

SUMÁRIO

A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DE UMA PROPOSTA DE (RE)DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE PRISÃO ARBITRÁRIA.....	4
Valdemiro Adauto De Souza	4
Murilo Justino Barcelos.....	4
A CRISE DA DEMOCRACIA: LIBERDADES, POLARIZAÇÃO E DIREITO	20
Nícolas Reis Moraes dos Santos	20
Vanessa de Ramos Keller	20
A PROTEÇÃO DA BUSCA DA FELICIDADE COMO O PRINCÍPIO DOS PRINCÍPIOS	38
Alexandre Waltrick Rates.....	38
Pedro José Alcantara Mendonça	38
A PROTEÇÃO SOCIAL DO BRASIL NO QUE TANGE A ASSISTÊNCIA SOCIAL PARA MIGRANTES.....	56
Carla Borges Moreira Lourenço.....	56
Elaine Cristine Linhares	56
A TEORIA DO RECONHECIMENTO DE HONNETH E A LUTA PELA INCLUSÃO SOCIAL	64
Alan Felipe Provin.....	64
O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: REGULAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A EFETIVA INCLUSÃO SOCIAL	76
Clovis Demarchi	76
Christiane Jorge Rosa dos Santos	76
A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E DIREITO NA ROMA ANTIGA: A PRODUÇÃO NORMATIVA E A ATIVIDADE JURISDICIONAL NA REPÚBLICA TARDIA E NO PRINCIPADO	90
João Henrique Pickcius Celant	90
Rafael Padilha dos Santos.....	90
LIBERDADE RELIGIOSA COMO ELEMENTO DE GARANTIA À PLENA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	103
Clovis Demarchi	103
Elson Roberto de Souza Júnior	103
AS FUNDAMENTAÇÕES TEÓRICAS PARA O AFASTAMENTO DA CENTRALIDADE DA PARTICIPAÇÃO NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS.....	113
Pedro Abib Hecktheuer.....	113
Denise Schmitt Siqueira Garcia	113
AS REDES SOCIAIS VIRTUAIS COMO MEIO DE LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO POLÍTICO E DEMOCRÁTICO	138
Ana Luiza Fritz	138
CONSEQUÊNCIAS DA CRISE DA DEMOCRACIA NA VENEZUELA – OS REFUGIADOS VENEZUELANOS E A TRANSNACIONALIDADE	154

Emy Karla Yamamoto Roque.....	154
Deisy Cristhian Lorena De Oliveira Ferraz	154
CONSTITUCIONALISMO DOS DIREITOS HUMANOS E JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: DA CONSAGRAÇÃO AO FRACASSO DA DIGNIDADE HUMANA PELO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO.....	175
Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva.....	175
Ana Carolina Fontes Figueiredo Mendes.....	175
LIMITES CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO POLÍTICO DO BEM ESTAR À REALIZAÇÃO DA IGUALDADE EM AMBIENTES URBANOS COMPLEXOS COMO OS BRASILEIROS	194
Frederico Antonio Lima de Oliveira	194
Jeferson Antonio Fernandes Bacelar.....	194
LINGUAGEM JURÍDICA E ACESSO À JUSTIÇA: A FACILITAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO – UMA TERCEIRA ONDA	209
Ana Lúcia Silva Mello Monteiro.....	209
Marta Regina Jahnel	209
O DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO E A EMERGENTE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.....	227
Patrícia Frizzo	227
Jardel Anibal Casanova Daneli.....	227
O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PARA GARANTIA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS E A POSSIBILIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	244
Patricia Grazziotin Noschang.....	244
Adriana Fasolo Pilati	244
O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: REGULAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A EFETIVA INCLUSÃO SOCIAL	254
Clovis Demarchi	254
O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA EUTANÁSIA NO BRASIL E NA ESPANHA	268
Rainer Jerônimo Roweder	268
OS DESAFIOS À DEMOCRACIA E AO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA DO SUL: O CASO DA VENEZUELA	285
William Paiva Marques Júnior.....	285
SOBRE A CONCEPÇÃO POLÍTICA DO DEFENSOR PACIS DE MARSÍLIO DE PÁDUA: ENTRE A UNIDADE ORGANICISTA DA COMUNIDADE E OS VALORES DEMOCRÁTICOS.....	303
Elisandra Riffel Cimadon.....	303
Felipe Schmidt.....	303
SUSTENTABILIDADE E SUA POSSÍVEL E NECESSÁRIA RELAÇÃO COM O DIREITO	323
Francine Cansi	323
Paulo Márcio Cruz.....	323

TRANSNACIONALIDADE, SUSTENTÁVEL.....	RECONHECIMENTO	E	SOCIEDADE	344
Tarcísio Meneghetti				344
Josemar Soares				344
EMPODERAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRENTE À GOVERNANÇA POR NÚMEROS				359
Guilherme Kirtschig				359
Ana Carolina Lopes Olsen				359
USO DE AGROTÓXICOS E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DEMOCRÁTICOS: PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, DIREITO À INFORMAÇÃO E CONTROLE SOCIAL				377
Cristiane Rosália Maestri Böell.....				377
Nelson Alex Lorenz				377
DA APLICAÇÃO PRÉVIA DE DIRETIVAS NÃO TRANSPOSTAS PELOS ESTADOS- MEMBROS EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE DO DIREITO SANCIONATÓRIO DA UNIÃO EUROPEIA				394
Christian Coelho Martins				394
Thiago Luiz Gesser Cesca				394

A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DE UMA PROPOSTA DE (RE)DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE PRISÃO ARBITRÁRIA

Valdemiro Adauto De Souza¹
Murilo Justino Barcelos²

Introdução

O presente Artigo tem como objeto um estudo sobre as prisões cautelares no Brasil sob o prisma do artigo nono da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que veda a prisão, detenção ou exílio arbitrário.

O seu objetivo é reafirmar os Direitos Humanos – inseridos na Declaração Universal há setenta anos – a partir de uma análise história do pensamento que normatizou as prisões cautelares no Brasil e da busca por uma (re)definição (crítica) do conceito de prisão arbitrária. Essa afirmação e essa busca partem de uma compreensão de Direitos Humanos como “processo de luta por dignidade humana”³.

Para tanto, o artigo está dividido em quatro itens. No primeiro tratando da Declaração Universal dos Direitos Humanos acentua-se a Dignidade da Pessoa Humana como seu valor central e a influência da consagração da Dignidade Humana também na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No segundo item aborda-se a necessidade da constante reafirmação dos Direitos Humanos, ressaltando não só a necessidade de novas declarações e interpretações, como a busca incessante pela sua efetivação.

No terceiro, destaca-se o artigo nono da Declaração (que veda as prisões arbitrárias) e as prisões cautelares no Brasil, com ênfase ao pensamento que orientou a sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro.

No quarto item propõe-se uma redefinição do conceito de prisão arbitrária para assentar a necessidade de impedir que a decretação das prisões cautelares no Brasil sujeite-se ao arbítrio das autoridades judiciárias, como condição à preservação da Dignidade da Pessoa Humana.

¹ SOUZA, Adauto Valdemiro. UNIVALI. Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ. UNIVALI. Itajaí. E-mail: valdemirosouza@yahoo.com.br

² BARCELOS, Murilo Justino. UNIVALI. Doutorando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ. UNIVALI. Itajaí. E-mail: murilobarcelos@univali.br

³ HERRERA FLORES, Joaquin. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 27.

O presente Artigo encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados do trabalho e estimulada a continuidade dos estudos e das reflexões sobre o tema.

Quanto à Metodologia empregada, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, o Relatório dos Resultados é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: A dignidade da pessoa Humana como fundamento

Há setenta anos, no dia 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovava a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴. Dos escombros da Segunda Guerra Mundial, que dizimou mais de 50 milhões de vidas humanas, ergueu-se como um documento intuitivo, visando garantir o respeito universal à Dignidade Humana⁵.

Parte do pressuposto que todo ser humano é dotado de um “valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável”⁶.

Nas palavras de Piovesan: “os direitos humanos decorrem da dignidade humana, enquanto valor intrínseco à condição humana. Defende-se, nesta perspectiva, o mínimo ético irreduzível – ainda que possa se discutir o alcance deste ‘mínimo ético’”⁷.

Numa leitura dos seus artigos, consta-se que a DHDU reconhece “la dignidade como base para la libertad, la justicia y la paz de todos los miembros de la familia

⁴ Doravante, por convenção, adotar-se-á a sigla DUDH para designar a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁵ Fábio Konder Comparato (*in A Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 223) assinala que a DUDH foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, porém, de forma apenas parcial, por omitir-se em relação aos abusos cometidos pela União Soviética e pelas potências ocidentais.

⁶ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, p. 128.

⁷ PIOVESAN, Flavia (Coord.). **Direitos Humanos**, v. I. Curitiba: Juruá, 2006. p. 22.

humana⁸". E a dignidade, na concepção de Herrera Flores⁹, é um "fim material"; ou "um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja 'digna' de ser vivida".

A partir da DUDH, portanto, tem-se como obrigatório o respeito a um mínimo inatingível, inerente a todos os seres humanos, isto é, o respeito à Dignidade Humana como condição à edificação de uma Sociedade justa e pacífica.

Voltando-se a atenção ao Brasil, observa-se que após a DUDH o País enfrentou momentos críticos, especialmente, a quebra da ordem constitucional, inaugurada pela Constituição de 1946, através do Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964, que solapou garantias fundamentais, suspendeu prerrogativas do Poder Judiciário e autorizou o comando da autodenominada revolução vitoriosa a cassar mandatos eletivos e suspender direitos políticos. A esse Ato sucederam-se outros, além da Constituição outorgada de 1967 com sua Emenda da 1969.

Debruçando-se sobre todas as Constituições que vigoram no País desde a Independência, verifica-se que em momento algum foi a Dignidade da Pessoa Humana erigida à condição de princípio constitucional, a despeito de já a Constituição Política do Império (1824) condicionar a privação acautelatória da liberdade à formação da culpa (art. 179, VIII).

É evidente que o exame (crítico) deve ter como foco as Constituições (ou demais textos normativos) posteriores à DUDH, posto que já a tinham como manancial de axiomas e como paradigma. A ordem constitucional entre 1964 e a Constituição de 1988 representa, pois, um hiato entre as duas constituições promulgadas democraticamente (1946 e 1988) e um retrocesso em relação à busca por uma ordem mundial mais humana almejada pela DUDH.

Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988 o Estado Brasileiro ganhou um adjetivo – Democrático – traduzido, dentre outras coisas, pela previsão em seu artigo 1º da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Essa consagração da Dignidade da Pessoa Humana, como visto, é simétrica à DUDH e traz consigo outras garantias previstas no art. 5º (insuscetíveis de revogação – cláusulas pétreas – de acordo com o art. 60 da própria Constituição).

⁸ LOPES, Ana Maria D'Ávila. La Declaracion Universal de Los Derechos Humanos: el inicio de la reconstruccion de la teoria de la ciudadanía. *In*: FOLMANN, Melissa. Direitos Humanos: os 60 anos da Declaração Universal da ONU. Curitiba: Juruá, 2009. p. 12.

⁹ HERRERA FLORES, Joaquin. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. p. 37.

Apontam a irradiação dos valores da DUDH sobre nossa Lei Maior - juiz natural (LIII); devido processo legal (LIV); presunção de inocência (LVII), são alguns exemplos.

O respeito à Dignidade Humana, com efeito, impõe como consequência a “não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou imposição de condições sub-humanas de vida¹⁰”.

Deste modo, ao alçar a Dignidade da Pessoa Humana à condição de princípio fundamental, a Constituição de 1988 de certa maneira modulou toda a atividade estatal (legislativa, judiciária, policial, etc.), limitando-a ao respeito de um “mínimo invulnerável” inerente a cada ser humano, no sentido de impedir a imposição de condições sub-humanas a qualquer cidadão, indistintamente.

2. A Necessidade da permanente reafirmação dos direitos humanos

Em que pese a DUDH tenha sido traduzida para mais de 500 línguas, tornando-se norma comum a todos os povos e inspirando Constituições e Democracias¹¹, a luta pela concretização dos Direitos Humanos é “un proceso no concluído, un asunto abierto al futuro¹²”. Comparato¹³ adverte que “a dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito”.

Aliás, malgrado tenha-se uma Declaração Universal de Direitos Humanos, a conquista plena desses direitos (a sua concretização) depende de um processo contínuo de atos coordenados para declará-los, universalizá-los e efetivá-los¹⁴.

E o primeiro aspecto a ser observado é que “o processo de declaração dos direitos não se esgotou no passado, (...) uma vez que se trata de um processo constante, tendo como um de seus objetivos anunciar os novos direitos descobertos, bem como dar novos significados e novas interpretações aos direitos já existentes¹⁵”.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 108.

¹¹ As Nações Unidas mantêm na rede mundial de computadores uma página específica sobre a DUDH, com uma explanação resumidas do seu surgimento e propósitos, disponibilizando o texto completo. O endereço eletrônico é: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>

¹² GROS ESPIELL, Héctor. **Derechos Humanos**. Lima: Cuzco, 1991. p.10.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 226.

¹⁴ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de; CAMPOS, Wânia Alice Ferreira. Declarar, Universalizar e Efetivar: os desafios dos direitos humanos para o terceiro milênio. In: FOLMANN, Melissa. Direitos Humanos: os 60 anos da Declaração Universal da ONU. Curitiba: Juruá, 2009. p. 204.

¹⁵ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de; CAMPOS, Wânia Alice Ferreira. Declarar, Universalizar e Efetivar: os desafios dos direitos humanos para o terceiro milênio. In: FOLMANN, Melissa. Direitos Humanos: os 60 anos da Declaração Universal da ONU. p. 207.

Nessa mesma linha, Herrera Flores¹⁶ observa que os direitos humanos são os resultados sempre provisórios das lutas sociais por dignidade. E por isso, necessária a sua permanente reafirmação e edificação.

