado: Defensoria e Faculdade Católica fecham acordo.** 2016. Disponível em: <<http://www.defensoria.ro.def.br/site/index.php/component/content/article/1-ultimas-noticias/1019-sus-mediado-defensoria-e-faculdade-catolica-fecham-acordo>>. Acesso em 04 de janeiro de 2017.

há pelo menos 02 anos, o Sistema Nacional de Regulação (Sisreg), que é um sistema responsável pelo controle nacional de marcação de consultas, exames, cirurgias eletivas e medicamentos de alto custo.<sup>36</sup>

Através do acesso ao referido sistema a Defensoria Pública ao receber possível demanda judicial pode verificar se o nome do paciente já se encontra na fila virtual do Sisreg, se o caso é de urgência, e quanto tempo ainda falta para que a sua solicitação seja atendida. Caso, o paciente não constar na listagem, a Defensoria aciona a equipe do Sisreg para incluí-lo. Porém, caso seja de urgência e a Defensoria não consiga solucionar o problema de forma administrativa para que o paciente seja atendido em tempo hábil, a Justiça é acionada.<sup>37</sup>

Segundo dados da Associação Nacional dos Defensores Públicos/ANADep<sup>38</sup> em 2015 foram enviados pelo Núcleo da Cidadania em Porto Velho 2.430 ofícios para sanar questões relacionadas à saúde, sendo que 30% foram solucionados administrativamente. Além disso, no posto de atendimento da zona leste do município de Porto Velho, o Sisreg contribuiu para que uma média de 30% dos atendimentos na saúde também fosse resolvido administrativamente.

---

<sup>36</sup> ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. **RO: DPE adota mais uma medida para reduzir a judicialização na saúde.** Disponível em: <<http://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=28322>>. Acesso em 04 de janeiro de 2017.

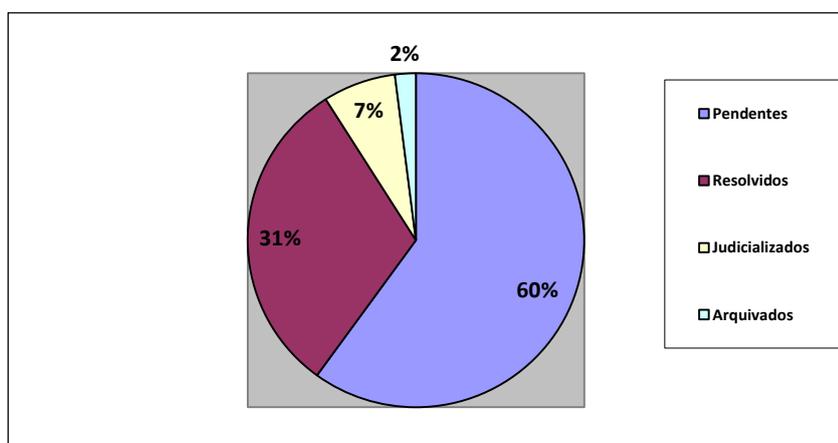
<sup>37</sup> ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. **RO: DPE adota mais uma medida para reduzir a judicialização na saúde.** Disponível em: <<http://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=28322>>. Acesso em 04 de janeiro de 2017.

<sup>38</sup> ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. **RO: DPE adota mais uma medida para reduzir a judicialização na saúde.** Disponível em: <<http://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=28322>>. Acesso em 04 de janeiro de 2017.

A ANADEP<sup>39</sup> traz ainda que no Núcleo da Defensoria de Cacoal foram formalizadas ao SUS no ano de 2015, 351 solicitações, sendo que 149 resultaram em ações judiciais.

Além disso, a Defensoria Pública do Estado de Rondônia, Núcleo de Porto Velho, realizou levantamento para verificar o desempenho do Projeto SUS Mediado de 27 de julho de 2016 a 03/12/2016, constatando que foi realizado atendimento de 527 pessoas, sendo que 37 demandas foram encaminhadas ao Núcleo da Cidadania para judicialização, representando um percentual de 93% de redução no número de casos levados ao Poder Judiciário, conforme verifica-se nos gráficos abaixo.

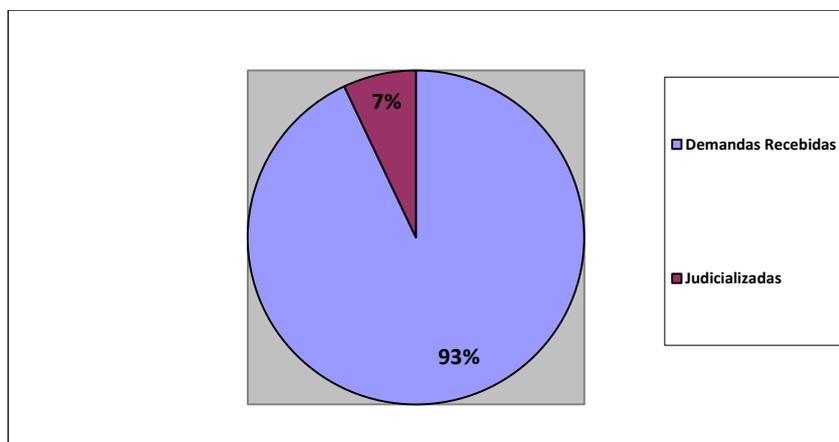
**Figura 01.** Panorama Geral dos Procedimentos do SUS Media: 29/07 a 03/12/2016



Fonte: Memorando n. 16/2016 – SUS MEDIADO. Org. pela DPE/RO

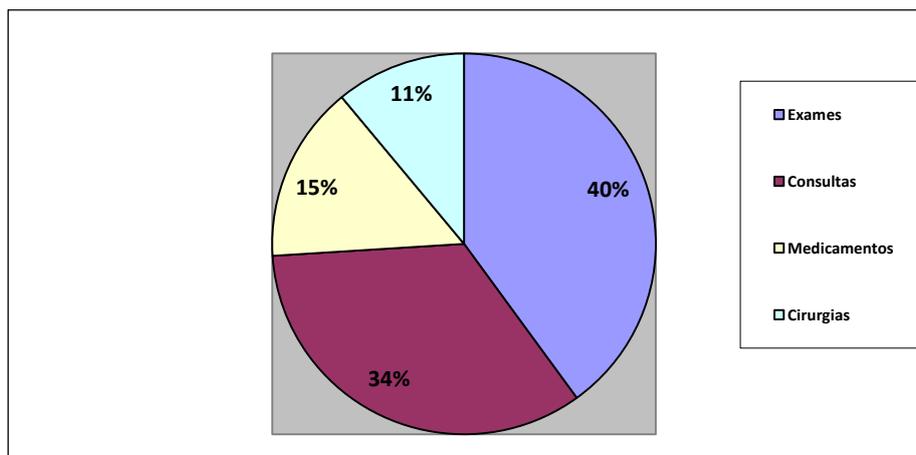
<sup>39</sup> ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. **RO: DPE adota mais uma medida para reduzir a judicialização na saúde.** Disponível em: <<http://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=28322>>. Acesso em 04 de janeiro de 2017.

**Figura 02.** Situação da Judicialização da Saúde após o SUS Mediado



Fonte: Memorando n. 16/2016 – SUS MEDIADO. Org. pela DPE/RO

**Figura 03.** Problemas solucionados extrajudicialmente



Fonte: Memorando n. 16/2016 – SUS MEDIADO. Org. pela DPE/RO

Como se observa, a Defensoria Pública atua na resolução de conflitos, no que tange ao direito à saúde, tanto na via administrativa quanto na judicial, sendo que o caminho a ser seguido, diante do caso concreto, deve ser aquele que se mostra mais adequado na efetivação de tal direito com mais agilidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho procurou demonstrar que a ineficiência do Estado em implementar políticas públicas na área da saúde fez surgir o fenômeno da judicialização, transferindo para o Poder Judiciário a efetivação de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Com isso, verificou-se que tal fenômeno trouxe consequências negativas tanto para o Estado quanto para o Poder Judiciário, sendo que esta luta contra a morosidade e os desafios de intervir de forma eficiente e aprofundada numa área afeta ao Poder Executivo e Legislativo, e aquele se vê obrigado a cumprir medidas que muitas vezes impactam consideravelmente no orçamento público.

Constatou-se, dessa forma, que a judicialização exacerbada de políticas públicas na saúde enfraquece o Estado Democrático de Direito e contribui para a insegurança jurídica, entretanto não se pode deixar de destacar que os pacientes são os mais afetados por esses resultados contraproducentes, visto que, além de encontrarem dificuldades junto aos órgãos públicos competentes devido à falta de informação adequada e de um serviço eficiente, enfrentam problemas ligados às condições socioambientais, tais como a falta de saneamento básico e água potável.

Com efeito, demonstrou-se que a Defensoria Pública vem desempenhando um papel importante na efetivação do direito à saúde com vias a uma solução ágil ao problema apresentado, principalmente na área administrativa, o que contribui para minimização dos efeitos da judicialização, refletindo positivamente na qualidade de vida dos cidadãos.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. **RO: DPE adota**

**mais uma medida para reduzir a judicialização na saúde.** Disponível em: <<http://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=28322>>. Acesso em 04 de janeiro de 2017.

BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne. **A judicialização da política e as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal.** Revista Paradigma, 2009. Disponível em: <[file:///D:/Favoritos/Downloads/43-172-3-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/Favoritos/Downloads/43-172-3-PB%20(1).pdf)>. Acesso em 20 de dezembro de 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80/94**, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm)>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.080/90**, 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no RE 393175.** Agravante: Estado do Rio Grande do SUL. Agravado: Luiz Marcelo Dias e outro. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758691/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-393175-rs>>. Acesso em: 19 de dezembro de

2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.903-7**. Requerente: Associação Nacional dos Defensores Públicos. Requeridos: Governador do Estado da Paraíba e outro. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 01 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548579>>. Acesso em: 20 de novembro de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdfHZCGDjf9iw>>. Acesso em 20 de dezembro de 2016.

DEFENSORIA DO ESTADO DE RONDÔNIA. **SUS-Mediado: Defensoria e Faculdade Católica fecham acordo**. 2016. Disponível em: <<http://www.defensoria.ro.def.br/site/index.php/component/content/article/1-ultimas-noticias/1019-sus-mediado-defensoria-e-faculdade-catolica-fecham-acordo->>>. Acesso em 04 de janeiro de 2017.

DEFENSORIA DO ESTADO DE RONDÔNIA. **DPE-RO reduzirá judicialização na com mediação**. 2015. Disponível em: <<http://www.defensoria.ro.gov.br/site/index.php/component/content/article/1-ultimas-noticias/677-dpe-ro-reduzira-judicializacao-na-saude-com-mediacao>>. Acesso em 04 de janeiro de 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA. DPE firmará TCT com a Sesau para reduzir judicialização na área de saúde. 2016. Disponível em: <<http://www.defensoria.ro.def.br/site/index.php/component/content/article/1-ultimas-noticias/974-dpe-firmara-tct-com-a-sesau-para-reduzir-judicializacao-na-area-de-saude>>. **Acesso em 04 de janeiro de 2017.**

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10 ed. Jus Podivm: Salvador, 2008. v. 1.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas**. Ano 1. n. 1. Vol. 2. Escola de Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela Administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Tese Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas. 2014.

JUNKES. Sérgio Luiz. **Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social**. Curitiba: Juruá, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 11 ed. São Paulo: Método, 2007.

LINS, Litiane Cipriano Barbosa. **Titularidade dos Direitos Socioambientais: uma análise à luz do direito à saúde**. 2010. 149 fls. Tese de Mestrado em Direito. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

LÜDKE, Wellington Eduardo. **Políticas públicas de saúde e a tensão entre os poderes: fortalecimento da via administrativa para harmonização dos conflitos**. Dissertação mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012.

MARINONI. Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: RT, 2008. v. 1.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

OMS. **Constitution of the World Health Organization**: health is a state of complete physical, mental and well-being and not merely the absence of disease of infirmity. Disponível em: <[http://whqlibdoc.who.int/hist/official\\_records/constitution.pdf](http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf)>. Acesso em: 19 de dezembro de 2016.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. Disponível em <http://www.ebah.com.br/content/ABAAABfxcAG/a-eficacia-dos-direitos-sociais-professora-flavia-piovesan>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da Rocha; BARBOSA, Claudia Maria. **O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. UniCEUB, 2015. v. 5.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **Políticas públicas, judiciário e saúde: Limites, excessos e remédios**. Tese Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Departamento de Direito Processual, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9 ed., Malheiros Editores, 1993.

SILVA. Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4 ed. São Paulo: RT, 2006.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência Jurídica**. São Paulo: Método, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de resposta corretas em direito**. 2 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

VIAL, Sandra Regina Martini Vial. **Sistema da saúde e transformação social**. In STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E  
SUSTENTABILIDADE

4º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da  
globalização"

Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí

Março 2017

de Pós-Graduação em Direito da Unisinos n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 247-262.

VIAL, Sandra Regina Martini; OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler de. **O direito à saúde e os determinantes sociais**. Ano 1. n. 1. Vol. 2. Escola de Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2008.

ZAGURSKI, Adriana Timóteo dos Santos; PAMPLONA, Danielle Anne. **Judicialização da saúde e orçamento Público**. 26 de Janeiro de 2016. Disponível em <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/6498>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2016.

## **AS POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA A PARTIR DE UMA NOVA ABORDAGEM DE CIDADANIA**

**Bruna Maria de Carvalho Civinski<sup>1</sup>**

**Sílvia Regina Danielski<sup>2</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo objetiva uma reflexão a respeito de alguns aspectos da Democracia, especialmente considerando o cenário global de crise econômica, que provoca o deslocamento forçado de pessoas na busca de melhores e mais dignas condições de vida.

Para tanto, estabelece-se como objetivos específicos: a) contextualizar o fenômeno da Democracia no cenário mundial diante da séria crise financeira vivenciada; d) analisar de que forma e em que medida a negação dos direitos políticos aos estrangeiros opera efeitos sobre a validação da Democracia; e c) analisar a importância da Cidadania, compreendida além dos direitos políticos, para a manutenção e aprimoramento do sistema democrático.

Diante desta perspectiva, emerge o seguinte problema: Quais as possibilidades de efetivação da Democracia quando ainda persistem modelos

---

<sup>1</sup>Mestranda do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI, cidade de Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Especialista em Direito Notarial e Registral e, também, em Direito Civil. Graduada em Direito pela UNIVALI. Atualmente é Oficial Registradora do Registro Civil, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas da Comarca de Barra Velha/SC. Endereço eletrônico: brunacivinski@gmail.com.

<sup>2</sup>Mestrando do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da Univali, cidade de Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Especialista em Direito Processual Civil pelo CESUSC. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brusque – SC. Atualmente exerce a função de Técnica Judiciária no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Endereço eletrônico: silviadanielski@hotmail.com.

de exclusão, nos quais determinados grupos, que compartilham de um mesmo território, não têm representatividade política e encontram-se à margem do processo social-democrático?

Para a questão formulada, a merecer detida observação, parte-se do entendimento de que o descompasso do Estado e de suas tradicionais instituições democráticas não consegue dar respostas efetivas às novas configurações impostas pelo poder econômico, o qual toma proporções globais. Assim, para enfrentar tal situação, a concepção de Democracia necessita de novas referências e de novas definições, adaptando-se às contingências provocadas pelo cenário de crise mundial financeira, a qual impacta em outros setores das relações humanas, ampliando o movimento global de migrantes a procura de uma melhor situação de vida.

Para tanto, na primeira seção é feita uma breve reflexão sobre algumas das consequências da profunda crise financeira que assolou – e segue assolando – o mundo nas primeiras décadas do século XXI. Aponta esse primeiro item que o atual estágio da globalização expõe com clareza a insuficiência da ideia moderna de Estado e, conseqüentemente, de Democracia representativa vinculada à ideia de nação.

No segundo capítulo, aponta-se quais as perspectivas para a Democracia diante da mobilidade forçada, se mantido o atual modelo excludente atrelado à concepção restrita de participação política, caracterizado pela negativa do direito ao voto aos estrangeiros.

Ao final, na terceira seção, ousa-se pensar numa concepção de Cidadania que viabilize respostas à crise da Democracia, visando a criação de caminhos para superar as imperfeições e aprimorar o sistema democrático.

Para o desenvolvimento do presente estudo, utilizou-se o método indutivo<sup>3</sup>,

---

<sup>3</sup>O método indutivo caracteriza-se por "[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-la de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]". PASOLD, Cesar Luiz.

como método de investigação e de tratamento dos resultados. As técnicas utilizadas nessa pesquisa são a pesquisa bibliográfica<sup>4</sup>, a categoria<sup>5</sup> e o conceito operacional<sup>6</sup>.

## 1. O LUGAR DO PODER ECONÔMICO ALÉM DO ESTADO DE DIREITO

As primeiras décadas do século XXI vêm marcadas pela crise financeira mundial, que teve seu ápice em 2008<sup>7</sup> e abalou as estruturas de instituições econômicas e políticas mundiais, levando a um cenário de recessão econômica desolador e aterrorizador. A perplexidade e a angústia deixaram as pessoas sem rumo e sem esperança<sup>8</sup>.

---

**Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 101.

<sup>4</sup>A Pesquisa Bibliográfica trata-se da "técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas leis". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica.** p. 207.

<sup>5</sup>A Categoria trata-se "[...] da palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica.** p. 34.

<sup>6</sup>O Conceito Operacional consiste na "[...] definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica,** p. 50.

<sup>7</sup>Faria explica que a crise financeira "se originou entre junho e agosto de 2007, atingiu o nível mais crítico em setembro de 2008, com a quebra de um dos principais bancos norte-americanos, e foi a maior desde a Grande Depressão da década de 1920 e do colapso da Bolsa de Nova York, em 1929". FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise.** 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

<sup>8</sup>Nesse sentido, colhe-se de Ferrer e Cruz: "As últimas duas décadas do Século XX e a primeira do Século XXI vêm registrando um estado de profunda crise mundial. É uma crise complexa, multidimensional, cujas facetas afetam todos os aspectos de nossa vida – a saúde e o modo de vida, a qualidade do meio ambiente e das relações sociais, a economia, a tecnologia e a política. É uma crise de dimensões intelectuais, morais e espirituais. Uma crise de escala e premência sem precedentes na história da humanidade. Pela primeira vez, temos que nos defrontar com a real ameaça de extinção da raça humana e de toda a vida no planeta". FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio Cruz. A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ,** Rio de Janeiro, v.1, n. 19, p. 1-23, jun./dez. 2011. Disponível em:

Para Ferrajoli essa crise foi resultado da dependência da política em relação à economia, de modo que a soberania do Estado<sup>9</sup> nacional foi substituída pela soberania dos mercados, os quais estavam livres para agir sem os limites jurídicos e sem as políticas de intervenção dos Estados<sup>10</sup>. Aqui, o Estado de direito é subjugado pelo poder econômico, promovendo uma sociedade que não pode ser "negada como democrática, mas que apresenta, simultaneamente, características de uma formação totalitária (que não escuta o desejo dos outros, nem pretende negociar o seu)"<sup>11</sup>.

Ocorre, então, a "inversão da tradicional relação entre política e economia, entre Estados e mercado, entre público e privado", como explica Ferrajoli:

Não temos mais o governo público e político da economia, mas o governo privado e econômico da política. Não são mais os estados, com as suas políticas, que controlam os mercados e o mundo dos negócios, impondo as suas regras, limites e vínculos, mas são os mercados financeiros, quer dizer, alguns milhares de especuladores e algumas agências privadas de *rating*, que controlam e governam os Estados. Não são mais os governos e os parlamentos democraticamente eleitos que regulam a vida econômica e social em função dos interesses públicos gerais, mas são as potências invisíveis e politicamente irresponsáveis do capital financeiro que impõem aos Estados políticas

---

<<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/435/184>>. Acesso em 01 de outubro 2011.

<sup>9</sup>Adota-se como conceito operacional de Estado, numa proposta lato sensu, o conceito de Dallari (2007, p. 51): "ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território". DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

<sup>10</sup>FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015p. 158.

<sup>11</sup> WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jun. 1994a. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15877>>. Acesso em 10 set. 2011, p. 103.

antidemocráticas e antissociais, em benefício de interesses privados e especulativos<sup>12</sup>.

A Democracia<sup>13</sup> apresenta-se, então, como um simulacro de si mesma, numa versão totalitária como ressalta Warat, promovendo, nessa senda diversas situações de não-vida<sup>14</sup>. O que conta são as transações comerciais internacionais, o "movimento" das bolsas de valores, as avaliações econômicas dos Estados. A face neoliberal<sup>15</sup> da economia promove a desigualdade ao impor medidas de austeridade, ataca os direitos sociais e leva muitos países a deixar sem assistência as pessoas mais vulneráveis socialmente.

Por outro lado, enquanto os poderes políticos estão restritos aos territórios estatais, os poderes econômicos e financeiros atuam globalmente, e

---

<sup>12</sup>FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. p. 149.

<sup>13</sup>Para conceito operacional de Democracia, utiliza-se o que Bobbio qualifica de "definição mínima": "[...] segundo a qual por regime democrático entende-se primariamente 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". BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 13.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 27.

<sup>14</sup>Para caracterizar as situações de não-vida, pode-se utilizar dos diversos sintomas da crise civilizacional, elencados por Boff que "aparece sob o fenômeno do descuido, do descaso e do abandono", quais sejam: o descuido para com as crianças, vítimas do trabalho infantil, privadas de uma 'infância'; o descuido para com os pobres que passam fome e sofrem com as epidemias; [...]; o descuido para com a generosidade e a solidariedade, que são suplantadas pelo individualismo, em uma sociedade que privilegia a propriedade privada; o descuido para com o 'conviver' em sociedade; o descuido para com a dimensão espiritual do homem, oprimida pelo excesso de violência, pela ausência de pudor; [...] o descuido para com as outras formas de vida que co-habitam o planeta com a raça humana, promovendo-se uma perda incrível de biodiversidade; o descuido para com o planeta, que tem seu solo envenenado, seu ar e águas poluídos, suas florestas dizimadas, a vida sendo exterminada; o descuido para com a morada das pessoas, obrigadas a viverem em espaços insalubres e desumanos". BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**. 70. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 18-20.

<sup>15</sup>Santos descreve, com detalhes, as orientações ou exigências impostas a todo o sistema mundial, ainda que com intensidade desigual, conforme a posição de cada país neste sistema, destacando-se, dentre outras, "[...] a regulação estatal da economia deve ser mínima; deve reduzir-se o peso das políticas sociais no orçamento do Estado, reduzindo o montante das transferências sociais, eliminando a sua universalidade, e transformando-as em meras medidas compensatórias em relação aos estratos sociais inequivocamente vulnerabilizados pela actuação do mercado". SANTOS, Boaventura Sousa. Os processos da globalização. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. p. 1-10, ago. 2002. Disponível em: <<http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html>>. Acesso em: 01 out. de 2011. (SANTOS, 2002, p. 2).

fortemente capilarizados "no âmbito externo dos controles políticos e sem os limites e os vínculos legais e constitucionais impostos pelo direito, que é ainda um direito prevalentemente estatal<sup>16</sup>".

Esse cenário configura o que Santos denomina de fascismo financeiro, imune a qualquer intervenção democrática, o qual "comanda os mercados financeiros de valores e de moedas, a especulação financeira global, um conjunto hoje designado por economia de cassino", e que tem como único objetivo "rentabilizar os seus valores<sup>17</sup>".

Nesse sentido, concede-se ao capital financeiro, nas palavras do sociólogo, um imenso poder discricionário, "praticamente incontrolável apesar de suficientemente poderoso para abalar, em segundos, a economia real ou a estabilidade política de qualquer país<sup>18</sup>". Com isso, verifica-se a corrosão dos controles estatais, a insuficiência dos poderes políticos para amenizar a situação descrita. Nessa conjuntura, a Democracia se mostra fragilizada diante do desequilíbrio de forças dos vários atores sociais e políticos.

Nota-se, outrossim, o esvaziamento de sentido dos símbolos modernos da democracia forjados pelo Liberalismo<sup>19</sup>: liberdade, igualdade e fraternidade, o espírito das leis, a separação dos poderes. Perde espaço a ideia de Democracia Representativa<sup>20</sup>, pois não são mais os cidadãos quem escolhem

---

<sup>16</sup>FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. p. 149-150.

<sup>17</sup>SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2010, p. 336.

<sup>18</sup>SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**, p. 336.

<sup>19</sup>Cruz adota a seguinte definição para liberalismo: "Corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII, o liberalismo caracteriza-se por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro. Postula tanto uma filosofia tolerante da vida como modelo social que conseguiu substituir o Antigo Regime e cujos conteúdos se constituíram em fundamento jurídico e político das constituições democráticas". CRUZ, Paulo Márcio, **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 89.

<sup>20</sup>Para a concepção liberal, esta seria a forma mais adequada de Democracia, na qual "o dever de fazer leis diz respeito não a todo o povo reunido em assembleia, mas a um corpo restrito

seus representantes de fato, mas é o poder econômico que determina a ocupação dos assentos políticos.

Ferrajoli enfatiza que a crise pela qual passa o Estado de direito constitucional incide sobre as formas de Democracia política, como explica:

[...] a subalternidade das políticas nacionais aos mercados esvaziou, juntamente com o papel de governo da política, a própria legitimidade e representatividade dos órgãos eletivos, aos quais os mercados impõem intervenções antissociais, em prejuízo ao trabalho e aos direitos sociais e em benefício, de fato, dos interesses privados da maximização dos lucros, das especulações financeiras e da apropriação dos bens comuns vitais<sup>21</sup>.

Com isso, segundo o autor citado, há uma paralisação da política e das instituições democráticas, causando o descrédito da classe política, o que fica evidente quando da análise das taxas de popularidade das instituições representativas, as quais estão cada vez mais baixas<sup>22</sup>. Este quadro promove a revolta das massas, especialmente dos jovens, contra os governos<sup>23</sup>.

A Democracia procura fornecer respostas, mas já não vence as inúmeras demandas sociais. As pessoas desiludidas perdem sua fé nas instituições,

---

de representantes eleitos por aqueles cidadãos a quem são reconhecidos direitos políticos", que "indo além do direito de exprimir a própria opinião, de reunir-se ou de associar-se para influir na política do país, compreende ainda o direito de eleger representantes para o Parlamento e de ser eleito". BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. v. 1. 13. ed. Brasília: Editora UnB, 2007, p. 323-324.

<sup>21</sup>FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**, p. 155.

<sup>22</sup>FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**, p. 155.

<sup>23</sup>O autor destaca o movimento norte-americano dos ocupantes de Wall Street, cujo slogan "Somos 99%", "que expressa de maneira lapidar desta degeneração oligárquica da democracia: 99% dos governados por 1% da população, que nos Estados Unidos possui 40% da riqueza, paga menos tributos (como declarou Warren Buffet) do que os trabalhadores assalariados e no qual estão cada vez mais concentrados, pela opinião pública, poderes econômicos e poderes políticos, classes de governo e de grandes concentrações econômicas e financeiras, indistintamente percebidas como um único bloco de poder hostil à sociedade". FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. p. 155.

rendem-se aos prazeres fugazes e efêmeros do consumismo<sup>24</sup>, correm atrás de uma segurança impossível e voltam-se para suas necessidades pessoais.

Nesse cenário, onde a economia prevalece sobre o político e sobre o social, no governo do Estado, fica evidente o comprometimento da Democracia, sobretudo em razão da sua fragilidade diante das promessas fomentadas pelos signos de liberdade, igualdade e fraternidade. Esse é, sem dúvida, um momento que exige reflexão. As consequências advindas dessa "incapacidade" colocam em risco não apenas as pessoas, mas o planeta como um todo.

## **2. A MIGRAÇÃO FORÇADA E A EXIGÊNCIA DE SE (RE)PENSAR A CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA**

Um dos reflexos da profunda crise econômica pela qual passam alguns países foi a intensificação do movimento das migrações. Milhares de pessoas, acompanhadas de suas famílias e de seus sonhos, movem-se pelo mundo em busca de melhores e plurais oportunidades.

Nesse sentido, Cogo e Souza informam que a "mobilidade humana é um traço constitutivo da própria história da humanidade", sendo que desde a última década do século XX verificou-se um aumento dos fluxos e movimentos migratórios internacionais, alcançando atualmente, segundo o *Informe sobre las Migraciones en el Mundo* de 2010, editado pela Organização Internacional

---

<sup>24</sup>A esse propósito, discorre Bauman: "As diferenças são tão profundas e multiformes que justificam plenamente falar da nossa sociedade como sendo de um tipo distinto e separado – uma sociedade de consumo. O consumidor em uma sociedade de consumo é uma criatura acentuadamente diferente dos consumidores de quaisquer outras sociedades até aqui. Se os nossos ancestrais filósofos, poetas e pregadores morais refletiram se o homem trabalha para viver ou vive para trabalhar, o dilema sobre o qual mais se cogita hoje em dia é se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir. Isto é, se ainda somos capazes e sentimos a necessidade de distinguir aquele que vive daquele que consome". BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**, p. 88-89.

das Migrações (OIM), a soma de 214 milhões<sup>25</sup>.

As migrações denunciam as desigualdades sociais em escala global, levando um sem-número de pessoas a arriscar suas vidas e suas famílias em busca de oportunidades melhores, a fim de fugir dos conflitos religiosos e de situações marcadas pela precariedade financeira dos países de origem. Esta situação extrema-se a tal ponto que alguns países reforçam suas fronteiras construindo muros<sup>26</sup>, no claro intuito de delimitar seu território aos nacionais – deixando o estrangeiro entregue, então, a sua própria sorte.