O autor ressalta que “falar de direitos humanos é falar da ‘abertura de processos de luta pela dignidade humana’¹⁷”. E por fim, que “os direitos humanos devem transformar-se na ‘forma’ sobre a qual se construirá um novo conceito de justiça e de equidade, que leve em consideração a realidade da exclusão de quase 80% da humanidade dos “benefícios” dessa nova ordem global¹⁸”.

A reafirmação dos Direitos Humanos aqui proposta, portanto, alicerça-se em três premissas: a) a possibilidade/necessidade de declaração de novos direitos descobertos; b) a necessidade de novas interpretações dos direitos já existentes; c) a luta pela efetivação dos Direitos Humanos.

2.1 O artigo nono da DUDUH: A proibição das prisões arbitrárias

A partir, pois, do prisma da Dignidade (indissociável) da Pessoa Humana, dentre suas normas, veda a DUDH as prisões arbitrárias. O seu artigo nono é categórico: “Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”. Dirige-se, pois, à relação entre Estado-Cidadão, na privação da Liberdade, e à relação entre Estados, quando se insurge contra os exílios (ou mesmo extradições) ilegais¹⁹.

Por arbitrário compreende-se o ato “que se origina do arbítrio, da vontade, do capricho individual, mas com violação das normas legais²⁰”. Portanto, sob o enfoque do artigo nono da DUDH, ninguém poderá ser preso, detido ou exilado por vontade ou capricho individual, sem obediência estrita às regras legais.

Nesse aspecto, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro prescreve que ninguém poderá ser preso, exceto quando se encontra em flagrante delito, ou “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”

¹⁶ HERRERA FLORES, Joaquin. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 37.

¹⁷ HERRERA FLORES, Joaquin. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. p. 27.

¹⁸ HERRERA FLORES, Joaquin. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. p. 74.

¹⁹ Sobre este último aspecto, durante a Segunda Guerra Mundial o Estado Brasileiro extraditou a alemã-judia Olga Benário Prestes, esposa do brasileiro Luiz Carlos Prestes, à Alemanha. Grávida quando extraditada, Olga deu a luz à sua filha Anita Benário Prestes na cadeia do nazismo e lá perdeu a vida numa câmara de gás.

²⁰ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Dicionário Técnico Jurídico**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 102.

(Código de Processo Penal – art. 283). São, portanto, quatro espécies de prisões previstas/admitidas na legislação brasileira: a) prisão em flagrante²¹; b) prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado; c) prisão preventiva; e, d) prisão temporária. Fora disso aflora-se o arbítrio.

Assim sendo, não se consegue compreender como lícito o cumprimento (antecipado) da pena após sentença penal condenatória de segunda instância, admitido pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do habeas corpus 126.292, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016²². Contra a expressa redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, a prisão antecipada não somente viola a presunção de inocência²³ como o artigo nono da DUDH e o art. 283 do CPP. E assim, exatamente por contrariar a lei revela-se a sua arbitrariedade.

3. As prisões cautelares no Brasil: a ultra-atividade do pensamento autoritário no estado democrático de direito

As prisões cautelares são aquelas de natureza processual, visando resguardar a eficácia da investigação ou do processo e garantir a sua instrumentalidade ou evitar que solto o investigado/réu continue a praticar delitos²⁴. Capez²⁵ observa que sem preencher os requisitos gerais de cautela, sem caráter instrumental e sem necessidade para o processo, as prisões cautelares não seriam “nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado”, o que violaria a presunção de inocência.

Para compreendê-las não basta uma rasa análise da legislação que as disciplinam, sendo imprescindível perquirir-se os elementos sócio-políticos que fizeram emergir ao Ordenamento Jurídico brasileiro esses textos normativos (ainda) em vigor.

²¹ É também a própria Lei que define quais as situações que caracterizam o flagrante delito, previstas, taxativamente, no artigo 302 do Código de Processo Penal.

²² Noutra oportunidade, porém, por ocasião do julgamento HC 84.078 ocorrido em 05/02/2009, o STF havia decidido que antecipação da execução penal viola a Constituição e somente encontra justificativa na conveniência dos magistrados, assentando que “a comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço”.

²³ Tal princípio é garantia fundamental pétrea, prevista no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 264.

Nesse aspecto, por exemplo, na exposição de motivos do Projeto que subscrito pelo Presidente da República Getúlio Vargas converteu-se no Decreto-Lei n. 3.689/41 – Código de Processo Penal – assinalou o então Ministro da Justiça Francisco Campos que a prisão preventiva deixava de ser uma faculdade, “para ser um dever imposto ao juiz”. E destacou que o instituto adquiria “a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal²⁶”.

O pensamento que norteou a edição do vigente Código de Processo Penal, no que toca à prisão preventiva, é ainda ilustrado pelas seguintes observações:

A prisão preventiva, por sua vez, desprende-se dos limites estreitos até agora traçados à sua admissibilidade. Pressuposta a existência de suficientes indícios para imputação da autoria do crime, a prisão preventiva poderá ser decretada toda vez que o reclame o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal. Tratandose de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado. A duração da prisão provisória continua a ser condicionada, até o encerramento da instrução criminal, à efetividade dos atos processuais dentro dos respectivos prazos; mas estes são razoavelmente dilatados²⁷.

Francisco Campos, a propósito, responsável pela redação do Código de Processo Penal em vigor, e que já havia redigido a Constituição de 1937 – texto que implantou o Estado Novo (Ditadura Vargas) - viria a ser também o coautor do Ato Institucional n. 1, de 09 de abril de 1964. A autoria de Francisco Campos é apontada por Bonavides e Paes de Andrade²⁸. Observam os autores que “a Constituição de 37 foi o germe (o Estado Novo foi a sua realização) de Constituições autoritárias e a justificação teórica das ditaduras posteriores²⁹”. Apontam também que aquela Constituição era “o reflexo de uma corrente autoritária de pensamento que subjogou nossas melhores esperanças democráticas³⁰”. E desses mesmos pensamentos, com efeito, adveio o Código de Processo Penal (DL 3.689/41) e por consequência a disciplina das prisões preventivas, com algumas alterações, vigente até hoje.

Nessa linha, a redação originária do art. 312 do Código de Processo Penal determinava a prisão preventiva nos crimes cuja pena máxima cominada era a reclusão igual ou superior a dez anos. Somente com a edição da Lei Federal 5.349/67 – originada do Projeto de Lei (PLC) n. 3.908/66, de autoria do Deputado Federal Aniz

²⁶ BRASIL. Código de Processo Penal e Constituição Federal. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁷ BRASIL. Código de Processo Penal e Constituição Federal. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁸ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília. OAB Editora, 2004. p. 339 e 433.

²⁹ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. p. 339.

³⁰ BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. p. 339.

Badra – é que a obrigatoriedade da prisão preventiva foi abolida. Na justificativa do projeto de lei, assinalou-se o objetivo de democratizar a legislação processual penal e “varrer da nossa legislação medidas que trasladamos do processo penal italiano da era Mussolini”, adotadas por ocasião do Estado Novo. Importante destacar que o projeto de lei de extinção da prisão preventiva obrigatória havia sido apresentado em 1961 e na época arquivado sob a alegação de que “a restrição da liberdade do cidadão é muitas vezes necessária quando dela resulta benefícios à sociedade³¹”.

Minagé³² observa que:

A base axiológica regente na elaboração do CPP de 1941, inevitavelmente pautada em um sistema inquisitório criou todos os institutos de forma despota, com os olhos fincados, apenas para os atos do criminoso, tendo como exemplo, o tratamento dado ao tema inerente à prisão preventiva, considerando-a como verdadeiro instrumento persecutório e, por consequência lógica, ao revés de dispensar tratamento de caráter excepcional para a prisão cautelar, considerando-a como efetiva exceção à regra que é a liberdade.

O resgate histórico, portanto, faz emergir o caráter autoritário do pensamento que fomentou a disciplina da prisão preventiva no Brasil e lutou contra a sua adequação ao princípio de que ninguém poderia ser preso sem culpa formada, assegurado no Brasil desde a Constituição do Império, de 1824 (art. 179, VIII).

Disciplinada, pois, nos arts. 311 e seguintes do Código de Processo Penal³³, a prisão preventiva tem como condicionantes à sua decretação o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* e como requisitos específicos a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal,

³¹CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 3.908/66**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=01B4FB9AAC92175D7A8F824C4B724FC2.proposicoesWebExterno2?codteor=1195549&filename=Dossie+-PL+3908/1966. Acesso em 01 de dezembro de 2018.

³² MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 103.

³³ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. BRASIL. **Código de Processo Penal e Constituição Federal**. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). BRASIL. **Código de Processo Penal e Constituição Federal**. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

assegurar a aplicação da lei penal e acaso sejam descumpridas medidas cautelares anteriormente impostas³⁴.

Já a outra espécie de prisão cautelar – a prisão temporária - foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei Federal 7.960/89. “É modalidade de prisão para investigação em que investigados, mesmo que ausentes motivos para a prisão preventiva (CPP, art. 312), são submetidos à contenção da liberdade, com o objetivo de constranger e obter vantagens na investigação/acusação³⁵”.

Os requisitos previstos na Lei³⁶ são:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

[...]

Em que pese tenha surgido já sob a égide da Constituição de 1988, nasceu para atender à “imensa pressão da polícia judiciária brasileira, que teria ficado ‘enfraquecida’ no novo contexto constitucional diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para averiguações³⁷”, tendo sido utilizado como “forte instrumento de pressão psicológica, moral e midiática³⁸”.

4. Por uma (re)definição do conceito de prisão arbitrária

Conforme visto, as prisões cautelares (preventiva e temporária), a primeira disciplinada pelo Código de Processo Penal ainda em 1941, pautada em um pensamento inquisitório, é considerada “como verdadeiro instrumento persecutório e, por consequência lógica, ao revés de dispensar tratamento de caráter excepcional para a prisão cautelar, considerando-a como efetiva exceção à regra que é a liberdade³⁹”.

³⁴ MINAGÉ, Thiago. Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição. p. 105.

³⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 603.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm. Acesso em 13 de janeiro de 2019.

³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 884.

³⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 603.

³⁹ MINAGÉ, Thiago. Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 103.

Apesar de algumas mudanças no curso do tempo, tal como a extinção da prisão preventiva obrigatória através da Lei Federal n. 5.349/67, as hipóteses de cabimento, por sua imprecisão e generalidade semânticas, ainda condicionam a restrição da liberdade, muitas das vezes, aos caprichos ou valoração pessoal do julgador. Nesse sentido, basta ver os exemplos de prisões preventivas decretadas em face do clamor público ou para manter a credibilidade da Justiça⁴⁰.

A segunda espécie de prisão cautelar (temporária), a despeito de surgida já sob a égide da Constituição de 1988, e conseqüentemente depois da DUDH, ⁴¹nasceu para atender à "imensa pressão da polícia judiciária brasileira, que teria ficado 'enfraquecida' no novo contexto constitucional diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para averiguações⁴²", tendo sido utilizado como "forte instrumento de pressão psicológica, moral e midiática⁴³".

Voltando-se à interpretação do artigo nono da DUDH, tem-se como vedada a prisão, a detenção ou o exílio por vontade ou capricho individual de autoridade com violação das normas legais. Ou seja, a privação da liberdade deve (ou deveria) obedecer aos rigores da lei. O problema, surge, porém, quando a própria lei padece pela falta de rigor, de critérios lógicos e objetivos, como é o caso da legislação brasileira, que, pautada num pensamento inquisitório e autoritário, estabelece hipóteses ou requisitos genéricos/subjetivos para a decretação das prisões preventivas e temporárias.

O artigo nono da DUDH deveria servir, pois, à reflexão sobre a impropriedade da generalidade e abstração dos dispositivos que disciplinam a prisão preventiva e a prisão temporária no Brasil. Mais do que alusão à conveniência da ordem pública ou econômica e da instrução criminal, deveria a lei estabelecer critérios objetivos que impedissem que as prisões pudessem ser decretadas a partir da valoração subjetiva das autoridades ou como instrumento de pressão na busca por confissões ou

⁴⁰ O Tribunal de Justiça do Paraná decidiu que: "O clamor público, aliado à gravidade do crime que causou indignação e repulsa no meio social, pode servir como fundamento para a decretação da prisão preventiva" (HC 1050355). Lênio Luiz Streck tece crítica contra este argumento, especialmente à sua falta de parâmetro, ou seja, a ausência de instrumento capaz de dimensionar o clamor e suas origens, ressaltando que mais importante do que o clamor público é o clamor da Constituição (STRECK, Lênio Luiz. **Clamor das Ruas ou da Constituição? Os casos Dirceu, Palocci e Bruno**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-08/streck-clamor-ruas-ou-constituicao-casos-dirceu-palocci-bruno>).

⁴¹ A prisão temporária é disciplinada pela Lei Federal n. 7.960/89.

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 884.

⁴³ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 603.

delações. Arbitrárias, pois, seriam todas as prisões fundamentadas em questões impassíveis de aferição, tais como clamor público, credibilidade da Justiça, dentre outras.

Além disso, a análise da arbitrariedade das prisões deve estender-se não só ao momento da decretação, mas durante todo o curso do seu cumprimento. A esse respeito, importante destacar do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078 pelo Supremo Tribunal Federal, a afirmação de que “nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade para se tornarem objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade⁴⁴”.

Por essa via, entretanto, observa-se que malgrado a necessidade de observância do mínimo invulnerável e da proibição de imposição de condição sub-humana, o sistema penitenciário nacional apresenta um “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”, sendo, por isso, “caraterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’⁴⁵”.

Na decisão liminar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, ressaltou o STF que a maioria da população carcerária do País está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

E a despeito dessa constatação, expõe-se não somente condenados, mas também presos preventivos ou temporariamente a essas situações sub-humanas que geram pressão psicológica e moral, ou mesmo violência psicológica, “capaz de trazer

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 84.078**, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 29 de outubro de 2018.

⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 347**, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 24 de outubro de 2018.

consequências psicológicas para suas vítimas, e uma das consequências comuns é o desenvolvimento do quadro chamado de Transtorno de Estresse Pós-Traumático⁴⁶”.

A reafirmação dos Direitos Humanos neste septuagésimo ano de vigência da DUDH, e particularmente, a reafirmação da proibição das prisões, arbitrárias é desafiada pela busca por uma (atual) compreensão ou alcance semântico (histórico-evolutivo⁴⁷) do vocábulo arbitrário.

Nesse sentido, há uma necessidade de reflexão (ou revisão) sobre a legislação que regulamenta a privação da liberdade no Brasil, notadamente, pela fixação de critérios lógicos e objetivos. Hipóteses genéricas sujeitam a Sociedade aos caprichos dos magistrados, e, por isso, ao arbítrio por sua própria natureza.

É preciso, também, compreender-se como arbitrárias as prisões que em seu cumprimento desobrigam-se do respeito à Dignidade dos encarcerados, sujeitando-os a um sistema prisional desumano, como se destituídos fossem da condição de sujeitos de direitos.

Uma análise da jurisprudência, porém, conduz à infeliz e surpreendente constatação de que não há um só acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal que tenha transcrito de forma literal o artigo nono da DUDH. Apresenta-se, pois, a concretização dos valores estampados na DUDH, num desafio a ser aguerridamente buscado dia a dia. Incessantemente!

Considerações Finais

O presente Artigo dedicou-se a uma reflexão sobre as prisões cautelares no Brasil, buscando, a partir disso, reafirmar os Direitos Humanos, notadamente, aquele previsto no artigo nono da DUDH – a proibição da segregação arbitrária da liberdade.

Como fora visto, os Direitos Humanos precisam ser permanentemente declarados/reafirmados como condição à sua universalização e efetivação. Como fundamento da DUDH e da Constituição Brasileira em vigor, está a Dignidade da Pessoa Humana que exige o respeito a um mínimo inatingível inerente a todos os

⁴⁶ VIEIRA NETO Othon e VIEIRA, Claudia Maria Sodré (org.). **Transtorno do Estresse Pós-Traumático: uma neurose de guerra em tempos de paz**. São Paulo: Vetor Editora, 2004, p. 9.

⁴⁷ Histórico-Evolutivo   método hermenêutico que faz com que o sentido da norma se altere com as necessidades sociais do momento.

seres humanos. E mais que isso: pressupõe o acesso de todos aos bens materiais e imateriais indispensáveis para uma vida digna.

Nesse diapasão, afigura-se inaceitável que a privação da liberdade possa sujeitar-se ao arbítrio ou caprichos dos magistrados. A generalidade das hipóteses de prisão cautelar e temporária – uma ultra-atividade do pensamento autoritário que inseriu os institutos no ordenamento pátrio – precisa ser repensada/revista por não se compatibilizar com o Estado Democrático de Direito.

Para tanto, é imprescindível o permanente estudo e o seu aprofundamento, como instrumento de política legislativa para subsidiar a modernização da legislação, e como fonte do direito enquanto doutrina para influenciar as decisões judiciais.

Referência das fontes citadas

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília. OAB Editora, 2004.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Penal e Constituição Federal**. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de novembro de 2018.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 02 de dezembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm. Acesso em 13 de janeiro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Hábeas Corpus nº 181.636-1**. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236 – 240, mar. 1998.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 1997.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 3.908/66**. Disponível em:
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=01B4FB9AAC92175D7A8F824C4B724FC2.proposicoesWebExterno2?codteor=1195549&file name=Dossie+-PL+3908/1966. Acesso em 01 de dezembro de 2018.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de; CAMPOS, Wânia Alice Ferreira. **Declarar, Universalizar e Efetivar: os desafios dos direitos humanos para o terceiro milênio**. In: FOLMANN, Melissa (Coord.). Direitos Humanos: os 60 anos da Declaração Universal da ONU. Curitiba: Juruá, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASARA, Rubens. **Interpretação Retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CASARA, Rubens. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisões Cautelares: dramas, princípios e alternativas**. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Campinas: Bookseller, 2000.

GRAU, Eros. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROS ESPIELL, Héctor. **Derechos Humanos**. Lima: Cuzco, 1991.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Dicionário Técnico Jurídico**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

HERRERA FLORES, Joaquin. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

KELSEN, H. **A Ilusão da Justiça**. 2. ed. Tradução de Sérgio Tellaroli, São Paulo: Martins fontes, 1998.

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

LOPES, Ana Maria D'Ávila. La Declaracion Universal de Los Derechos Humanos: el inicio de la reconstruccion de la teoria de la ciudadania. In: FOLMANN, Melissa.

Direitos Humanos: os 60 anos da Declaração Universal da ONU. Curitiba: Juruá, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do direito**. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Fernando. **Olga**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PIOVESAN, Flavia (Coord.). **Direitos Humanos**, v. I. Curitiba: Juruá, 2006. p. 22

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Clamor das Ruas ou da Constituição? Os casos Dirceu, Palocci e Bruno**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-08/streck-clamor-ruas-ou-constituicao-casos-dirceu-palocci-bruno>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

STRECK, Lenio. **Compreender Direito. Como o Senso Comum pode nos enganar**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio. **Compreender Direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 24 de outubro de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 84.078, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 29 de outubro de 2018.

VIEIRA NETO, Othon e VIEIRA, Claudia Maria Sodré (org.). **Transtorno do Estresse Pós-Traumático: uma neurose de guerra em tempos de paz**. São Paulo: Vetor Editora, 2004.

A CRISE DA DEMOCRACIA: LIBERDADES, POLARIZAÇÃO E DIREITO

Níkolos Reis Moraes dos Santos¹
Vanessa de Ramos Keller²

Introdução

O que se discute neste artigo é a relação entre os direitos constitucionais de manifestação do pensamento e de expressão, previstos nos incisos IV e IX do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, respectivamente, e suas interfaces com a injúria, a calúnia e a difamação, como tipos penais previstos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal brasileiro, bem como com a reparação de danos pelo ato ilícito a partir do mandamento do artigo 927 e em atenção aos artigos 186 e 187, todos do Código Civil brasileiro.

O recorte temporal é a análise contemporânea do tema, no sentido de se explorar primordialmente a literatura mais recente especialmente fundada em pesquisas que retratam o contexto dos governos a partir da virada do século. Como pressuposto principal, assim, adota-se a ideia de uma crise da democracia liberal, que atinge o centro e a periferia do capitalismo mundial, inclusive o Brasil (uma democracia liberal), e que alcança o seu ápice (até o momento) neste período da história.

O tema é referente geral³, portanto, é a democracia em tempos de polarização política e exercício de liberdades individuais, e o problema que se apresentou é se as liberdades de pensamento e de expressão, ainda que inseridas num conjunto de outros valores jurídicos-constitucionais, estimulam ou não a polarização política e o aprofundamento da crise da democracia, sendo que a hipótese confirmada adverte que sim, e que o remédio está no próprio estado democrático de direito e no fortalecimento das instituições democráticas e republicanas.

O objetivo geral do estudo, então, foi o de identificar na literatura política e jurídica-constitucional a relação entre a polarização política, as liberdades de expressão e pensamento e o direito. Os objetivos específicos, investigar e analisar como as liberdades de expressão e pensamento se apresentam nos dias de hoje,

¹ O autor é Doutorando em Ciências Jurídicas pelo PPCJ UNIVALI. Itajaí, SC, Brasil: nikolasreis@hotmail.com.

² A autora é Mestranda em Ciências Jurídicas pelo PPCJ UNIVALI. Joinville, SC, Brasil: vanessaramos.85@gmail.com.

³ Metodologia por PASSOLD, César Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13ª edição. Florianópolis: Conceito editorial, 2015.

como também investigar e analisar para onde a jurisprudência têm apontado em casos de abuso dos limites de tais liberdades, e, por fim, investigar e propor soluções de aprimoramento da democracia pela via democrática. O método utilizado foi o indutivo, a natureza da pesquisa é básica, a abordagem do problema qualitativa, os objetivos descritivos e prescritivos, e o procedimento técnico bibliográfico e de análise de dados. As categorias fundamentais do trabalho, cujos conceitos operacionais adotados seguem abaixo em nota de rodapé e doravante terão as iniciais em letras maiúsculas, são: a Democracia⁴, a Democracia Liberal⁵; a *Accountability* Democrática⁶, a Liberdade de Pensamento e de Expressão⁷, a Polarização Política⁸ e a Tolerância⁹.

Os objetos de estudo são a Democracia e a Polarização Política, e a revisão bibliográfica se deu a partir de autores e autoras dedicados e dedicadas ao estudo dos desenhos institucionais dos Estados contemporâneos, sobretudo ocidentais e/ou

⁴ "Democracia significa que deveria haver eleições periódicas (ou regulares) e legítimas e que o poder pode e deve trocar de mãos pelo voto popular e não pela coerção e força". Em SISK, Timothy e outros. **Democracia em nível local**: manual de participação, representação, gestão de conflito e governança do Internacional IDEA. Tradução de Patrícia Helena Rubens Pallu. 1ª ed. Curitiba: Instituto Atuação, 2015.

⁵ "A Democracia Liberal é simplesmente um sistema político ao mesmo tempo liberal e democrático – um sistema que tanto protege os direitos individuais como traduz a opinião popular em políticas públicas". Em MOUNK, Yacha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

⁶ "*Accountability* democrática é o que garante que o governo aja de acordo com os interesses de toda a comunidade". Em FUKUYAMA, Francis. **Why Democracy is Performing So Poorly**. *Journal of Democracy*, Volume 26, nº 1. National Endowment for Democracy and the Johns Hopkins University Press, Janeiro de 2015.

⁷ Liberdade de Pensamento e de Expressão "compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha". CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: pacto de San José da Costa Rica. Artigo 13. San José, Costa Rica, 1969.

⁸ Polarização Política pode ser entendida como a presença simultânea de princípios, tendências ou pontos de vista opostos ou conflitantes. A polarização é tanto um estado quanto um processo. Polarização como um estado refere-se à extensão com que opiniões sobre uma questão são opostas em relação a alguns máximos teóricos. Polarização como um processo refere-se ao aumento de tal oposição ao longo do tempo. Conceito Operacional Composto, conforme PASSOLD, César Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 40, a partir das ideias de FIORINA, Morris. ABRAMS, Samuel. **Political Polarization in the American Public**. *The Annual Review of Political Science*. 2008. 11:563–588. Disponível em: https://web.archive.org/web/20120617030251/http://www.sociology.uiowa.edu/nswworkshop/JournalArticleResources/Fiorina_Abrams_Political_Polarization_2008.pdf. Acesso em 18/07/2019, e, DIMAGGIO, Paul. EVANS, John. BRYSON, Bethany. **Have American's Social Attitudes Become More Polarized?** *American Journal of Sociology*, Vol. 102, Issue 3 (Nov. 1996). P. 690–755. Disponível em: <http://educ.jmu.edu/~brysonbp/pubs/PBJ.pdf>. Acesso em 18/07/2019.

⁹ Tolerância é a virtude, por excelência, do estado democrático contemporâneo. BARRETO, Vicente de Paulo et. al. **Dicionário de Filosofia Política**. Coordenador Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Unisinos, 2010, p. 511.

com influência ocidental, bem como das dinâmicas políticas próprias de cada um e da identificação de pontos comuns entre todos.

Este artigo, assim, se divide, além desta introdução e das considerações finais, em quatro tópicos, quais sejam, 1. A crise da democracia; 2. A crise da democracia no Brasil; 3. Dos riscos da polarização e da intolerância política para a democracia; e, 4. Da importância da livre manifestação do pensamento e da liberdade de expressão para a formação da opinião pública e suas limitações legais.

1. A crise da democracia

Manuel Castells¹⁰ aponta um dado que se traduz alarmante para os entusiastas da Democracia, o de que “mais de dois terços dos habitantes do planeta acham que os políticos não os representam [...]”. Tal descrença, ainda para o autor, se estende aos partidos políticos, aos parlamentos e aos governos, que para contingente tão significativo de pessoas “são corruptos, injustos, burocráticos e opressivos”. Em particular na Espanha, segue ele, os casos de corrupção minaram “radicalmente a confiança nos políticos e nos partidos”, ao que destaca, no entanto, que se trata de um problema global, onde inclui toda a União Europeia e mesmo os Estados Unidos.

Francis Fukuyama¹¹, em seu diagnóstico sobre a crise, também posiciona a corrupção como corrosiva aos fundamentos da Democracia, mas acrescenta que a capacidade ou incapacidade de Estado é “um elemento muito mais útil para descrever o que está no cerne do Estado moderno”. Para este autor, em síntese, a qualidade e a impessoalidade do serviço público prestado têm relação direta com os níveis de confiança nos governos e, conseqüentemente, na própria defesa da conservação dos processos democráticos por parte da população. Quando analisa a tomada externa ou interna de poder autoritário, por exemplo, defende que a substituição de um pelo outro não necessariamente implica na melhoria do governo. Em suas palavras, uma vez que um governo democrático esteja no exercício do poder, precisa se impor como tal, ou seja, “precisa exercer sua autoridade legítima e oferecer serviços essenciais à população”.

¹⁰ CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 14/23-24.

¹¹ FUKUYAMA, Francis. **Why Democracy is Performing So Poorly**. *Journal of Democracy*, Volume 26, nº 1. National Endowment for Democracy and the Johns Hopkins University Press, Janeiro de 2015, p. 8.

Mas não são apenas corrupção e má prestação de serviços públicos as causas apresentadas pela literatura especializada ao mal desempenho das democracias liberais. Yacha Mounk¹², por exemplo, destaca a ascensão do populismo como um mal contemporâneo que se apresenta como um dos responsáveis pela crise. Não resta mais a menor dúvida, diz ele, “de que estamos em um momento populista”. A desconexão entre governante e governado, de outro Norte, também é parte de sua observação sobre as origens da crise e o aproxima dos autores anteriormente citados. Para o autor, o sistema político fundado na Democracia Liberal “promete deixar o povo mandar”, mas, de outro lado, “é desanimadora a frequência com que ele ignora a vontade popular”.