Ferrajoli afirma que a "substancial ausência de limites aos grandes poderes econômicos e financeiros" tornou os Estados reféns da "concorrência entre ordenamentos", com isso as chances são maiores para "os países nos quais os direitos trabalhistas são menos garantidos, onde é maior a possibilidade de explorar os trabalhadores pagando baixos salários<sup>27</sup>". Tem-se assim uma desigualdade alarmante, visível nas "diferenças de renda entre países ricos e pobres e sobre dezena de milhões de mortos a cada ano por falta de água, de comida e de medicamentos essenciais<sup>28</sup>".

Contudo, apesar de ser talvez a única chance de se ter uma vida melhor para muitas pessoas, o direito de migrar, estipulado no art. 13 da Declaração

---

<sup>25</sup>COGO, Denise Maria. SOUZA, Maria Badet. **Guia das Migrações Transnacionais e Diversidade Cultural para Comunicadores: Migrantes no Brasil**. Bellaterra: Instituto HumaitasUnisinos; Instituto de la Comunicación de la UAB, 2013. 105 pag. Disponível em: <http://www.andi.org.br/documento/guia-das-migracoes-transnacionais-e-diversidade-cultural-para-comunicadoress-migrantes-no>. Acesso em 15 fevereiro 2016, p. 15.

<sup>26</sup>Dallari anota que "fortes ainda são as resistências dos grandes Estados à circulação de trabalhadores e de correntes migratórias. Nesses casos as fronteiras dos Estados continuam fechadas, sendo prova eloquente dessa resistência a construção de um muro na fronteira dos Estados Unidos com o México, para impedir a entrada de migrantes no território estadunidense". DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**, p. 156.

<sup>27</sup>FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**, p. 177.

<sup>28</sup>FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**, p. 178.

Universal dos Direitos Humanos<sup>29</sup>, foi negado e penalizado pelas leis anti-imigração dos diversos países, tornando a imigração um fenômeno prevalentemente ilegal e clandestino<sup>30</sup>.

Os muros colocam em xeque axiomas básicos, tal como a fraternidade, escancarando as condições desumanas enfrentadas pelos migrantes e o papel de indiferença e xenofobia dos países mais ricos na gestão deste problema global de incalculáveis proporções. Além disso, cria-se uma nova conceituação de direitos humanos, extensível a uns e excludente de outros, haja vista o tratamento de párias conferido aos estrangeiros. Nessa linha de raciocínio, Bauman traz importantes subsídios:

O desejo dos famintos de ir para onde a comida é abundante é o que naturalmente se esperaria de seres humanos racionais; deixar que ajam de acordo com esse desejo é também o que parece correto e moral à consciência. É por sua inegável racionalidade e correção ética que o mundo racional e eticamente consciente se sente tão desanimado ante a perspectiva da migração em massa dos pobres e famintos; é tão difícil negar aos pobres e famintos, sem se sentir culpado, o direito de ir onde há abundância de comida; e é virtualmente impossível propor argumentos racionais convincentes provando que a migração seria para eles uma decisão irracional. O desafio é realmente espantoso: negar aos outros o mesmíssimo direito à liberdade de movimento que se elogia como a máxima realização do mundo globalizante e a garantia de sua crescente prosperidade<sup>31</sup>.

A sensibilidade do sociólogo é tocante: como negar o direito de lutar pela

---

<sup>29</sup>Artigo XIII: 1. Todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo homem tem direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar". COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 249.

<sup>30</sup>FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**, p. 178.

<sup>31</sup>BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 84.

sobrevivência inerente ao ser humano? Como negar aos famintos o direito de procurar o alimento?

Beck ressalta que, em relação à União Europeia, o debate a ser feito é como "criar uma Europa capaz de encontrar repostas para as transformações fundamentais e os grandes desafios, sem um retrocesso à xenofobia e à violência", ou seja, até que ponto a Europa pode ou deve ser solidária<sup>32</sup>. Todavia, na contramão desse entendimento, em 2008 o Parlamento Europeu aprovou um conjunto de normas aplicáveis ao regresso de estrangeiros em situação irregular, conhecido como "Diretiva do Retorno", que regulamenta a política de imigração adotada pela Europa<sup>33</sup>.

Mazza informa que "A Diretiva tem sido alvo de análises críticas que apontam que a União Europeia elaborou uma política comum de expulsão, detenção, penalização e criminalização antes mesmo de uma política geral sobre migração, admissão ou integração<sup>34</sup>". A citada autora afirma que documentos com a Diretiva do Retorno fazem parte de "políticas restritivas e seletivas de imigração e asilo" que "se alinham às agendas turbulentas das dinâmicas econômicas contraídas que acometem os países centrais<sup>35</sup>", e complementa:

No entanto, essas políticas não dão conta de estancar as mobilidades humanas que inscrevem no território nacional e internacional experiências de vida que transcendem a dimensão material econômica e

---

<sup>32</sup> BECK, Ulrich. **A Europa alemã**, a crise do euro e as novas perspectivas de poder. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 43.

<sup>33</sup>UNIÃO EUROPÉIA. Parlamento Europeu. **Imigração**: a directiva do retorno. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/public/focus/20080625FCS32672/20080625FCS32672pt.pdf>. Acesso em 03 de janeiro de 2017. Sobre a Diretiva, ver análise de Mazza: MAZZA, Débora. O direito humano à mobilidade: dois textos e dois contextos. **REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.** Brasília, v. 23, n. 44, p. 237-257, June 2015. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1980-85852015000100237&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852015000100237&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 03 de janeiro de 2017, p. 247.

<sup>34</sup>MAZZA, Débora. O direito humano à mobilidade: dois textos e dois contextos, p. 247.

<sup>35</sup>MAZZA, Débora. O direito humano à mobilidade: dois textos e dois contextos, p. 254.

instauram sentidos simbólicos, vínculos afetivos, redes relacionais, entre-lugares e embaralham os locais de origem, destino e circulação confundindo as Diretivas<sup>36</sup>.

Por isso tais políticas são insuficientes para resolver as demandas decorrentes da mobilidade humana intensificada pelas consequências nefastas da globalização.

Nesse sentido, Bittar fala da necessidade de "uma nova concepção de povo-cidadão", para que o acesso aos direitos não se restrinja à fixação territorial, à nacionalidade ou ao *ius sanguinis*, para ser vinculado "a concepções transnacionais de cidadania e base humanitária de fixação de direitos<sup>37</sup>".

Verifica-se, portanto, que o Estado nacional já não tem mais as respostas adequadas e/ou satisfatórias para as novas situações que se apresentam. O cenário mundial requer um novo pacto, uma nova forma de se pensar as relações entre as pessoas, os lugares e a forma de organização dessas pessoas.

### **3. QUAL CIDADANIA POSSÍVEL PARA O CUMPRIMENTO DA PROMESSAS DEMOCRÁTICAS**

Percebe-se, portanto, que as fronteiras se dissolvem, que o povo em movimento procura um novo território. Os elementos tradicionais do Estado nacional não resistem à nova configuração global. Nesse cenário, cuja percepção é a sabotagem da democracia por forças econômicas, como é possível pensar positivamente a respeito da Cidadania<sup>38</sup>?

---

<sup>36</sup>MAZZA, Débora. O direito humano à mobilidade: dois textos e dois contextos, p. 254.

<sup>37</sup>BITTAR, Eduardo C. B., **O direito na pós-modernidade**, p. 348.

<sup>38</sup>Para conceito operacional de Cidadania, adota-se a formulação de Longo: "A cidadania é, inegavelmente, uma possibilidade natural ou legal, mas é, acima de tudo, um compromisso sincero e solene entre um sujeito de direito, que a aceita e a quer, e um outro sujeito de

Primeiramente, é preciso esclarecer o que é "pensar positivamente". Tal desiderato é procurar ter como guia uma visão otimista, como ressalta Warat, pois a hipótese contrária torna qualquer reflexão sobre o futuro sem sentido. É preciso acreditar que os "pulsões de vida em sua guerra contra nossas próprias tendências destrutivas" triunfarão<sup>39</sup>.

Partindo dessa premissa, tem-se como imperativo a superação da Cidadania a partir de sua concepção descritiva, segunda a qual, no dizer de Perez-Luño, entende a Cidadania como "un conjunto de normas que regulanel status jurídico-político de losciudadanos<sup>40</sup>". Tal concepção tolhe os direitos das pessoas, especialmente de quem atravessa os territórios procurado uma vida melhor.

Para exemplificar essa restrição, plasmada nos direitos políticos decorrentes do *status* de cidadão, chama a atenção o tratamento do Brasil ao estrangeiro. O Brasil é o terceiro país em ordem de importância na América Latina como receptor de migração latino-americana. Cogo e Souza afirmam que, de acordo "com o Censo Demográfico de 2010, constam como recenseados 431.453 mil estrangeiros", sendo que a "maior parte desses migrantes vive na região sudeste do país, correspondendo a 70,1% do total de estrangeiros residentes no Brasil recenseados pelo IBGE<sup>41</sup>".

Saliente-se, também, que no Brasil não há qualquer previsão legal de garantia de direitos políticos à população de estrangeiros. Em que pese a

---

Direito, que a reconhece e a legitima". LONGO, Adão. **O direito de Ser Humano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 92.

<sup>39</sup>WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação, p. 97.

<sup>40</sup>PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Ciudadanía y definiciones. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 25, 2002, p. 7.

<sup>41</sup>COGO, Denise Maria. SOUZA, Maria Badet. **Guia das Migrações Transnacionais e Diversidade Cultural para Comunicadores**, p. 25.

tramitação de algumas propostas de emendas constitucionais<sup>42</sup>voltadas afacultar a participação do estrangeiro domiciliado no Brasil no processo eleitoral, seja como eleitor ou como candidato no foro municipal, o que existe, em síntese, é mera promessa legislativa sem grande vontade e respaldo político.

Portanto, a partir da concepção descritiva de Cidadania, verifica-se que no Brasil o cenário é de exclusão. Os estrangeiros, apesar de fazerem parte das comunidades no território brasileiro e aqui constroem suas vidas, estão alijados do direito de participar da cena democrática. Além disso, como já visto, a decantada privação de direitos do estrangeiro é agravada pela exclusão desencadeada na ordem econômica, atravessando, assim, todos os setores das relações sociais e políticas.

Apesar de instalada firmemente na América Latina, desde o final do século XX, a democracia representativa hoje presenciada não corresponde, em termos gerais, ao modelo antes idealizado. Isto não decorre somente em função dos *déficits* institucionais no sistema representativo, mas, também, porque pragmaticamente o exercício da cidadania está intimamente ligado ao

---

<sup>42</sup>Dentre as propostas, destaca-se a PEC nº 25, de 2012, do Senador Aloysio Nunes Ferreira, que propõe a alteração dos arts. 5º, 12 e 14 da Constituição Federal para estender aos estrangeiros direitos inerentes aos brasileiros e conferir aos estrangeiros com residência permanente no país capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições municipais. Tal proposta apresenta-se como a mais abrangente e específica sobre a temática, sendo o ponto de convergência dos vários projetos existentes sobre essa matéria, e prevê, entre outras providências, a extensão de importantes prerrogativas de cidadania aos estrangeiros: "a) atribui os direitos e deveres individuais e coletivos, tais como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, não apenas aos estrangeiros residentes no país, mas também a todos os estrangeiros no país; b) altera o § 1º do art. 12 da Carta Magna, que confere aos portugueses com residência permanente no Brasil os direitos inerentes ao brasileiro, desde que haja reciprocidade em favor de brasileiros em Portugal, para conferir tais direitos a todos os estrangeiros com residência permanente no Brasil, se houver reciprocidade em favor de brasileiros nos respectivos países; c) faculta o alistamento eleitoral e o voto aos estrangeiros com residência permanente no país, para fins de participação nas eleições municipais, na forma da lei, e permite que os estrangeiros com residência permanente no país concorram nas eleições municipais (SENADO FEDERAL. **Proposta de emenda à Constituição nº 25, de 2012.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105568>. Acesso em 20 FEV de 2016).

direito do voto<sup>43</sup>. Ou seja: o formato da democracia procedimental, que era tomada como um ideal, não havia sido alcançado.

Essa ideia de exclusão, que se manifesta nas respostas insatisfatórias fornecidas pela democracia, como visto na seção anterior, está vinculada à noção anêmica da cidadania. A cidadania é imagem-retrato do exercício exclusivo do voto, fruto da teoria liberal, excluindo, de conseguinte, aqueles que não detêm participação política nas atividades do Estado<sup>44</sup>.

Assim, ao promover a leitura da situação da União Europeia, Beck não enxerga possibilidade de cumprimento das promessas democráticas em nível nacional, vinculado à ideia de "Estado-nação, ligado a um determinado território com fronteiras geográficas claramente definidas, um direito que vale para todos os cidadãos, uma cultura relativamente homogênea, [...]"<sup>45</sup>. Para o sociólogo, é preciso um novo contrato social:

O novo contrato social que quer ganhar as pessoas para a Europa precisa tentar inaugurar uma era social-democrática no plano transnacional, ao mesmo tempo em que responda à seguinte pergunta: como projetar a utopia realista da seguridade social de forma a que não desemboque em duas ruas sem saída – a nostalgia pelo *welfarestate* nacional ou a febre reformista dos sacrifícios neoliberais. Como despertar a consciência social e ambiental da Europa e do mundo e a transformar em movimento político de protesto?<sup>46</sup>

Beck continua alegando que quando se reivindica mais Democracia a primeira ideia que surge é a de reforma das instituições. No entanto, a questão da Democracia deve ser proposta do ponto de vista dos indivíduos, a partir do

---

<sup>43</sup>CHERESKY, Isidoro (org.). **Ciudadanía y legitimidad democrática en América Latina**. 1.ed. Buenos Aires: PrometeoLibros, 2011, p. 11.

<sup>44</sup>SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**, p. 238.

<sup>45</sup>BECK, Ulrich. **A Europa alemã**, p. 109.

<sup>46</sup>BECK, Ulrich. **A Europa alemã**, p. 111-112.

momento em que as pessoas tenham "condições de adotar a perspectiva dos cidadãos de outros países<sup>47</sup>".

Portanto, seguindo o entendimento de Cruz, uma resposta é pensar a Democracia além da proposta procedimental, ou seja, como "um valor que pressupõe a aplicação de outros princípios, como o da liberdade de expressão e opinião, liberdade de obtenção de informação imparcial e correta e publicidade dos fatos que se referem à esfera pública<sup>48</sup>".

O princípio democrático, para Cruz, requer uma abordagem ética de valores democráticos conectados com as necessidades do século XXI, ultrapassando os valores "apolitizados" e "desteiorizados" impostos pela globalização econômica<sup>49</sup>. Assim, para o citado autor, é de extrema urgência "a criação de novas instituições transnacionais democráticas", as quais serão "capazes de regular e controlar com efetividade a atividade econômica e financeira dos mercados e ajudar a ajustar a padrões humanitários esse grande cassino em que se converteu o atual mercado financeiro<sup>50</sup>".

Portanto, em muitos sentidos, principalmente em relação aos direitos humanos, há muito ainda o que se avançar. A solidariedade é precária e os direitos fundamentais estão ameaçados em várias partes do globo. Assim, em consonância com o pensamento de Cademartori, pode-se pensar a Democracia como um processo em constante movimento, inacabado, marcado por avanços bem como por retrocessos significativos. A crise pela qual atravessa diz respeito "às suas insuficiências, contradições e faltas,

---

<sup>47</sup>BECK, Ulrich. **A Europa alemã**, p. 112.

<sup>48</sup>CRUZ, Paulo Marcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Univali, 2014, p. 17.

<sup>49</sup>CRUZ, Paulo Marcio. **Da soberania à transnacionalidade**, p. 26.

<sup>50</sup>CRUZ, Paulo Marcio. **Da soberania à transnacionalidade**, p. 27.

valorados a partir de um posicionamento progressista<sup>51</sup>". Bobbio afirma que "o estar em transformação" é o estado natural de um regime democrático<sup>52</sup>.

Repensar a Democracia e projetar o cumprimento de suas promessas significa compreender a Cidadania além da sua dimensão política. Nesse sentido, válida é a ponderação de Aquino, ao afirmar que "Não é possível elaborar os significados da Cidadania no decorrer do tempo dissociado da fecundidade que nasce a partir das relações humanas, nas vivências intencionais, as quais se (des)encontram no cotidiano"<sup>53</sup>. Fica claro, portanto, que a citada categoria assume feição história, concreta, balizada pelas lutas sociais. É mister que esse importante signo não seja tratado como uma concessão, um presente, mas o seja como uma conquista: ser Cidadão é estar presente no mundo de forma ativa.

Destaca, ainda, Aquino que a "Cidadania não pode mais ser caracterizada como unilateral, particular e descompromissada com outras localidades da Terra", pois "num mundo interdependente, a manifestação cidadã que se limita às fronteiras nacionais colabora para aumentar as misérias, as guerras, a individualidade solipsista, a indiferença endêmica e a insustentabilidade planetária"<sup>54</sup>. Mais que relativa aos direitos políticos nacionais, a Cidadania está imbricada no cenário transnacional e requer um enfoque multilateral<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup>CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2009, p. 20.

<sup>52</sup>BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, p. 23.

<sup>53</sup>AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. **Por uma cidadania sul-americana**: fundamentos para a sua viabilidade na UNASUL por meio da ética, fraternidade, sustentabilidade e política jurídica. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2014, p. 107.

<sup>54</sup>AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. **Por uma cidadania sul-americana**, p. 387.

<sup>55</sup>Para Perez-Luño, "En las circunstancias de la hora presente, es posible admitir una pluralidad de ciudadanías, o sustituir la ciudadanía unilateral, por una ciudadanía multilateral. Esta última consistiría en ir más allá de una mera ciudadanía diferenciada (Kymlicka, 1996), en el interior del Estado. El reconocimiento del desbordamiento político y jurídico del Estado a través de los fenómenos de "supraestatalidad" (supeditación del Estado a organizaciones internacionales) y de "infraestatalidad" (asunción de competencias jurídico-políticas por entes menores que el

O espaço de atuação do cidadão é modificado – e torna-se mais abrangente – à medida em que ampliada a concepção de Cidadania, o que, por sua vez, importa na eliminação de eventuais mecanismos de exclusão (especialmente os legais que negam direitos, como as limitações do exercício dos direitos políticos). E isso somente é possível a partir de uma concepção de Cidadania ativa, participativa, individual e coletiva, inclusive para o novo cenário mundial marcado pela globalização, como preceitua Aquino:

Quando se vivencia uma situação de opressão ou exclusão, convergem-se esforços, formas de participação, a fim de se aperfeiçoar nosso sentimento de Humanidade e permitir a distribuição e acesso ao Poder, bens, serviços e direitos em todo o território continental. Essa é uma Cidadania que não isola, nem exclui, mas convoca à participação, torna-se crítica e reflexiva contra esses critérios que disseminam o sobreviver ao viver em comunhão<sup>56</sup>.

A adoção dessa visão multilateral de Cidadania<sup>57</sup>, é, indubitavelmente, uma forma eficaz de superação das mais variadas formas de exclusão, de miséria, de violência, de desamor, resultantes do atual panorama mundial; é, como diria Warat, viver a experiência da esperança, o "que permite vislumbrar a superação que possa trazer a concretização de algo que no momento parece

---

Estado) (Pérez Luño, 1993), invita a admitir ese uso lingüístico multilateral de la idea de ciudadanía". PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Ciudadanía y definiciones. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 25, 2002, p. 13-14.

<sup>56</sup>AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. **Por uma cidadania sul-americana**, p. 382.

<sup>57</sup>Pérez-Luño comprende que a proposta multilateral de Cidadania "es un concepto que permite eludir los riesgos de privilegio y discriminación, aunque sea en su versión positiva, que evoca la idea de una ciudadanía diferenciada. Al propio tiempo, esta definición explicativa opera desde categorías jurídicas precisas y bien delimitadas, como lo son las propias nociones de ciudadanía municipal, autonómica o federal, y estatal o europea. No se trata, por tanto, de una propuesta conceptual de contornos nebulosos, imprecisos o difusos, sino de un método integrador para la articulación de modalidades de ciudadanía que ya se hallan consolidadas. Asimismo, la experiencia de los tratados de doble nacionalidad evidencia, que cuanto aquí se propone, no es una quimera ni una ensoñación utópica. PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Ciudadanía y definiciones. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 25, 2002, p. 70.

improvável<sup>58</sup>".

Partindo-se desses pressupostos, o que se observa é que a Democracia – apesar de seus percalços – ainda é um regime de governo válido. Essa é exatamente a posição de Zagrebelski, o qual afirma que a Democracia, mesmo com suas falhas, é o melhor regime político se comparada a outras possíveis soluções<sup>59</sup>. Nesse contexto, conclui-se que a proposta de Cidadania, como concebida por Aquino, configura um caminho viável para que a Democracia, idealizada nos devaneios iluministas, avance no desejo de superar suas imperfeições.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A proposta do presente trabalho partiu da compreensão de Democracia como uma instituição criada pela (e para) humanidade. Seus significados, sua importância, suas histórias e seus protagonismos são produto do agir humano. Não se pode enxergar a Democracia sob uma visão metafísica, ela precisa ser empiricamente pensada e refletida.

Considerando essa premissa, iniciou-se a abordagem do tema proposto com a descrição do cenário em que está inserida a Democracia, o qual, como visto, está marcado por uma profunda crise financeira, que, por sua vez, abalou as estruturas de instituições econômicas e políticas mundiais, resultando da dependência da política em relação à economia, invertendo-se a tradicional relação entre Estados e mercado. Nesse cenário, a Democracia enfrenta uma situação de esvaziamento, de descrença nas instituições representativas; as intervenções antissociais do mercado, promovendo a desigualdade,

---

<sup>58</sup>WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação, p. 107.

<sup>59</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 136.

deslegitimou a representatividade dos órgãos eletivos.

Enquanto que os poderes políticos estão restritos aos territórios estatais, os poderes econômicos e financeiros atuam globalmente, produzindo um tipo de corrosão dos controles estatais. Este desequilíbrio de forças afeta frontalmente a Democracia, causando uma desigualdade alarmante, cujo resultado mais visível é a campanha imigratória.

A migração leva à provação o sociológico sentimento de fraternidade. Assim, observa-se uma falha no processo democrático quando ele é construído como base na ideia de cidadania nacional, negando aos estrangeiros uma gama de direitos fundamentais. Exemplo dessa situação é exclusão dos estrangeiros do processo político no Brasil.

Portanto, o maior desafio dos países é justamente promover o acolhimento e combater a xenofobia. Verifica-se a necessidade de uma nova concepção de cidadão vinculado a uma ideia transnacional, pois são remotas as chances de cumprimento das promessas democráticas em nível nacional, vinculado à ideia de Estado-nação. A Democracia deve ser pensada além da proposta procedimental, e requer uma abordagem ética de valores democráticos conectados com as necessidades do século XXI.

Por fim, conclui-se que para fazer frente às situações de não-vida provocadas pela globalização econômica, deve-se compreender a Democracia como um processo inacabado, que se realiza e renova dia a dia, dinâmico, na busca constante da superação de suas falhas e de efetivação de suas promessas.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. **Por uma cidadania sul-americana: fundamentos para a sua viabilidade na UNASUL por meio da ética, fraternidade, sustentabilidade e política jurídica.** Saarbrücken: Novas Edições

Acadêmicas, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **A Europa alemã**: a crise do euro e as novas perspectivas de poder. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BITTAR, Eduardo C. B., **O direito na pós-modernidade** (reflexões frankfurtianas). 2ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

\_\_\_\_\_. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. v. 1. 13. ed. Brasília: Editora UnB, 2007.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**. 70ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2009.

CHERESKY, Isidoro (org.). **Ciudadanía y legitimidad democrática en América Latina**. 1ª ed. Buenos Aires: PrometeoLibros, 2011.

COGO, Denise Maria. SOUZA, Maria Badet. **Guia das Migrações Transnacionais e Diversidade Cultural para Comunicadores**: Migrantes no Brasil. Bellaterra: Instituto HumaitasUnisinos; Instituto de la Comunicación de la UAB, 2013. 105 pag. Disponível em: <http://www.andi.org.br/documento/guia-das-migracoes-transnacionais-e-diversidade-cultural-para-comunicadoress-migrantes-no>. Acesso em 15 de fevereiro de 2016.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Paulo Marcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI**. Itajaí: Univali, 2014.

\_\_\_\_\_, **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica. **RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v.1, n. 19, p. 1-23, jun./dez. 2011. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/435/184>> Acesso em 01 de outubro de 2011.

LONGO, Adão. **O direito de Ser Humano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MAZZA, Débora. O direito humano à mobilidade: dois textos e dois contextos. **REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.** Brasília, v. 23, n. 44, p. 237-257, June 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1980-85852015000100237&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852015000100237&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 03 de janeiro de 2017.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Ciudadanía y definiciones. **Doxa. Cuadernos**

**de Filosofía del Derecho.** Alicante, n. 25, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2010.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 13 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. Os processos da globalização. **Revista Crítica de Ciências Sociais.** p. 1-10, ago. 2002. Disponível em: <<http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html>>. Acesso em: 01 out. de 2011.

SENADO FEDERAL. **Proposta de emenda à Constituição nº 25,** de 2012. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105568>. Acesso em 20 de fevereiro de 2016.

UNIÃO EUROPÉIA. Parlamento Europeu. **Imigração:** a directiva do retorno. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/public/focus/20080625FCS32672/20080625FCS32672\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/public/focus/20080625FCS32672/20080625FCS32672_pt.pdf). Acesso em 03 de janeiro de 2017.

WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. **Revista Sequência,** Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jun. 1994a. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15877>>. Acesso em 10 de setembro de 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia.** São Paulo: Saraiva, 2011.

## **A ORIGEM DA CORRUPÇÃO SISTÊMICA NO BRASIL FRENTE À DEMOCRACIA RADICAL EM ERA DE INFORMAÇÃO**

**Fábio Henrique Fernandez de Campos<sup>1</sup>**

**Vinicius de Assis<sup>2</sup>**

**Eurico Soares Montenegro Neto<sup>3</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

Em estudo das correntes teóricas que abordam as causas da corrupção sistêmica no Brasil, fatores históricos analisados sobre nosso desenvolvimento voltado à exploração de nossas riquezas, mediante legitimação de legislações simbólicas e ações patrimonialistas, apontam para o fato de, mesmo após quase trinta anos de Constituição Federal, promulgada em momento de retomada democrática, ao falarmos até mesmo em direitos de sexta geração, ainda sentirmos viver numa realidade tão-escassa no que diz respeito à (não) implementação de direitos classificados, ainda, como de

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso-UFMT; Pós-Graduação *latu sensu* em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia; Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento, pelo programa de Mestrado Interinstitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC/PR e Faculdade Católica de Rondônia (FCR); Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal e Delegado de Polícia.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Católica de Goiás-UCG; Pós-Graduação *latu sensu* em Direito Administrativo e Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes; Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento, pelo programa de Mestrado Interinstitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC/PR e Faculdade Católica de Rondônia (FCR); Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Advogado.

<sup>3</sup> Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB; Pós-Graduação *latu sensu* em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília; Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento, pelo programa de Mestrado Interinstitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC/PR e Faculdade Católica de Rondônia (FCR); Advogado.

segunda geração.

Tratamos aqui dos direitos sociais em posição de aplicação jurídica, onde este direito deveria caber no interior da implementação de tais garantias fundamentais, mas por questões de imposição de mercado, vivemos a realidade de contínua degradação de nossas relações socioambientais, já historicamente devastada por uma cultura monopolista voltada à demanda internacional, de fatores políticos que pesam infinitamente mais na balança do desenvolvimento exploratório, ao passo que paradoxalmente nossa Lei maior traz, há décadas, regramento que determina adoção de ações que abarquem o obrigatório desenvolvimento sustentável, inclusive para as futuras gerações.

Num cenário histórico de direito patrimonial que encara o indivíduo como centro de onde emana todas as regulações do Direito, da mesma forma quando se trata da história da criminologia, de origem colonial de proteção ao patrimônio e de etiquetagem dos denominados "criminosos", nos deparamos em uma era de informação e das redes sociais, desde o início deste século, com crescentes persecuções penais tomando proporções nacionais sobre o tema da corrupção sistêmica (em que pese a corda bamba de vivermos o risco do "Processo Penal do Espetáculo" e do "utilitarismo penal" por vezes colocando em risco a própria Constituição), que passaram a sustentar possíveis ideologias ainda difíceis de serem enquadradas socialmente, mas que borbulham discussões paradoxais sobre o cenário de impunidade sistêmica, fruto dos vários lados e tentáculos das manifestações de uma democracia efervescente.

Ao se estabelecer um sentimento anticorrupção na sociedade, observam-se, por vezes, nascedouros de "consensos de massa" sobre o assunto, passando uma ideia que serve ao Estado liberal de se propagar como a origem de todo o problema da corrupção convergindo apenas pelo âmbito da representatividade estatal, enquanto, na realidade, uma (a)cultura de mercado, por sinal e por vezes, nada justo e probo, influencia práticas

corruptoras, também de cunho exploratórias e causadoras de desequilíbrio entre o homem e as riquezas naturais ofertadas.

Trataremos aqui, ainda, da falsa percepção desse mercado "justo e probó", ligado à visão meramente exploratória das riquezas nacionais de modo descontrolado frente a uma quase inexistente cultura de desenvolvimento sustentável na ocupação de nossas terras, com origem em nosso período ainda colonial, ou na ocupação de nossa própria área urbana e, em suma, de nossos espaços públicos como conceito de espaços democráticos ligados ao bem comum.