Yhuval Noah Harari¹³, para quem a Democracia Liberal é um paradigma que deve ser cultivado, assinala, de outro lado, que “a crise da democracia liberal se desenrola não somente em parlamentos e seções eleitorais, mas também nos neurônios e sinapses”, em alusão ao fato de que a própria interpretação existencial humana está em xeque, mutação e carente de um horizonte seguro.

Todavia, a par das múltiplas e complexas causas da crise, e do destaque de algumas dessas que se julgou importantes, tem-se para finalizar este primeiro subtítulo, porque imprescindível para os resultados que se propõe, a ideia unânime entre os pensadores políticos revisados da própria existência da crise, sua dimensão internacional, contemporaneidade, e, por fim, natureza democrática da sua ruína, no sentido de que os líderes populistas responsáveis pelo desmonte das instituições são em regra eleitos e legitimados para tal. É o que afirmam Steven Levitsky e Daniel Ziblitz¹⁴, para quem o paradoxo trágico da via eleitoral para o autoritarismo “é que os assassinos da democracia usam as próprias instituições da democracia – gradual, sutil e mesmo legalmente – para matá-la.” Ainda segundo eles:

Desde o final da Guerra Fria, a maior parte dos colapsos democráticos não foi causada por generais e soldados, mas pelos próprios governos eleitos. Como Chávez na Venezuela, líderes eleitos subverteram as instituições democráticas em países como Geórgia, Hungria, Nicarágua, Peru, Filipinas, Polônia, Rússia, Sri Lanka, Turquia e Ucrânia. O retrocesso democrático hoje começa nas urnas. A via eleitoral para o colapso é perigosamente enganosa.

¹² MOUNK, Yacha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 302.

¹³ HARARI, Yhuval Noah. **21 lições para o século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 13-17.

¹⁴ LEVITSKY, Steven. Ziblitz, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 16-17.

Note-se que ao contrário de Manuel Castells¹⁵, Yacha Mounk¹⁶ e Yuval Noah Harari¹⁷, que falam em “crise”, e de Francis Fukuyama¹⁸, que como eles fala em “retrocesso”, os autores acrescentam “colapso”, o que, a par da terminologia e mesmo das conclusões de cada um, demonstra um ponto comum na análise de todos, ou seja, de que a Democracia no mundo não vai bem. Como marco daquilo que chamam de colapso democrático, aliás, Steven Levitsky e Daniel Ziblitz posicionam o final da Guerra Fria como seu início, muito embora outros autores discordem. Larry Diamond¹⁹, que utiliza ainda outros termos, como “recessão democrática” e “erosão democrática” traça o ano de 2006 como o momento em que as democracias estagnaram, segundo ele, “em torno de 60%” no nível internacional”.

Seja como for, parte do pressuposto deste trabalho está também bem posto na narrativa dos autores citados, no sentido de que as democracias liberais do globo passam nesse momento da história por uma crise indiscutível, no mínimo por uma recessão, sendo que de tudo ainda se colhe que a corrupção, a ausência de uma governança que aproxime eleitor e eleito, a ascensão do populismo, as rápidas transformações da modernidade, e o desmonte das instituições democráticas pela própria via democrática são algumas das causas e efeitos da crise.

2. A crise da democracia no Brasil

A outra parte do pressuposto principal deste texto, qual seja, de que esta crise da Democracia atinge também o Brasil com todas as suas causas e efeitos identificados, por sua vez, também se fundamenta nos diagnósticos dos próprios autores internacionais citados. Manuel Castells²⁰ destaca que é total “a decomposição do sistema político do Brasil, país fundamental da América Latina”, e Yascha Mounk²¹ anota que os eventos de 2018, “no mundo todo e especialmente no Brasil”, sugerem a conclusão de que “a ameaça populista à democracia é mais séria do que nunca”.

Na literatura doméstica as análises são semelhantes, e tanto nas avaliações que precedem como nas que sucedem as eleições gerais de 2018, ainda que por

¹⁵ CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. p. 7.

¹⁶ MOUNK, Yacha. **O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. p. 39.

¹⁷ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século XXI**. p. 13.

¹⁸ FUKUYAMA, Francis. *Why Democracy is Performing So Poorly*. p. 8.

¹⁹ DIAMOND, Larry. **O Espírito da Democracia: a luta pela construção de sociedades livres em todo o mundo**. Tradução de Marcelo Oliveira da Silva. 1ª ed. Curitiba: Instituto Atuação, 2015, p. 103.

²⁰ CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. p. 10.

²¹ MOUNK, Yacha. **O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. p. 8.

vezes fundadas em premissas diferentes, há uma clara interpretação majoritária de que a crise da Democracia atinge o país em cheio. Para Luiz Felipe D´avila²², do campo liberal da crítica, o problema está no Estado brasileiro, segundo ele quebrado e desacreditado, dando consequência a destruição da “credibilidade das instituições democráticas”. Já para Jessé Souza²³, do campo social da crítica, “a crise brasileira atual é antes de tudo uma crise de ideias”.

Sérgio Abranches²⁴, por sua vez, destaca que as motivações internas da crise passam pelo histórico recente de oscilação da instituição mais simbólica da república, que é sua presidência. Em suas palavras:

Em quatro períodos presidências regulares, originados do voto popular direto, dois foram interrompidos pelo impedimento dos chefes de governo. Nas outras duas presidências houve ameaças de rompimento das coalizões de governo, acusações de corrupção, pedidos de impeachment.

Sua ideia central é de que não é o presidencialismo de coalizão o problema da crise da Democracia brasileira. “O sistema representativo deixou de funcionar”, diz ele, e “não só no Brasil”. As democracias do mundo, na sua visão, se oligarquizaram, no sentido de que os partidos políticos “já não respondem aos eleitores e sim a grupos de pressão e financiadores a eles ligados”, embora destaque em texto mais recente²⁵, que a eleição geral de 2018 e algumas reformas eleitorais que a antecederam promoveram uma ruptura e um “realinhamento no sistema de partidos”, um problema que para ele, “não tem solução emergente”.

No que toca a análise pós-eleições gerais de 2018, assim, toma-se a lição de Celso Rocha de Barros²⁶, para quem a “coincidência de a Lava Jato e a crise econômica terem acontecido ao mesmo tempo” foi determinante para o surgimento de uma ideia coletiva de que o “dinheiro acabou porque os políticos roubaram”, o que afirma para explicar a ascensão de líderes populistas ao poder central e subnacional. Do que importa para este artigo, sem juízo de valor que não seja puramente

²² D´AVILA, Luiz Felipe. **10 mandamentos**: do país que somos para o Brasil que queremos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2017, p. 9.

²³ SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso**: da escravidão à lava jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017, p. 7.

²⁴ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de Coalizão**: raízes e evolução do modelo político brasileiro. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 9/11.

²⁵ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. In ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Et al. **Democracia em risco?**: 22 ensaios sobre o Brasil de hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 11.

²⁶ BARROS, Celso Rocha de. **Uma história de dois azares e um impeachment**. Em ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Et al. **Democracia em risco?**: 22 ensaios sobre o Brasil de hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 71.

acadêmico, extrai-se a lógica presente nas ideias desses autores de que o resultado das últimas eleições no Brasil é um produto da crise da Democracia, e possivelmente um elemento que pode potencializá-la doravante, e também a ideia de que foi o conjunto de ações ou omissões dos líderes políticos que antecederam os atuais, que concorreram para desencadear e desenvolver a crise e seu ápice até o presente.

Pois bem, note-se que se identificou até o momento variáveis culturais, históricas, econômicas, jurídicas, sociais e políticas na análise da crise das democracias liberais, o que é fundamental que se anote para dar a dimensão da complexidade de qualquer estudo que pretenda minimamente explicar ou mesmo apenas analisar a crise. Este artigo se debruça, no entanto e de forma limitada, evidentemente, em apenas algumas destas variáveis, que são derivadas da Política e do Direito. São elas os efeitos da Polarização Política sobre a Liberdade de Pensamento e Expressão.

3. Dos riscos da polarização e da intolerância política para a democracia

Há muito tempo a doutrina política recomenda instrumentos de aproximação entre governantes e governados, especialmente nas tomadas de decisão, como forma de aprimoramento da Democracia, suas instituições e seus processos. O caput do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é, em si, o reconhecimento jurídico do que Francis Fukuyama²⁷ denomina *Accountability Democrática*, que, para ele, em conjunto com o Estado de Direito, busca “restringir o poder e garantir que ele seja usado segundo o interesse público”. Robert David Putnan²⁸, para quem “o autogoverno democrático requer uma cidadania ativamente engajada”, e, ainda, Antônio Carlos Wolkmer²⁹ que já afirmava na virada do século que era necessário reconhecer a crise da representação e redefinir o paradigma “em função de uma nova cultura política, fundada na participação dos sujeitos coletivos emergentes”, como, por fim, Luiz Felipe D’ávila³⁰, para quem a “cidadania participativa”, ao lado também do Estado de Direito, da economia de mercado e das liberdades individuais, é determinante para o “bom funcionamento da democracia”, são alguns dos autores que fundamentam a assertiva que se apresenta.

²⁷ FUKUYAMA, Francis. *Why Democracy is Performing So Poorly*. p. 4.

²⁸ PUTNAN, Robert David. **Jogando boliche sozinho**: colapso e ressurgimento da coletividade americana. Tradução de Marcelo Oliveira Silva. 1ª ed. Curitiba: Instituto Atuação, 2015, p. 17.

²⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 95.

³⁰ D’AVILA, Luiz Felipe. **10 mandamentos**: do país que somos para o Brasil que queremos. p. 169.

Pois se, como se viu e bem se representa pela afirmação de Manuel Castells³¹, de que se assiste em vários países “a amplas manifestações populares contra o atual sistema de partidos políticos e democracia parlamentar [...]”, tem-se que a crise da Democracia Liberal é também uma crise da democracia representativa, em parte estabelecida, também como se viu, pela incapacidade tanto dos partidos políticos quanto dos governos de exercitarem a transparência, a publicidade, e todos os elementos da *Accountability* Democrática, notadamente a promoção da participação das pessoas nas tomadas de decisão.

O resultado é que, como bem observou o mesmo Manuel Castells:

A luta pelo poder nas sociedades democráticas atuais passa pela política midiática, pela política do escândalo e pela autonomia comunicativa dos cidadãos. Por um lado, a digitalização de toda a informação e a interconexão modal das mensagens criaram um universo midiático no qual estamos permanentemente imersos. Nossa construção da realidade e, por conseguinte, nosso comportamento e nossas decisões dependem dos sinais que recebemos e trocamos nesse universo. A política não é uma exceção a esta regra básica da vida na sociedade-rede na qual entramos em cheio.

Mas o autor utiliza dessa análise para propor uma nova ordem, que substitua o que chama de “obsoleta” Democracia Liberal, assim como entende que esse novo momento fecha as sociedades e faz ressurgir movimentos nacionalistas e de proliferação do medo, restringindo as liberdades, e não as fomentando, de modo que é como dizer que a expansão de liberdades promovida pela Era digital é também a causa da limitação dessas mesmas liberdades e de outras.

Larry Diamond³² corrobora com essa visão, e em seu estudo já citado, dessa vez no que toca aos direitos e liberdades civis, aponta para o fato de que “o nível médio se deteriorou levemente no mundo”. E, embora a explicação de tal fenômeno se mostre absolutamente complexa, parte dela certamente está no clássico de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay³³, para os quais “é fado da natureza humana que em todas as assembleias muito numerosas, qualquer que seja o caráter das pessoas que a compõe, sempre a razão há de ficar subjugada pelas paixões”.

Pois bem, o que se identifica na doutrina especializada é que são essas paixões que estão acentuando outro fenômeno complexo e de múltiplas explicações, que é a

³¹ CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. p. 8/26.

³² DIAMOND, Larry. **O Espírito da Democracia**: a luta pela construção de sociedades livres em todo o mundo. p. 103.

³³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 341.

Polarização Política. Petrônio Domingues³⁴, em análise da Democracia que passa pelas eleições de 2018 no Brasil, destaca que é “inédita uma polarização tão abissal entre os eleitores”, referindo-se as divisões regionais, étnicas e socioeconômicas bem manifestadas entre os eleitores de um e outro candidato. Ronaldo Lemos³⁵, por sua vez, destaca que, nas redes sociais “há milhões de teses e de antíteses, mas não há síntese”. Para o autor, são necessárias “novas instituições capazes de estabilizar a ideia de realidade [...]”. É que sua opinião central se baseia no fato de que subsiste uma tentativa permanente de “ressignificar o discurso do outro”, “desconfirmar o adversário”, negar sua “pertinência epistêmica”.

O que se percebe das leituras, é que não apenas no Brasil mas em termos globais, as redes sociais de certa forma se tornaram um ambiente hostil e intolerante às divergências de opinião, especialmente no campo político, e tiveram um lugar de destaque nas eleições de 2018 no país. Stuart Mill³⁶ afirmava que em debates ou discussões de assuntos mais complexos, como a política, por exemplo, “três quartos dos argumentos para cada opinião em debate consistem em desfazer as aparências que favorecem alguma opinião diferente da nossa.” Pois colhe-se da revisão bibliográfica que foi exatamente esse o tom das últimas eleições no Brasil, onde grande parte das discussões não se concentrava no campo das ideias, mas sim na desqualificação e muitas vezes em ataques pessoais àqueles que defendiam um posicionamento contrário. É o que afirma Sérgio Abranches³⁷, para quem o descontrole “da trajetória, conteúdo e intensidade das mensagens disseminadas” deram resultado a uma “campanha polarizada e radicalizada, com alta carga emocional, que levou a uma eleição disruptiva”.

Mas toma-se uma vez mais a lição de John Stuart Mill para que se tenha a exata noção de que já nos primórdios da construção teórica da Democracia Liberal a questão da divergência de opiniões era posta como central para o desenvolvimento saudável de um Estado. Em suas palavras:

³⁴ DOMINGUES, Petrônio. **Democracia e Autoritarismo**: entre o racismo e o antirracismo. Em ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Et al. **Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil de hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 99.

³⁵ LEMOS, Ronaldo. **Diante da realidade, seis ficções epistemológicas**. Em ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Et al. **Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil de hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 196.

³⁶ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Editora Schwarcz, 2017. p. 86/115/139-140.

³⁷ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Polarização radicalizada e ruptura eleitoral**. Em ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Et al. **Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil de hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 18-19.

[...] a opinião deve, em cada instância, determinar seu veredicto de acordo com as circunstâncias de cada caso individualmente, condenando todo aquele, seja qual for o lado da argumentação em que se coloque, em cujo modo de advoga-la se manifeste ou falta de honestidade, ou malignidade, fanatismo ou sentimento de intolerância; mas sem inferir que esses vícios provêm do lado em que uma pessoa se posta, mesmo que seja o lado da questão oposto ao nosso; e atribuindo honroso mérito a quem, qualquer que seja a opinião que adote, tem tranquilidade para enxergar e honestamente declarar o que seus oponentes e suas opiniões de fato são, sem nada exagerar para seu descrédito, não escondendo nada que conte, ou supostamente possa contar, em seu favor. Essa é a verdadeira moralidade do debate público.

O autor defendia, em síntese, a importância de se propagar a mútua Tolerância, sustentando a ideia que seria muito mais benéfico para a humanidade como um todo que cada um pudesse exercer sua individualidade e viver da forma como melhor lhe convém, e não da maneira como parece melhor para os outros. É nessa linha que se posicionou também Norberto Bobbio³⁸, para quem “seria temerário e tolo (imolem et ineptum) pretender, através de violências e ameaças, que aquilo que tu crês verdadeiro pareça como tal para todos”. Em análise ainda mais contemporânea, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt³⁹ destacam que a Tolerância mútua é fundamental para o fortalecimento e bom funcionamento da Democracia. Segundo eles:

Tolerância mútua diz respeito à ideia de que, enquanto nossos rivais jogarem pelas regras institucionais, nós aceitaremos que eles tenham direito igual de existir, competir pelo poder e governar. Podemos divergir, e mesmo não gostar deles nem um pouco, mas os aceitamos como legítimos. Isso significa reconhecermos que nossos rivais políticos são cidadãos decentes, patrióticos, cumpridores da lei – que amam nosso país e respeitam nossa Constituição assim como nós. O que quer dizer que, mesmo se acreditarmos que suas ideias sejam idiotas, nós não as vemos como uma ameaça existencial. Tampouco os tratamos como traidores, subversivos ou desqualificados. Podemos derramar lágrimas na noite da eleição quando o outro lado vence, mas não consideramos isso um acontecimento apocalíptico. Dito de outra forma, tolerância mútua é a disposição dos políticos de concordarem em discordar.

Tais autores ainda alertam que a erosão da Tolerância mútua pode servir como combustível para os políticos e incentivá-los a utilizarem seus poderes institucionais da maneira mais ampla possível sem que haja punição quando extrapolarem os limites legais de sua atuação. O risco maior desse cenário de intolerância e

³⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 190.

³⁹ LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. p. 20-21/103-104/112.

polarização está no fato de que “perder deixa de ser uma parte rotineira e aceita do processo político, tornando-se, em vez disso, uma catástrofe total”.

A diferença entre o real e o ideal, no entanto, não são tão irreconciliáveis como um diagnóstico mais superficial pode fazer parecer. Sobre os riscos da Polarização Política para a Democracia, como fruto do exame dos colapsos democráticos na história recente, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt defendem, ainda, que fica evidente que a polarização extrema é capaz de destruir democracias, mas garantem que, apesar disso, as experiências em outros países também demonstram que esse colapso não é inevitável nem irreversível, embora careça sempre de resistência e atenção.

5. Da importância da livre manifestação do pensamento e da liberdade de expressão para a formação da opinião pública e suas limitações legais

É de Norberto Bobbio⁴⁰ a ideia de que o reconhecimento do direito de todo homem a crer de acordo com a sua consciência está diretamente ligado à afirmação dos direitos de liberdade, primeiramente do direito à liberdade religiosa e, depois, à liberdade de opinião, aos chamados direitos naturais ou invioláveis, que são para ele a base do Estado liberal. Para Álvaro Rodrigues Júnior⁴¹, em perspectiva histórica, a Liberdade de Expressão é considerada como o triunfo do movimento liberal do século XVIII, tendo sido reconhecida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América de 1791. Ainda para o autor, no século XX, a Liberdade de Expressão ganhou proteção ampla e expressa em diversos tratados e acordos internacionais, destacando-se primeiramente o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como o artigo 19 do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, e, também, o artigo 10 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, e o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica).

No Brasil, a livre manifestação do pensamento encontra amparo jurídico no rol dos direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição da República de 1988, especificamente em seu inciso IV. Conforme Ingo Wolfgang

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 191.

⁴¹ RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 53-54.

Sarlet⁴², pode-se considerar tal dispositivo como uma espécie de cláusula geral que somada a uma série de outros dispositivos constitucionais formam o arcabouço jurídico-constitucional que reconhece e protege a Liberdade de Expressão nas suas diversas formas de manifestação. Dentre os citados dispositivos que integram esse sistema de garantia e proteção à Liberdade de Expressão destacam-se, especialmente, os incisos V e IX do mesmo artigo 5º da Constituição. Ainda em seu artigo 220, aliás, a Carta garante que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição [...]”, observados os preceitos da própria Constituição, sendo vedada toda e qualquer forma de censura tanto de natureza política, quanto ideológica e artística. Ainda para Ingo Wolfgang Sarlet:

No âmbito da Constituição Federal de 1988, as liberdades de expressão foram, não apenas objeto de mais detalhada positivação, mas também passaram a corresponder, pelo menos de acordo com o texto constitucional, ao patamar de reconhecimento e proteção compatível com um autêntico Estado Democrático de Direito.

Deve-se destacar, no entanto, o fato de não haver uniformidade na terminologia utilizada na Constituição que, ora fala em livre manifestação do pensamento, ora fala em Liberdade de Expressão (no sentido de liberdade de expressão artística, científica, de opinião, liberdade de imprensa, etc.). E, muito embora seja recorrente a confusão entre tais conceitos, para fins desta pesquisa, optou-se por adotar uma abordagem sistemática e integrada de tais liberdades, ressalvadas, por óbvio, as peculiaridades de cada direito fundamental em espécie.

Adota-se, assim, a ideia de Álvaro Rodrigues Junior⁴³, que ainda que faça o alerta de que no âmbito doutrinário algumas distinções são propostas, destaca dentre elas a corrente que afirma que a Liberdade de Expressão deriva da Liberdade de Pensamento e também a de que a liberdade de se expressar pressupõe a própria liberdade de pensar, tendo em vista que sem essa, as outras liberdades perdem totalmente seu sentido. Mas há de se ressaltar, ainda, que para o direito o que importa de fato não é a Liberdade de Pensamento em si, mas a garantia de sua livre manifestação. Isso porque o pensamento se refere à esfera íntima da pessoa, e só terá importância em termos sociais e jurídicos a partir do momento que for exteriorizado. Nas palavras do autor:

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 438/441-442.

⁴³ RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação. p. 69.

[...] a verdadeira importância desse direito não está na faculdade de alguém ter as opiniões (ou pensamentos) que lhe pareçam convenientes (sem chegar a expressá-las ou divulgá-las), mas sim, na possibilidade de exteriorizá-las, de poder manifestá-las e transmiti-las a outras pessoas e muito especialmente àquelas que podem ter ponto de vista diferente.

O autor assinala, ainda, que é no campo do debate político que, com maior frequência, a Liberdade de Expressão tende a ser indevidamente restringida, o que a torna essencial nas sociedades democráticas. Em sua visão, há de se reconhecer que a Liberdade de Expressão se encontra fortemente vinculada à liberdade política e ao processo democrático propriamente dito, tendo em vista que é por meio do debate político livre que se viabiliza a participação popular e, conseqüentemente, a formação da opinião dos cidadãos sobre a condução dos assuntos públicos, convertendo-se em instrumento de controle popular das ações do governo.

De acordo com Hermann Heller⁴⁴, “público é aquilo que influi na vida política, e assim o é, em primeiro lugar, a opinião de qualquer modo publicada”. Para o autor, ainda, opinião pública consiste em opiniões de vontade e em juízos que servem como armas para a luta política ou para conseguir seguidores políticos, e que a relevância política da opinião pública consiste no fato de, em razão de sua aceitação ou rejeição, “garantir aquelas regras convencionais que são a base da conexão social e da unidade estatal”.

Como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁵, nesta linha, a Liberdade de Expressão consiste na liberdade de exprimir opiniões e juízos de valor a respeito de fatos, ideias e sobre as opiniões de terceiros. Para ele, a Liberdade de Pensamento e de Expressão, numa dimensão social e política, guarda relação direta com as condições e a garantias da Democracia e do pluralismo político, de modo que não obstante mais Democracia “possa muitas vezes significar mais liberdade de expressão e vice-versa, também é correto afirmar que a liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia e esta para a liberdade de expressão”.

Em outras palavras, percebe-se que a liberdade de expressão acaba por ser também fundamento vital para a formação da opinião pública. Conforme observa o próprio Ingo Wolfgang Sarlet, no entanto, muito embora a Liberdade de Expressão no Brasil – dada sua importância para a Democracia e o pluralismo político – acabe assumindo um caráter preferencial nos casos de resolução de conflitos com outros

⁴⁴ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Mestre Jou. 1968, p. 212.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 449.

princípios constitucionais e direitos fundamentais, não se pode atribuir a ela um caráter de direito imune a qualquer limite ou restrição, nem colocá-la acima das outras normas numa espécie de hierarquia prévia entre os preceitos e normas constitucionais. É que a própria Constituição já prevê dispositivos que limitam o exercício da Liberdade de Pensamento e de Expressão, como por exemplo o já mencionado inciso V do seu artigo 5º, que garante um direito de resposta proporcional ao agravo, de modo que assegura ao prejudicado o direito de apresentar suas razões em face de manifestações que venham a afetar bens jurídicos e direitos fundamentais de terceiros. Nessa perspectiva, afirma “o direito de resposta constitui meio de assegurar o contraditório no processo público da comunicação e atua, portanto, também como garante da democracia”.

Mas essa não é a única limitação constitucional prevista para o exercício da Liberdade de Pensamento e de Expressão. O direito fundamental à indenização por danos materiais e imateriais também é bem garantido na segunda parte do mencionado dispositivo constitucional, e tanto a legislação infraconstitucional penal como a cível, possuem mandamentos bastantes para que se responsabilizem os excessos, notadamente a injúria, a calúnia e a difamação, como tipos penais previstos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal brasileiro, mas também com a reparação de danos pelo ato ilícito a partir do comando do artigo 927 e em atenção aos artigos 186 e 187, todos do Código Civil brasileiro.

Considerações finais

Edgar Morin⁴⁶ identificava há cerca de 40 anos que a humanidade sofria “simultaneamente de subinformação e de sobreinformação, de falta e de excesso”. Manuel Castells⁴⁷, esse em texto recente, fala que a humanidade vive contemporaneamente numa “sociedade-rede” onde a informação é concentrada, mas a comunicação democratizada, e na qual a política está inteiramente inserida. A digitalização de toda a informação, diz o autor, “e a interconexão modal das mensagens criaram um universo midiático no qual estamos permanentemente imersos”.

O presente artigo, limitado que é, se propôs a contribuir para a análise e mesmo desenvolvimento teórico de algumas questões que são centrais ao bom

⁴⁶ MORIN, Edgar. **As grandes questões do nosso tempo**. Tradução de Adelino Santos Rodrigues. 6ª edição. Lisboa: Notícias Editorial, 1999, p. 19.

⁴⁷ CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. p. 26.

funcionamento da Democracia, especialmente da Democracia Liberal, e, sobretudo, da superação de sua crise manifesta. A primeira consideração que se apresenta, assim, é a confirmação da hipótese construída como base da pesquisa que aqui se expõe, no sentido de que restou demonstrado pela revisão bibliográfica realizada, que a Liberdade de Pensamento e de Expressão se efetiva em um contexto que a restringe apenas em casos de absoluto excesso, e que, embora não única responsável, contribui para a Polarização Política e o conseqüente aprofundamento da crise, mas, de outro lado, pode ser também fator atenuante dessa mesma crise, e ainda instrumento para a sua superação.

É que os autores que, como se anotou, apresentam diagnósticos tão realisticamente dramáticos para a Democracia Liberal, se mostram também otimistas na apresentação de seus prognósticos. Sérgio Abranches⁴⁸, por exemplo, que destaca que com as várias mídias e redes sociais tem-se “hoje a mais democrática e acessível tecnologia de comunicação jamais concebida”, sugere também que a humanidade está a “beira do caos”, mas um caos “como transição”, e que no futuro o contrapeso em face da tirania deve se dar a partir de “uma ampla e democrática *pólis* digital”. Yacha Mounk⁴⁹, por sua vez, afirma que é preciso “reunir o decoro e a determinação necessários para trazer nossos adversários de volta para o lado da democracia”. E, por fim, Luiz Felipe D’ávila⁵⁰, que acredita que a “tecnologia está ajudando a reascender a chama da cidadania”, são alguns dos autores que, embora identifiquem em suas pesquisas que a humanidade vive dias difíceis do ponto de vista de sua organização social e política, por outro lado possuem a própria Democracia e suas instituições e valores – adaptados é verdade aos novos tempos – como paradigma intransponível para que se supere a própria crise.

A segunda e última consideração, assim, refere-se ao cenário político atual no Brasil, em que se pode afirmar que se por um lado as Liberdades de Pensamento e de Expressão estão bem asseguradas por sólidos instrumentos jurídicos e jurisdicionais, de outro tais liberdades se materializam em arenas sem muito controle governamental, mas que estão interferindo diretamente nos governos e nas eleições de tais governos. Note-se que o artigo 1º da Constituição, ainda que não expressamente, posiciona juridicamente o Brasil como uma Democracia Liberal, e

⁴⁸ ABRANCHES, Sérgio Hudson de. **A Era do Imprevisto**: a grande transição do século XXI. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p.85/383.