Nesse estudo, já advertia Émile Durkheim, "um sentimento coletivo que irrompe numa assembleia não exprime simplesmente que havia de comum entre todos os sentimentos individuais. Ele é algo completamente distinto".<sup>4</sup> Desta forma, tratamos como referencial fixo para aprofundamento do estudo social, a nossa história de passado de exploração na ocupação e desenvolvimento de nossa sociedade, como formadora de um quadro burocrático, no sentido Weberiano do termo, em que se reinou até então a não formação do público como pertencente a todos.

Como nosso assunto está vinculado ao desenvolvimento de um problema endêmico de corrupção que, com efeito, causa danos ao próprio habitat do homem em seus espaços ocupados, com grave prejuízo ao desenvolvimento de direitos ligados à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento social, demonstraremos que este desenvolvimento democrático, amparado em nossa Constituição Federal, encontra-se ainda em constantes movimentos de idas e vindas dentro de uma democracia pujante e recente.

---

<sup>4</sup>DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007- Coleção tópicos, p. 09.

## **1. EM BUSCA A ORIGEM DA CORRUPÇÃO SISTÊMICA**

Ao questionarmos qual a origem social de nossa corrupção sistêmica, parece obrigatório, em termos doutrinários, como já abordamos acima, falarmos em nosso patrimonialismo originado de um modelo exploratório de colonização. Seria a corrupção sistêmica fruto de uma tradição cultural peculiar modelada apenas no âmbito estatal? Ou teria essa gênese uma relação sombria entre práticas no campo dual entre "política-mercado", favorecendo esse cenário?

Passando por uma análise histórica, partimos do ponto em que, atual e oficialmente, carregamos o fardo de ser o Brasil a quarta nação mais corrupta do mundo, segundo o índice de corrupção do Fórum Econômico Mundial<sup>5</sup>. O país está atrás apenas do Chade, da Bolívia e da Venezuela, esta última liderando o penoso ranking.

Características peculiares nos faz estar neste pódio, juntamente com outros dois países da América Latina.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE apontou, no censo 2000/2010, que dezoito milhões de brasileiros com mais de dez anos de idade ainda não sabem escrever ou ler, girando o percentual da população em torno de 9%.

Se voltarmos olhos para a região nordeste, esse percentual extrapola os 22,5 % de analfabetos, dentre as pessoas com mais de dez anos de idade<sup>6</sup>, num claro indicativo de nossa não implementação do Direito social à educação. Ainda que tais índices venham caindo levemente, ainda temos o alto índice dos chamados analfabetos funcionais, considerados aqueles que, em resumo,

---

<sup>5</sup>Ranking publicado no sítio eletrônico do World Economic Forum, disponível em <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index/competitiveness-rankings/#series=GCI.A.01.01.02>. Acesso em 29 de junho de 2016.

<sup>6</sup>Dado divulgado no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, disponível em <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/educacao.html>. Acesso em 29 de junho de 2016.

não são capazes de compreender e interpretar os textos que leem, chegando a nada menos que 20,3% da população brasileira<sup>7</sup>.

Mas a educação é apenas uma vertente a ser analisada em nosso campo de realidade de triste estatística, por vivermos numa época em que sentimos a degradação social de um país tomado pela corrupção sistêmica relacionando as esferas, pública e privada, com índices da chamada baixa criminalidade também perfazendo a impressionante cifra de mais de sessenta mil homicídios anuais, com sequenciais posicionamentos entre os piores em ranking mundial sobre educação básica, nos últimos resultados divulgados pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Podemos trabalhar essa realidade sobre duas óticas que se distinguem e, ao mesmo tempo, se comprometem de forma paradoxal. Um lado, a ótica do indivíduo em seu campo privado, outra, de nosso histórico conceito de espaço público (ou a falta dele).

Esse conceito de espaço público, tido como algo a ser valorizado, por se tratar de espaço onde decisões do bem comum são tomadas, é usualmente tratado como um ambiente sem dono e tal característica é fundamental para análise de como a sociedade brasileira age em relação à corrupção.

Na Grécia antiga, conforme nos conceitua Hannah Arendt, o público e o privado já eram tratados como espaços distintos, de maneira que tudo aquilo que era pertinente à sobrevivência do homem, desde sua economia à sua intimidade, pertencia ao espaço privado, tendo como contrapartida o espaço público, onde o cidadão da *polis* "se via e podia ser visto" entre seus concidadãos, estes, munidos de uma "*vida activa*".

Desta forma, nos assuntos comuns, públicos, as decisões públicas e as ações desta órbita deveriam ser tomadas de forma a abstraírem os conceitos

---

<sup>7</sup>Disponível em: <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?t=taxa-analfabetismo&vcodigo=PD384>. Acesso em 15 de fevereiro de 2017.

exclusivamente pertinentes à intimidade; nessa fase, mesmo assuntos econômicos,- para se ter uma ideia da restrição do conceito de espaço público na época da Grécia antiga- a economia era da órbita dos interesses privados, algo inimaginável no mundo do Estado moderno onde indivíduos, em sua vida privada, são moldados de forma unidimensional, para adotar um conceito de Herbert Marcuse, pelas necessidades e interesses do mercado.

Conforme Arendt<sup>8</sup>:

É típico desta evolução da esfera privada- e, por sinal, da diferença entre o antigo chefe de família e o senhor feudal- que este último pudesse administrar justiça dentro dos limites do seu domínio, ao passo que o antigo chefe de família, embora pudesse exercer um domínio mais ameno ou mais severo, não conhecia leis nem justiça fora da esfera pública.

No Brasil, em nossa ainda breve história, assim relata Sergio Buarque de Holanda em "Raízes do Brasil", escrito em 1936, que nossa colonização portuguesa foi embasada pelo lucro rápido da exploração de riquezas e, assim, corremos para a centralização patriarcal do proprietário monocultor do latifúndio, gerando a figura passiva e obediente do chamado "homem cordial".

Segundo o referido autor<sup>9</sup> :

Os elementos anárquicos sempre frutificaram aqui facilmente, com a cumplicidade ou a indolência displicente das instituições e costumes. As iniciativas, mesmo quando se quiseram construtivas, foram continuamente no sentido de separar os homens, não os unir. Os decretos dos governos nasceram em primeiro lugar da necessidade de se conterem e de se refrearem paixões particulares momentâneas, só raras vezes da

---

<sup>8</sup>ARENDDT, Hannah. **A condição Humana**. Prefácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 2007, p. 44.

<sup>9</sup>HOLANDA, SÉRGIO BUARQUE DE. **RAÍZES DO BRASIL**. 26ª ed. 19ª reimpressão. São Paulo.Ed Companhia das Letras: 2004, p. 33.

pretensão de se associarem permanentemente forças  
ativas.

Esse modo de vida agrário, submisso da maior parte da população braçal, ainda num sistema "semifeudal", tratado pelo autor, nessa obra, é marcado pela abstração da noção de "espaço público", emoldurada num sujeito inserido num sistema patrimonialista, preso em dogmas religiosos e de dominação sistêmica, onde do período escravista para o trabalhador livre, por aqui, não houve um primor pelo indivíduo enquanto possível homem dotado sequer de capacidade para se inserir num espaço público de decisões, onde houvesse desenvolvido um conceito social sobre o que é a coisa pública;

Pelo contrário, o padrão cultural adotado era a falta de noção entre o público e o privado, a fomentação, como realidade, da formação de um "quadro administrativo"- no sentido weberiano do termo- de dominação privada (patriarcal), no qual o conceito de patrimonialismo é que estaria intrinsecamente ligado à confusão e desvios entre o que era erário, poder político e fim privado.

Em exemplos, poderíamos citar a formação dos "grupos políticos" de nossa recente democracia, num cenário de reduzidos espaços de liberdade, levando ao fato de, naquela época (ainda em 1936), já ter se falado na criação do "tipo ideal"- ainda no sentido weberiano do termo- transcrito na figura do "homem cordial" (assim referido por Sérgio Buarque de Holanda), como sendo aquele em que o reflexo das ações permeia a característica da "aceitação acrítica" das mazelas e da bondade das ações de um patriarca, este encarado como um mito, corporificado no indivíduo a relação de poder "legitimada" na dominação social.

Em tal sujeito ("homem cordial"), estaria arraigado, por estar ele inserido num sistema de relação de favores pessoais, o famoso "jeitinho" (também assim citado por Buarque de Holanda), como salvação deste indivíduo na sociedade local, ante um quadro burocrático de difícil resolução de problemas, de justiça encarada sob poder da influência política local, enfim, de um difícil

trânsito do cidadão, nos espaços de decisões denominados públicos.

Ainda segundo Buarque de Holanda, "Foi o português, portanto, o colonizador, que seguiu a ética da compensação imediata, que buscava a riqueza da ousadia e não a riqueza do trabalho"<sup>10</sup>.

## **2. A HISTÓRICA OCUPAÇÃO EXPLORATÓRIA DE NOSSOS RECURSOS**

Podemos adotar como importante marco histórico de formação da nossa sociedade, em termo de reconhecimento formal do Brasil enquanto Estado pretensamente independente, a partir da vinda da corte portuguesa para cá, motivada por uma fuga repentina do poder político de Napoleão Bonaparte na Europa, comprometida que estava a corte, com as dívidas obtidas com Inglaterra.

Laurentino Gomes pondera que, apesar de descoberto em 1500, o Brasil teria sido inventado em 1808. Conforme relata Gomes<sup>11</sup>:

Um enxame de aventureiros, necessitados e sem princípios, acompanhou a família real, notou o historiador Jonh Armintage. Os novos hóspedes pouco se interessavam pela prosperidade do Brasil. Consideravam temporária a sua ausência de Portugal e propunham-se mais a enriquecer-se à custa do Estado, do que a administrar a justiça ou beneficiar o público.

Com a revolução industrial, decorrente do êxodo rural inglês, na adoção da política de cercamento, na Inglaterra, formou-se um excedente laboral que serviu como força de trabalho nas indústrias, fez reflexo no recém-aberto

---

<sup>10</sup>HOLANDA, SÉRGIO BUARQUE DE. **RAÍZES DO BRASIL**. 26ª ed. 19ª reimpressão. São Paulo. Ed Companhia das Letras: 2004, p. 49.

<sup>11</sup>GOMES, Laurentino. **1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil: 2008, p. 103.

mercado brasileiro o qual se tornou interesse desse novo sistema, dominado inicialmente pelos ingleses. Desta forma, nosso passado recente de exploração veio, há apenas dois séculos, caminhando do colonialismo exclusivamente exploratório português, caricato por ter uma corte falida, a qual, em sua breve (e a contragosto) estada no país, "evoluiu" à submissão inglesa desde o início da chamada "primeira revolução industrial" e seu liberalismo econômico que influenciou a própria ocupação da terra em nosso país. Nosso ouro, em certo momento, através do tratado de Methuen, passou aos ingleses através da política de panos e vinhos feita entre Portugal e Inglaterra, em 1703.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho, em estudo da história da ocupação da terra no Brasil, ao tratar da propriedade e liberdade, nos ensina<sup>12</sup>, referindo-se à dominação portuguesa, que "na falta de ouro ou prata, utilizou a terra para remunerar os capitais mercantilistas, produzindo para exportação bens desnecessários aqui, como o açúcar".

Ainda segundo Marés de Souza Filho: "A modernidade europeia se estabeleceu na América como uma reprodução lucrativa para os europeus e como uma farsa cruel para as sociedades nativas"<sup>13</sup>.

E ainda podemos constatar em nossa relativamente recente história colonizada, logo do início da estada da coroa portuguesa em solo brasileiro, a execução de ações corruptas, adotadas como reflexo da única lógica existente quando se falava em Brasil, que era a do proveito máximo dos recursos, inclusive dos espaços públicos socioambientais e da apropriação privada por parte do soberano e sua equipe, daquilo que era para ser de todos, público, constantemente utilizado ou desviado para fim privado, como

---

<sup>12</sup>FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **A função social da terra**. Curitiba. Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 59.

<sup>13</sup>FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **De como a natureza foi expulsa da modernidade**. Revista Crítica do Direito, n. 05, vol 66. São Paulo, 2015.

a famosa manutenção da corte e suas centenas de "nobres" em vida improdutivo no Brasil colonial pós-1808.

Um exemplo clássico encontra-se na história da fundação de nosso primeiro banco nacional, criado assim que a coroa portuguesa se instalou no Brasil, fugindo de Napoleão<sup>14</sup>:

Outra providência foi criar um banco estatal para emitir moeda. E assim nasceu o Banco do Brasil, em outubro de 1808. Para estimular a compra de ações do Banco do Brasil, a Coroa estabeleceu uma política de toma-la-dacá. Os novos acionistas eram recompensados com títulos de nobreza, comendas e nomeação para cargo de deputado da Real Junta de Comércio, além da promessa de dividendos muito superiores aos resultados gerados pela instituição. Em troca, o príncipe regente tinha à disposição um banco para emitir papel-moeda à vontade, tanto quanto fossem as necessidades da corte recém-chegada. Como resultado, quem era rico e plebeu virou nobre. Quem já era rico e nobre enriqueceu ainda mais.

A mágica funcionou durante pouco mais de dez anos. Em 1820, o novo banco já estava arruinado. Para piorar a situação, ao retornar a Portugal, em 1821, D. João VI levou todas as barras de ouro e os diamantes que a coroa mantinha nos cofres do banco, abalando definitivamente a credibilidade da instituição. Falido e sem chances de recuperação, o banco teve que ser liquidado em 1829, sete anos depois da independência.

Tais costumes, de uso de recursos sugados daquilo que iria para o bem geral da sociedade, exploração sem o mínimo de respeito, ao nosso tão-falado espaço público, da visão inexistente do que efetivamente seja o bem comum, permaneceu pelos dois séculos como uma constante, um *habitus*, como peso do ar que não mais sentimos, em fatos cotidianos e cada vez mais atuais, a exemplo das grandes obras de desenvolvimento, inacabadas pela corrupção

---

<sup>14</sup> GOMES, Laurentino. **1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil: 2008, pp. 103-104.

avassaladora de recursos públicos, em parceria com grandes empresas empreiteiras.

Émile Durkheim expões sobre essa análise social, do hábito, que:

A maior parte de nossas ideias e de nossas tendências não é elaborada por nós, mas vem de fora, elas só podem penetrar em nós impondo-se, eis tudo o que significa nossa definição. Sabe-se, aliás, que nem toda coerção social exclui necessariamente a personalidade individual<sup>15</sup>.

Basta vermos em nossa história nacional, noutro exemplo, os famosos fatos envolvendo Joaquim José de Azevedo, o Visconde de Rio Seco, alto integrante da corte portuguesa, que inspirou frases populares, como a que diz: "quem pouco furta é ladrão, quem muito furta é barão", referindo-se ao envolvimento do "barão" português em desvios de verbas públicas brasileiras e sua luxuosa vida posteriormente neste País, condecorado inclusive com títulos de nobreza, já pelo Brasil independente.

Nossa ocupação de terras, ainda no século XIX, nos traz outro exemplo. Vejamos.

Quando o Brasil buscava implementar colônias, preferencialmente europeias, de imigração, com alguns incentivos para a posse de terras, face uma iminente extinção da escravidão (e com isso problemas que seriam gerados para as relações econômicas vividas na época, com a eventual e súbita extinção de escravos), novamente perdemos para os programas de imigrações ocorridos na América do Norte, justamente pelo nosso histórico motivo: Falta de delimitação entre o público e o privado.

---

<sup>15</sup>DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 04.

Nessa seara da ocupação de terras, conforme explana Lúcia Ozório Silva<sup>16</sup>:

No exemplo norte-americano, o sucesso devia-se ao seu bem-organizado sistema de parcelamento e venda de terras públicas. Enquanto isso, no Brasil, o sistema de propriedade territorial estava em completa balbúrdia e quase em parte alguma se podia dizer, com alguma segurança, se o solo era particular ou público”.

E passamos pelas décadas, pelo século, abarcando fatos históricos, onde casos de corrupção se tornavam centro da história. Como na citação acima, sem sabermos de fato delimitar o que era público e privado.

A promessa europeia de um Estado do bem-estar social viria mais a frente, como a promessa da felicidade dentro da lógica capitalista de mercado, mas segundo Marés de Souza filho<sup>17</sup>

“O estado do bem-estar social na América Latina foi implantado à força, mas ficou parecendo um arremedo mal acabado do original europeu, benefícios sociais legislados a conta gotas não chegaram nunca aos reais necessitados e destinatários”

### **3. DA EXPLORAÇÃO AO PERIGO CONSERVADOR DO RACISMO CULTURALISTA**

De nosso nascente mercado nacional agroexportador e dos oligopólios do sudeste do país, tivemos um levante cultural nacionalista na segunda década do século XX, em São Paulo, representada pela Semana de Arte Moderna, quando assim, podemos dizer, o Brasil buscava uma identidade verdadeiramente nascente em nosso território nacional.

---

<sup>16</sup>SILVA, Lúcia Ozório. **Terras Devolutas e Latifúndio- Efeitos da lei de 1850**. Campinas: Editora UNICAMP, 1996, p. 132.

<sup>17</sup>FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **Função Social da Terra**. Porto Alegre, 2003.

Mas os ditames do quadro burocrático passavam, como sempre, ao largo da grande massa populacional sem educação política e participativa. Vimos apáticos à repressão de poucas estatísticas confiáveis da nossa ditadura militar, abraçada por uma classe média que luta para preservar suas diferenças de classe e se diferenciar da chamada "ralé", frente ao comando dos nossos "coronéis" do latifúndio de ontem que ainda se corporificam em múltiplos espaços pelo interior do país, como descendentes da nossa monarquia, precedendo nossa fase inicial republicana, que, ao alvorecer do século XX, foi se transformando numa fuga industrial do desenvolvimento das cidades, sempre voltada aos interesses internacionais, desembocando na forma desordenada de concentração de renda e desigualdade social, geradora de uma massa heterogênea, de brancos, negros, mamelucos, cafuzos e índios, em suas mais variadas origens, vivendo em bolsões de miséria social onde, do "jeitinho" e da forma da "relação privada" entre governantes e governados, criou-se uma rede de "favores" clientelistas entre "grupos políticos" e seus "grupos de eleitores", trazendo o que deveria ser uma relação pública, livre, algo dominado pelo clientelismo e pela busca do interesse unicamente privado. Uma fuga para sobreviver ante um quadro burocrático contraproducente de serviços públicos provedores dos direitos sociais.

Em nossa recente democracia efervescente, não podemos negar que ainda convivemos com o ranço patrimonialista lá do "coronelismo" patriarcal dos grandes latifúndios monocultores, ou do ideal explorador do Brasil império não dava espaço participação da grande massa ao acesso dos bens-comuns e, logo, ao estabelecimento duradouro de uma nação com maior consciência do significado de espaço público.

No lado produtivo, da nossa ocupação de terras, por seu lado, de monocultura latifundiária, sempre buscou, em primeiro lugar, satisfazer o mercado externo como saída para "o que restar, servir à nação". Nossas Sesmarias, adotadas como forma de distribuição elitizada de terras conforme interesse da Coroa Portuguesa, alijando do acesso a terra e à produção, de vasto território, as

camadas que poderiam utilizá-las para uma ascensão social. Na colonização da América do Norte, por exemplo, a ocupação de terras incentivada a famílias de pequenos agricultores inclusive atrasou grande parte da entrada norte americana no mercado capitalista, tamanha ligação da população às terras, não havendo grande excedente de mão-de-obra, em que pese ocupada nos Estados do Sul pelo escravagismo. No Brasil, como reiteramos, esse acesso dado por meio das chamadas Sesmarias, que em Portugal veio como acesso obrigatoriamente produtivo da terra, para aqueles que quisessem e devessem produzir. Por aqui, essa distribuição do farto território foi elitizado, como forma de não permitir um acesso justo ligado à produção, mas como forma de regular mão-de-obra, de não a encarecer para que assim, houvesse disponibilizados milhares de "trabalhadores livres" nas lavouras.

Ao explicar a base do capitalismo industrial como expulsão da natureza da sociedade humana, desde o início inglês com o chamado cercamento (enclosure), Carlos Frederico Marés de Souza Filho relata que<sup>18</sup>: "A modernidade europeia se estabeleceu na América como uma reprodução lucrativa para os europeus e como uma farsa cruel para as sociedades nativas".

Mas essas construções históricas, levadas ao cenário atual, poderiam trazer consigo o risco de tratarmos a corrupção sistêmica como sendo algo que, por cultural, seja fadado ao "eterno", fruto de uma sociedade corrupta e aprisionada numa "gaiola de ferro" burocrática; Que por ser fruto de um desenvolvimento exploratório pautado na falta sistêmica de conceito de espaço público, nos faz piores.

Esse erro crucial, não se pode cometer.

O sociólogo Jessé Souza, em seu livro "A tolice da inteligência brasileira"

---

<sup>18</sup>FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **De como a natureza foi expulsa da modernidade**. São Paulo: Revista Crítica do Direito, n. 05, vol 66, 2015, p. 97.

dirige críticas ao pensamento de Sergio Buarque de Holanda, em parte citado acima, defendendo o autor que tal caráter patrimonialista citado por Holanda não pode ser justificado apenas na reduzida visão de que somos "filhos da colonização portuguesa", por acabar traduzindo tal vertente um "racismo cultural" ao se doutrinar um fadado insucesso corrupto de nossa sociedade, entendido por efeito de mera tradição, frente à embutida realidade diversa de nações idealizadas como "desenvolvidas", essas, com apoio de nossa doutrina conservadora nacional, que passa ao imaginário popular como sendo "prodigiosas" em contrapartida ao "subdesenvolvimento corrupto".

O racismo cultural dessa vertente doutrinária é adotado e teorizado, segundo Jessé Souza, por um pensamento que se encaixa à corrente liberal-conservadora, onde tudo o que é corrupto se deve ao Estado, sem se referir às mazelas do "mercado" como sendo também um campo de relação social geradora de corrupção.

A corrupção, assim, não se atrela somente ao campo do Estado e muito menos seria uma tradição cultural "exclusiva" das nações "em desenvolvimento". Contrastar o culturalismo brasileiro do "homem cordial" como fundamento único para essa realidade seria a violência simbólica em "abstrair" o "Estado corrupto"- como figura apenas "idealizada" e não delimitada e, por isso sempre "o outro não identificado" e, assim, jamais conhecido, pairando-se sempre nessa abstração do "outro" para se tentar explicar, de forma esquematizada e simples, um fenômeno extremamente complexo.

Jessé Souza<sup>19</sup>, neste campo de raciocínio, expõe:

Transformar essa questão complexa em dado cultural prévio é, ao mesmo tempo, esconder e legitimar o dado, o que existe, como se fosse merecimento, por razões atávicas e históricas, que perderam validade no novo

---

<sup>19</sup>SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira; ou como o país se deixa manipular pela elite**. São Paulo: LeYa, 2015, p. 33.

contexto. Na verdade, esse culturalismo, como explicitamos na introdução deste livro, é uma verdade velada- e, portanto, especialmente perigosa- de racismo. A única diferença entre o racismo culturalista e o racismo de cor, como "explicação" para as hierarquias fáticas de mundo, é que o primeiro defende a ideia de que certo "estoque cultural" é a causa e também a legitimação da desigualdade entre indivíduos e nações.

De fato, o Brasil de hoje, como país de dimensões continentais, não permitiria se adotar um "tipo ideal" como ponto de intercessão entre infinitas relações sociais, reduzidas num único padrão comportamental, ante um cenário de teia social infinita inserida num contexto heterogêneo como este, onde notamos campos de extrema pobreza ainda em área ruralista, ou em regiões semiáridas, má distribuição de terras, frente outras bem desenvolvidas (em se adotando padrões internacionais de desenvolvimento), em grandes metrópoles as quais, dentro de si própria, guardam bolsões de miséria de milhares de excluídos históricos, hoje supostamente "trabalhadores livres", mas herdeiros de um pós-sistema escravista, abandonados à própria sorte (vejamos as grandes favelas), onde reside a assim chamada por Jessé de Souza, "ralé brasileira", havendo, pois, várias realidades dentro do todo ora demonstrado.

Mas, qual a justificativa para essa realidade ainda existir, com tanta exclusão e mais, quem seria responsável por isso? O Estado? O sistema econômico? A corrupção de forma isolada ou a corrupção sistêmica?

Ainda em Jessé Souza, tem-se a interessante abordagem<sup>20</sup>:

Na verdade, a corrupção, entendida como negação do "fair play", é endêmica ao capitalismo- e certamente endêmica a todas as outras formas históricas de apropriação do excedente social- em todos os lugares e em todas as épocas históricas. Assim como as classes endinheiradas brasileiras construíram uma ideologia

---

<sup>20</sup>SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira; ou como o país se deixa manipular pela elite**. São Paulo: LeYa, 2015, p. 199.

antiestatal para melhor monopolizar e instrumentalizar o Estado ao seu favor, os capitalistas históricos também criaram uma ideologia do "mercado justo", para se autolegitimar. Max Weber, com sua extraordinária influência em todas as disciplinas sociais, contribuiu muito para isso ao vincular o capitalismo à temperança protestante. Com isso, criou uma falsa oposição, hoje aceita por quase todos, entre "capitalismo aventureiro", enquanto o capitalismo de saque e dos grandes lucros eventuais, e o "capitalismo moderno", sóbrio, construído sob a noção do lucro cotidiano, permanente, mas "justo" e "contido". Com isso, o capitalismo moderno é percebido não apenas como "ganho em racionalidade", mas também, como "ganho em moralidade", perfazendo os dois grandes elementos da virtude e da perfeição humana, como percebida pelo ocidente".

Dentro de um estudo sociológico (afinal, origem da corrupção não teria outra vertente, senão a social), não podemos negar que por aqui temos um disseminado cenário a ser avaliado: a dos grupos políticos que, ganhando eleições num ente político qualquer (Por exemplo, Prefeitura), normalmente se alia a empresários colaboradores de campanha, formam um rol de secretários de governo ordenadores de despesa, trocam cargos em comissão entre aqueles que são ou os que posteriormente se juntam ao grupo, montando assim uma rede de colaboradores em empresas fantasmas, operadores do dinheiro sujo se prestando à "lavagem de capital", à retribuição de favores dos financiadores da campanha, ao político da base aliada "bom de votos", contratação de serviços através de licitações forjadas, empresas dirigidas a certos ramos de serviços "monopolizados" (com empresas montadas apenas temporária e eventualmente para prestar serviços ao ente público), alugueres de maquinários pertencentes a políticos e cadastradas em nome de laranjas para secretarias de obras e, em grande destaque, às generosas consultorias em áreas diversas, em tantos outros ramos onde a política possa servir ou aparecer como lucrativa, ao mercado e mesmo à manutenção de uma ocupação de terras desforme e que sustenta por vezes a degradação do meio ambiente, com influências políticas a exemplo da bancada parlamentar que se autodenomina "ruralista", e os lobbys quando

da promulgação do novo Código Florestal.

O grande desafio para a estrutura estatal de fiscalização e combate à corrupção é estar presente em toda máquina estrutural das quase cinco mil e seiscentas prefeituras municipais do país, cada uma com múltiplos órgãos ordenadores de despesas, distribuídos em todos os Estados da Federação, numa rede de capilaridade dos recursos públicos hierarquizados da União para os demais entes.

#### **4. A CORRUPÇÃO SOB ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO- RIQUEZAS LIMITADAS E (NÃO) IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Mesmo que numa análise econômica do direito, onde a escassez impõe fazer escolhas e, dessa forma, nesse cenário de riquezas limitadamente produzidas, a parte desviada do erário, de forma sistêmica, torna-se um montante fatalmente significativo, o qual reflete ainda mais consequências que abalam o desenvolvimento de toda a república, por sem dúvida atingir a eficiência dos gastos públicos, bem como pela corrupção se tornar fator desestimulante a empreendimentos privados, ao respeito aos limites da ocupação das terras e do respeito ao uso sustentável dos recursos naturais.

Como prova estatística do montante desviado, somente em 2014, segundo fonte do Ministério da Justiça<sup>21</sup>, o Brasil repatriou 20 milhões de dólares e, com cerca de trinta laboratórios contra lavagem de dinheiro espalhados pelos Estados da Federação, já teriam apurado cerca de R\$21,4 bilhões de reais utilizados em "lavagem de dinheiro", fruto, em grande parte, em crimes de corrupção, dos quais, mais de \$300 milhões de dólares estariam bloqueados no exterior, aguardando recuperação de ativos, dos quais \$168 milhões na

---

<sup>21</sup>Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/departamento-de-recuperacao-de-ativos-do-mj-avanca-no-combate-a-corrupcao>. Acesso em 21 de outubro de 2016.

Suíça.

Nesse cenário entre política e mercado, Dworkin destaca, sobre a sedimentação democrática em determinada sociedade que<sup>22</sup>:

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os confere. Devemos levar em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais.

## 5. A DEMOCRACIA EFERVESCENTE NA ERA DE INFORMAÇÃO

Conforme Juan Ramón Capella, professor catedrático de filosofia do Direito da Universidade de Barcelona<sup>23</sup>:

No passado, o poder estatal capitalista se assentou sobre a base do domínio econômico do capital- na hegemonia ideológica da burguesia e em estruturas organizativas humanas vertebrada ideológica e juridicamente: As instituições de funcionários públicos civis e militares. Assistimos agora à materialização de uma mudança assinalada, antecipadamente, por numerosos autores. Trata-se da instrumentalização do domínio por meios tecnológicos avançados.

Vivemos hoje era da informação. Das redes sociais permitindo rápido trânsito de informações, controle e fiscalização de fatos por ampla parcela da população com acesso à internet e aplicativos em smartphones em produção

---

<sup>22</sup>DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, p. 27.