⁴⁹ MOUNK, Yacha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. p. 314.

⁵⁰ D’AVILA, Luiz Felipe. **10 mandamentos**: do país que somos para o Brasil que queremos. p. 169.

destaque-se que não se encontrou na literatura revisada nenhuma voz dissonante nesse sentido, mas exatamente o contrário. Ou seja, a crise da Democracia Liberal no nível global também se manifesta no nível nacional, de modo que as soluções precisam ser observadas em conjunto com outros países, como num grande pacto que reafirme os direitos humanos, especialmente as liberdades em análise, e, pela utilização dos mecanismos à disposição das Democracias Liberais que promovam um ambiente de Tolerância com a opinião divergente.

Em outras palavras, de toda a revisão bibliográfica, resta claro a partir do paradigma de Yuval Noah Harari⁵¹ de que a Democracia Liberal “é o modelo político mais bem-sucedido e versátil que os humanos desenvolveram até agora para lidar com os desafios do mundo moderno”, que é preciso incentivar e de maneira inflexível resguardar a Liberdade de Pensamento e de Expressão, limitando-a no mínimo de seus abusos de implicação penal e cível, para que se transpasse a crise a partir do exercício e das garantias delas, atuando os tribunais, sobretudo, mas mesmo a legislação, no sentido de não permitir retrocessos e de punir a intolerância.

Referências das Fontes Citadas

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **A Era do Imprevisto: a grande transição do século XXI**. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Polarização radicalizada e ruptura eleitoral**. Em ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Et al. **Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil de hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

BARRETO, Vicente de Paulo et. al. **Dicionário de Filosofia Política**. Coordenador Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

BARROS, Celso Rocha de. **Uma história de dois azares e um impeachment**. Em ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Et al. **Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil de hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

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

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

⁵¹ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século XXI**. p. 17.

CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Convención Americana sobre Derechos Humanos:** pacto de San José da Costa Rica. Artigo 13. San José, Costa Rica, 1969.

D´AVILA, Luiz Felipe. **10 mandamentos:** do país que somos para o Brasil que queremos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2017.

DIAMOND, Larry. **O Espírito da Democracia:** a luta pela construção de sociedades livres em todo o mundo. Tradução de Marcelo Oliveira da Silva. 1ª ed. Curitiba: Instituto Atuação, 2015.

DIMAGGIO, Paul. EVANS, John. BRYSON, Bethany. **Have American’s Social Attitudes Become More Polarized?** American Journal of Sociology, Vol. 102, Issue 3 (Nov. 1996). p. 690-755. Disponível em: <http://educ.jmu.edu/~brysonbp/pubs/PBJ.pdf>. Acesso em 18/07/2019.

DOMINGUES, Petrônio. **Democracia e Autoritarismo: entre o racismo e o antirracismo.** Em ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Et al. **Democracia em risco?:** 22 ensaios sobre o Brasil de hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

FIORINA, Morris. ABRAMS, Samuel. **Political Polarization in the American Public.** The Annual Review of Political Science. 2008. 11:563–588. Disponível em: https://web.archive.org/web/20120617030251/http://www.sociology.uiowa.edu/nsworkshop/JournalArticleResources/Fiorina_Abrams_Political_Polarization_2008.pdf. Acesso em 18/07/2019.

FUKUYAMA, Francis. **Why Democracy is Performing So Poorly.** Journal of Democracy, Volume 26, nº 1. National Endowment for Democracy and the Johns Hopkins University Press, Janeiro de 2015.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; Jay, John. **O Federalista.** Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século XXI.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

LEMONS, Ronaldo. **Diante da realidade, seis ficções epistemológicas.** Em ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Et al. **Democracia em risco?:** 22 ensaios sobre o Brasil de hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LEVITSKY, Steven. Ziblatt, Daniel. **Como as democracias morrem.** Tradução de Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade.** Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Editora Schwarcz, 2017.

MORIN, Edgar. **As grandes questões do nosso tempo.** Tradução de Adelino Santos Rodrigues. 6ª edição. Lisboa: Notícias Editorial, 1999.

MOUNK, Yacha. **O povo contra a democracia:** por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PASSOLD, César Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. 13ª edição. Florianópolis: Conceito editorial, 2015.

PUTNAN, Robert David. **Jogando boliche sozinho:** colapso e ressurgimento da coletividade americana. Tradução de Marcelo Oliveira Silva. 1ª ed. Curitiba: Instituto Atuação, 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação.** Curitiba: Juruá Editora. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SISK, Timothy. **Democracia em nível local:** manual de participação, representação, gestão de conflito e governança do Internacional IDEA. Tradução de Patrícia Helena Rubens Pallu. 1ª ed. Curitiba: Instituto Atuação, 2015.

SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso: da escravidão à lava jato.** Rio de Janeiro: Leya, 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e direito.** 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

A PROTEÇÃO DA BUSCA DA FELICIDADE COMO O PRINCÍPIO DOS PRINCÍPIOS

Alexandre Waltrick Rates¹
Pedro José Alcantara Mendonça²

Introdução

Este trabalho tem o propósito de analisar a alteração de eventual quebra de paradigmas em relação ao denominado Princípio da Felicidade, na perspectiva que deve ser feita de como se deve efetivar para que tal preceito – o da felicidade – seja constante na vida do povo brasileiro.

O assunto está muito presente na atualidade, seja em face de necessidade de sua proteção na vida individual e coletiva da sociedade, não podendo, por óbvio, ser afastado das discussões jurídicas atuais, posto que o Direito diz, e muito sobre condutas e relações sociais. Então, para o aspecto jurídico, é imperioso que se procure no nascedouro do artigo, discorrer sobre o significado de felicidade, visto que não se tem uma definição precisa do que ela seria: se um estado de espírito, uma consecução de sonhos, um sentido de igualdade e alegria.

A ciência ainda não conseguiu responder exaustivamente a essa questão: o que é a felicidade? O fato é que o desejo de ser feliz compõe a vida de todas as pessoas e, embora exista uma grande diferença de ideias do que fazem as pessoas felizes, inclusive pela individualização efetiva do sentimento, certo é que não se deve deixar de entender a necessária proteção jurídica que ela merece, sendo que apesar de não expressamente positivada no nosso direito sua existência, o ordenamento jurídico brasileiro já dá sinais de que compreende sua existência, já havendo ocorrido, inclusive incursões parlamentares que tentaram inserir referido Princípio

¹ Doutorando em Ciência Jurídica, pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), no Estado de Santa Catarina (SC). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí. MBA Executivo Internacional em Gestão de Negócios pelo Convênio CESUSC/Lusófona. Especialista em Direito e Gestão Ambiental pelo CESUSC. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Anita Garibaldi. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado militante desde o ano de 2000. Endereço eletrônico: <alexandre@waltrick.adv.br>.

² Doutorando em Ciência Jurídica, pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), no Estado de Santa Catarina (SC). Mestre em Direito, pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Especialista em Direito Notarial e Registral, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Especialista em Direito Tributário, pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduado em Direito, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), no Estado do Paraná (PR). Ex-Auditor Fiscal do Município de São Paulo, no Estado de São Paulo (SP). Oficial Registrador Imobiliário do Primeiro Ofício de Registro de Imóveis de Concórdia (SC). Endereço eletrônico: <pedroalcantaramendonca@yahoo.com.br>.

em nosso arcabouço jurídico, pois esse direito compõe, ainda que indiretamente, pretensões jurídicas e decisões judiciais.

Neste aspecto demonstra-se o objetivo central do presente artigo, que passa necessariamente pelo histórico que culmina no direito amplo à felicidade, fazendo breves passagens pelo Direito Comparado, demonstrando que estamos diante de um Princípio dos Princípios, que no passado serviu como mote de liberdade, de igualdade, de fraternidade. Fundado na análise bibliográfica, o trabalho busca a compreensão da felicidade como um conceito jurídico inerente a condição de ser humano, sua principiologia, suas diferentes ideias de acordo com sua efetivação.

Para se chegar ao objetivo proposto, com a análise e compreensão das dimensões que envolveram o entendimento da necessidade de se buscar a felicidade, onde o entendimento de sua realidade se dá numa relação dialética e histórica, buscou-se se obter uma noção da diversidade conceitual que engloba a própria felicidade, trazendo ensinamentos de diversos pensadores e teóricos sobre o assunto. Promoveu-se, ainda, a inserção do entendimento de felicidade dentro dos conceitos jurídicos que não encontram guarida no gigante emaranhado de leis brasileiras, inclusive no pergaminho constitucional, demonstrando-se, entretanto que já temos decisões de nossa Corte Suprema sobre a sua existência, mesmo que de forma implícita, no texto constitucional. A menção ao direito à felicidade em textos históricos também é feita, o que demonstra que a muito tempo tal preceito existe e coordena o objetivo maior da vida de qualquer pessoa, sua missão existencial, buscar ser feliz, sendo que o Estado moderno, em especial o Brasil, deve atuar para que se efetive e se proteja tão importante instituto.

2. O Princípio da Felicidade e o Estado de Direito

2.1 O Estado de Direito

O governante quando chega ao poder pode ser atraído e se deslumbrar com o domínio que lhe é transferido, e para que isto não desague em desmandos ou em atitudes arbitrárias alguns mecanismos de contenção são aplicados, neste caso a ordem jurídica composta por normas que proíbem, permitem e obrigam.

Assim, além da relação de interdependência entre o Estado e o Direito, se faz necessária uma imposição de limites sobre o poder, e nesse contexto Gilmar Ferreira

Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, e Paulo Gustavo Gonet Branco³ ensinam que surge o Estado de Direito, que pode ser caracterizado, em sua essência, como aquele Estado submetido ao direito, aquele Estado cujo poder e atividade estão regulados e controlados pela lei. Segundo os renomados autores, esta forma de condução do povo teoricamente teria o seu perfeito funcionamento numa sociedade que buscava impor limites aos governantes, pois com base na lei haveria o respeito aos direitos fundamentais, já que o Estado agiria em nome geral. Entretanto, não foi isto que ocorreu conforme mencionam⁴:

Analisada, historicamente, vê-se que essa concepção atendia às exigências da burguesia recém-instalada no poder, mas levaria, ao limite, à sua própria desagregação, na medida em que servia, apenas aos interesses de uma classe social que detendo o poder econômico, num primeiro momento, logo se assenhorou, também do poder político e, afinal, transformou o Estado e o Direito em simples instrumentos de realização/legitimação da sua ideologia, que outra não era senão a ideologia liberal.

Infelizmente, este sistema de legalidade orientou a humanidade num caminho em que se pretendia a aniquilação das diversas formas de pensamento, ou seja, baseado no Direito e em uma lei aprovada/válida, abriu-se a possibilidade de haver o desrespeito aos princípios e aos direitos fundamentais.

Para o mentor do direito positivado Hans Kelsen⁵, o ponto fundamental da lei era a validade da norma, independentemente de seu conteúdo pois, se positiva, a mesma passaria a integrar um ordenamento jurídico, de modo que não havia preocupação com o seu conteúdo, se justo, moral, imoral, sendo que o que importaria seria o ato de autoridade, não havendo interesse no juízo de valor, ou seja, o direito poderia ser definido somente por sua forma (objetivo), e não por seu valor (subjeto).

Infelizmente, alguns governantes assenhorando-se da teoria pura do direito, encontraram uma base para aprovar leis da maneira que agradassem aos seus interesses enquanto projeto de poder, infligindo, com isso, uma série de ordens, fundamentando suas ações num suposto Estado de Direito, criando ideologias que foram seguidas por muitos. Isso é efetivamente comprovado na história, que demonstra que a ausência de um limitador, ou a utilização indiscriminada de um

³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 45.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 45.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

mecanismo autorizado pela lei, faz com que seja possível ocorrer a imposição de um totalitarismo ou mesmo de uma ditadura em face da população, com a possibilidade de serem desrespeitados os direitos mais básicos inerentes ao ser humano.

Sobre esta temática, a filósofa e professora da Universidade de Chicago Hannah Arendt, afirmou ser “necessário estabelecer o mundo fictício do movimento como realidade operante da vida de cada dia, e tem, por outro lado, de evitar que esse novo mundo adquira nova estabilidade; pois a estabilização de suas leis e instituições certamente liquidaria o próprio movimento e, com ele, a esperança da futura conquista do mundo”.⁶

A propósito, sobre a aplicação de uma ideologia na sociedade são muitos salutares as observações de Claude Lefort⁷, que em linhas gerais explicita o problema do poder e do domínio da sociedade através da imposição de uma disciplina que pode, de uma maneira ou de outra, condicionar as pessoas a seguirem uma linha de raciocínio, uma ideologia, ainda que inconscientemente. Sustenta ele que um fator interessante para a explicação disso seria a forma como este Estado totalitário exerceria as suas funções com o objetivo de que as pessoas colaborassem para a manutenção desta forma de governo, ou seja, após criar uma sensação de instabilidade, implantada, disseminada com disciplina e com adesão da sociedade, se abriria a possibilidade de mudanças bruscas da política, e o governante poderia direcionar qual seria a atitude a ser tomada, pois a sociedade estaria coesa e seguindo uma ideologia.

Destarte, está claro que no Estado de Direito pode haver a manipulação das informações, criar-se uma falsa instabilidade que faz florescer uma ideologia, tendo tudo isso como fundamento a lei que sustenta o Estado de Direito. Todavia, isto seria “a outra face da moeda” para que se possa abrir um caminho para a inobservância dos direitos fundamentais, como bem obtempera Nelson Nery Junior⁸, para quem “não é apenas de estado de direito que se cogita, mas estado *democrático* de direito. Isto porque o estado nazista, bem como o de reconhecidas ditaduras como o de Cuba,

⁶ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 439.

⁷ LEFORT, Claude. **Esboço de uma gênese da ideologia nas sociedades modernas**. Tradução de Marilena de Souza Chauí. Disponível em: http://cebrap.org.br/bv/arquivos/esboco_de_uma_genese_a.pdf -. Visualizado em 20.10.2018.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev. atual. e ampliada - São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37.

são de 'direito', porque tinham e têm normas regulando as atividades do Estado e dos particulares”.