<sup>23</sup>CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 107.

de massa. A interpretação dessa mesma realidade fica a cargo do nível cultural e de cidadania da população, em entender de fato uma passagem histórica ou, mesmo, servir de massa de manobra em consensos de massa disseminados por setores específicos, seja de qualquer lado que a referência política se queira adotar.

Novamente, temos o amadurecimento cultural da nação como fator de exigência dos direitos garantidos constitucionalmente, para que o Direito, assim, possa "caber" dentro do Estado, e os direitos fundamentais devidamente implementados por força de exigência política, cidadã, nas mãos dos integrantes da sociedade.

Neste sentido, Chantal Mouffe em sua vertente teórica da democracia radical e do pluralismo, expõe<sup>24</sup>:

O que é uma "sociedade democrática"? É uma sociedade pacificada e harmoniosa onde as divergências básicas foram superadas e onde se estabeleceu um consenso imposto a partir de uma interpretação única dos valores comuns? Ou é uma sociedade com uma esfera pública vibrante onde muitas visões conflitantes podem se expressar e onde há uma possibilidade de escolha entre projetos alternativos legítimos? Gostaria de argumentar em favor desta segunda visão porque estou convencida que, ao contrário do que hoje é comumente tido como certo, é um equívoco acreditar que uma "boa sociedade" é aquela na qual os antagonismos foram erradicados e onde o modelo adversarial de política se tornou obsoleto.

Logo, essa aparente democracia efervescente de manifestações em diferentes pontos políticos pode fazer parte de um amadurecimento democrático tido como ampliação do âmbito de exigências por implementação de direitos fundamentais, pela exigência da proibidade com a

---

<sup>24</sup>MOUFFE, Chantal. **Democracia, Cidadania e a Questão do Pluralismo**. Apresentado no II Seminário Internacional Educação Intercultural, Gênero e Movimentos Sociais: Identidade, diferença e mediações, promovido pela Rede Rizoma. Florianópolis (SC). 2003. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/2015/1763>. Acesso em 01 de abril de 2017.

coisa pública delimitada como bem pertencente a todos. Mas o conceito etnocêntrico de desenvolvimento trazido na lógica unidimensional do mercado pode impor como ideologia suprema um ultimato fatal a essas exigências.

Sobre isso, vivenciamos o risco da obrigatória observância, pelo Estado, das regras redutoras da exigência do mercado internacional e, passado agora a um governo de viés liberal, como solução para a não falência estatal, nos impõem aceitar crises de mercado como nuances justificáveis ao retrocesso desse movimento.

Capella alerta, neste ponto que "perdido o impulso democratizador revolucionário, o Estado nação se limita a ser cada vez mais instrumento pelo qual as pessoas e suas necessidades são sacrificadas ao deus-capital e as suas próprias"<sup>25</sup>.

## **6. DESENVOLVIMENTO E IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

A Constituição Federal, que estipula em seu artigo 1 como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, assim é interpretada pelo Supremo Tribunal Federal em relação à implementação de direitos sociais<sup>26</sup>:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do

---

<sup>25</sup>CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 111.

<sup>26</sup>Julgado disponível no site <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em 01 de agosto de 2017.

postulado da essencial dignidade da pessoa humana. [...] A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011).

Neste sentido, cabe ressaltar que o próprio diploma constitucional regula a erradicação da pobreza. Daniel Wunder Hachem, em artigo publicado, explana que<sup>27</sup>

Em um Estado Social e Democrático como o Brasileiro, o desenvolvimento reclama a sua associação a uma concepção material de igualdade, que não limite a incumbência do Poder Público propiciar igualdade de condições no ponto de partida, mas que também lhe outorgue o dever de agir em prol da redução das desigualdades da sociedade. E isso só é possível mediante uma atuação maximizada da Administração Pública com vistas à plena realização de direitos fundamentais econômicos e sociais. Não se ignora que a garantia do mínimo existencial é imprescindível. Ela se trata de condição necessária, mas insuficiente.

Nessa vertente, o Estado enquanto poder público não pode se voltar apenas ao desenvolvimento do mercado, como provedor de "igualdade de oportunidades", quando na realidade estamos entre os países com maior desigualdade social do mundo. Logo, essa democracia radical, de concepção

---

<sup>27</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **A Noção Constitucional de Desenvolvimento para Além do Viés Econômico: Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público Brasileiro**. A &C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, pp. 133-168, jul/set. 2013.

pluralista, deve transitar por esse caminho.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Não podemos reduzir nossa realidade de corrupção sistêmica à nossa tradição cultural como uma "gaiola de ferro" de um sistema intransponível. Afinal, o fato de não sermos o centro do capitalismo mundial e, face nosso passado servil de colônia exploratória e posterior má distribuição e exploração dos recursos naturais como ouro, prata, minérios e, sobretudo, florestas moldou a distribuição de poder e dos bens de produção na mão de poucos, abarcada na injusta destruição de terras, desde nosso período colonial, traçando assim, sem dúvida, nossa realidade econômica, sempre periférica aos ditames do mercado internacional.

De modo contrário, a nossa realidade de crescente fortalecimento institucional vem se mostrando um caminho sólido, da maior participação democrática, marcante pela revolta ao patrimonialismo que incentiva a confusão entre o público e o privado, do combate ao desrespeito às regras de ocupação ambiental sustentável de nossos recursos.

Não implementamos a contento, bem verdade, e ainda, nossos direitos de segunda geração, e nossos índices educacionais, por exemplo, são desanimadores, em que pese uma leve redução na taxa de analfabetismo.

O investimento maciço em educação, enquanto mecanismo de promoção de conhecimento científico e cultural, como fomento para a maior participação política da sociedade e escape para os bolsões de exclusão social existente, longe de soar como mero senso comum, é visivelmente uma saída indiscutível e imprescindível para o fortalecimento da nossa democracia, no amadurecimento de nosso conceito de espaço público, não mais este sendo tratado como mero local sem dono.

Nossos meios de participação política caracterizados pela difusão instantânea de informações e mobilização social contra as artimanhas patrimonialistas de nossos poderes constituídos representa uma mudança de curso interessante neste cenário, demonstrada nos movimentos sociais que devem passar pelo fortalecimento de instituições constitucionais fiscalizadoras, do provimento de cargos públicos por critérios impessoais e do constante respeito às minorias e decisões institucionais contramajoritárias e da consciência do uso racional dos recursos naturais.

Dentro do conceito de desenvolvimento equilibrado entre o homem e os recursos disponíveis na natureza, não há como não vincular a história como objeto de análise social das características que marcam a realidade atual de nossa sociedade, vitimada por índices elevados de corrupção, por um passado de ocupação exploratória desenfreada, mas que pelo fortalecimento institucional e do respeito à democracia e à Constituição, vem cada dia exigindo dos espaços públicos e do mercado, uma evolução consciente na dita luz no túnel do desenvolvimento racional e da preservação de uma vida com qualidade à atual e futuras gerações, por mais que a sanha exploratória do mercado interno e externo, que tudo trata como "mercadoria", tente de maneira forte influenciar o curso da história em sentido contrário.

Neste campo, a democracia é um jogo em contínua construção, advinda da aceitação da pluralidade como evolução democrática, onde, no campo das ideias, se faz o jogo contínuo da política.

Mas nesse desenvolvimento conflitivo, no mundo das ideias, típico do constante movimento "à venir" da democracia, não podemos entendê-la como sendo apenas "a decisão da maioria" e, assim, esquecer-nos da Constituição como instrumento de proteção à sempre periclitante "ditadura da maioria", visto que somos vulneráveis, constantemente, aos mesmos meios midiáticos e sociais de formação de opiniões e assim, sofreremos riscos de desapegarmos do contínuo respeito aos parâmetros normativos da nossa Carta Maior como dever, sempre, a ser respeitado, e como caminho

necessário ao nosso futuro democrático, sob pena de, noutra via, abriremos caminhos a um totalitarismo disfarçado, seja ele de origem política ou institucional de qualquer vertente que legitimamente domine a "opinião da maioria" como caminho único traçado pelos interesses do mercado, como ideologia para aceitação quanto a não-implementação de direitos sociais.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARENDRT, Hannah. **A Condição Humana**. 13 Edição. São Paulo. Ed. Forense Universitária. 2016.

CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1998.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes.

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **A função social da terra**. Curitiba: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **De como a natureza foi expulsa da modernidade**. São Paulo: Revista Crítica do Direito, n. 05, vol 66, 2015.

GOMES, Laurentino. **1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. **A Noção Constitucional de Desenvolvimento**

**para Além do Viés Econômico: Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público Brasileiro.** A&C-Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, pp. 133-168, jul/set. 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26 Ed. 19ª reimpressão. São Paulo: Ed Companhia das Letras, 2004.

MOUFFE, Chantal. **Democracia, Cidadania e a Questão do Pluralismo.** Apresentado no II Seminário Internacional Educação Intercultural, Gênero e Movimentos Sociais: Identidade, diferença e mediações, promovido pela Rede Rizoma. Florianópolis, 2003.

SILVA, Lígia Ozório. **Terras Devolutas e Latifúndio- Efeitos da lei de 1850.** Campinas: Editora UNICAMP, 1996.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira- ou como o país se deixa manipular pela elite.** São Paulo: Leya Editora Ltda, 2015.

**A DEMOCRACIA EM CRISE: UMA ANÁLISE ACERCA DAS  
CONSEQUÊNCIAS DA CORRUPÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE  
DIREITO CONTEMPORÂNEO<sup>1</sup>**

**Agnéia Corrêa Socoloski<sup>2</sup>**

**Soadre Caroline Rolim de Moura<sup>3</sup>**

**INTRODUÇÃO**

A pesquisa que aqui se propõe tem como objeto um breve estudo acerca das consequências deletérias da corrupção no Estado Democrático de Direito contemporâneo, revelando-se como uma das principais causas da crise das atuais democracias representativas presentes na América Latina e, principalmente, no Brasil.

Pretende-se apontar que a corrupção é um fenômeno patológico, o qual está entranhado na cultura do país, o que dificulta o seu combate. Almeja-se

---

<sup>1</sup>Artigo produzido como trabalho final da disciplina Teoria Política, do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, ministrada pelo Professor Doutor Francisco de Oliveira Neto.

<sup>2</sup>Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Público. Especialista em Prática Jurídica. Especialista em Direito Notarial e Registral. Especialista em Linguística aplicada ao Ensino de Língua Portuguesa. Possui graduação em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Graduada em Letras - Português/Inglês e suas literaturas pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Atualmente é Analista Administrativa e Chefe de Divisão da Academia Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Cidade de Florianópolis, Estado de Santa Catarina, Brasil. E-mail: asocoloski@tjsc.jus.br.

<sup>3</sup>Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Público. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Atualmente é Técnico Judiciário Auxiliar Secretária Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, lotada no Gabinete do Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, membro da 4ª Câmara de Direito Civil. Cidade de Florianópolis, Estado de Santa Catarina, Brasil. E-mail: soadre@tjsc.jus.br.

demonstrar que a corrupção afeta os fundamentos como questão constitucional e os pressupostos da democracia política e do Estado de Direito, minando-os. Objetiva-se, ainda, indicar que a crise da democracia, tendo como uma das principais causas a corrupção, alastrada em todas as esferas do poder, pode dar ensejo ao aparecimento de governantes populistas, seguidos da instalação de regimes políticos totalitários.

Para tanto, dividiu-se o artigo em dois importantes tópicos. No primeiro, intitulado "Estado de Direito e sua Evolução", serão abordadas brevemente as fases evolutivas, sob a ótica histórica e política, do Estado Liberal de Direito, passando pelo Estado Social de Direito e desembocando no Estado Democrático do Direito. Traçar-se-á um rápido paralelo entre liberalismo e democracia. No segundo, nominado de "Democracia: conceito, contexto de crise e corrupção no Estado Democrático de Direito Contemporâneo", abordar-se-á brevemente a democracia sob o aspecto histórico, conceituando-a em ato contínuo, para então focar a crise propriamente dita da democracia, apontando, com base na doutrina especializada sobre o tema, suas principais causas, dentre as quais se sobressai a corrupção.

Nesse prisma, será feita a convergência entre crise democrática e o surgimento cada vez maior de governos populistas, um fenômeno que se observa aumentar nas democracias modernas, criando condições propícias para a instalação de regimes autoritários, como se isso fosse solucionar o problema da corrupção do poder, a crise moral da política e da economia, porquanto também não o são eticamente idôneos.

## **1 O ESTADO DE DIREITO E SUA EVOLUÇÃO**

### **1.1 O Estado de Direito**

O Estado de Direito, propriamente dito, nasceu na segunda metade do século XIX, na Alemanha, como *Rechtstaat*, ou seja, um Estado em que há

hierarquia das regras jurídicas com o fim de enquadrar e de limitar o poder do governo pela lei.

Streck e Morais, citando Jacques Chevallier, ensinam que:

O Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado.<sup>4</sup>

Sobre a definição de Estado de Direito, Bobbio, explica que se trata de um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais, compreendidas nelas as leis fundamentais ou constitucionais, e devem ser exercidos dentro deste limite legal, resguardando-se ao cidadão o direito de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado eventual abuso ou excesso de poder. E completa:

Por outro lado, quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípios invioláveis.<sup>5</sup>

Assim, o Direito assume um papel de referência estável e traz a ideia de

---

<sup>4</sup> TRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 86-87.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000, pp. 18-19.

Estado de Direito como pura legalidade.

Bobbio ainda traz o Estado de Direito, em sentido "forte", como sendo "parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder".<sup>6</sup>

No século XX, a doutrina francesa agrega novas perspectivas sobre a ideia de Estado de Direito para além da legalidade estatal. "Ou seja: não é apenas a forma jurídica que caracteriza o Estado, mas, e sobretudo, a ela agregam-se conteúdos"<sup>7</sup>, que, segundo Streck e Moraes citando Jacques Chevallier, consubstanciam-se num "conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição."<sup>8</sup>

O Estado de Direito, portanto, não é apenas um simples dispositivo técnico de limitação do poder resultante da edição de normas jurídicas, e sim um conjunto de direitos fundamentais próprio, tratando-se de "uma concepção de fundo acerca das liberdades públicas, da democracia e do papel do Estado, o que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica."<sup>9</sup>

Conclui-se, com isso, que o Estado de Direito em sentido estrito, ora se apresenta como liberal, ora como social e, por fim, como democrático, moldando o Direito com o conteúdo de cada um, sem grandes rupturas, como pode ser visto a seguir.

---

<sup>6</sup>BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**, p. 19.

<sup>7</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, p. 87.

<sup>8</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, p. 88.

<sup>9</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, p. 88.

## 1.2 O Estado Liberal de Direito

Nas palavras de Streck e Moraes, em citação a Manuel Garcia-Pelayo, pode-se definir o Estado Liberal de Direito como sendo:

Um Estado cuja função principal é estabelecer e manter o Direito cujos limites de ação estão rigorosamente definidos por este, bem entendido que Direito não se identifica com qualquer lei ou conjunto de leis com indiferença sobre seu conteúdo[...] O Estado de Direito significa, assim, uma limitação do poder do Estado pelo Direito, porém não a possibilidade de legitimar qualquer critério concedendo-lhe forma de lei.<sup>10</sup>

Nesse contexto, não basta ao Estado possuir qualquer legalidade, é necessário que seu conteúdo esteja de acordo com seu ideário.

A partir daí, constata-se que o conceito de Estado de Direito liberal surge aliado ao próprio conteúdo político do liberalismo<sup>11</sup>, impondo ao Estado a concretização do ideário liberal quanto aos princípios da legalidade, da divisão de poderes e da garantia dos direitos individuais.

Pode-se apontar como características do Estado Liberal de Direito: a) a separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça; b) a garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado; c) a democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a ideia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta - *referendum* e plebiscito - bem como, pela imposição de um controle

---

<sup>10</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, p. 88.

<sup>11</sup>Liberalismo "é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que segue para representar o primeiro é Estado de direito; a noção corrente para representar o segundo é Estado mínimo (BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia, p. 17).

hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade; e, d) o Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos.<sup>12</sup>

É importante destacar que o foco central do Estado Liberal de Direito é uma limitação jurídico-legal normativa, na qual exige do Estado uma postura negativa de sua atuação em face dos indivíduos, elevados à condição de cidadão, detentor de direitos tutelados pelo Estado, compreendendo, dentre outros, as liberdades clássicas, tais como, liberdade, propriedade, vida e segurança, também denominados, como direitos subjetivos materiais ou substantivos.

Portanto ao Estado, nesse estágio cabia disponibilizar instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais dos cidadãos ao lado de restrições impostas pela sua atuação positiva.

### **1.3 O Estado Social de Direito**

Inicialmente cabe mencionar, conforme preconiza Bonavides, que o Estado Social não pode ser confundido com o Estado Socialista, "mas sim com uma normativa que apresenta uma série de melhorias a vida do cidadão, que contra presta a existência do Estado com uma soma elevada de impostos."<sup>13</sup>

A partir da metade do século XIX, iniciou-se gradativamente uma integração do Estado político com a sociedade civil, a qual trouxe uma fundamental

---

<sup>12</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, pp. 89-90.

<sup>13</sup>BONAVIDES, Paulo. **Do estado social ao estado liberal**. 7ªed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 183.

alteração na forma jurídica do Estado, nos processos de legitimação e na estrutura de sua administração.

Sobre a passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Social, assim se manifesta Bobbio:

Como pude afirmar nas mais diversas ocasiões, a passagem do estado liberal para o estado social é assinalada pela passagem de um direito com função predominantemente protetora-repressiva para um direito cada vez sempre mais promocional. Isto porém não quer dizer que em algum lugar tenha existido um estado limitado apenas a impedir, sem estender sua ação também para a promoção de comportamentos úteis à convivência ou tão-somente à sobrevivência, como aquele, adotado por Mill, da defesa comum, ao menos na medida em que o estado deve proteger não apenas um indivíduo do outro, mas também todos os indivíduos em seu conjunto enquanto grupo de um outro estado.<sup>14</sup>

Esse novo momento, não irá apenas incluir direitos para limitar as ações do Estado, ao contrário, irá crescer direitos às suas prestações. Segundo Bobbio, se "os direitos fundamentais são a garantia de uma sociedade burguesa separada do Estado, os direitos sociais, pelo contrário, representam a via por onde a sociedade entra no Estado, modificando-lhe a estrutura formal".<sup>15</sup> E ainda complementa, que "[...] enquanto os direitos fundamentais representam a garantia do *status quo*, os direitos sociais, pelo contrário, são *a priori* imprevisíveis".<sup>16</sup>

Assim, a caracterização pelo Estado de Direito social busca uma correção do individualismo liberal por meio de garantias coletivas, ou seja, "corrige-se o

---

<sup>14</sup>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. 112.

<sup>15</sup>BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**: volume 1. 1ª. ed. Brasília: UNB, 1998, p. 401.

<sup>16</sup>BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**, p. 401.

liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *zoelfare state* neocapitalista no pós-Segunda Guerra Mundial."<sup>17</sup>

Nesse caminhar, o Estado Social de Direito *apresenta-se como um modelo que busca criar uma situação de bem-estar-social para o pleno desenvolvimento do cidadão.*

*Assim, a lei passa a ser utilizada não mais, apenas, como ordem geral e abstrata*- a generalidade da lei era considerada fulcro do Estado de Direito - mas, sim como instrumento de ação, muitas vezes, com caráter específico e concreto, atendendo a critérios circunstanciais.<sup>18</sup>

Portanto, o Estado Social de Direito tem como aspecto central a promoção da coletividade, cuja lei, é um instrumento concreto do Estado para a facilitação do acesso às garantias básicas sociais do grupo, sendo que a questão da igualdade, nesse momento histórico, não obtém solução, embora sobressaia a sua percepção puramente formal, sem base material.

#### **1.4 O Estado Democrático de Direito**

O Estado Democrático de Direito surge como um conteúdo transformador da sociedade, não se restringindo ao Estado Social de Direito, mas ultrapassando o aspecto material da concretização dos direitos básicos da pessoa humana, como um ente fomentador da participação pública na qualificação democrática do Estado.

A partir daí surge um novo conceito, na conjugação do ideal democrático ao Estado de Direito, "onde estão presentes as conquistas democráticas, as

---

<sup>17</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, p. 91.

<sup>18</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, p. 92.

garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a *transformação do status quo*.<sup>19</sup>

Nasce então a "busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela *realização, através dele, de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade*".<sup>20</sup>

Com efeito, são *princípios* do Estado Democrático de Direito, nos moldes dos ensinamentos de Streck e Moraes:

- A- Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;
- B - Organização Democrática da Sociedade;
- C - Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa da garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;
- D- Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades;
- E- Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
- F - Divisão de Poderes ou de Funções;
- G - Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;
- H- Segurança e Certeza Jurídicas.<sup>21</sup>

O Estado Democrático de Direito ultrapassa a formulação do Estado Liberal de Direito bem como a do Estado Social de Direito e impõe um novo conteúdo

---

<sup>19</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, p. 92.

<sup>20</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, p. 92-93.

<sup>21</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, p. 93.

à ordem jurídica e à atividade estatal, ou seja, introduz a transformação da sociedade.

A igualdade é a meta de transformação do *status quo*, e "a lei aparece como instrumento de transformação da sociedade não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais."<sup>22</sup>

Em síntese, a transformação do conceito de Estado de Direito implicana assunção de um novo feitiço para esse Estado de Direito, tal qual "a incorporação efetiva da *questão da igualdade* como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade".<sup>23</sup>

Há uma redefinição do modelo anterior no qual traz à baila o princípio da solidariedade, consubstanciado pelo caráter comunitário, preocupado com problemas relativos à *qualidade de vida* individual e coletiva dos homens. Nesse Estado de Direito a atuação do Estado aparece como um instrumento fundamental de transformação do *status quo*, a lei apresenta um caráter de instrumento transformador, tendo como ator principal a coletividade difusa, com papel promocional e de mutação das relações comunitárias.

Assim, há uma redefinição do Estado de Direito que passa a incorporar novos conteúdos, ou seja, adota novos paradigmas, especialmente no tocante ao bem-estar social da população, oriundo de uma transformação no conteúdo jurídico, voltado "para a garantia/implementação do futuro, e não para a conservação do passado".<sup>24</sup>

Nessa linha de pensamento, o direito é considerado como um instrumento do

---

<sup>22</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, p. 94.

<sup>23</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, p. 97.

<sup>24</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, p. 98.

Estado Democrático de Direito para a intervenção na sociedade contra as desigualdades sociais, podendo-se assim destacar, conforme Bobbio ensina: "outrora, o direito era parte integrante de uma vida social espontânea; hoje, é um instrumento com que o Estado democrático intervém na sociedade, para manter a paz social e prevenir as necessidades futuras [...]".<sup>25</sup>

Ele, ainda, complementa definindo o resultado da combinação entre liberalismo e democracia para a correta aplicação do jogo democrático, conforme abaixo explica:

Ideais liberais e métodos democráticos vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade.<sup>26</sup>

Portanto, o Estado de Direito passa a ser, assim, um conjunto de princípios e valores, provido de mecanismos garantidores apropriados, indo além de seu formalismo, incorporando a democracia e assumindo um caráter de dinamicidade, pois os conteúdos das normas estão a todo momento submetidos a variações sociopolíticas. Variações estas que influenciam sobremaneira o regime democrático, colocando-o muitas vezes sua credibilidade em xeque, como a seguir se discorrerá.

---

<sup>25</sup>BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**, p. 225.

<sup>26</sup>BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**, p. 44.

## **2. DEMOCRACIA: CONCEITO, CONTEXTO DE CRISE E CORRUPÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO**

### **2.1 A Democracia: Conceito e o contexto de crise**

As tipologias clássicas das formas de governo, que são basicamente três, remontam à Política de Aristóteles, as quais podem ser classificadas de acordo com o número de governantes e em boas ou más,

em monarquia, ou governo de um, aristocracia ou governo de poucos e democracia ou governo de muitos, com a anexa duplicação das formas corruptas, pelos quais a monarquia degenera em tirania, a aristocracia em oligarquia, a politeia (que é o nome que Aristóteles dá à forma boa do governo de muitos), em democracia.<sup>27</sup>

Hodiernamente, "a democracia é considerada como a melhor forma de governo, como a menos má, como a forma de governo mais adaptada às sociedades economicamente, civilmente e politicamente mais evoluídas"<sup>28</sup>.

Configura-se, pois, como uma das melhores formas de exercício do poder governamental, legitimada por uma rede de direitos políticos, civis, sociais e de liberdade, os quais asseguram autonomia na tomada de decisões, ao mesmo tempo em que garantem ao cidadão mecanismos para controlar tal exercício.

Para Ferrajoli<sup>29</sup>, democracia é um conjunto de regras sobre o válido exercício do poder: por um lado, tem-se as regras que conferem poderes de

---

<sup>27</sup>BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade:** para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 104.

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade:** para uma teoria geral da política. p. 158.

<sup>29</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris:** teoría del derecho y de la democracia.2. Teoría de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Carlos Bayón, Marina Gáscon, Luiz Prieto Sanchés y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011, p. 17.

autodeterminação individual e coletiva, garantindo sua igual titularidade a todos enquanto pessoas ou cidadãos; por outro, as que impõem limites e vínculos a estes mesmos poderes para impedir a degeneração em formas despóticas e garantir seu exercício na tutela dos interesses de todos.

Em virtude disso, "es inconcebible una democracia sin derechos fundamentales"<sup>30</sup>, sem os quais sobrepõem-se sistemas genéricos de valores (duvidosos) aptos para degenerar-se em formas absolutistas, disciplinares ou descontroladas<sup>31</sup> de governo.

Bobbio<sup>32</sup> assevera que a democracia moderna oferece problemas capitais, ligados às contradições internas do elemento político sobre o qual se apoia (as massas) e à hipótese de um desvirtuamento do poder, por parte dos governantes, pelo fato de possuírem estes o controle da função social e ficarem sujeitos à tentação, daí decorrente, de o utilizarem do próprio (caminho da corrupção e da plutocracia<sup>33</sup>) ou no interesse do avassalamento do indivíduo (estrada do totalitarismo).

A isso dá-se o nome de democracia delegativa, fruto de um governo de coalisão, característica de países da América Latina, incluído o Brasil, cujas crises políticas, econômicas e sociais vivenciadas de forma recorrente, acumulam-se e são transferidas a cada novo governo, dando azo para o surgimento de presidentes com carga populista, que se autodenominam de salvadores, "prometendo que – fortes e corajosos, acima dos partidos e

---

<sup>30</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia, p. 25.

<sup>31</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia, p. 25-26.

<sup>32</sup>BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política, p. 203.

<sup>33</sup>De acordo com Michaelis Dicionário brasileiro da língua portuguesa, plutocracia significa "influência ou poder preponderante do dinheiro; argentarismo"; "Dominação exercida pela classe mais abastada da sociedade" Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=plutocracia>>. Acesso em 25 de janeiro de 2017.

interesses, machos – salvarão o país".<sup>34</sup>

A onipotência governamental, constata Ferrajoli<sup>35</sup>, é perigosa para o futuro da democracia se acompanhada da paralela ausência de limites e controles sobre a autonomia empresarial reivindicada pela atual ideologia neoliberal. Com efeito, não é de hoje que há se estabelecido nas democracias ocidentais cada vez mais uma relação perversa entre dinheiro e política, isto é, "dinero para hacer política, política para hacer dinero"<sup>36</sup>.

Há uma expansão patológica da ilegalidade da vida pública que envolve não só os partidos políticos, mas a Administração Pública, o mundo empresarial, por sua vez, as amplas camadas da população ligadas por relações de clientelismo ao mundo da política e diversamente partícipes, por conveniência ou com resignação, da política da corrupção (qualquer semelhança com o Brasil é mera coincidência).

Nesse sentido, segundo Ferrajoli,

El sistema de la corrupción, en efecto, equivale a una duplicación oculta de las instituciones públicas, casi un infra Estado clandestino, dotado de códigos propios y tributos, en contraste con los principios del estado de derecho y de la democracia: del principio de legalidad a los de publicidad, transparencia, representividad y responsabilidad política de los poderes públicos, hasta las reglas de la competencia em las que se basa la economía de mercado.<sup>37</sup>

O fenômeno de corrupção das funções públicas, incluído a dos grupos de pressão, de distintas maneiras condicionam seu exercício, para Ferrajoli, à

---

<sup>34</sup> STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do direito**, p. 110.

<sup>35</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**, p. 175.

<sup>36</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**, p. 175.

<sup>37</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**, pp. 175-176.

subordinação dos interesses públicos aos interesses privados do corrupto e do corruptor. Esse conflito de interesses, diz o autor, converte-se num fenômeno estrutural, que compromete radicalmente a representação, especialmente quando os interesses privados, a causa de atribuição de sua titularidade a quem é portador de funções públicas, vem a confundir-se e a sobrepor-se institucionalmente aos públicos. A corrupção "es um fenómeno patológico que afecta a los fundamentos, como cuestión constitucional, a los presupuestos mismos de la democracia política y del estado de derecho"<sup>38</sup>.

## **2.2 Corrupção e as consequências ao Estado Democrático de Direito**

Dessume-se que a corrupção é uma das principais causas da crise do Estado Democrático de Direito, uma vez que macula a representação política, degradando-a a mera representação dos interesses privados e pessoais do governante, constituindo-se no efeito mais grave do conflito institucional de interesses.

Explica Ferrajoli<sup>39</sup> que

Un conflicto semejante mina en sus raíces a la democracia representativa, además de al estado de derecho, dado que incide en aquella separación entre esfera pública y esfera privada, entre Estado y sociedad, entre poderes económicos y poderes políticos, sobre cuya base [...] nació el Estado moderno como estado político-representativo.

A sociedade brasileira, consoante análise realizada por Streck e Moraes, colocada entre dois polos (carência e privilégio), acostumada com a corrupção enalacrada em todas as esferas do poder e estamentos sociais, não

---

<sup>38</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**, p. 176.

<sup>39</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**, p. 177.

consegue ser democrática, por não encontrar meios para isso. Isso porque as

leis, por sustentarem os privilégios das elites, não são vistas como expressão nem de direitos nem de vontades provenientes de decisões públicas e coletivas. O Poder Judiciário aparece, desse modo, como misterioso, detentor de uma autoridade quase mística. Por isso, aceita que a legalidade seja, por um lado, incompreensível, e, por outro ineficiente (a impunidade não reina livre e solta?) e que a única relação possível com ela seja a da transgressão (o famoso jeitinho)<sup>40</sup>.

Isso sem dizer que, muito embora o Brasil tenha obtido um certo poder econômico no cenário internacional (antes da crise política e econômica que se abateu sobre o país recentemente<sup>41</sup>), não consegue resolver os problemas de qualidade de vida. "Constroem-se estruturas sociais que, ao se fazerem modernas, mantêm todas as características do que há de mais injusto e estúpido"<sup>42</sup>. E por que é sempre assim? Porque a corrupção faz parte da nossa cultura e está na consciência coletiva, seja do indivíduo seja dos governantes, que se deve obter vantagem de tudo e de todos, sem se importar com os custos sociais com as consequências negativas e avassaladoras de tal prática perniciosa.

De fato, a história mostra que "a corrupção não é novidade contemporânea, embora continue na moda, nem moléstia dos trópicos, embora aqui se tenha

---

<sup>40</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**, p. 84.

<sup>41</sup>Notícia veiculada no Estadão aponta que o Brasil caiu três posições em relação a 2015 no ranking da percepção mundial da corrupção, ocupando o 79º lugar. Para a ONG, os casos de corrupção que vêm sendo revelados no Brasil – principalmente o investigado na Operação Lava Jato, tiveram influência na piora da percepção em relação ao País. Por outro lado, segundo a Transparência, já são reconhecidos no mundo os esforços do Brasil no combate à corrupção. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-cai-3-posicoes-em-ranking-mundial-da-corrupcao,70001640517>>. Acesso em 25 de janeiro de 2017.

<sup>42</sup>STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**, p. 80.

aclimatado como planta nativa".<sup>43</sup>

O sistema democrático exige que os governantes devem prestar contas do que fazem, do que pretendem fazer e de como chegaram onde estão, ou seja, eleitos, o foram por expressar uma posição majoritária que, de uma ou outra forma, se impôs. Logo, sua postura deveria refletir essa posição majoritária, por mais problemática que essa possa muitas vezes aparecer. Isso implica também, para além das promessas e dos projetos, que essa prestação de contas deva seguir posições republicanas, referentes ao trato da coisa pública, que são, por assim dizer, suprapartidárias, expressando os valores e os princípios que tornam possível a vida democrática e o atendimento mesmo das demandas sociais, por mais diversas que sejam.<sup>44</sup>

A corrupção e o desvio de recursos públicos, assim como a displicência e a incompetência na gestão de governantes eleitos, inegavelmente, segundo Rosenfield, podem terminar por tornar inviável a vida política propriamente dita. "A transparência no uso desses recursos e a prestação pública daquilo que foi utilizado são as condições mesmas de uma sociedade democrática". Os dirigentes eleitos devem compreender e se portar de forma ética na condução da coisa pública, uma vez que "a eleição democrática não é um passe livre para o roubo e a fraude", como se a vontade do maior número de eleitores liberasse os efeitos de qualquer obrigação, de seguir comportamentos retos no uso do que é extraído de todos, por intermédio de impostos e contribuições. A eleição, segundo o autor, "não é um passe livre para o uso privado e/ou partidário dos recursos públicos". Assim, querer justificar qualquer comportamento governamental ou parlamentar antiético como sendo a mera expressão da vontade majoritária, "significa confundir as instituições com os seus representantes provisórios, significa confundir a

---

<sup>43</sup>BRITTO, César. Corrupção e estado democrático de direito. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, pp. 58-62, jun. 2009.

<sup>44</sup>ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, democracia e capitalismo**. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 39.

coisa pública com os seus detentores eventuais".<sup>45</sup>

Nesse desiderato é possível concluir que a corrupção, entranhada no poder, nos usos e costumes da população, hoje atinge níveis elevados, suficientes o bastante para dizer que a democracia vivencia uma crise, a qual, vítima de descrédito, cria no consciente popular a falsa ideia de que um sistema totalitário pode, temporariamente, resolver o conflito ético avassalador que contamina a política brasileira, dando abertura para sobrepor-se um sistema totalitário, e "o totalitarismo pode ser um dos seus efeitos fantasmáticos, terrivelmente real."<sup>46</sup>

Contudo, os regimes de arbítrio – tal qual a ditadura brasileira –, "que se impôs pela força, em nome do combate à corrupção e, ao chegar ao fim, duas décadas depois, colecionava inúmeros escândalos, sem que a sociedade, em face da censura à imprensa, conhecesse grande parte deles"<sup>47</sup>, não podem ser considerados livres da improbidade administrativa que corrói as estruturas do Estado.

Ao revés de regimes autoritários, defende Britto, que a "democracia oferece mecanismos de participação e fiscalização, o que facilita o combate, mas não impede que a corrupção encontre meios de driblá-la."<sup>48</sup> O que se tem hoje com os volumosos e constantes escândalos de corrupção, é também resultado da liberdade de imprensa, fruto da redemocratização do país, que, no universo dos direitos fundamentais, constitui-se numa das liberdades essenciais à própria democracia.

---

<sup>45</sup>ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, democracia e capitalismo**, p. 39.

<sup>46</sup>ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, democracia e capitalismo**, p. 53.

<sup>47</sup>BRITTO, César. **Corrupção e estado democrático de direito**, p. 58

<sup>48</sup>BRITTO, César. **Corrupção e estado democrático de direito**, p. 58.

Rosa completa o pensamento aduzindo que

não raro, a redemocratização induz a um sentimento de aumento dos níveis de corrupção. A liberdade de imprensa, o asseguramento do acesso a informações administrativas, a transparência, podem incutir a ideia – falsa – de que os índices sofreram brutal aumento e, com isso, torna-se fácil defender irresponsavelmente o retorno às políticas da truculência e da supressão da democracia.<sup>49</sup>

O Estado Democrático de Direito, portanto, "não é sinônimo de Estado permissivo da corrupção: antes, é o único regime hábil a viabilizar sua repressão". A democracia, longe de ser perfeita, "qualifica o Estado de Direito, torna-o vinculado a valores sociais representativos da igualdade entre os homens, do direito à participação política, do incremento do controle das políticas sociais."<sup>50</sup>

O fenômeno que se observa na América Latina, incluído o Brasil, onde os escândalos de corrupção culminaram, no último ano, com o impeachment da ex-Presidente do país, cuja causa do afastamento teve início nas recorrentes notícias de corrupção envolvendo a maior empresa estatal brasileira, bem como inúmeros políticos e empresários do cenário nacional, em que se observava a perpetuação no poder de somente um partido político (poder hereditário<sup>51</sup>), "consiste em identificar estados de opinião pública e atos da vontade popular, como se uma sucessão de referendos, por exemplo, fosse expressão da vontade originária de uma nação", criando, assim, as condições de uma subversão da democracia por meios democráticos, com a utilização de um instrumento democrático – eleições – para criar a falsa imagem da

---

<sup>49</sup>ROSA, Márcio Fernandes Elias. **Corrupção como entrave ao desenvolvimento**. Revista Bonijuris, Ano XVI, n. 484, março/2004, p. 6.

<sup>50</sup>ROSA, Márcio Fernandes Elias. **Corrupção como entrave ao desenvolvimento**, p. 6.

<sup>51</sup>LIMA, M. Madeleine Hutyra de Paula. A corrupção: importante obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, vol. 10, Dezembro/2001, p. 1301.

observância das regras, quando, na verdade, nenhuma regra é mais obedecida. A democracia representativa começa a ser, assim, substituída pela democracia totalitária".<sup>52</sup>

Esta é prática comum entranhada no desenvolvimento da sociedade brasileira, especialmente na Administração Pública, desde a época do Brasil-Colônia<sup>53</sup> estendendo-se pelos longos períodos ditatoriais com os quais convivemos<sup>54</sup>(a história mostra que a intervenção militar não é o melhor caminho para moralizar o Estado).

O princípio da moralidade administrativa é de observância obrigatória à Administração Pública, a teor do artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>55</sup>, é "dever de todo o administrador público"<sup>56</sup> e não por acaso, mas sim, porque serve (ou deveria ao menos servir) como referencial da conduta do Administrador e dos agentes públicos para uma gestão eficiente. "Não raras vezes, a regra moral penetra no mundo jurídico e, com o auxílio do poder de coerção estatal, torna-se uma regra obrigatória de conduta".<sup>57</sup>

Não basta, no entanto, que por meio do princípio da moralidade administrativa o administrador cumpra sua estrita legalidade. No exercício da

---

<sup>52</sup>ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, democracia e capitalismo**.p. 55.

<sup>53</sup>GOMES, Laurentino. **1808**: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. 2ª ed. 8ª reimpressão. São Paulo: Planeta, 2011, p. 367.

<sup>54</sup>GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52

<sup>55</sup>BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>56</sup>BULA, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.018.

<sup>57</sup>GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**, p. 130.

sua função pública precisa respeitar também "o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade entre os meios e os fins perseguidos pelo administrador".<sup>58</sup>

Freitas é pontual no que toca ao dever de o Administrador Público pautar sua conduta nos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da sustentabilidade, sob pena da sociedade padecer com as consequências da ineficiência da gestão pública na prestação de serviços essenciais à existência digna e sustentável. Para ele "o direito à boa administração pública, com a indeclinável regulação das atividades essenciais e socialmente relevantes, à vista de que o Estado guarda comprovada relação com o bem-estar"<sup>59</sup>, trata-se de direito fundamental. Por isso, assevera que

O princípio da moralidade, por sua vez, veda as condutas eticamente transgressoras do senso moral médio superior da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência ou leniência, nem inovação expansiva da doutrina da árvore envenenada. Naturalmente, não se coaduna com a universalização daquelas máximas de conduta que levam ao perecimento dos liames de decência e de solidariedade entre as gerações. Nesse ponto, a relação com o princípio da sustentabilidade, em sua feição ética, é umbilical<sup>60</sup>

Ainda, para que se alcancem tais objetivos, a moralidade deve ser norteadora e limitadora das atividades administrativas, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana<sup>61</sup>. A moralidade, assim, preserva os valores de

---

<sup>58</sup>BULA, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, p. 1.017.

<sup>59</sup>FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 70.

<sup>60</sup>FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 202.

<sup>61</sup>GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**, p. 139.

uma sociedade justa e solidária e garante uma máxima eficiência dos atos administrativos.

O desvio da destinação das verbas públicas gera na população uma sensação de descrédito nos Poderes constituídos e uma insatisfação relacionada, ao desenvolvimento deficitário do Estado, uma vez que o Poder Público não cumpre, ou cumpre minimamente, com o seu papel de fomentador do crescimento do país.

Garcia e Alves no prólogo de sua obra *Improbidade Administrativa*, constataam que

o dinheiro público é consumido com atos de motivação fútil e imoral, de finalidade dissociada do interesse público e em total afronta à razoabilidade administrativa, havendo flagrante desproporção entre o numerário despendido e o benefício auferido pela coletividade, qual seja, nenhum. O administrador, tal qual o mandatário, não é o senhor dos bens que administra, cabendo-lhe tão somente praticar os atos de gestão que beneficiem o verdadeiro titular: o povo<sup>62</sup>.

Os citados autores ainda ensinam, que para a superação desse fenômeno social extremamente negativo, "é indispensável a paulatina implementação de um processo de conscientização, o que possibilitará a mobilização das diferentes camadas sociais contra um inimigo comum: a corrupção"<sup>63</sup>, pois "evitar que a corrupção se generalize e se torne sistêmica é dever de todos."<sup>64</sup> Isso importa a preservação de todas as instituições dotadas de poder decisório e, num futuro, evita que utilizem este poder de forma discricionária

---

<sup>62</sup>GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**, p. 47.

<sup>63</sup>GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**, p. 47.

<sup>64</sup>GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**, p. 49.

em favor de determinados grupos e em detrimento do interesse público<sup>65</sup>.

Combater a corrupção de forma preventiva (por meio da educação e conscientização, a exemplo da campanha deflagrada pelo Promotor de Justiça catarinense Afonso Ghizzo Neto, O que você tem a ver com a corrupção?<sup>66</sup>) e de forma repressiva, contando-se com a atuação conjunta dos Poderes constituídos na aplicação da legislação pertinente, com a imposição de sanções aos agentes ímprobos, bem como responsabilizando-os legalmente, é essencial para a preservação da democracia condigna com os direitos e garantias fundamentais do homem, assegurados constitucionalmente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De fato, é possível concluir que a corrupção é extremamente danosa ao Estado Democrático de Direito, revelando-se como uma das principais causas da crise das atuais democracias representativas, inclusive a brasileira, capaz de colocar em risco todo o arcabouço de direitos e garantias fundamentais bem como os sistemas de liberdades conquistados ao longo do tempo.

Isso porque a corrupção está entranhada no poder, nos usos e costumes da população, desde os tempos remotos, e hoje atinge níveis elevados, suficientes o bastante para dizer que a democracia vivencia uma crise, a qual, vítima de descrédito, cria no consciente popular a falsa ideia de que um sistema totalitário pode, temporariamente, resolver o conflito ético avassalador que contamina a política brasileira, dando abertura para sobrepor-se um sistema totalitário, e, como dito, "o totalitarismo pode ser

---

<sup>65</sup>GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**, p. 49.

<sup>66</sup>Ministério Público de SC. Ghizzo Neto, Afonso (Coord.). O que você tem a ver com a corrupção? Disponível em <https://www.facebook.com/oQueVoceTemAVerComA-Corrupcao/>. Acesso em 25 de julho de 2016.

um dos seus efeitos fantasmáticos, terrivelmente real."<sup>67</sup>

O presente e breve estudo mostrou que a corrupção, como uma erva daninha, se alastra em qualquer regime de governo, seja ele democrático ou autoritário. A população, no entanto, no regime de liberdades, sente diretamente seus efeitos deletérios, os quais corroem o poder e as estruturas governamentais e fazem com que o povo arque com os seus custos financeiros e sociais. Isso ocorre devido à liberdade de imprensa e da manifestação de pensamento, bem como das instituições destinadas a sua investigação e combate (polícia, Ministério Público e Poder Judiciário), que têm a liberdade de serem deveras atuantes no seu enfrentamento, em que pese toda a sorte de pressão.

Concluiu-se que a democracia, mesmo em crise, ao contrário dos regimes totalitários, oferece mecanismos de participação e fiscalização, o que facilita o combate, mas não impede que a corrupção encontre meios de driblá-la. Assim, o Estado Democrático de Direito é o único regime hábil a viabilizar a repressão da corrupção, porquanto a democracia, longe de ser perfeita, qualifica o Estado de Direito, torna-o vinculado a valores sociais representativos da igualdade entre os homens, do direito à participação política e do incremento do controle das políticas públicas.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade:** para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

\_\_\_\_\_. **O futuro da democracia:** uma defesa das regras do

---

<sup>67</sup>ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, democracia e capitalismo**, p. 53.

jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

\_\_\_\_\_. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**: v. 1. 1ª ed. Brasília: UNB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.294, de 2 de junho de 1992**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)>. Acesso em 25 de julho de 2016.

BRITTO, Cezar. **Corrupção e estado democrático de direito**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 58-62, junho de 2009.

BULA, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Mateus. **O Brasil cai 3 posições no ranking mundial da corrupção**. O Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-cai-3-posicoes-em-ranking-mundial-da-corrupcao,70001640517>>. Acesso em de 25 janeiro de 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. 2. Teoría de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Carlos Bayón, Marina Gáscon, Luiz Prieto Sanchés y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.

FERRAZ, Sérgio. Corrupção: algumas reflexões. **Revista de Direito Público da Economia – RDPA**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, pp. 193-211, abril/junho de 2009.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2ª ed. São Paulo: Fórum, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Laurentino. **1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil**. 2ª ed. 8ª reimpressão. São Paulo: Planeta, 2011, p. 367.

LIMA, M. Madeleine Hutyra de Paula. A corrupção: importante obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 10, p. 1297-1332, dezembro de 2001.

**MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=plutocracia>>. Acesso em 25 de janeiro de 2017.

Ministério Público de SC. GHIZZO NETO, Afonso (Coord.). **O que você tem a ver com a corrupção?** Disponível em <https://www.facebook.com/oQueVoceTemAVerComA-Corruptcao/>. Acesso em 25 de julho de 2016.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Corrupção como entrave ao desenvolvimento**. Revista Bonijuris, ano XVI, n. 484, pp. 5-12, 2004.

ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, democracia e capitalismo**. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

## **A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL E AS CONSEQUÊNCIAS DEMOCRÁTICAS**

**Stenio Castiel Gualberto<sup>1</sup>**

**Rita de Cássia Pessoa Nocetti<sup>2</sup>**

**Rudmilson da Silva Nascimento<sup>3</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

A seletividade é uma característica do ser humano, amamos o "belo" e odiamos o "feio", é natural repugnar o objeto que tomamos como desagradável, e aceitarmos ou até mesmo certo apreço por aquilo que pensamos ser agradável. A seletividade no que diz respeito ao sistema penal pode ser explicada e entendida a partir do momento em que só algumas pessoas ou grupo de pessoas são odiados por cometerem "desvios" que configuram ações tipificadas como crime pela legislação penal.

Em contra partida, outro grupo de pessoas ou uma única pessoa, dependendo de sua classe social, aparência e status que ostenta em uma "sociedade do espetáculo", capitalista e dividida por classes sociais, onde, aqueles que se

---

<sup>1</sup>Mestrando em Direito Socioambiental pelo programa de Pós-Graduação em Direito pela PUCPR. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Luterana do Brasil – Ulbra. Bacharel em Direito pela Faculdade de Rondônia – FARO. Professor da Faculdade Católica de Rondônia – FCR e da Faculdade de Rondônia – FARO. Advogado.

<sup>2</sup>Mestranda em Direito Socioeconômico pelo programa de Pós-Graduação em Direito pela PUCPR. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMG. Bacharel em Direito pela Faculdade de Rondônia – FARO. Professora da Faculdade Católica de Rondônia – FCR e da Faculdade de Rondônia – FARO. Advogada.

<sup>3</sup>Bacharel em Direito pela Faculdade de Rondônia – FARO. Advogado.

encontram em uma posição privilegiada dificilmente sofrerão as consequências punitivas de nosso sistema penal, eis aí a seletividade, em uma sociedade quase todos, senão todos, comentem pequenos "desvios" tipificados como crime, mas nem todos receberão o rótulo de criminoso.

Sistema penal é o controle social instituído para punir, e aqui se faz importante analisar como se procede a ação das instituições, principalmente a polícia, quanto a aplicação do sistema penal. Sistema penal é "o controle social punitivo institucionalizado" e que essa institucionalização diz respeito aos procedimentos estabelecidos, ainda que não legais, procedimentos estes, utilizados pelas instituições do controle social, quais sejam, polícia, ministério Público, Judiciário e Legislativo como criadores das leis penais que acabam se tornando instrumento de controle.

Partindo desse ponto, pretende-se explicar as séries de fatores que contribuíram para essa seletividade em nosso sistema penal tão cruel, as consequências sociais decorrentes dessa seletividade e o que pode ser feito para que nossa sociedade se torne mais justa, como objetivado em nossa tão desrespeitada Constituição.

Diante desse panorama, é necessário encontrar e estabelecer medidas para transformar essa realidade, identificando os fatores principais dessa seletividade pode nos dar os meios necessários para tentar mudar o *status quo* atual, possibilitando assim o desenvolvimento de uma sociedade mais justa. Combater de forma crítica o senso comum, para que as velhas e inúteis soluções (leis mais rígidas, repressão e punição em demasia) não fique mais em pauta, pois a história nos mostrou e nos mostra que não é assim que alcançaremos uma sociedade mais harmônica e justa como pretendido por todos.

Entender que a criminalidade em excesso é resultado direto de uma sociedade desigual, onde poucos têm muito e muitos não têm nada, pois em uma sociedade onde o sistema econômico capitalista tem como mantra o

acúmulo de riquezas em detrimento da pobreza de muitos não pode haver harmonia, o resultado é o que vemos todos os dias, caos!

O estudo é importante, para que se entendam os fatores que deram causa a uma sociedade tão desigual e conseqüentemente tão violenta como a nossa. Violência esta praticada tanto por aqueles que estão à margem da sociedade quanto pelas instituições constituídas. O grande mal social causado pelo senso comum, a manipulação da mídia como legitimadora das políticas criminológicas, excessivas e desproporcionais empregadas por nossos governantes e aplaudidos pelos incautos, bem como, o modo como é executada nossa política criminal pelas instituições constituídas (Polícia, Ministério Público, Judiciário e Legislativo), tentando demonstrar quão forte é a influência do poder econômico em todos esses setores do Estado e da sociedade como um todo. Abordando para isso, a teoria criminológica do *Labeling Approach*, que estuda justamente, como se dá essa seleção, quem é selecionado, e quem seleciona.

Diante de toda essa problemática, através de pesquisas bibliográficas com o fim de demonstrar ser possível identificar e desenvolver de modo crítico uma solução para essa seletividade que macula nosso sistema penal, pois é sabido que punir é necessário e civilizatório, mas para que seja democrático é necessário o respeito à dignidade humana, positivadas em nossa Lei maior, bem como pelos diversos tratados sobre o tema assinados pelo nosso país.

## **1. BREVE CONCEITO DE DIREITO PENAL E CONTROLE SOCIAL**

Podemos dizer que o Direito Penal surgiu da violência humana, pois, segundo Durkheim<sup>4</sup>, "o crime ocorre em todas as sociedades de seres humanos." Sendo a criminalidade um fenômeno "normal" presente em toda sociedade, o crime, como fato social contrário ao ordenamento jurídico vigente, trata-se

---

<sup>4</sup> DURKHEIM, E. *Las reglas del método sociológico*, Espanha, Morata, 1978, p. 83.

de um ilícito penal, que por sua vez agride os bens jurídicos mais importantes para a coexistência harmônica em uma sociedade.

Não podendo faltar é claro o ensinamento do grande Juarez Cirino dos Santos<sup>5</sup> que nos ensina ser o Direito Penal "O setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas."

Deste modo, fica claro entender qual é a função do Direito Penal em uma sociedade. O Direito penal pode ser conceituado no sentido de ser um conjunto de normas que tem por objetivo tipificar algumas ações humanas como ilícito penal (crime), determinar as sanções decorrentes de tais ações ilícitas (penas restritivas de liberdade, direitos e medidas de segurança), com o fim claro de controle social.

A partir deste ponto, percebe-se que o Direito Penal, é utilizado como instrumento legal de controle social, sendo este (controle social) entendido como um processo socializador com o fim de orientar os indivíduos de uma sociedade para que os mesmos estejam aptos a seguirem os padrões comportamentais que uma sociedade civilizada exige.

De acordo com a sociologia norte americana, o controle social é conhecido desde o início do século XX. Toda sociedade necessita de disciplina, e para isso, utilizam mecanismos para que a convivência interna de seus membros seja efetiva. Deste modo, são criados instrumentos que garantam a conformidade dos objetivos eleitos no plano social. Assim sendo, nesse contexto, afirma Sérgio Shecaira<sup>6</sup> que o "controle social é o conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas de uma sociedade".

---

<sup>5</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal : parte geral I** - 6. edição., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 03.

<sup>6</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

Para Cláudio Souto e Solange Souto (1997, p. 177), controle social é "qualquer influência volitiva dominante, exercida por via individual ou grupal sobre o comportamento de unidades individuais ou grupais, no sentido de manter-se uniformidade quanto aos padrões sociais".

É fato que toda sociedade tem uma estrutura de poder (político e econômico), com as classes dominantes e as classes subalternas, sendo aquelas (classes dominantes) mais próximas dos centros de poder e estas (classes subalternas) mais distantes. Sendo assim, de acordo com Zaffaroni "tal estrutura "controla" socialmente o comportamento dos integrantes das classes subalternas". (2001, p. 61)

Podemos observar que o controle social se dá de modo bem amplo, uma vez que o mesmo pode se dar através da família, educação, religião, mídia, artes e etc (controle informal). No entanto, o objetivo do presente estudo não é analisar o caráter amplo e informal do controle social, e sim, restringir o estudo ao caráter mais estrito e formal, como é o caso do Sistema Penal, exercido pela Polícia, Poder Judiciário, Ministério Público e etc. E infelizmente, o Direito Penal vem sendo utilizado de maneira bem punitivista com o intuito de atender aos objetivos de um sistema penal explicitamente seletivo.

Deste modo, com o enfraquecimento do controle social informal, tem-se em contrapartida, o fortalecimento do controle social formal, exercidos pelas instituições constituídas (Polícia, Ministério Público e Judiciário).

Ainda nas lições de Shecaira<sup>7</sup> "a pena privativa de liberdade é a forma mais extremada de controle penal. A própria arquitetura prisional visa induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade, que assegura de forma plena o controle de suas ações."

Por essa razão, é que o Direito Penal como instrumento de controle social formal só deveria ser utilizado em último caso, em consonância com o

---

<sup>7</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 63.

princípio da intervenção mínima, *ultima ratio regum*, princípios estes, basilares do Direito Penal em todos os Estados democráticos de direito.

A partir desse ponto, podemos entender que o Direito Penal é sim um instrumento de controle social, uma vez que a ameaça concreta da coação de uma pena restritiva de liberdade pode, em alguns casos, inibir um comportamento desviante, comportamento este, entendido como aquele que vai de encontro à lei, ilícito. Neste sentido, de acordo com Khaled Jr.<sup>8</sup>, o Direito Penal pode ser entendido como "um meio de controle social formalizado, que representa a espécie mais aguda de intervenção estatal".

Deste modo, fica claro que o direito penal vem sendo utilizado como instrumento para se exercer a seletividade, desde sua gênese (legislativo), quando sua aplicabilidade (judiciário), pois já é de conhecimento geral que só os pobres sentem a força destruidora de um sistema de controle social seletivo como é o nosso sistema penal.

## **2. PRINCIPAIS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL**

Uma vez que foi apresentado o conceito básico de Direito Penal e como ele é utilizado como controle social, é importante que saibamos quais os principais princípios norteadores deste ramo do Direito tão temido e mal-empregado em nossa sociedade, principalmente em uma sociedade que se diz democrática de direito.

Deste modo, será abordado, de modo sucinto, os principais princípios constitucionais aplicados ao direito penal, qual sejam, princípio da legalidade, o princípio da culpabilidade, o princípio da lesividade, o princípio da

---

<sup>8</sup> KHALED JR., Salah H.. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7411](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7411)>. Acesso em nov 2016.

proporcionalidade e o princípio da humanidade.

## 2.1. Princípio da Legalidade

Pode-se dizer que esse princípio é o mais importante para o direito penal, uma vez que ele se mostra um verdadeiro freio ao poder coercitivo do Estado, principalmente no que diz respeito à seletividade do sistema penal, pois, esse princípio proíbe a retroatividade da lei penal, de modo que, ninguém pode ser criminalizado por um fato anterior a Lei penal, muito menos ter a pena agravada, mostrando-se verdadeiro obstáculo ao poder do Estado.

O princípio da legalidade tem previsão constitucional em seu artigo 5º, inciso XXXIX, CF/88. Que diz: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" e no inciso XL: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Tendo como redação bastante semelhante o artigo 1º, do Código Penal: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

## 2.2. Princípio da Culpabilidade

Nas palavras do grande Juarez Cirino dos Santos<sup>9</sup>, o princípio da Culpabilidade "é o segundo mais importante instrumento de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe punir pessoas sem os requisitos do juízo de reprovação, segundo o estágio atual da teoria da culpabilidade." Infelizmente, na realidade do nosso seletivo sistema penal, vemos esse juízo de reprovação/reação social (*Labelling Approach*), tanto por parte da população quando por parte das instituições de controle, como será tratado

---

<sup>9</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal : parte geral I** - 6. edição., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 24.

mais adiante. Configurando, portanto, uma verdadeira violação ao princípio da culpabilidade.

### **2.3. Princípio da Lesividade**

Em suma, o princípio da lesividade proíbe a punição em caso de lesões irrelevantes contra bens jurídicos protegidos pelo direito penal. Segundo Juarez Cirino<sup>10</sup> "o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão: do ponto de vista qualitativo, tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado; do ponto de vista quantitativo, tem por objeto a extensão da lesão do bem jurídico."

Sem dúvida alguma, tal princípio é de extrema importância para um Estado Democrático de Direito, pois é um freio aos abusos dos agentes do Estado.

### **2.4. Princípio da Proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade no Direito Penal coincide com análises da Criminologia Crítica, que de acordo com Santos<sup>11</sup>, "tem por objeto de estudo a adequação e a necessidade da pena criminal para proteção de bens jurídicos".

Trata-se de um princípio que visa estabelecer um tratamento justo, proibindo penas excessivas e desproporcionais em relação à ação realizada, pois não é justo punir severamente uma pessoa que não causou um dano grave a determinado bem jurídico.

---

<sup>10</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal : parte geral I** - 6. edição., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 26.

<sup>11</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal : parte geral I** - 6. edição., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 28.