2.2 Os direitos fundamentais

Em relação às características principais dos direitos fundamentais, podemos nos valer do que nos ensina a Doutora Anna Cândida da Cunha Ferraz, sendo que para ela esses direitos são⁹: a) inalienáveis, visto que não possuem um valor econômico-patrimonial; b) imprescritíveis, podendo ser exercidos independentemente do tempo decorrido; c) irrenunciáveis, visto que embora não sejam venham a ser utilizados, isso não quer dizer que ocorra a renúncia sobre eles; d) limitáveis, visto que sobre eles não há direito absoluto e, dependendo do caso, tal poderia ser limitado; e e) concorrentes, visto que pode haver a concorrência/utilização de dois direitos ao mesmo tempo.

Os direitos fundamentais são direitos criados por um motivo muito maior, muito mais sublime do que outros direitos como, por exemplo, o de propriedade. E assim o são porque dizem respeito à vida, ao bem-estar do ser humano, que é o bem mais precioso que alguém pode possuir, sempre na busca incessante da efetivação da única obrigação que possui: o de ser feliz.

Neste aspecto, nunca é por demais lembrar que tais direitos se traduzem em direitos de primeira dimensão, que surgiram para contrapor aos mandos e desmandos do Estado, que agia (por vezes ainda age, infelizmente) unilateralmente sem consultas ao povo, sendo que esses direitos serviriam, então, como defesa em demasiada atuação estatal que estivesse em desacordo com os preceitos humanos e legais. Nesse sentido, esses direitos estão traduzidos em termos atuais na Constituição Federal, como sendo os direitos à vida, liberdade e igualdade, todos eles esculpidos no artigo 5º da Lei Maior¹⁰.

Com a junção dos direitos fundamentais aos sociais, situação ocorrida no século vinte, instaura-se, conforme nos mostra Paulo Bonavidez, a fase tida como a

⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Aspectos da posituação dos direitos fundamentais na constituição de 1988**; BITTAR, Eduardo C. B.; FERRAZ, (coords.). Direitos humanos fundamentais: posituação e concretização. Osasco: Edifio, 2006, p. 17-22.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Visualizado em 09.08.2019.

do direito ao bem-estar social¹¹. A partir de então, segundo o professor, o Estado teria o dever de satisfazer as necessidades básicas por meio de políticas públicas. Passe-se a partir de então, a se exigir do Estado uma atuação mais forte junto à sociedade, de modo que ele pudesse garantir esses direitos ditos básicos, fundado na positivação de regras que os garantissem, surgindo, por consequência, o direito fundamental de segunda dimensão.

Após isso a sociedade evolui ainda mais, e não mais desejando somente os direitos fundamentais e sociais, passa a querer mais, fazendo surgir os direitos fundamentais de terceira dimensão, como por exemplo, os direitos que temos ao desenvolvimento sustentável ambiental, financeiro e humano. Obviamente que deles não fica de fora o direito à paz entre as nações e povos dos mais diversos e longínquos, também se inserindo o direito a defesa ao patrimônio histórico da humanidade e da propriedade privada, pois todos podem adquirir seu patrimônio e tê-lo protegido pelo direito positivo para que ninguém nele possa interferir. Há também o direito de expressão, comunicação de diversos modos, direito a falar e criticar em um modo democrático¹².

Já sobre os novéis direitos fundamentais de Quarta Dimensão, sustenta o professor Marcelo Novelino que os mesmos embora introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendendo os direitos à democracia, informação e pluralismo, ainda estão longe de terem sua efetivação "positivada" em todos os Países¹³.

É consenso na doutrina de que temos três espécie de direitos humanos, (liberdades individuais, sociais e coletivas). Todavia, é possível encontrar afirmações de que na quarta dimensão dos direitos fundamentais, os de quarta espécie, estes se traduziriam em pluralismo, democracia e direito à informação, já sustentando a existência de uma quinta espécie de direito fundamental, qual seja, o direito à paz, em virtude das mudanças que ocorrem nas sociedades e afetam diretamente a humanidade. Então, porque não dizer que nessa dimensão poder-se-ia consagrar o direito a felicidade, como um verdadeiro fecho dos direitos inerentes a espécie humana.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 15-23.

¹² GOZZO, Débora. **Informação e direitos fundamentais**: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34-40.

¹³ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 362-364.

2.3 O Direito e a busca pela/da felicidade

O dinheiro traz felicidade? As estruturas sociais que por vezes criamos por conta da posse do dinheiro, tais como condomínios fechados e escolas privadas nos prejudicam a todos ou melhoram nosso nível de felicidade? Quais são as fontes de felicidade então? As influências na felicidade variam por conta das relações familiares, da situação financeira, do trabalho, da comunidade, dos amigos, da saúde, da religião, da liberdade pessoal, dos valores pessoais, etc.? Qual é a verdadeira relação da felicidade com a vida humana? E como o Direito pode auxiliar na construção e efetivação desse sentimento?

Necessitamos, pois, nesse início de milênio discutir a felicidade como instrumento e objetivo de vida, visto que não se pode admitir que ela não esteja inserida em nosso dia a dia, obviamente com vistas a consecução do maior e, talvez, real e verdadeiro sentido da vida: o de chegar-se ao final dessa existência e poder verificar sua ocorrência.

É certo dizer que a busca da felicidade é um direito inalienável - que não pode ser doado, vendido ou entregue -, sendo que os governos foram encarregados de protegê-lo e de auxiliar os cidadãos a persegui-los, de encontrá-los, sugerindo uma relação entre as pessoas, o governo e os fins morais que devem reinar entre ambos, que por vezes pode ser flagrantemente contraditório com o liberalismo moderno que impera na atualidade, onde o Estado atual pensa insistentemente em deixar o mercado se regular, esquecendo-se que o mercado não possui sentimentos, que o mercado não promove ações, que o mercado não está sensível as vontades individuais, que o mercado não produz a efetiva felicidade. Tudo isso pode parecer uma observação histórica singular. No entanto, pode haver uma importação constitucional mais prática em um futuro não muito distante, onde chegaremos à conclusão de que o que importa é realmente ser feliz.

O que é felicidade então? Esta questão não tem uma resposta direta, porque o significado da questão em si não é claro. O que exatamente está sendo perguntado? Talvez se queira saber o que a palavra "felicidade" significa, podendo ser respondida como a existência do prazer, de se possuir uma vida de prosperidade, farta, abundante em bens materiais. No entanto, não é possível responder a essa pergunta até que se tenha alguma noção do que queremos dizer com a palavra felicidade. Qual uso de felicidade corresponde ao verdadeiro significado do termo?

Neste aspecto, vale a pena colacionar a ensinância da professora Bader Burihan Sawaia¹⁴:

A maior parte da literatura popular sobre a felicidade discute como se tornar mais feliz, com pouca atenção dada a se este é um objetivo apropriado, ou como vários meios de buscar a felicidade se medem do ponto de vista ético. Em termos mais amplos, como se deve a pessoa buscar a felicidade como parte de uma boa vida? A busca individual da felicidade também pode estar sujeita a normas não-morais, sendo a prudência a mais óbvia dentre elas. As normas prudenciais não precisam ser tão claras.

É claramente imprudente fazer da felicidade o foco de cada momento, mas duvidoso que isso tenha sido negado com frequência. No entanto, nunca considerar a felicidade também parece uma estratégia improvável para se tornar mais feliz. Se você está escolhendo entre várias ocupações que valem a pena, e tem boas evidências de que algumas delas farão com que você se sinta mal, embora uma delas seja altamente satisfatória, não pareceria imprudente levar essas informações em consideração. No entanto, fazer isso é apenas buscar a felicidade.

Então, para se poder pensar em uma resposta individual para a questão do que é felicidade, talvez seja preciso saber primeiro sobre a natureza do estado mental do atingido por este sentimento - a felicidade no sentido psicológico -, para que se possa então se chegar a uma resposta, ainda pouco afirmativa, é bom que se diga. Nesse caso, será necessário algum tipo de investigação psicológica, filosófica ou científica, que poderá culminar em respostas triviais como a felicidade é estar com bons amigos, com a família, é ter uma mansão, um carro de luxo. Essa, entretanto, não seria uma visão sobre a definição de felicidade, mas uma teoria sobre os tipos de coisas que tendem a fazer as pessoas felizes de forma pessoal, e que diferem de uma para a outra.

A felicidade que se busca entender é a coletiva, é a do homem mediano, aquela que não individualizada, e que pode ser apoiada pelo Estado, especialmente a brasileira, uma sociedade ainda cheia de amarras, de gritantes diferenças sociais, que refletem na queda que o País vem tendo no Ranking da Felicidade da Organização das Nações Unidas – ONU, ocupando atualmente a 28ª posição.¹⁵

¹⁴ SAWAIA, B. B. **Fome de felicidade e liberdade**. Educação e Participação. São Paulo: CENPEC-Fundação Itaú SocialUnicef, 2003. Disponível em: <http://www.cenpec.org.br/memoria/uploads/F547_055-05-00001%20Muitos%20lugares%20para%20aprender-OK.pdf#page=53>. Visualizado em 09.02.2019.

¹⁵ MACEDO, Roberto. **O Brasil vai bem em ranking da felicidade, mas...** O Estado de São Paulo. Disponível em <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,brasil-vai-bem-em-ranking-da-felicidade-mas,70002795547>. Visualizado em 07.08.2019.

3. O Direito a felicidade no modelo político e jurídico brasileiro

No pensamento político a tradição liberal moderna tende a assumir uma visão otimista da natureza humana, bem como das capacidades do indivíduo para uma escolha prudente que culmine em sua felicidade. Por essa razão, a preservação e a expansão das liberdades individuais, incluindo as opções das pessoas, são amplamente consideradas como um objetivo central, se não o objetivo, de governos legítimos. As pessoas devem ser libertadas para buscar a boa vida como elas a vêem e, além disso, o Estado deveria, em geral, ficar de fora do negócio de promoção do bem-estar, por consequência da busca do sentimento individual da felicidade.

Essa visão da boa sociedade repousa em pressupostos empíricos que são cada vez mais objeto de controvérsias. Se as pessoas sistematicamente e previsivelmente errarem na busca de seus interesses, principalmente por terem que escolher em diminutas opções postas pelo Estado e pela sociedade, então é desejável e possível que os governos elaborem políticas que ajudem a corrigir tais erros. Evidentemente, a intervenção do governo pode introduzir outros tipos de erros, e há algum debate sobre se tais medidas provavelmente causarão mais danos do que benefícios podem acontecer, inclusive se tais ações não poderão gerar mais infelicidade do que felicidade.

Embora isso possa ser um risco, além das questões de eficácia há questões morais sobre a promoção da felicidade pelo Estado, que recentemente se tornou um tema de debate tanto por causa da literatura sobre erros, quanto por pesquisas que sugerem que o foco tradicional dos esforços estatais para promover o bem-estar, o crescimento econômico, tem tido um impacto surpreendentemente fraco na felicidade¹⁶. Então, uma grande motivação para pensar a felicidade no objeto errado da política é que nem a felicidade, nem o bem-estar, são os focos apropriados para uma teoria que traga justiça e igualdade para todos. O que a sociedade exige do estado moderno, nessa visão, não é que nos faça felizes. Em vez disso, essa necessária justiça exige apenas que cada um tenha oportunidades suficientes (na forma de recursos ou capacidades, digamos) para alcançar uma vida boa, ou que cada um receba uma parcela justa dos benefícios da cooperação social, em todas as dimensões fundamentais do direito (da primeira à quarta).

¹⁶ GOZZO, Débora. **Informação e direitos fundamentais**: a eficácia horizontal das normas constitucionais, 2012, p. 34-40.

Por mais plausíveis que esses pontos possam ser, não está claro até que ponto eles se aplicam a muitas propostas de políticas baseadas na felicidade, salvo as afirmações mais fortes de que a felicidade deveria ser o único objetivo da política: muitas decisões políticas não se preocupam principalmente com questões de justiça social, nem com fundamentos constitucionais, o foco de algumas teorias de justiça ainda são insipientes, especialmente em países ditos em desenvolvimento como o Brasil, onde a diferença de classes é absurdamente injusta. A felicidade, então, “pode ser uma candidata fraca para a moeda” da justiça, mas ainda assim permanece uma grande preocupação política¹⁷. No entanto, a pressão por políticas baseadas na felicidade é uma condição recente no País, sendo que nos próximos anos tais questões provavelmente deverão receber consideravelmente mais atenção na literatura jurídica e filosófica brasileira.

O direito à felicidade não está de forma expressa escrito na Constituição Brasileira de 1988. Entretanto, está ligado diretamente ao princípio da dignidade humana, pois acredita-se que o ser humano não pode ser digno se não for feliz. Este direito também é conferido pela Organização das Nações Unidas - ONU como sendo “um objetivo humano fundamental”¹⁸, pregando que seus países-membros devem fazer com que ela – a felicidade - aconteça, adotando, para tanto, todas as medidas públicas necessárias. Para a ONU, a felicidade é questão de desenvolvimento de uma nação, sendo que um país desenvolvido teria “taxas” mais altas de felicidade, pois lá haveriam hospitais públicos, escolas públicas, áreas de lazer públicas, todos eficientes e de boa qualidade, além de melhores condições de vida. No caso brasileiro, em sendo o próprio Estado desidiioso na efetivação de instrumentos de política pública voltados para a sua busca, como podemos afirmar que temos a concretização da felicidade? Como dizer que alguém é feliz se convive com padrões nada confiáveis nos cuidados devidos com a sua saúde e a de sua família, nos padrões ambientais, na distribuição das riquezas produzidas pelo País?

Num país onde já é difícil que o governo disponibilize hospitais, escolas e moradia de qualidade aos mais necessitados, o que seria feito então em relação à busca da felicidade para aqueles que vivem em palafitas, em comunidades mal

¹⁷ SAWAIA, B. B. **Fome de felicidade e liberdade**. Educação e Participação. São Paulo: CENPEC-Fundação Itaú SocialUnicef, 2003. Disponível em: <http://www.cenpec.org.br/memoria/uploads/F547_055-05-00001%20Muitos%20lugares%20para%20aprender-OK.pdf#page=53>. Visualizado em 09.02.2019.