## **2.5. Princípio da Humanidade**

Previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, tal princípio visa proibir a cominação de penas desumanas como: de morte, de caráter perpétuo, de banimento e cruéis, como previsto no art. 5º, XLVII, "d" da CF/88.

Impede também, ou deveria impedir, o tratamento desumano que sofrem as pessoas presas em nossos cárceres, mostrando-se explícita violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e conseqüentemente a Constituição, o que não deveria ocorrer em um Estado que se diz democrático de direito.

## **3. DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SEGREGAÇÃO**

Ora, uma vez entendido o que é o Direito Penal e como ele é utilizado como instrumento de controle social, devemos nos livrar das amarras do senso comum e passar a estudá-lo de uma forma crítica, pois, ao longo da história, o Direito Penal não vem sendo utilizado de uma forma justa e humanitária, tendo o mesmo sido empregado para um objetivo explicitamente seletivo, segregando dessa forma alguns grupos sociais presentes da diversidade de uma sociedade, e é a partir desse viés que se desenvolverá a análise do Direito Penal como instrumento de segregação e seleção.

Para se compreender como se dá a aplicação do Direito Penal como instrumento segregacionista de política criminal, deve-se analisar seu objetivo sob dois aspectos, quais sejam, o objetivo simbólico ou manifesto, também chamado de "objetivos declarados" e os objetivos reais e verdadeiros, tratando-se como levantado por Juarez Cirino<sup>12</sup>, "das dimensões

---

<sup>12</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal : parte geral I** - 6. edição., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 7.

de ilusão e de realidade de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas".

O objetivo manifesto do Direito Penal como nos ensina Juarez Cirino dos Santos<sup>13</sup>: "Consistem na proteção de bens jurídicos, ou seja, na proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena."

Ou seja, trata-se do discurso empregado para explicar a teoria da pena e como o Direito Penal é mostrado ao povo, consiste na "dimensão de ilusão" do Direito Penal. No entanto, através de uma análise mais crítica percebe-se que o verdadeiro objetivo do Direito Penal em uma sociedade capitalista consiste em um objetivo bem mais cruel do que imaginado.

A "dimensão de realidade", o objetivo real do Direito Penal, sob uma análise crítica é possível entender a política utilizada no emprego do Direito Penal como controle social. Essa análise deve ser orientada pela questão da luta de classes.

Podemos observar que todo o sistema de controle social empregado pelo Estado defendem os interesses das camadas sociais mais elevadas e que de certa forma detém poder econômico nesse distorcido, desigual e injusto sistema capitalista.

Juarez Cirino dos Santos<sup>14</sup>, como sempre certo nos ensina que

Na perspectiva das classes sociais e da luta de classes correspondente, o Direito Penal garante as estruturas materiais em que se baseia a existência das classes sociais - o capital (como propriedade privada dos meios de produção e de circulação da riqueza) e o trabalho assalariado (como energia produtora de valor superior

---

<sup>13</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal : parte geral I** - 6. edição., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 5.

<sup>14</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal : parte geral I** - 6. edição., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 7.

ao seu preço de mercado) -, assim como protege as formas jurídicas e políticas que disciplinam a luta de classes e instituem o domínio de uma classe sobre outra. Se o Direito Penal garante uma ordem social desigual, então garante a desigualdade social.

Ou seja, a partir dessas ponderações podemos perceber que o real objetivo do Direito Penal em uma sociedade capitalista e injusta como a nossa é a de manter o *status quo* da desigualdade dominante em nossa sociedade, uma vez que toda a sistemática utilizada na elaboração e aplicação da lei penal tem um caráter altamente segregatório, pois acaba por reforçar a divisão de classes sociais presente em nossa sociedade.

#### **4. A SELETIVIDADE PENAL, E QUEM A EXERCE**

Como visto até agora, o Direito Penal vem sendo utilizado como instrumento de controle social segregatório, sendo um dos principais meios para se efetivar uma política criminal tão ultrapassada e antidemocrática como a que vem sendo empregada nos dias de hoje.

Em uma sociedade desigual, dividida por classes, fica evidente a influência daqueles que detêm o poder econômico sobre a maioria da sociedade. É aí que entra a questão da organização do sistema, podemos observar como funciona a aplicação do Direito Penal como instrumento de política criminal.

E quem geralmente dita às regras são as pessoas das classes mais elevadas, trata-se do interesse do corpo social. Nas lições do saudoso Nilo Batista<sup>15</sup> "A função do direito de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social, à qual estamos nos referindo, é habitualmente chamada de função "conservadora" ou de "controle social".

---

<sup>15</sup> BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt>. Acesso em 01 de junho de 2013. p. 21.

Podemos ver esse controle sendo exercido pelas classes dominantes, os políticos são quem criam as leis, e sabemos que o poder econômico é quem manda no poder político, ou seja, as leis são criadas observando-se o que as classes sociais mais abastadas entendem como certo, cabem a eles, decidirem qual bem jurídico deve ser protegido pelo direito penal, e cabem a eles também, decidirem quem deve ser criminalizado, afinal de contas, para que um fato seja considerado crime, tem que haver uma norma onde se caracteriza tal fato como sendo antijurídico. E assim deve ser em obediência ao princípio da legalidade, não importa se o fato é terrível e imoral, se não há lei anterior que o defina como crime, não deverá ser tratado como tal.

Um grande exemplo da responsabilidade do Legislativo no que diz respeito a criação de leis, foi quando aderiram ao populismo punitivo no início da década de 1990, na concepção de Salo de Carvalho<sup>16</sup> "com a Lei de Crimes Hediondos. A partir da publicação desta lei, o Brasil ingressa no cenário do grande encarceramento a nível nacional, aderindo assim a demanda punitivista".

Nesse contexto, Vera Malaguti Batista<sup>17</sup> em sua Introdução crítica à Criminologia Brasileira, nos ensina que "A verdadeira relação entre cárcere e sociedade, é entre quem é excluído, ou, melhor dizendo, entre quem tem o poder de criminalizar e quem está sujeito à criminalização. Esse processo segue depois da prisão em mil modos visíveis e invisíveis".

É nesse ponto que a seletividade fica em evidência, um exemplo disso é a reprovação social odiosa aos crimes comuns de furto e roubo, as altas penas impostas aos agentes que o cometem e em contra partida, os crimes praticados por aqueles que ocupam altos cargos ou posições sociais e

---

<sup>16</sup> CARVALHO, Salo de. **O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: A Decisiva Contribuição do Poder Judiciário.** Minas Gerais: 2015. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1721/1636>>. Acesso em: 26 out. 2016, p. 631.

<sup>17</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira.** 2. ed. Rio de Janeiro, Revan, 2011, p. 91.

econômicas privilegiadas, as penas e a reprovação social desses crimes são bem menores.

Basta perguntar a seu íntimo, quem você mais odeia? O político que sonega milhões dos cofres públicos, ou o medíocre ladrão de celular? Qual destes são linchados até a morte em praça pública?!

É uma contradição e desproporcionalidade enorme, para se ter uma ideia, os delitos patrimoniais não violentos contra o patrimônio privado, sem dúvidas, é um dos quadros mais dramáticos da seletividade do sistema penal.

Do ponto de vista ético e humanitário, Salo de Carvalho<sup>18</sup> afirma que

é injustificável que tenhamos mais de 100.000 (cem mil) pessoas encarceradas por terem cometido crimes sem qualquer tipo de violência. Dados do DEPEN, de 2012, nos mostra que, os delitos de furto, receptação e estelionato eram responsáveis por cerca de 20% do encarceramento nacional.

No entanto, fazendo uma análise comparativa com alguns crimes contra o patrimônio público, nos mostra o qual extrema é a seletividade do sistema penal. Na maioria dos crimes praticados contra o patrimônio público (crimes tributários e previdenciários), nosso ordenamento jurídico é bem generoso, permitindo através de inúmeros mecanismos de extinção de punibilidade em razão da reparação do dano. Em nosso ordenamento jurídico, existem inúmeros dispositivos de tutelas das elites econômicas que permitem que o responsável pelo crime contra o erário público fique livre de qualquer pena, uma vez que devolva os valores roubados dos cofres públicos.

Ou seja, os membros da elite da sociedade, são tratados de forma bem branda quando cometem crimes contra o erário público, eles quase nunca

---

<sup>18</sup> CARVALHO, Salo de. **O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: A Decisiva Contribuição do Poder Judiciário.** Minas Gerais: 2015. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1721/1636>>. Acesso em: 26 out. 2016, p. 637.

vão presos, em contrapartida, os pobres, ladrões e furtadores, somam cerca de 100.000 (cem mil) presidiários.

Uma pergunta não pode deixar de ser feita, é mais gravoso para a sociedade, crimes cometidos contra o patrimônio público ou contra o patrimônio privado? O que é mais grave, roubar um veículo privado ou desviar milhões da Saúde? Ainda assim, a punição para quem comete crimes contra o patrimônio privado é bem mais rígida que aqueles contra o patrimônio público.

A criminalização da pobreza pode ser observada ao longo da história, aí nos lembramos das políticas de tolerância zero, implantada nos Estados Unidos da América, através da teoria das janelas quebradas, onde o Estado reprimiu de forma violenta aqueles que segundo o senso comum dominante eram as manchas da sociedade, de modo que todos os sem tetos, desempregados e criminosos menores (furtadores, ladros e etc.) eram submetidos a prisões, sentenciadas em processos relâmpagos, tudo em nome dos bons costumes e da boa imagem da cidade, no caso, Nova York.

Trata-se de escancarada penalização da pobreza, onde o Estado, com grande apoio popular (apoio este, desenvolvido em boa parte por manipulação midiática). Nos ensina Wacquant<sup>19</sup> que tal panorama "permite reafirmar com pouco prejuízo, a determinação do Estado em punir os "distúrbios" e, ao mesmo tempo, isentar este mesmo Estado de suas responsabilidades na gênese social e econômica".

Essa política de tolerância zero repercutiu na América latina, principalmente no Brasil, pois é aqui que podemos ver com clareza a penalização da pobreza diante de uma enorme desigualdade social.

Já está mais do que claro, o sistema punitivo além de ser seletivo é inadequado para garantir as funções sociais, uma vez já está comprovado o fracasso de tal sistema. Não há ressocialização com o sistema penal vigente,

---

<sup>19</sup> WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011. Tradução de André Telles, p. 34.

pelo contrário, é um sistema que ironicamente causa mais mal do que o próprio crime, pois um "cliente" do nosso seletivo sistema penal, depois de cumprir sua pena, em um ambiente totalmente marginalizado, negligenciado pelo Estado (embora, formalmente sob a vigilância deste), volta na grande maioria das vezes a delinquir, e a reincidência na criminalidade é justamente a prova da incompetência do Estado de "corrigir" o grave problema que é a alta taxa de criminalidade, pois não recupera aquele que delinuiu.

E quem sente o mal desta falha, além do "cliente" do sistema, é sem sombra de dúvidas a sociedade como um todo, pois essa pessoa que cumpriu pena, em grande parte das vezes volta a delinquir de maneira muito mais violenta do que quando cometeu o crime que o fez ingressar pela primeira vez no sistema penal, ou seja, a sociedade acaba sendo vítima reiteradas vezes, uma vez que o Estado falha de forma incontestável na sua missão de promover o bem estar social pretendido em uma sociedade humanizada.

Deste modo, fica evidente que o sistema penal serve para controlar a sociedade como um todo, podendo dizer que é a institucionalização do punitivismo.

Ora, quanto a primeira função do sistema penal, a função preventiva, é mais que evidente a falta de eficácia na realidade fática, uma vez que nos últimos anos ficou em evidencia que os sistemas penais, em lugar de prevenir futuras condutas tipificadas como crime, faz o completo oposto, sendo o sistema penal um verdadeiro sistema gerador de crimes e delinquentes, pois é mais do que consenso nacional o fato das prisões serem verdadeiras escolas do crime.

É neste ponto que fica mais claro ainda que ressocialização não é regra em nosso sistema penal seletivo, o sujeito que passa vários anos em uma prisão, manicômios ou internatos não tem como ser ressocializado, pois as situações desumanas enfrentadas em tais estabelecimento são inviáveis a qualquer tipo de "cura", inclusive, nos últimos anos se estudou os efeitos destas instituições

sobre a personalidade e insistiu-se na inevitável deterioração psíquica, as vezes irreversível, consequências de uma prolongada privação de liberdade.

Está configurado no cenário atual, o fracasso da prisão, pois ela causa o que pretendia combater, violência.

A partir desta lógica, é fácil perceber que em uma sociedade, seja ela qual for, existem estruturas de poder, e em relação a isso, aqueles que estão próximos desse poder (as classes dominantes, com maior poderio econômico) e os que estão mais afastados deles (os marginalizados, aqueles sobre quem recai o controle social instrumentalizado pelo sistema penal, que por sua vez é estabelecido e legislado pelos que estão mais próximos do poder).

Deste modo, é obvio que esta estrutura de poder é sustentada através do controle social punitivo (sistema penal). Este sistema penal cumpre esta função, criminalizando seletivamente os marginalizados (aqueles que estão longe da estrutura do poder), com a intenção de conter ou intimidar os demais membros dessa classe social.

As vezes, fica evidente que o objetivo ficto deste sistema não é alcançado, ou seja, a criminalização dos menos favorecidos não cumpre a função preventiva em relação aos demais membros deste seguimento (classe) social, mas ainda assim é aplicado para que se tenha uma falsa sensação de tranquilidade, pois cria-se, uma falsa sensação de segurança (combate ao crime), e nesta parte, a mídia tem papel fundamental na disseminação e formação de tal "sensação". Ou seja, o sistema penal cumpre, na verdade, uma função meramente simbólica.

Isso fica ainda mais claro com as lições de Zaffaroni (2001, p. 76) "O sistema penal, em um significativo número de casos, especialmente em relação aos delitos patrimoniais – que são a maioria – promove condições para a criação de uma carreira criminal".

Deste modo, podemos dizer que a seletividade do sistema penal consiste no fato de que todos nós, integrantes da sociedade, praticamos crimes, contravenções, infrações de trânsito e administrativas, ou seja, cometemos diuturnamente fatos definidos como crimes pelo sistema, no entanto, nem todos nós respondemos por isso, é aqui que entra a seletividade, determinada basicamente por influências de classe.

Ou seja, a seletividade nada mais é do que a seleção dos "bons" e dos "maus", estereótipos do senso comum, pois a regra da clientela do sistema penal são os homens, quase sempre negros e mestiços, pobres (marginalizado do ponto de vista econômico), jovens e de baixa escolaridade.

O estudo, de autoria da pesquisadora Jacqueline Sinhoretto, em parceria pela Secretaria Nacional de Juventude, da Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) no Brasil, foi realizado o estudo.<sup>20</sup>

A partir de dados obtidos do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen). Verifica-se que ocorreu crescimento de 74% na população prisional brasileira durante o período de 2005 a 2012.

De acordo com o estudo em comento, no que diz respeito a escolaridade da população prisional brasileira, a maior parte dos presos não chegou a completar o ensino fundamental. Já quanto a faixa etária da população carcerária, constatou-se que a maioria dos apenados são compostas por jovens. Em 2005, entre os detentos para os quais havia essa informação disponível, 53.599 tinham entre 18 e 24 anos e 42.689, entre 25 e 29 anos. Já em 2012, 143.501 tinham de 18 a 24 anos e 266.356 destes tinham entre 25 e 29 anos.

---

<sup>20</sup> BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa do encarceramento**: os jovens do Brasil / Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. – Brasília : Presidência da República, 2015. Disponível em: <[www.ufscar.br/gevac](http://www.ufscar.br/gevac)> Acesso em 05 de outubro de 2016.

Em relação a cor e a raça, verifica-se que, em todo o período analisado, existiram mais pessoas negras presas do que pessoas brancas. Em 2005 havia 92.052 mil negros presos e 62.569 mil brancos, ou seja, 58,4% era negra. Já em 2012 com seus 292.242 mil negros presos e 175.536 mil brancos, 60,8% da população prisional era negra. Ou seja, quanto mais cresce o número da população carcerária no Brasil, concomitantemente cresce o número de negros encarcerados, prova mais que cabal da seletividade do sistema penal.

Em contrapartida, de acordo com o Censo do Poder Judiciário, os dados apontam que o perfil da magistratura é o de homens brancos (84,5%), com média de idade de 45 anos, casado e com filhos. Conforme a pesquisa, 14% dos magistrados se declaram pardos; 1,4% pretos e apenas 0,1% se identificaram como indígenas, ou seja, uma maioria de homens brancos de classe média alta, julgando e condenando o restante da população negra, pobre e pouco escolarizada.

Desta forma, diante do exposto, fica empiricamente provado que este sistema penal não existe para combater a criminalidade, ele não impede o crime, e muito menos o combate, pois a cada dia que passa a criminalidade cresce exponencialmente, tanto a criminalidade primária (criação de novas leis penais por parte do legislativo) quanto a criminalidade secundária (seleção de quem e quais grupos sociais devem ser criminalizado).

Nesse sentido, de acordo com o estudo supracitado<sup>21</sup>, mais da metade das prisões são decorrentes de crimes patrimoniais seguidos pelos crimes relacionado as drogas. Segundo esse estudo, do ano de 2008 a 2012, crimes contra pessoas correspondem a cerca de 12%, os crimes de entorpecentes 20%, e 53% correspondente a crimes contra o patrimônio, ou seja, em sua grande maioria os crimes de furto e roubo. Fato este demonstra um forte

---

<sup>21</sup> BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa do encarceramento**: os jovens do Brasil / Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. – Brasília : Presidência da República, 2015. Disponível em: <[www.ufscar.br/gevac](http://www.ufscar.br/gevac)> Acesso em 05 de outubro de 2016.

indicador da seletividade penal, uma vez que mais da metade das pessoas que cometem crimes, cometem por estarem em uma situação econômica precária, estando à margem da sociedade.

Assim sendo, fica claro que a o sistema penal seletivo existe para garantir o status quo, para perpetuar as desigualdades sociais e não combatê-la como erroneamente é entendido pela grande parte da população.

## **5. A SELEÇÃO EXERCIDA PELA POLÍCIA**

Para não haver contestação de que o Estado usa a prisão como instrumento maior da política criminal, o direito penal é visto erroneamente como remédio para os problemas sociais produzidos pelo sistema econômico exclusivo, onde a concentração exagerada de renda vitima milhões de milhões de pessoas dia após dia, não só no Brasil, mas em todo o resto do mundo.

E se tratando da atuação policial, jovens negros, são as vítimas preferidas da violência policial no estado de São Paulo, de acordo com pesquisa do Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos (Gevac, 2014) da Faculdade Federal de São Carlos.<sup>22</sup>

Analisando 100 mil habitantes, constata-se que morre pelo menos três vezes mais negros que brancos. Para se ter uma ideia, de 2009 a 2011, demonstrou-se que em 939 casos de ações policiais, 61% das vítimas de policiais eram pessoas negras e pobres, mesmo sendo o Estado de São Paulo composto por apenas 30% de pessoas negras, ou seja, o contra-argumento de que os números de homens negros mortos são excessivos por serem maioria populacional não é verdadeiro.

---

<sup>22</sup> Desigualdade Racial e Segurança Pública em São Paulo Letalidade policial e prisões em flagrante. Disponível em: [www.ufscar.br/gevac](http://www.ufscar.br/gevac).

Foi constatado também que 57% das vítimas eram jovens, pois não tinham mais de 24 anos de idade.

## **6. A MÍDIA COMO PRINCIPAL LEGITIMADORA DO POPULISMO CRIMINOLÓGICO**

Infelizmente sabemos que nos dias atuais a mídia e principalmente a televisão vêm sendo os principais formadores de opinião das massas, pois, suas informações que na verdade em boa parte das vezes são desinformações trás um discurso já pronto, onde não há espaço para críticas, uma vez que seus espectadores, a massa amedrontada por uma criminalidade cada vez maior, e muitas vezes provenientes da espetacularização da criminalidade por parte da mídia.

Diante de toda esta problemática, podemos destacar o obstáculo trazido pela mídia, no que diz respeito às políticas criminais exercidas em nossa sociedade. O populismo criminológico, senso comum produzido pelo discurso da mídia (programas policiais, e tendenciosos jornalismo).

Ora, sendo a política instrumento ineficaz no combate à violência produzida pelo nosso modelo econômico, é necessário a produção de um "espetáculo" midiático, para fazer com que as massas apoiem esse sistema tão injusto e desigual.

Sua contribuição no que diz respeito a seletividade do sistema penal podem ser vistas na forma como são noticiadas os mais variados casos de crimes. Podemos ver crimes iguais sendo noticiados de formas diferentes, sendo que o que é levado em consideração para a diferenciação da notícia é justamente as características dos autores dos fatos definidos como crimes.

A mídia, na disseminação do seu espetáculo midiático, não tem interesse em transformar a realidade de seus espectadores, muito menos suas situações

políticas, o que a mídia quer é audiência, ipob, ou seja, a dominação da opinião pública.

E tal poder de influencia tem o seu reflexo nas criações das muitas leis penais, sempre no sentido de torna-las mais rígidas é claro. E isso, acaba por tirar do povo o poder democrático de através de seu voto escolher o representante que vai votar as leis com base nas propostas de campanhas pela qual foi eleito. A mídia vem para distorcer esse poder, uma vez que com base em seus interesses manipula o povo para pensar da forma como ela quer, e este passa a repetir o discurso legitimador do sistema penal seletivo.

Muitas leis penais não possuem o mínimo de fundamento jurídico, não há estudo algum comprovando sua eficácia diante do sistema penal, mas são criadas fundamentalmente baseadas na indignação muitas vezes fomentada pela mídia e seu discurso midiático criminológico, e é claro, as consequências disso não são nem um pouco boas, basta analisar a crescente população carcerária em nosso país. Os políticos, por sua vez, se aproveitam desses discursos demagogos para aprovarem tais medidas legislativas com o único intuito de ganharem votos e se reelegerem para mais um mandato.

É bastante evidente que a mídia tem como compromisso os grupos econômicos que exploram os negócios das telecomunicações. O discurso criminológico nos dá o falso entendimento de que a pena é solução para alguma coisa, mesmo tendo sido demonstrado empiricamente que tal medida não é eficaz ao combate à criminalidade.

O devido processo legal acaba sendo visto como algo negativo, uma vez que "atrasa" a aplicação da pena e conseqüentemente frustra os anseios da população, de que a pena deve ser aplicada o mais rápido possível para que a criminalidade diminua. Tal pensamento equivocado acaba fazendo com que as garantias tão dificilmente conquistadas ao longo da história da humanidade sejam jogadas no lixo, como é o caso do devido processo legal, a presunção de inocência, e por aí vai.

Recentemente podemos ver a influencia da mídia até mesmo em nossa suprema corte, pois o Supremo Tribunal Federal julgou de modo completamente diverso da nossa Lei maior, que é a Constituição Federal, e rasgou a presunção de inocência, permitindo que o réu seja recolhido preso, quando o mesmo ainda possui direito de recorrer da decisão judicial que o condena.

A criminalização ao lado da pena é usada como ilusão para resolver problemas, o errôneo pensamento deposita da pena o remédio para os desvios de caráter da alma humana, para que aqueles que "doentes" praticantes de crimes não o pratiquem mais.

Com esse tipo de politica criminal, criminalizar e punir são os únicos meios ao alcance do governo, para diminuir a criminalização, o que por sua vez torna-se algo incoerente, afinal de contas, criminalizar não reduz a criminalidade, pelo contrário, criminalizar a maximiza.

Diante deste panorama podemos observar o fenômeno chamando de inflação legislativa, onde o Estado através do poder formal que possui para criar leis penais, as criar sem a menor responsabilidade, geralmente com o único intuito eleitoreiro.

A mídia por sua vez não levanta críticas, muito pelo contrário, às estimula, as leis criminalizantes não são objeto de crítica. Não é importante o fato de que tais leis não resolvem o problema da crescente criminalidade, sendo essas leis meras falácias, mas o público médio manipulado pela mídia não sabe e nem pensa nisso, segundo a mídia, essas leis servem para inibir o crime, no entanto, a experiência histórica empírica nos mostra o completo contrário.

## **7. LABELING APPROACH, (TEORIA DA ROTULAÇÃO SOCIAL, ETIQUETAGEM OU REAÇÃO SOCIAL)**

Diante de todo o exposto, é importante abordar uma teoria criminológica que tem como objeto de estudo o comportamento (ação) das instituições de controle (polícia, ministério público e juízes), e o que essa ação pode causar como consequência no sistema criminal e de justiça em uma sociedade.

No entanto, na década de 70, surge uma nova teoria, a criminologia radical, onde seus autores fazem uma análise crítica de cunho marxista da criminologia e suas interações sociais, chamadas de teoria radical ou crítica.

A teoria do *Labeling Approach*, parte da premissa de que para se entender a criminalidade é necessário estudar as ações do sistema penal, começando pelas normas abstratas até a ação das instituições constituídas (polícia, ministério público, judiciário e instituições penitenciárias). Ou seja, o status social de delinquente é efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social, e, enquanto não adquire esse status de delinquente, mesmo tendo realizado um ato considerado desvio diante das normas de convivência social, não é alcançado pelas instâncias de controle social. Assim sendo, de acordo com esse ponto de vista Baratta<sup>23</sup>, "a teoria do *Labeling Approach* estuda o efeito estigmatizante das atividades da polícia, do ministério público e do judiciário".

Ora, podemos dizer, então, que a teoria do *Labeling Approach* (ou reação social, uma vez que mudando o foco da ação para o da reação social, quando é analisado a resposta das instituições de controle depois do cometimento de uma ação considerada ilícita ou criminosa) estuda a criminologia sobre um outro ponto de vista, diferente da criminologia tradicional. Enquanto estes visam entender como se forma o criminoso, quem é o criminoso propriamente

---

<sup>23</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal: tradução Juarez Cirino dos Santos – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011, segunda reimpressão, agosto de 2014, p. 86.

dito, o motivo dos condenados reincidirem e como o Estado pode controlar essa criminalidade, aqueles (adeptos da teoria da reação social), visam entender quem é definido como criminoso, os efeitos decorrentes dessa definição, e quais são os motivos de determinadas pessoas serem definidas como criminosas ou desviantes, e por fim, quem tem o poder de definir os comportamentos desviantes.

Assim sendo, como já dito, os teóricos da reação social, se preocupam com as ações das instituições constituídas, e as consequências dessas ações aos indivíduos rotulados desviantes, criminosos e fora da lei.

Quanto aos efeitos da estigmatização na formação do status social do indivíduo classificado como desviante, Becker<sup>24</sup>, em sua monografia, escreve: "eu penso, antes, que os grupos sociais criam o desvio estabelecendo as normas cuja infração constitui desvio, aplicando estas normas a determinadas pessoas e rotulando-as como "outsiders".

Fica claro que, de acordo com tal teoria é avaliado os mecanismos de estigmatização, responsável pelo rótulo de desviante de determinado indivíduo. Analisando-se a chamada delinquência secundária, quando a delinquência é resultado do processo decorrente da estigmatização.

Deste modo, percebe-se que tal estigmatização é responsável, de acordo com a teoria da reação social, pela criação da criminalidade ou delinquência secundária, criando, por assim dizer, uma máquina de etiquetagem social promovida pelo Estado. De acordo com tal pensamento, é a sociedade quem cria a conduta desviante, por meio de regras a serem seguidas, e se uma pessoa a descumpre, recebe o rótulo de desviante.

---

<sup>24</sup> BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio: tradução Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir – 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed. 2008, p. 9.

Shecaira, citando Becker<sup>25</sup>, nos diz que "o desviante é alguém a quem o rótulo social de criminoso foi aplicado com sucesso; as condutas desviantes são aquelas que as pessoas de uma dada comunidade aplicam como um rótulo àquele que comete um ato determinado".

Em suma, para uma pessoa receber o rótulo de desviante, tem que ser levado em conta qual o ato que ela realizou, se é crime ou algum outro ilícito, e qual vai ser a reação da sociedade em relação ao ato cometido.

A exemplo, uma pessoa branca de classe média alta, com a aparência característica das classes mais elevadas, entra em uma loja de joias valiosas, a todo tempo vigiada pelas câmeras de segurança e sem que o dono perceba, furta uma delas. É certo que essa determinada pessoa vai receber uma reação diferente em relação a uma pessoa negra e pobre realiza a mesma ação (furto de joia), em relação a primeira, fariam que sofre de cleptomania (rótulo), pois a mesa tem uma compulsão que leva um indivíduo a roubar objetos, independentemente de seu valor, por tanto, merece tratamento psicológico. Em relação a segunda pessoa, essa sem dúvidas, seria rotulada como um vagabundo ladrão merecedor de linchamento público.

E é a partir desse raciocínio que os criminólogos da reação social (*Labelling Approach*) passam a mudar o foco de estudo. Não se verifica mais a causa de uma pessoa cometer crimes, e sim, o por que de só algumas pessoas serem rotuladas como criminosos, qual a consequência dessa rotulação e onde se fundamenta.

Por isso e dito que a teoria do *Labelling Approach* estuda desvio secundário, causado pela reação da sociedade diante de determinado ato. Nas palavras de Shecaira<sup>26</sup> "Praticado o ato inicial, uma nova reação advirá da reação

---

<sup>25</sup> BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio: tradução Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir – 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed. 2008, p. 258.

<sup>26</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 260.

social. A mais importante consequência é uma drástica mudança na identidade pessoal que o indivíduo tem diante da sociedade".

As instituições de controle social, nos casos em que determinada pessoa descumpra a lei penal, sempre partirá da lógica de que essa pessoa é um criminoso, e esta pessoa passa a ser rotulada e identificada como tal, fazendo com que esse indivíduo busque aproximação com pessoas semelhantes a ele (rótulo de criminoso). As pessoas que respondem a um processo criminal, independentemente de terem cometido uma única infração na vida, será tachada como criminosa e levará essa chaga por um bom tempo, pois é assim que ele será visto pela sociedade.

Shecaira<sup>27</sup> observa que "As agências criadas pela sociedade para prevenir a delinquência são sempre tão mal equipadas para a tarefa que se pode bem perguntar se isto é considerado como sua real função", ou seja, as instituições de controle (polícia, MP, Judiciário e sistema prisional como um todo) estão funcionando de maneira "viciada", causando um resultado diverso, se não oposto, ao pretendido com a sua criação. A polícia violenta e racista faz a primeira seleção, é a "peneira" da seletividade, pois ela tem olhos somente a um determinado tipo de pessoa, pertencente a uma determinada classe social.

O Ministério Público, de maneira semelhante, ratifica a ação da polícia, e em grande parte dos casos, oferecem denúncia somente com depoimento da polícia como prova, o Judiciário, que deveria guardar o direito e prestar jurisdição à sociedade com base nele (direito), sentencia procedente a violência institucionalizada do estado contra as classes sociais mais vulneráveis em uma sociedade capitalista.

A pessoa estigmatizada sofre um processo cruel diante da sociedade, ficando rotulada como criminosa, as vezes, pelo resto da vida. Não é novidade

---

<sup>27</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 206.

alguma, que ex detentos tem uma dificuldade atroz para se restabelecer na vida, uma vez que tudo lhe é mais dificultoso. A reação que a sociedade tem de um indivíduo rotulado como desviante é problemática, um exemplo claro é quando um ex apenado tenta conseguir um emprego formal pra o sustento próprio e de sua família.

Esse problema foi bem observado por Shecaira<sup>28</sup>, quando diz que "A repressão punitiva – e em especial a prisão – passa a funcionar como elemento de criminalização primária produz rotulação, que produz criminalizações secundárias (reincidência)."

No que diz respeito as prisões, Goffman (1996, p. 16), cria o conceito de instituição total, "simbolizado pela barreira à relação com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos."

Deste modo, fica fácil perceber como é cruel e injusto esse processo estigmatizante causado pela reação social e das instituições de controle em especial. A teoria do *Labelling Approach*, conforme Shecaira<sup>29</sup>

segue uma sequencia ao explicar esse fenômeno social que é a criminalidade, da seguinte forma: delinquência primária, resposta ritualizada e estigmatização, distancia social e redução de oportunidades, surgimento de uma subcultura delinquente com reflexo na autoimagem, estigma decorrente da institucionalização, carreira criminal, e por fim, delinquência secundária.

Assim sendo, o leitor pode ter uma noção do que vem a ser a teoria do *Labelling Approach* e qual é o seu objeto de estudo, sendo mais uma de tantas

---

<sup>28</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 263.

<sup>29</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 269.

teorias criminológicas empenhadas em descobrir como lidar com esse fenômeno social que é a criminalidade, o criminoso, quem incrimina e etc.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É de suma importância entender que a criminalidade é um problema bastante complexo, e todos sabem ou deveriam saber que não é possível resolver um problema social complexo com métodos simples. O sistema penal, especialmente o controle social formal (exercidos pelas instituições do Estado), tem sido, de maneira cruel, bastante seletivo.

Além de ser simplória, a política criminal empregada no Brasil é ineficaz, e diferente do discurso declarado (combate a criminalidade), o que acontece realmente é o inverso. Com a política criminal atual, a criminalidade acaba sendo agravada, uma vez que na hora em que as instituições de controle entram em ação, todo o discurso declarado cai por terra, e o que passa a acontecer é na verdade uma violência institucionalizada.

A partir desse ponto, a criminologia crítica passou a estudar esses fenômenos e com base nela, este presente estudo foi desenvolvido. Passamos a analisar os discursos reais do direito penal, sem a máscara do discurso declarado, para demonstrar que o direito penal é utilizado não somente para proteger bens jurídicos, mas também para realizar uma seleção de quem serão os "clientes" do sistema penal.

E é isto que o presente estudo tentou explicar, como se dá essa seleção, quem são os selecionados e quem seleciona. E, com o referencial teórico baseado na criminologia crítica, podemos perceber que o sistema penal é seletivo devido a fatores sociais e econômicos, fortemente influenciado pelas instituições de controle (polícia, MP e Judiciário), também, o importante papel que o Legislativo tem ao criar leis desproporcionais e com caráter

discriminatório em relação as classes marginalizadas em uma sociedade capitalista.

Por fim, abordamos a teoria do *Labeling Approach*, que é uma teoria criminológica com um viés mais crítico que a da criminologia tradicional. Tal teoria estuda justamente as ações das instituições de controle, sejam formais (instituições de controle), sejam informais (família, emprego, escola, sociedade em geral), explicando como se dá a seletividade depois de uma criminalização secundária realizada pelas instituições de controle formais.

Deste modo, fica claro que o problema da alta criminalidade é motivado, principalmente, pelos países em desenvolvimento, tem um caráter altamente econômico e social, e é esse ponto que deve ser combatido para se alcançar uma sociedade mais justa e democrática.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro, Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguiti. **Introdução crítica à criminologia brasileira** – Rio de Janeiro, Revan, 2011. 2ª edição.

BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt>. Acesso em 01 de junho de 2013, pp. 03-04.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**: tradução Juarez Cirino dos Santos – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011, segunda reimpressão, agosto de 2014.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio: tradução Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de

Janeiro: Jorge Zahar ed. 2008.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa do encarceramento**: os jovens do Brasil / Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. – Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [www.ufscar.br/gevac](http://www.ufscar.br/gevac). Acesso em 05 de outubro de 2016.

CARVALHO, Salo de. **O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira**: A Decisiva Contribuição do Poder Judiciário. Minas Gerais: 2015. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1721/1636>>. Acesso em 26 de outubro de 2016.

Desigualdade Racial e Segurança Pública em São Paulo Letalidade policial e prisões em flagrante. Disponível em: [www.ufscar.br/gevac](http://www.ufscar.br/gevac).

DURKHEIM, E. **Las reglas del método sociológico**, Espanha, Morata, 1978, p. 83.

KHALED JR., Salah H. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7411](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7411)>. Acesso em novembro de 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral I** – 6ª ed., ampl. e atual. - Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**: tradução André Telles. 2ª ed., Rio de Janeiro, 2011.

## **SENTENÇAS SUBVERSIVAS: A PRESERVAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

**Tarcísio Germano de Lemos Filho<sup>1</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

O exercício da cidadania, despertado pela Carta de 1988, encontrou no Poder Judiciário o caminho natural para a afirmação de direitos fundamentais e assegurar medidas protetivas inspiradas em seu texto, dando margem ao fenômeno da "instrumentalidade do processo", como "meio eficaz de acesso à ordem jurídica justa"<sup>2</sup>.

Enquanto via da instrumentalização dos objetivos da sociedade, tanto no campo social como político e jurídico, o Judiciário assumiu-se como catalizador de anseios multifacetários, ampliando sua atividade mais além dos muros da mera interpretação passiva do texto legal, para tornar-se o sinalizador de comportamentos e de valores que o organismo social pretende reconhecer como admissíveis e passíveis de prestação, positiva e negativamente, em face da autoridade estatal.

Esse perfil diferenciado da atividade jurisdicional já vinha sendo observado em sistemas europeus, nos quais que os direitos fundamentais assumiram relevante papel no ordenamento construído a partir da redemocratização do continente no pós-guerra. Ao mesmo tempo, a prática mostra-

---

<sup>1</sup>Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, professor de Direito Processual Civil do curso de graduação em Direito pela Unianchieta, Jundiaí-SP, Mestre em Direito Processual Civil pela PUCAMP, Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, advogado, E-mail: [tarcisiof@germanodelemos.com.br](mailto:tarcisiof@germanodelemos.com.br).

<sup>2</sup>DINAMARCO, CÂNDIDO Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 440.

seinstitucionalizada nos países regidos pelo sistema do *common law*, em que a argumentação jurídica não se firma em regras fixas, mas em "princípios voltados para a justiça, a razão e o bom senso, determinados pelas necessidades da comunidade e pelas transformações sociais"<sup>3</sup>.

Em um país sem tradição relevante em decisões que não espelhem o método subsuntivo tradicional, a dimensão excessiva assumida pelo Judiciário em relação aos demais poderes fez com que o seu protagonismo, na razão oposta ao desprestígio legislativo, se apresentasse como invasão de esfera e ameaça à segurança jurídica.

Surge então o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016, como um possível freio do legislador a decisões que se mostrem conflitantes com o ordenamento jurídico, posto que terão que se ajustar a critérios de unidade, coerência e estabilidade, em um contexto que envolve a utilização de métodos valorativos e diretamente vinculados à norma fundamental.

A indagação que surge e que o presente artigo pretende abordar nas fronteiras que lhes são permitidas, diz com os possíveis efeitos que serão obtidos com a nova ordem, tendo-se por base o escasso currículo democrático e de participação da sociedade brasileira na formação das decisões tanto políticas como jurisdicionais.

O histórico da atuação do Estado em suas várias vertentes e a sua pouco nítida preocupação com a inclusão social, faz com que se passe a investigar em que proporção os juízes irão se dispor ou estarão tecnicamente aptos a decidir dentro das diretrizes e limites que passarão a direcionar o exercício

---

<sup>3</sup>TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 200

de suas funções, já que isso poderá criar um ativismo incontável ou mesmo uma rebeldia em face do novo sistema, se efetivamente privilegiar o conservadorismo.

Em uma primeira abordagem, busca-se traçar um breve apanhado dos antecedentes da atuação jurisdicional em face das possibilidades de participação democrática e de produção de decisões com raízes sociais em tempos republicanos recentes.

Sob um segundo aspecto, investe-se, embora superficialmente, nos possíveis desvios que os métodos interpretativos podem acarretar à estrutura do Estado Democrático de Direito, ainda que à guisa de preservar os seus valores e integridade.

Por fim, parte-se para a análise da possível viabilidade de se estabelecer um controle eficaz em relação a decisões que se mostrem contrárias ao sistema e acabem ferindo a própria legalidade, em contradição com a finalidade pretendida pela inovação legislativa.

O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo<sup>4</sup>, no tratamento dos dados foi o cartesiano<sup>5</sup>, e no relato dos resultados que se consiste neste ensaio, a base lógica é também, indutiva. As técnicas empregadas foram a

---

<sup>4</sup>O método indutivo 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**. 13ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Conceito Editorial, 2015, p. 213.

<sup>5</sup>O método cartesiano, segundo Cesar Luiz Pasold, pode ser sintetizado em quatro regras "[...] 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar. Em seguida, realizar o Juízo de Valor.". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**, p. 212. Categorias grifadas em maiúscula no original.

do referente<sup>6</sup>, da categoria<sup>7</sup>, do conceito operacional<sup>8</sup> e da pesquisa bibliográfica<sup>9</sup> e documental, esta última, pelo fichamento.

## 1. A ATIVIDADE JURISDICIONAL REPUBLICANA RECENTE

Marcado historicamente por um perfil de concentração do poder e por uma estrutura social que não permitiu, através dos tempos, a participação política senão pela elite econômica, o Brasil parece tersamente passado a experimentar alguma vivência democrática efetiva após o advento da Constituição de 1988.

O constituinte de 1946 buscou elaborar uma nova ordem que se mostrasse sintonizada com o novo panorama mundial traçado pelo pós-guerra, que não mais comportava o regime implantado em 1930, fruto que fora da reação à oligarquia rural do Sudeste, que dominava o cenário político desde a implantação do regime republicano.

A chamada "Era Vargas", iniciada como um pretense rompimento com o poder sustentado por latifundiários e do qual se beneficiava a emergente elite urbana, não conseguiu assimilar a Constituição de 1934, idealizada em face

---

<sup>6</sup>Denomina-se referente "[...] **a 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. 58. Negritos no original.

<sup>7</sup>Entende-se por categoria a "[...] **palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.**" PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**, p. 205. Negritos no original

<sup>8</sup>Por conceito operacional entende-se a "[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**, p. 205.

<sup>9</sup>Pesquisa bibliográfica é a "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**, p. 215.

da reação da intelectualidade paulista à ruptura política perpetrada, instituiu o Estado Novo e acabou sucumbindo à ordem política democrática desenhada a partir de 1945.

A Carta de 1946, embora tenha representado o marco da redemocratização do país, instituindo direitos fundamentais como a liberdade de opinião e a isonomia, teve a função mais explícita de estruturação do poder do que, propriamente, de perpetuar valores arraigados na cultura nacional ou de propiciar, em concreto, um sistema hierárquico vertical onde se apresentasse como a sustentação do ordenamento jurídico, "remontado a uma única norma"<sup>10</sup>.

Em verdade, apesar das disposições sobre direitos e garantias individuais do artigo 141<sup>11</sup>, com expressa referência à igualdade de todos perante a lei, o texto recepcionou integralmente dispositivos incompatíveis com essa previsão, como a desigualdade civil entre os cônjuges instituída pelo Código de 1916 e que só o Estatuto da Mulher Casada, de 1962, conseguiu em parte suprimir.

Da mesma forma, mantiveram-se as diferenças entre os filhos ditos legítimos e espúrios, com absoluta e insuperável exclusão da prole adulterina e incestuosa, com o reconhecimento unicamente da família resultante do

---

<sup>10</sup>BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. Título original: Teoria dell'ordenamento giuridico, p. 49.

<sup>11</sup>Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei.

BRASIL. Legislação. Constituição de 1946. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada pela Assembléia Constituinte. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 19/9/1946, Página 13059 (Publicação Original). Diário Oficial da União - Seção 1 - 25/9/1946, Página 13319 (Republicação). Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em 21 de julho de 2015.

casamento, tido como vínculo indissolúvel.

A Ação Popular somente foi instituída em 1965<sup>12</sup>, mesmo ano em que a Emenda 16 possibilitou a ação direta de inconstitucionalidade, atribuição conferida ao Procurador-Geral da República, pela introdução da letra "k" ao artigo 101, inciso I, enquanto que a Constituição de 1967 e a Emenda 1, de 1969, não trouxeram grandes novidades ao controle abstrato<sup>13</sup>.

Confira-se, de qualquer modo, a ruptura constitucional representada pela edição do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968<sup>14</sup> vigente até 1 de janeiro de 1979, quando revogado pela Emenda 11, de 13 de outubro de 1978<sup>15</sup>, norma anômala que potencialmente retirou dos juízes a própria independência, dada a suspensão das garantias da magistratura a partir de sua edição e da exclusão do crivo jurisdicional dos chamados "atos institucionais" e de seus efeitos.

Não se encontram na jurisprudência, aliás, nesse período anterior à Carta de 1988, pronunciamentos judiciais que possam se destacar pela afeição ao

---

<sup>12</sup>BRASIL. **LEGISLAÇÃO. Lei nº 4.717, de 29 de junho 1965.** Regula a ação popular. DOU de 5Jul1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm)>. Acesso em 27 de junho de 2015.

<sup>13</sup>Vale lembrar a polêmica apontada por Gilmar Ferreira Mendes, pelo episódio de 1970, em que o então Procurador-Geral se recusou a submeter o decreto-lei que impôs a censura prévia ao crivo da inconstitucionalidade, diante da representação formulada pelo único partido de oposição à época, o Movimento Democrático Brasileiro. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade.** In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.028.

<sup>14</sup>BRASIL. Legislação. Ato Institucional n. 5. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. DOU de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em 21 de julho de 2015.

<sup>15</sup>BRASIL. Legislação. Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978. Altera dispositivos da Constituição Federal. DOU de 17 de outubro de 1978. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc11-78.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm)>. Acesso em 21 de junho de 2015.

texto constitucional, dentro de uma cadeia de precedentes que se traduzisse pelo perfil principiológico e com carga valorativa em resposta a proposições de difícil definição dentro do ordenamento jurídico<sup>16</sup>.

Em verdade, os primeiros rasgos de rebeldia interpretativa, como a proteção às uniões não legalizadas, então denominadas como "concupinato", sequer tangenciaram princípios constitucionais ou exigiram ponderação entre eles.

Pronunciamentos judiciais sobre a matéria resultaram de método analógico que colocou em pauta o enriquecimento ilícito e a sociedade de fato, conforme se extrai dos enunciados das súmulas 380 e 382 do Supremo Tribunal Federal<sup>17</sup>, nada obstante a existência de textos, desde a década de 1940, reconhecendo a legitimidade de tais uniões e da filiação daí decorrente, como o artigo 21 do Decreto-lei 7036/44, aplicável aos acidentes do

---

<sup>16</sup>"[...] a jurisprudência sobre delitos de imprensa, em sede do Supremo Tribunal Federal, não revela um substrato dogmático preciso sobre o conceito de censura, mormente após o governo do Presidente Castelo Branco{...} O histórico dos Habeas Corpus e dos Mandados de Segurança, impetrados no período, conceituava fatos configurados de meros delitos não atentatórios contra a Segurança Nacional, ou de liberação de obras consideradas subversivas, de acordo com a Lei de Segurança Nacional, Decreto-Lei nº 898/69, em seu artigo 43, e, ainda, de apreensão de periódicos obscenos, tidos como impróprios para crianças e adolescentes". BOUCAULT. Carlos Eduardo. **O perfil legislativo do direito de imprensa e sua inserção no Estado Democrático de Direito: conflitos hermenêuticos e práticas autoritárias do sistema brasileiro**. Arquivo Público do Estado e Universidade de São Paulo. Disponível em: <[http://www.usp.br/proin/download/artigo/artigo\\_perfil\\_legislativo.pd](http://www.usp.br/proin/download/artigo/artigo_perfil_legislativo.pd)>. Acesso em 22 de julho de 2015.

<sup>17</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. **SÚMULA 380**, de 3 de abril de 1964. "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=su mula\\_301\\_40](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=su mula_301_40)>. Acesso em 21 de julho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. **SÚMULA 382**, de 3 de abril de 1964. "A vida em comum sob o mesmo teto, "more uxorio", não é indispensável à caracterização do concubinato". Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=su mula\\_301\\_40](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=su mula_301_40)>. Acesso em 21 de julho de 2015.

trabalho<sup>18</sup>.

Daí a possível impropriedade dos discursos acadêmicos que focam a irrelevância da Constituição na atividade interpretativa jurisdicional, como se fora um fenômeno imediato e globalmente ocorrido em nível mundial no pós-guerra, período em que a tímida jurisprudência nacional se pautou pela mera subsunção e aplicação das regras ordinárias<sup>19</sup>.

Igualmente parece necessário repensar os posicionamentos que emprestam à Carta a efetiva capacidade regulatória do exercício do poder, hipótese que o histórico político brasileiro do mesmo período explicitamente desmente, a partir das sucessivas crises institucionais surgidas desde o abrupto encerramento do segundo governo Vargas e arremedos de ocasião, como a fracassada instituição do parlamentarismo e a ruptura representada pelo golpe de 1964.

O Estado Democrático de Direito é proposta surgida com a Constituição de 1988<sup>20</sup>, que avançou além da simples menção ao Estado de Direito e de onde irradiaram as regras que buscaram dar efetividade aos princípios nela inseridos. Isso, entretanto, por si só, não pode assegurar que a delimitação do exercício do poder jurisdicional tenha sido concretamente alcançada,

---

<sup>18</sup>BRASIL. Legislação. Decreto-lei n. 7036, de 10 de novembro de 1944. (Revogado). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del7036.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7036.htm)>. Acesso em 21 de julho de 2015.

<sup>19</sup> Barroso refere-se a recurso ordinário em mandado de segurança julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1968 (RMS 18.534, relator Ministro Aliomar Baleeiro, RTJ 47/787), em que a censura a revista de circulação nacional foi considerada abusiva não exatamente em prestígio do direito de liberdade de imprensa e do direito à informação, mas pela digressão histórica feita pelo voto do relator, que buscou demonstrar como as noções de moralidade variaram historicamente, recomendando ao juiz da causa que se revelasse um "homem de seu tempo". BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle de programação de televisão na Constituição de 88. **Revista dos Tribunais**. RTFasc.Cível. Ano 90. Volume 790, Ago/2001, pp. 127-152.

<sup>20</sup>"[...]o "democrático" qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também, sobre a ordem jurídica". SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 123.

notadamente em face do prestígio que gradativamente vem sendo conferido ao Judiciário, em desfavor dos demais segmentos de manifestação da soberania.

Surge a partir daí a indagação sobre o grau de compromisso dos juízes com a legalidade e em que medida estariam culturalmente preparados para aplicarem as regras em conformidade com o ordenamento jurídico e qual seria a sua efetiva fronteira de atuação dentro do desejado equilíbrio do poder político<sup>21</sup>.

A título de se colocar em prática princípios e valores constitucionais- incumbência que o novo Código de Processo Civil<sup>22</sup> exacerba em seu conteúdo recentemente introduzido<sup>23</sup>, inclusive à guisa de se promover uma necessária unificação jurisprudencial- é traçada a possibilidade do Estado Democrático de Direito ser solapado internamente pelo próprio poder que tem a atribuição de preservá-lo, ao se revelar descontrolado e incontrolável no desmedido propósito de assegurar direitos segundo a ótica de cada intérprete.

A questão posta não permite o retorno ao enfoque simplista sobre possível nocividade ou os benefícios trazidos pelo ativismo judicial. Em verdade, há que se indagar se um país com nítido histórico de autoritarismo e pouco compromisso com a unidade do ordenamento jurídico, está preparado, a partir de modelos estrangeiros, para o advento de decisões com enfoque principiológico, que ao mesmo tempo garantam a produção de jurisprudência

---

<sup>21</sup>A isso Canotilho denomina de "directiva fundamental da organização do poder político", envolvendo separação, interdependência e balanço entre as funções. CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003, p. 55

<sup>22</sup>BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, de 17 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 27 de março de 2015.

<sup>23</sup>BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Art. 1.045: Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.

"estável, íntegra e coerente"<sup>24</sup>, sem subverter a ordem do Estado Democrático de Direito<sup>25</sup>.

Mais ainda, o questionamento volta-se à constatação de que "a prática jurídica não se resume ao julgamento de casos de grande repercussão no Supremo Tribunal Federal", sobretudo porque "os cidadãos utilizam as normas jurídicas em seu dia a dia, na intermediação de suas relações com outros cidadãos e com o Estado"<sup>26</sup>.

Na realidade cotidiana, pareceria dispensável uma incursão principiológica profunda para a solução de demandas que, via de regra, podem ser solucionadas pelas regras ordinárias postas para a matéria em disputa, sobretudo quando o intérprete compreende a possível irrelevância da polarização entre princípios e regras no caso concreto.

A crise reside portanto, na aferição de critérios que tornem o discurso judicial objetivamente compreensível e aceitável por todos os participantes, a partir de sua integração direta com o ordenamento e desde que "os juízes apoiem suas decisões em critérios universalizáveis, perseguindo aqueles valores gerais e institucionalizados na prática social, que legitimam a observância do

---

<sup>24</sup>BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

<sup>25</sup>Streck adverte para a necessária diferenciação entre a judicialização eo ativismo: "o primeiro decorre das contingências de um paradigma; o segundo pode ser destrutivo, uma vez que permite substituir os juízos morais e políticos institucionalizados no direito democraticamente pela "opção pessoal" dos juízes". STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. In: ENGELMAN, Wilson. ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2013, p.133.

<sup>26</sup>GALVÃO. Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014 (série eDB), p.308 a 309.

Direito"<sup>27</sup>.

## 2. O POSSÍVEL DECISIONISMO SUBVERSIVO

Carbonell<sup>28</sup> observa, com base em Hans Peter Schneider, que a Constituição traz consigo, via de regra, um "marco utópico que serve de referência para o que a sociedade pretende para ela no futuro", e que, justamente por não estar presente na realidade, exige uma futura configuração política, alcançável pela "consciência política geral de responsabilidade democrática".

Assinala, em função disso, que na América Latina "o conceito de Constituição tem sido utilizado com frequência como motivo legitimador do Estado, mesmo que tal ação não tenha sempre um caráter democrático ou apegado ao interesse geral", dada a possibilidade de ser manejada ou instrumentalizada em favor do grupo dominante e de sua perspectiva de perpetuação no poder.

Daí a advertência no sentido de que esse conceito não seja utilizado teoricamente somente do ponto de vista acadêmico ou analítico, mas que também enfrente os aspectos ilegítimos do discurso que "impõe pontos de vista de alguns poucos sem consultar os demais, através de práticas legislativas e jurisdicionais que violam as normas constitucionais".

Em verdade, a prática decisória coerente com a matriz constitucional implica a existência de um referente que torne previsível aos jurisdicionados a confirmação de que suas ações são juridicamente válidas e que o Estado irá preservá-las, através de um "compromisso dinâmico, que enfatize a

---

<sup>27</sup>LUNO, Antonio Enrique 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. 87.

<sup>28</sup>CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y nivel de análisis. In: CARBONELL, Miguel (org). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010, pp. 163-164.

legitimidade que deve perpassar entre criatura (Estado) e criador (Sociedade)<sup>29</sup>.

No âmbito latino-americano, a adesão incondicional à ação transformadora representada pela constitucionalização do ordenamento, "como um processo que admite graus ou intensidades"<sup>30</sup>, pode se afigurar ingênua ou precipitada, na medida em que a participação popular ainda se apresenta como uma proposta a ser concretizada dentro de critérios de conscientização política<sup>31</sup>.

Há que se considerar que se trata de uma região em que os desafios para o futuro estão "na concretização efetiva e complexa de novos paradigmas epistêmicos concebidos e projetados que vão muito além do institucionalizado e donormatizado juridicamente"<sup>32</sup>. Por isso, a proposta de aprofundamento democrático não se aparta da necessidade que os "titulares e destinatários de direitos fundamentais, assumam, mais além das mediações jurídico-institucionais, a sua tarefa de conquista e defesa"<sup>33</sup> incumbência que não se

---

<sup>29</sup>PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, 4ª ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013, p. 65. Ebook. Disponível em: <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>>. Acesso em 26 de junho de 2015.

<sup>30</sup>No original: "La constitucionalización del ordenamiento nos es una cualidad "todo o nada", algo que se tiene o no se tiene em absoluto, sino que se configura como un proceso que admite grados o intensidades, y el que he llamado constitucionalismo de los derechos representa seguramente su mas alta expresión"(Tradução nossa). Sanchis, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel(org). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid. Editorial Trotta, 2007, p. 215.

<sup>31</sup>No dizer de Pasold, a Consciência Jurídica corresponde, em primeiro lugar, "à noção clara, precisa, exata, dos direitos e dos deveres que o indivíduo deve ter, assumindo-os e praticando-os consigo mesmo, com seus semelhantes e com a Sociedade". PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, p. 87.

<sup>32</sup>WOLKNER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). Constitucionalismo Latino Americano. Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 39.

<sup>33</sup>No original: "[...] se asume que todo proceso de profundización democrática y del control del poder está supeditado a que sean los sujetos en situación de subordinación, los "sin poder", quienes, como destinatarios y titulares de los derechos fundamentales, asuman, más allá de las mediaciones jurídico-institucionales, la tarea de su conquista y defensa" (Tradução livre de

cumpra em curto prazo.

A tarefa de participação concreta como premissa à efetivação da vontade constitucional, aliás, não é matéria que afeta em particular os países latino-americanos. No âmbito da União Europeia, em que se busca reverter as relações de força e as políticas de austeridade nos Estados nacionais mais atingidos pela crise econômica, caso da Espanha, iniciativas visando um programa de rupturas e de democratização radical, como o do movimento "Podemos", esbarram na dificuldade de definição das forças sociais capazes de levarem adiante tal projeto<sup>34</sup>.

A possível viabilidade de efetivação imediata de um Código de Processo Civil com nítidas bases principiológicas, em um território com histórico de pouca tradição participativa e uma população ainda em incipiente estágio de informação e de igualdade social, retoma o questionamento sobre as consequências de seu manejo por operadores não capacitados e com baixo grau de consciência jurídica.

O regime subsistente até 16 de março de 2016, quando entrou em vigor a nova legislação, pautou-se por uma aritmética bastante simplista: ou existem regras explícitas para o caso concreto, ou as lacunas e obscuridades devem ser preenchidas com base nas outras *fontes do direito*: a analogia, os princípios gerais e o costume, impedindo-se o juiz de conhecer de questões não suscitadas pelas partes, conforme se extrai dos artigos 126 e 127 da lei

---

autor). PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007, pp. 17-18.

<sup>34</sup>Refletindo a composição social majoritária entre seus dirigentes (mais da metade dos 62 membros da Comissão Nacional é oriunda das universidades espanholas), um dos grandes riscos de "Podemos" é a tentação tecnocrática, como se a democratização pudesse se realizar apenas aperfeiçoando os mecanismos de participação popular, e como se a transformação social, via "processo constituinte", pudesse ocorrer sem a mobilização ativa das classes populares, principais atingidas pela crise". QUERIDO, Fabio Mascaro. Até onde Podemos? **CARTA MAIOR**. 05/2014. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/Ate-onde-Podemos-/6/32362>>. Acesso em 02 de agosto de 2015.

processual Buzaid<sup>35</sup>.

Tais dispositivos, entretanto, embora decorrentes de tempos de constitucionalismo embrionário e regime de exceção, não excluem, como não poderiam excluir, a utilização das normas constitucionais nos atos decisórios, posto não ser *juridicamente possível* a aplicação de regra deslocada do ordenamento.

Na nova lei processual, já não se fala em fontes do direito ou se abre perante elas uma graduação hierárquica: o artigo 140 dispõe que "o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico" e isso é o quanto basta, o que torna o espaço de navegação do magistrado muito maior, pois aplicará o *ordenamento* e não mais a lei, como fonte principal, sempre em conformidade com princípios constitucionais<sup>36</sup>.

O panorama da atividade jurisdicional, portanto, agora é outro, para o qual não foram especificamente treinados os operadores cotidianos do Direito, configurando uma prática social que incorpora uma pretensão de correção e justificação, em que elementos valorativos se sobrepõem ao autoritarismo, com base em princípios constitucionais<sup>37</sup>, mas cuja metodologia interpretativa não está suficientemente clara no novo texto.

---

<sup>35</sup>BRASIL. LEGISLAÇÃO. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União** 17.1.1973 e republicado em 27.7.2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em 02 de agosto de 2015.

<sup>36</sup>Artigo 8º.- Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

<sup>37</sup>No original: "El Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada) Tradução livre do autor. ATIENZA, Manuel Rodrigues. **Curso de argumentación jurídica**. 1ª ed. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2013, p. 29.

Bonavides<sup>38</sup> refere-se à via concretista da "Constituição aberta" idealizado por Peter Haberle, comouma democratização do processo interpretativo "que não se cinge ao corpo clássico de intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional, mas se estende a todos os cidadãos". Daí, foca que "a interpretação assim entendida, está sempre a coconstituir a sociedade aberta e a ser por ela constituída, sendo seus critérios tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade".

Nessa linha, mostra que, para Häberle, o texto constitucional tem função de direção, pois "espelho do público e da realidade", sendo a sua interpretação "negócio de cada um e de todos potencialmente".

Pondera, entretanto, o mesmo doutrinadorem seguida, que a subsistência de um sistema dessa ordem demanda "a presença de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida", o queo leva a concluir que esses são fatores "sem dúvida difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento"<sup>39</sup>.

Em conclusão que parece acertada, assevera que "a adoção sem freios desse método acabaria por dissolver a Constituição e debilitar as instituições", pois concede "preponderância a elementos fáticos e ideológicos de natureza irreprimível, capaz de exacerbar na sociedade, em proporções imprevisíveis, a luta de classes, a competição de interesses e a repressão de ideias".

Tem-se, portanto, que na ausência de controle interpretativo, subsiste a possibilidade concreta de desmonte da estrutura do Estado Democrático de Direito que se mostre frágil, embora proferido a título de preservá-lo em sua concepção pluralista e assegurar critérios de justiça e igualdade de

---

<sup>38</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015, pp. 524-525.

<sup>39</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 528.

oportunidades, por não estar o intérprete, eventualmente, erudita e culturalmente apto a manejá-los, embora estejam eticamente obrigado a aperfeiçoar-se continuamente, presumida sua capacidade técnica<sup>40</sup>.

Outro método, praticado "conforme a Constituição" e que *prima facie* parece nortear essa nova etapa do trabalho jurisdicional<sup>41</sup>, é tido como um mecanismo de controle, pois, dentre várias possibilidades de interpretação, a opção deve recair sobre aquela que mais se ajuste ao texto constitucional<sup>42</sup>, preservando-se a constitucionalidade da norma interpretada, caso haja um "espaço de decisão"<sup>43</sup>.

Anota Canotilho<sup>44</sup>, que a interpretação que coloque em desconformidade a norma com o texto constitucional não pode redundar em um produto novo e distinto, "em contradição com o sentido literal ou sentido objetivo claramente reconhecível da lei ou em manifesta dessintonia com os objetivos pretendidos pelo legislador", até porque, como também anota Bonavides, "nesse caso a vontade do juiz, para salvar a lei, sem querer, e por excesso

---

<sup>40</sup>Prescreve o Código de Ética da Magistratura, editado pelo Conselho Nacional de Justiça: Art. 29. A exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados tem como fundamento o direito dos jurisdicionados e da sociedade em geral à obtenção de um serviço de qualidade na administração de Justiça. Art. 30. O magistrado bem formado é o que conhece o Direito vigente e desenvolveu as capacidades técnicas e as atitudes éticas adequadas para aplicá-lo corretamente. BRASIL. CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA. Código de Ética da Magistratura. Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337. Publicado no **Diário de Justiça da União**, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008.

<sup>41</sup>Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

<sup>41</sup>Artigo 8º.- Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

<sup>42</sup>SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 884.

<sup>43</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p.1.227.

<sup>44</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1.227.

de zelo, se substitui à vontade do legislador<sup>45</sup>.

Um novo regramento do exercício jurisdicional, substituindo a clássica hierarquia de fontes a partir da lei e restrita utilização da equidade, pela *aplicação do ordenamento conforme a Constituição*, cria a expectativa sobre o método interpretativo e das fontes que as novas gerações irão adotar.

Já se fala, dentre formadores de opinião com respeitável currículo acadêmico<sup>46</sup>, que a prática dos operadores do Direito começa a mudar, a partir de uma mudança geracional que os impele à participação mais precoce e uma "vivência na liberdade de imprensa, na decadência dos partidos e na indignante apropriação privada dos bens públicos".

Frisa Joaquim Falcão, no texto citado, que esses novos profissionais "usam de múltiplas estratégias, jurídicas, políticas e comunicativas", pois "valorizam a força das imagens, que entram, via internet, televisão, lares e ruas, nos autos e tribunais". São eles que "dão mais prioridade aos fatos que às doutrinas", revestem-se de mais "pragmatismo e menos bacharelismo" e igualmente "dão mais importância à evidência dos autos do que às lições de manuais estrangeiros ou relacionamento de advogados com tribunais".

O mais preocupante, nessa geração "quenão tem passado a proteger ou a temer", integrada por "informados e cosmopolitas, que aplicam-se em finanças e *big datas*" e de "tribunais superiores que se diminuem perante a opinião pública" é a previsão, a partir da perspectiva de componentes de centros de referência do Direito<sup>47</sup>, de que "apostar que juízes, procuradores e delegados agem com arbítrio, ferem direitos fundamentais dos réus, sem

---

<sup>45</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 532.

<sup>46</sup>FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. Lava jato muda a Justiça e a advocacia. **Folha de São Paulo**. São Paulo, ano 95, n. 31.530, p. A3, 31 de julho de 2015.

<sup>47</sup>Joaquim Falcão é professor da FGV-Direito-RJ, com mestrado em Harvard e doutorado pela Universidade de Genebra, além de ex-integrante do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/4841367350910524>>. Acesso em 02 de agosto de 2015.

clara e fundamentada evidência, é protesto que se dissolve no ar".

A interpretação de valores sugere que sejam vivenciados, compreendidos e assimilados, primeiro passo para que a atuação jurisdicional, em busca de legitimação, discernindo entre as vozes das ruas, sujeitas a discursos juridicamente inconsistentes e de perfil político-partidário, e a "opinião pública arraigada em princípios e doutrinas", apontada por Heller<sup>48</sup> como "um dos mais substanciais vínculos da unidade estatal", criando, "entre a autoridade e os súditos uma comunidade de vontade e valores".

A aplicação do Direito sob uma ótica dinâmica e afeta às variações de posicionamento da opinião pública, é capaz de gerar alto grau de instabilidade nas relações, em que "a validade das regras jurídicas não é incondicional, mas se submete ao exercício de adequação moral de seu conteúdo e às circunstâncias fático-políticas nas quais a aplicação do direito está inserida",<sup>49</sup> o que pode ser, por consequência, porta aberta à insegurança dos jurisdicionados.

Se é permitido a toda uma geração de operadores do Direito dar mais atenção aos fatos que às doutrinas, se protestos contra arbítrio e violação de direitos fundamentais "dissolvem-se no ar", em favor de um pragmatismo dito responsável, fazendo com que a defesa dos réus se aplique na forma de "minimização dos riscos", pois o "juiz, e não mais os advogados, conduzam o processo"<sup>50</sup>, essa autorização certamente não vem do texto constitucional, mas de um contexto histórico-político pontual.

---

<sup>48</sup>HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre. pp. 212-213.

<sup>49</sup>PIRES. Teresinha Inês Teles. A definição de justiça sob a perspectiva da teoria da integridade de Ronald Dworkin. In LOPES, Carla Patricia Frade Nogueira. SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva (Coord). **As faces da justiça: análise de teorias contemporâneas de justiça**. 1ª.d. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 117.

<sup>50</sup>FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. Lava jato muda a Justiça e a advocacia, cit.

Pelo fato dessas constatações serem contemporâneas a um Código que pretende que o trabalho jurisdicional seja principiológico e apegado à Constituição em toda e qualquer circunstância, há que se identificar os reais benefícios e propósitos que o perfil valorativo irá oficialmente introduzir em um sistema sem raízes dessa estirpe.

Da mesma forma, espera-se resposta à indagação se o pragmatismo dessa nova geração poderá servir-lhe de modelo, considerando-se que ela, presumivelmente, "não tem passado a proteger ou futuro a temer", o que implica, de outra banda, possível ausência de controle que impeça a proliferação de sentenças invisivelmente subversivas e desagregadoras do Estado Democrático de Direito.

### **3. POSSIBILIDADES DE CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS SUBVERSIVAS**

Certamente a primeira barreira a ser transposta, em matéria de interpretação, no ritmo proposto pela nova legislação processual, é o conhecimento da técnica argumentativa pelos operadores, "sem complicar o que é simples ou simplificar o que é complexo"<sup>51</sup>.

Um segundo aspecto a ser considerado por aqueles que se proponham a aplicar o ordenamento jurídico justamente por compreendê-lo, é que consigam discernir qual a hierarquia das fontes que irão aplicar e, nessa linha, em que proporção cada uma delas terá a sua relevância, já que a sua unidade

---

<sup>51</sup>(Tradução livre do autor). No original: "conocer las reglas de un juego (por ejemplo, el de la argumentación) no sólo es importante para que las mismas se respeten, sino también para que pueda saberse que no se han respetado"; "no argumenta bien quien complica lo que es simple ni quien simplifica lo que es complejo". ATIENZA, Manuel. **La guerra de las falacias**. Alicante: Librería Complas, 2008, pp. 131/136

pressupõe tanto a verticalização como a sua convergência à norma fundamental.

Pino<sup>52</sup>aponta para a problemática da desestruturação da pirâmide normativa e para a instalação de uma "crise das fontes", por fatores como "a alteração do equilíbrio do poder em uma democracia pluralista, o fluxo incessante das relações de mercado na era da globalização, a diversidade e a complexidade da sociedade contemporânea"<sup>53</sup>, de modo que a forma tradicional que a representava passa a tomar aspecto "mais complexo e desarmônico, como a reta, o arquipélago, ou edifício barroco".

As possibilidades que resultam da manipulação das fontes abrangeriam desde a visão pessoal do intérprete a respeito delas e do próprio ordenamento, até à adesão a uma "ideologia das fontes ideologicamente dominantes", em que os operadores do Direito, produzindo um "*overlapping consensus*" entre a fonte adotada e a preponderante", estabeleceriam premissas quanto a um ponto comum de interpretação, "para a própria sobrevivência e continuidade do sistema jurídico"<sup>54</sup>.

Esse parece ser a intenção dos artigos 926 e 927<sup>55</sup> do novo Código, quando

---

<sup>52</sup>PINO, Giorgio. **Interpretazione e "crisi" delle fonti**. 1ª ed. Modena: Mucchi Editore, 2014, p. 07.

<sup>53</sup>(Tradução livre do autor). No original: "[...] i mutevoli rapporti di forza tra gli attori politici in una democrazia pluralista, il fluire incessante e incontrollabile delle relazioni di mercato nell'era della globalizzazione, il pluralismo e la complessità delle società contemporanee sono altrettanti fattori che si ripercuotono tutti-disgregandolo-sull'ordine delle fonti del diritto". "[...] alla tradizionale rappresentazione ordinata e monolitica del sistema delle fonti, compendiata nella familiare figura della piramide, si sostituiscono ora figure più complesse e disarmoniche, come la rete, l'arcipelago, o l'edificio barocco."

<sup>54</sup>(Tradução livre do autor). No original: "[...] la possibilità del disaccordo presuppone necessariamente uno sfondo condiviso. Probabilmente, un accordo di massima tra i giuristi sull'individuazione delle fonti applicabili, quanto meno prima facie, è una condizione imprescindibile, necessaria e minimale, per la stessa sopravvivenza e continuità di un sistema giuridico". PINO, Giorgio, **Interpretazione e "crisi" delle fonti**, p.66.

<sup>55</sup>Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

remetem os tribunais à unificação de sua jurisprudência, para mantê-la íntegra, estável e coerente, ao mesmo tempo em que direcionam os juízes de todas as instâncias aos parâmetros definidos no controle direto de constitucionalidade e à jurisprudência pacificada sobre os temas objeto de julgamento, impedindo alteração da linha de precedentes sem observância da segurança jurídica<sup>56</sup>.

A adoção de uma linha interpretativa de índole principiológica a partir do artigo 8º, que impõe o resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana, com observância da "proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência", terá que adequar-se, invariavelmente, ao preceito que busca produção jurídica coerente e unificada<sup>57</sup>. Essa unidade terá que ser buscada mesmo se a "proporcionalidade" prevista implique a ponderação em qualquer circunstância, alcançando até mesmo os chamados "casos fáceis", em que a simples aplicação da regra pertinente resolveria o conflito<sup>58</sup>.

Ferrajoli<sup>59</sup>, aliás, tece a sua crítica ao que chama de "excessiva dimensão empírica associada à noção de ponderação", que afirma "tão dilatada que

---

<sup>56</sup>V. artigo 927 e seu texto na íntegra, ao qual remete-se o leitor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 01 de agosto de 2015.

<sup>57</sup>A gênese desse artigo parece residir na obra de Dworkin, para quem a coerência, "conferindo legalidade a uma disposição legal e permitindo o acesso ao direito, é a chave para a "resposta certa", de forma que "uma decisão judicial será válida se se integrar na coerência da prática judicial considerada como um todo". RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 156.

<sup>58</sup>A ponderação, conforme Alexy, tem lugar quando, "em um conflito de regras, uma delas terá que ser declarada inválida, a menos que tenha uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ao passo que a colidência de princípios, como na hipótese de um autorizar outro vedar uma prática, implicará que um deles deverá ceder, o que não significa seja considerado inválido, uma vez que um terá precedência sobre o outro em função do caso concreto". ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

<sup>59</sup>FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In Tradução de André Karam Trindade. In: \_\_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.) **Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo**. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 34-36.

chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo como no nível constitucional".

Para o jurista italiano, o caminho estaria na adoção da Constituição como paradigma, subordinando os juízes e o legislador aos princípios nela inseridos. Assim, afastando-se as lacunas e os consequentes espaços para a discricionariedade, técnicas normativas e garantias constitucionais limitariam o arbítrio e impediriam que os juízes criassem direito.

Estaria aí outra inspiração do legislador, ao traçar regras tanto para a alteração jurisprudencial substantiva, através do artigo 927, como também pela imposição, pelo artigo 489 §1º<sup>60</sup>, de critérios clausulados para argumentação das decisões, que estarão excluídas do rol das motivadas, se não enfrentarem todas as questões postas, os precedentes invocados e a aplicabilidade, ao caso concreto, de súmulas e recursos repetitivos sobre a matéria.

O Estado de Direito pressupõe uma relação de equilíbrio de forças entre os órgãos de produção e de aplicação jurídica, não sendo desejável o protagonismo excessivo do segundo em relação ao primeiro, sob pena deste reagir, buscando limitar o âmbito de atuação visto como extremado:

[...]a prática constante de subversão, pelo órgão aplicador, da estruturação das fontes projetadas pelo órgão de produção, pode provocar uma reação deste último, que no mínimo poderá consistir em um rol mais restritivo e taxativo (mais difícil de elidir, em um regime de legalidade) dessa mesma ordem das fontes, ou levar a formas de responsabilização do órgão recalcitrante, etc. Restrições dessa ordem asseguram tanto um certo grau de continuidade como de mudança no ordenamento

---

<sup>60</sup>O §1º estabelece critérios de validade às decisões judiciais que se furtarem às suas previsões quanto à adequada fundamentação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 27 de março de 2015.

jurídico e equilibram o grau de liberdade que em abstrato tem o intérprete de identificar as fontes do direito<sup>61</sup>.

A alteração legislativa brasileira de 2015, embora nitidamente seja uma reação à liberdade excessiva do órgão de aplicação em face do órgão de produção jurídica, não conseguiu solucionar, entretanto, ao menos do ponto de vista da previsibilidade e da adequação, o sistema de controle a ser imposto a decisões que fujam, por completo, dessa técnica normativa de subordinação aos cânones constitucionais e à argumentação consistente.

Não se pode afirmar, categoricamente, que essas decisões, ditas *subversivas* e que se pretendeu extirpar da prática jurídica, pois produzidas em contrariedade ao sistema, serão, em regra, oriundas de degraus inferiores de jurisdição e, como pois, passíveis de reforma pela via recursal, resposta mais ortodoxa a esse tipo de problematização.

A questão passa ao largo da eventual impropriedade do positivismo, da ponderação, do (neo)constitucionalismo ou de qualquer corrente filosófico-doutrinária-argumentativa a que o intérprete pudesse ter apegado.

O que se tem, em verdade, são as consequências ditadas pelo intérprete que praticar um visível equívoco na manipulação de regras e de princípios, justamente por desconhecimento ou do manejo ou de sua utilização<sup>62</sup>, ou seja, uma evidente imprudência, negligência, imperícia ou dolo no

---

<sup>61</sup>(Tradução livre do autor) No original: é possibile che una prassi costante di sovversione, da parte degli organi dell'applicazione, dell'ordinamento delle fonti progettato dagli organi della produzione finisca per determinare una reazione da parte di questi ultimi, che quantomeno può consistere in una elencazione più tassativa e stringente (più difficile da eludere, in un regime di legalità) dell'ordine delle fonti, oppure portare a forme di responsabilità per l'organo dell'applicazione "recalcitrante" ecc. Vincoli di questo tipo assicurano un certo grado sia di continuità sia di cambiamento nell'organizzazione giuridica e bilanciano la libertà che in astratto ha l'interprete di individuare le fonti del diritto. PINO, Giorgio. **Interpretazione e "crisi" delle fonti**, p. 66.

<sup>62</sup>ATIENZA anota que "muchos errores de argumentación son en realidad errores de fundamentación". ATIENZA, Manuel. **La guerra de las falacias**, p. 237.

conhecimento da ferramenta e do seu manuseio<sup>63</sup>.

Enquanto agente(s) do Estado, além do controle recursal que o processo constitucional permite, deveria(m) se submeter o(s) prolator(es) ao controle a que todo e qualquer agente estatal se submete, respondendo civilmente e por ato de improbidade, quando se propõe(m) a legislar e a afrontar o ordenamento.

Tornar possível um pedido juridicamente impossível, pelo manejo irresponsável da ponderação, implica muito mais que uma divergência puramente acadêmica, pois não será a argumentação que irá legitimar a afronta ao ordenamento, já que ela própria terá que ser com ele compatível.

Há que se atentar, portanto, que o controle não se aparta de responsabilidade pessoal, o que parece justificar, a esta altura, o texto do artigo 8º do novo CPC, quando impõe ao destinatário deveres inerentes ao titular de cargo público, conforme princípios constitucionais aplicáveis à Administração.

Assim, além da responsabilidade funcional a ser imposta a esses casos de transgressão a preceitos administrativos, como a legalidade e a eficiência, o controle deveria incluir a responsabilidade pessoal do juiz. Essa tese, entretanto, não é assimilada pelo Supremo Tribunal Federal e decisões de grau inferior que a ela se seguem, que apenas admitem a responsabilidade estatal e não pessoal do agente perante o cidadão<sup>64</sup>.

Parece prudente, portanto, que os acalorados debates que têm colocado na

---

<sup>63</sup>STRECK, com a verve que lhe é peculiar, explora com grande espirtuosidade os equívocos dos próprios Manuais que entram para o rol da bibliografia autorizada de concursos públicos e que servem de formação aos futuros juizes. STRECK, Lenio Luiz. De como a dogmática traiu o Direito. **Compreender direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp.185-199

<sup>64</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 327904, Relator Ministro Carlos Britto, julgado em 15/08/2006. **Diário de Justiça da União** 08/09/2006 - ATA Nº 28/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1977953>>. Acesso em 06 de agosto de 2015.

berlinda os males e os benefícios da ponderação, passem a considerar outros fatores, como os episódios de desvio de poder, praticados a título de uma mal compreendida discricionariedade, e os equívocos na assimilação dos princípios e da sua importância dentro do sistema.

Tais atos podem, ou não, configurar infração ao princípio da legalidade, tal como prevê a Lei de Improbidade<sup>65</sup> em seu artigo 11<sup>66</sup>, com sua interpretação pretoriana que se amolda a episódios de indesejado ativismo:

o desvio de poder pode ser aferido pela ilegalidade explícita (frontal ofensa ao texto da lei) ou por censurável comportamento do agente, valendo-se de competência própria para atingir finalidade alheia àquela abonada pelo interesse público, em seu maior grau de compreensão e amplitude. Análise da motivação do ato administrativo, revelando um mau uso da competência e finalidade despojada de superior interesse público, defluindo o vício constitutivo, o ato aflige a moralidade administrativa, merecendo inafastável desfazimento<sup>67</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, em mais de uma ocasião, decidiu que o magistrado é passível de responsabilização pela via da ação de improbidade

---

<sup>65</sup>BRASIL. LEGISLAÇÃO. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União** de 3 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em 06 de agosto de 2015.

<sup>66</sup>Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

<sup>67</sup>BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 21.156-0-SP, reg. 2.0009144-0, j. 19.9.1994, rel. min. Milton Luiz Pereira. **Diário de Justiça da União** 10 de outubro de 1994, p. 27100. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=21156&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tru>>. Acesso em 06 de agosto de 2015.

administrativa, por não se enquadrar nos preceitos da Lei 1079/50<sup>68</sup>, que não admite interpretação ampliativa<sup>69</sup>. Entretanto, passou a manter o entendimento, na esteira de precedente do Supremo Tribunal Federal, de que essa não é tarefa para o juiz de primeira instância, mas afeta ao Tribunal com competência correccional.

Resta saber em que medida a independência do magistrado não será confundida com a ampla liberdade no manejo das fontes, de forma capaz de desvirtuar o sistema e ao mesmo tempo comprometê-lo em sua estrutura, criando sentenças que se mostrem *subversivas*.

Não haverá imunidade ao juiz, enquanto agente estatal, *quando e se*, resolver transformar a sua liberdade de decidir em puro arbítrio, o que não significa, insista-se, que não possa agir, dentro de critérios controláveis, inerentes ao agente, com certa margem de discricionariedade, sempre vinculada<sup>70</sup>.

Confia-se, nessa linha, que os prognósticos se realizem dentro das perspectivas de autolimitação dos juízes, tão bem anotadas por Canotilho quando diz que esse princípio "continuará a ter sentido útil se com ele se quer significar não a inadmissibilidade de juízos de valor na tarefa de interpretação concretização-constitucional (existentes em qualquer atividade interpretativa), mas a contenção da atividade dos tribunais dentro dos limites

---

<sup>68</sup>BRASIL. LEGISLAÇÃO. Lei n. 1079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. **Diário Oficial da União** de 12 de abril de 1950. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm)>. Acesso em 06 de agosto de 2015.

<sup>69</sup>BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.138.173 – RN. **Diário de Justiça Eletrônico** de 30/6/2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1138173&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1138173&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

<sup>70</sup>O escalonamento é para a dogmática jurídica condição de unidade, que, por sua vez, garante ao ato interpretativo o respeito aos valores de segurança e de certeza. Conforme tradição constitucionalista, sem essa unidade a constituição corre o risco de se tornar instrumento de arbítrio". FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. 7ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013, pp. 321-322

da função jurisdicional"<sup>71</sup>. Isso implica, desde logo, *reflexão* sobre a respectiva precompreensão e *disciplina* na invocação dos elementos de interpretações valorativos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A constitucionalização do processo e o acesso à jurisdição como direito cívico são os caminhos apontados como hábeis para a concepção de uma técnica judicial capaz de preservar o Estado Constitucional de Direito e prevenir a arbitrariedade.

Diante do Código de Processo Civil de 2015, nova legislação que parece impor os princípios constitucionais como motivação do "decisum" sob pena de nulidade absoluta, aos juízes competirá, em primeiro lugar, entender a estrutura principiológica como premissa habilitante ao trabalho que passarão a desenvolver.

A tomada de conscienciados limites da atividade jurisdicional e a compreensão da consistênciadas possibilidades jurídicas afastarão o arbítrio e permitirão que o Estado Constitucional de Direito não seja atingido em sua integridade.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ATIENZA, Manuel Rodrigues. **Curso de argumentación jurídica**. 1ª ed.,

---

<sup>71</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1309.

Madrid: Editorial Trotta S.A., 2013.

\_\_\_\_\_. **La guerra de las falacias**. Alicante: Librería Complas, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle de programação de televisão na Constituição de 88. **Revista dos Tribunais**. RTFasc.Cível. Ano 90. Volume 790, Ago2001, p. 127-152.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

BOUCAULT. Carlos Eduardo. **O perfil legislativo do direito de imprensa e sua inserção no Estado Democrático de Direito: conflitos hermenêuticos e práticas autoritárias do sistema brasileiro**. Arquivo Público do Estado e Universidade de São Paulo. Disponível em: <[http://www.usp.br/proin/download/artigo/artigo\\_perfil\\_legislativo.pdf](http://www.usp.br/proin/download/artigo/artigo_perfil_legislativo.pdf)> . Acesso em 22 de julho de 2015.

BRASIL. CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA. Código de Ética da Magistratura. Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337. Publicado no DJU, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008.

BRASIL. Legislação. Constituição de 1946. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada pela Assembléia Constituinte. Diário Oficial da União - Seção 1 - 19/9/1946, Página 13059 (Publicação Original). **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 25/9/1946, Página 13319 (Republicação). Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso

em 21 de julho de 2015.

BRASIL. LEGISLAÇÃO. Ato Institucional n. 5. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em 21 de julho de 2015.

BRASIL. LEGISLAÇÃO. Decreto-lei n. 7036, de 10 de novembro de 1944. (Revogado). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del7036.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7036.htm)>. Acesso em 21 de julho de 2015.

BRASIL. LEGISLAÇÃO. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União de 17.1.1973** e republicado em 27.7.2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm). Acesso em 02 de agosto de 2015.

BRASIL. Legislação. Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978. Altera dispositivos da Constituição Federal. DOU de 17 de outubro de 1978. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc11-78.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm)>. Acesso em 21 de julho de 2015

BRASIL. LEGISLAÇÃO. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. **Diário Oficial da União** de 12 de abril de 1950. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm)>. Acesso em 06 de agosto de 2015.

BRASIL. LEGISLAÇÃO. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União** de 03 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em 06 de agosto de 2015.

BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, de 17 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 27 de março de 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 21.156-0-SP, reg. 2.0009144-0, j. 19.9.1994, rel. min. Milton Luiz Pereira. Diário de Justiça da União 10 de outubro de 1994, p.27100. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=21156&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tru>>. Acesso em 06 de agosto de 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.138.173 - RN. DJ-e30/6/2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1138173&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1138173&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 597.285. Plenário, 09.05.2012. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. **DJ Nr. 53 do dia 18/03/2014.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=597285&classe=RE>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Segunda Turma, AI 360.461-AqR, Rel.

Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, DJE de 28-3-2008.  
Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>>.  
Acesso em 19 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SÚMULA 382**, de 3 de abril de 1964. "A  
vida em comum sob o mesmo teto, "more uxorio", não é indispensável à  
caracterização do concubinato". Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_40](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_40)>. Acesso em 21 de julho de 2015.

CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**.  
7ª ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y nivel de análisis.  
*In*: CARBONELL, Miguel (org). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial  
Trotta, 2010

DINAMARCO, CÂNDIDO Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10ª ed.  
São Paulo: Malheiros, 2001.

FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. Lava jato muda a Justiça e a advocacia.  
**Folha de São Paulo**. São Paulo, ano 95, n. 31.530, p. A3, 31 de julho de  
2015.

FERRAJOLI, Luigi. Dodici questioni intorno a Principia juris. *In*: ANASTASIA,  
Stefano (A cura di). **Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli**.  
1ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In  
Tradução de André Karam Trindade. *In*: \_\_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz;  
TRINDADE, André Karam (orgs.) **Garantismo, Hermenêutica e (neo)  
constitucionalismo**. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria  
do Advogado Editora, 2012.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. 7.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014 (série eDB).

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

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).

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, 4ª ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013, p. 65. Ebook. Disponível em: <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>>. Acesso em 26 de junho de 2015.

PINO, Giorgio. **Interpretazione e "crisi" delle fonti**. 1ª ed. Modena: Mucchi Editore, 2014.

PIRES. Teresinha Inês Teles. A definição de justiça sob a perspectiva da teoria da integridade de Ronald Dworkin. In LOPES, Carla Patricia Frade Nogueira. SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva (Coord). **As faces da justiça: análise de teorias contemporâneas de justiça**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechossociales y sus garantias**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007

QUERIDO, Fabio Mascaro. Até onde podemos? **CARTA MAIOR**. 05/2014.

Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/Ate-onde-Podemos-/6/32362>>. Acesso em 02 de agosto de 2015.

RODRIGUES, Sandra Marinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem**. Coimbra: Almedina, 2005.

Sanchis, Luis Prieto. **El constitucionalismo de los derechos**. In: CARBONELL, Miguel (org). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid. Editorial Trotta, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999

\_\_\_\_\_. **Teoria do conhecimento constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014

STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. In: ENGELMAN, Wilson. ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. n.10. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2013.

\_\_\_\_\_. De como a dogmática traiu o Direito. **Compreender direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 15, n. 59.

WOLKNER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino Americano**. Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.