¹⁸ Organização das Nações Unidas - ONU. Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/07/onu-reconhece-busca-pela-felicidade-como-objetivo-fundamental.html>. Visualizado em 24.08.2019.

implantadas, em locais sem água potável, sem o mínimo de respeito as obrigações ambientais. Existe, pois, felicidade sob a ótica efetiva, constitucional e moral, para pessoas que são sujeitadas a esse tipo de vivência com violência?

Ao se tratar do direito à busca da felicidade no contexto brasileiro, uma questão de grande relevo que deve ser levada em consideração é a efetiva definição do objeto de sua tutela, bem como a utilização dos instrumentos postos ao cidadão brasileiro para sua concretização, tal qual já existem com os outros direitos fundamentais (vida, liberdade, etc.). Em algumas análises, o direito à busca da felicidade é identificado como direito à própria felicidade. Ele estaria próximo em se reconhecer ao titular do direito a garantia de um estado de felicidade, fazendo nascer um dever correspondente. Esse dever, que seria a face oposta do direito, recai contra o Estado e a coletividade, sendo que essa concepção do direito à busca da felicidade se assenta em um projeto coletivo de felicidade. Neste aspecto, Marcelo Souza Aguiar afirma que:¹⁹ “Indubitável que o evoluir do direito à felicidade, no espaço público-institucional, somente ocorre em uma dimensão ética e comprometida com o projeto de felicidade alheio. Não se pode ser feliz em meio à infelicidade alheia- salvo a patologia do egoísmo, que contrasta com o princípio da solidariedade”.

Tais concepções acerca do direito à busca da felicidade incorrem em um equívoco conceitual que deve ser enfrentado, em especial, pelos operadores do direito. Em primeiro lugar, o direito é à busca da felicidade e não à própria felicidade. O termo ‘busca’ está na própria essência do direito tratado. Assim como a busca é ato essencialmente do sujeito, o direito à busca da felicidade não pode ser simplesmente conceituado como direito à própria felicidade. Se o sujeito tem direito à felicidade, conclui-se, por simples raciocínio lógico, que a infelicidade seria um ilícito, ou seja, uma violação ao direito à felicidade como se positivado ele fosse (o que não seria ruim, embora ainda muito distante). Se a infelicidade fosse então um ilícito, poderia ela produzir suas consequências na ordem jurídica, como uma possível indenização por danos morais ou materiais, ou até mesmo uma obrigação de fazer a ser exigida do Estado (de todos, visto que o estado somos todos nós). De outra sorte, se temos o Direito à busca da Felicidade que pode e deve ser efetivado quando tratamos de políticas específicas para a defesa de bem essenciais a vida – o meio ambiente ecologicamente equilibrado por exemplo -, podemos entender que a felicidade poderá ser construída para todos, igualando suas necessidades básicas e

¹⁹ AGUIAR, Marcelo Souza. O direito à felicidade como direito humano Fundamental. Revista de Direito Social, São Paulo, p. 113-114, jul/set. 2008.

diminuindo as mazelas sociais, que fatalmente levam a infelicidade. Sobre tal aspecto, Saul Tourinho Leal defende que o direito à busca da felicidade “estaria implícito no texto constitucional, decorrente da cláusula geral de promoção à dignidade da pessoa (art. 1º, III, CRFB). A ideia de busca pela felicidade é anseio universal, independentemente de estar expressamente em documentos escritos. Trata-se de vontade que rompe barreiras geográficas, culturais ou econômicas”²⁰.

De fato, ao reconhecer que o direito à busca da felicidade decorre da dignidade da pessoa, estar-se-ia conferindo maior tutela à esfera jurídica do sujeito, reconhecendo o referido em seara de direitos essenciais, de direitos humanos, de direitos de primeira, segunda e terceira dimensões. Acreditar no contrário, é simplesmente apostar na distensão, o que não é bom nem para a sociedade brasileira, nem, tampouco, para a ainda recente formação de nosso País, que surgiu na comunidade de Nações para cumprir objetivos nitidamente de uma sociedade feliz.

Como referência no Direito Comparado, à busca efetiva do Princípio da Felicidade historicamente sempre esteve ligada a um dever de reconhecimento da mesma pelo Estado, podendo fazer menção a sua citação na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776, publicada em 16.06.1776²¹:

Declaração de direitos formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em assembleia geral e livre; direitos que pertencem a eles e à sua posteridade, como base e fundamento do governo.

I

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar **e obter felicidade** e segurança. **(gn)**

²⁰ LEAL, Saul Tourinho. **O princípio da busca da felicidade como postulado universal**. Brasília, agosto 2008. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/118/90>>. Visualizado em: 10.01.2019.

²¹ Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia. Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-irg%C3%ADnia-1776.html>. Visualizado em 04.08.2019.

Da mesma forma, referida menção se fez presente na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, lançada ao mundo em 04.07.1776²²:

Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário a um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno para com as opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação.

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a **procura da felicidade.**

Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar lhe a segurança e a **felicidade.(gn)**

No direito brasileiro o Princípio da Felicidade não está inserido de forma expressa em nosso ordenamento. Entretanto, podemos assentar que ele existe, travestido nos objetivos fundamentais que constituem o nosso País enquanto Nação. Segundo nossa *Lex Mater*²³:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

Embora a felicidade não esteja na normatização constitucional como um direito fundamental (artigo 5º/CF 88), se entendermos que a proteção jurídica desse direito inerente as relações humanas deve ser uma prestação estatal, estaremos a admitir que o direito a felicidade seria uma obrigação em face do Estado, que deve conferir segurança jurídica nessa relação de direitos humanos. Pode-se afirmar, então, sem um grande rigor científico, que se inexistente de forma expressa o direito à felicidade, o direito a sua busca aparece na jurisprudência pátria, de forma especial na do Supremo Tribunal Federal, tanto como uma obrigação de abstenção, quanto

²² Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. Disponível em: <https://escola.britannica.com.br/artigo/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Independ%C3%Aancia-dos-Estados-Unidos/481124>. Visualizado em 04.08.2019.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Visualizado em 06.08.2019

como um dever de cumprir uma prestação por parte do Estado, ou seja, o direito pode conferir ao(a) cidadão(ã) brasileiro um direito *a algo* em face do Estado.

Em julgamento histórico ocorrido no Plenário do STF, inerente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, no caso emblemático concernente à união homoafetiva, cujo Relator foi o Ministro Ayres Britto, ao se reconhecer a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, deixou-se claro que o Princípio constitucional da busca da felicidade decorre implicitamente do sistema constitucional vigente e, em especial, do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste aspecto²⁴:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO.

(...).

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana. Norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. **Direito à busca da felicidade.** Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

(...)

A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05-05-2011, Data de Publicação: DJe-198, Divulgado em 13-10-2011, publicado em 14-10-2011.

hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, **a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, *verbis*: 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. (gn)**

No mesmo sentido, o Excelso Pretório, por sua Segunda Turma, também já decidiu que²⁵:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF). O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

(...)

Tenho por fundamental, ainda, na resolução do presente litígio, o reconhecimento de que assiste, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Já enfatizei, em anteriores decisões, que o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar encontra suporte legitimador em princípios fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e da busca da felicidade. (gn)

Infelizmente em 26.12.2014, por conta do fim da legislatura, restou arquivada no Senado da República, a chamada PEC da Felicidade (Proposta de Emenda Constitucional) nº 19/2012, de autoria do Senador Cristóvão Buarque, que daria, se aprovada, uma nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, que passaria a ser assim definido:

Art. 6º São direitos sociais, **essenciais à busca da felicidade**, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 477754, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, Decisão Publicada em no DJe de 03.08.2011.

infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. **(gn)**.

A mesma não restou ter seguimento. Precisamos continuar dependendo da guarida do Poder Judiciário para que tão relevante Princípio possa ter sua efetivação concretizada. Espera-se, pois, que tal iniciativa seja retomada no Parlamento brasileiro, guarnecendo nosso arcabouço jurídico talvez com o Princípio dos Princípios, aquele que denota a única motivação e o único objetivo de vida, a busca incessante pela felicidade.

Considerações finais

Seria temerário traçar qualquer sustentação no sentido em dizer que Estado e o direito não tem interdependência, pois os dois são a face da mesma moeda. Sendo assim, a própria sociedade e seus pensadores, não devem perder tempo se preocupando com o fato de analisar se o Estado deveria ou não ser limitado em seus poderes. A limitação se dá por força do próprio direito, o direito constitucional. É ele também que promove a evolução e as transformações na sociedade, no próprio Estado, adequando-o ao período e a localidade em que deva ser aplicado, preocupado ou não com a felicidade da população, com o seu bem-estar físico, com a sua evolução, com o cumprimento da máxima de viver para ser feliz .

É notório que a sociedade sempre esteve no centro da discussão do Estado, seja enquanto simples seguidores das ordens dos governantes, ou considerados como elemento essencial na construção do Estado respeitador dos direitos, deveres e garantias fundamentais. Assim, após, a manipulação de alguns pelo Estado de Direito em relação à sociedade, sobreveio o atual Estado Democrático de Direito, tendo a finalidade precípua de observar e respeitar os direitos fundamentais, incluindo aí o direito a uma vida digna e a felicidade, noção que parece ser moderna em relação aos direitos fundamentais, mas que foi a própria base que sustentou a criação de Estados que tem, nos pergaminhos constitucionais, sua base de sustentação de cidadania, de direitos fundamentais, de cumprimento de objetivos de essência de vida, como sói ser o direito a busca pela felicidade, respeitando a tradição da lei natural que diz como a conformidade com a natureza social humana dos atos e relações sociais entre pessoas, pessoas e o Estado, denotam a própria natureza humana, e em particular sua natureza social que implica que determinados tipos de atos e relações estejam corretos, estejam em sintonia com os objetivos da existência de um povo, de sua individualidade, de sua participação nessa existência.

Por serem fundamentados na natureza humana, esses direitos não deveriam ser dados pelo Estado, muito menos sonhados de acordo com a preferência do mesmo. Deveriam ser inerentes a condição humana, refletindo o que é necessário para que um homem compreenda tudo do que a natureza humana é capaz, isto é, alcançar uma relação correta com a própria natureza humana, com seus sonhos e objetivos, de suas realizações, que culminam ao fim de sua existência em poder olhar para trás e dizer: fui feliz!

Esse o grandioso mistério da vida, que pode e deve ser estimulado pelo Estado, protegido pelo Direito, consolidado pela sociedade, conforme procurou demonstrar este trabalho.

Referências das fontes citadas

AGUIAR, Marcelo Souza. **O direito à felicidade como direito humano Fundamental**. Revista de Direito Social, São Paulo, p. 113-114, jul/set. 2008.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05-05-2011, Data de Publicação: DJe-198, Divulgado em 13-10-2011, publicado em 14-10-2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 477754**, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, Decisão Publicada em no DJe de 03.08.2011.

Declaração de Direitos do Bom Povo de Virginia. Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>.

Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. Disponível em: <https://escola.britannica.com.br/artigo/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Independ%C3%Aancia-dos-Estados-Unidos/481124>.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na constituição de 1988**; BITTAR, Eduardo C. B.; FERRAZ, (coords.). Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização. Osasco: Edifício, 2006.

GOZZO, Débora. **Informação e direitos fundamentais**: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEAL, Saul Tourinho. **O princípio da busca da felicidade como postulado universal**. Brasília, agosto 2008. Disponível em:
<<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/118/90>>.

LEFORT, Claude. **Esboço de uma gênese da ideologia nas sociedades modernas**. Tradução de Marilena de Souza Chauí. Disponível em:
http://cebrap.org.br/bv/arquivos/esboco_de_uma_genese_a.pdf -.

MACEDO, Roberto. **O Brasil vai bem em ranking da felicidade, mas...** O Estado de São Paulo. Disponível em <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,brasil-vai-bem-em-ranking-da-felicidade-mas,70002795547>.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3º edição. São Paulo: Editora Método, 2009.

Organização das Nações Unidas - ONU. Disponível em
<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/07/onu-reconhece-busca-pela-felicidade-como-objetivo-fundamental.html>.

SAWAIA, B. B. **Fome de felicidade e liberdade. Educação e Participação**. São Paulo: CENPEC-Fundação Itaú SocialUnicef, 2003. Disponível em:
<http://www.cenpec.org.br/memoria/uploads/F_547_055-05-00001%20Muitos%20lugares%20para%20aprender-OK.pdf#page=53>.

A PROTEÇÃO SOCIAL DO BRASIL NO QUE TANGE A ASSISTÊNCIA SOCIAL PARA MIGRANTES

Carla Borges Moreira Lourenço¹
Elaine Cristine Linhares²

Introdução

A presente pesquisa tem como objetivo demonstrar a relação de proteção dada ao imigrante no que tange o direito de acesso a Assistência Social Brasileira à Luz da Constituição Federal do Brasil de 1988, destinada a assegurar semelhantes Direitos para com os nacionais. Nesse sentido, a hipótese central deste trabalho vai no sentido de que o Princípio da Igualdade traz aos Imigrantes, que os mesmos perfazem igual Direito perante a Lei Brasileira estando no País. A Igualdade fundamenta uma proteção aos Imigrantes trazida pela Lei 13.445/2017, em detrimento da Constituição Federal, neste diapasão, como um resgate da condição de preservação Humana digna no Brasil.

Traz-se elencado os requisitos para concessão da assistência social no Brasil, bem como sua possibilidade de suspensão e cancelamento.

Mostra-se objetivamente como referência o julgamento do RE nº 587970/SP, tema 173 do Supremo Tribunal Federal, cujo em Repercussão Geral, concede-se a igualdade de Direitos dos nacionais para com os Imigrantes residentes no País.

Faz-se menção a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assegura o princípio da igualdade de reconhecimento como instrumento de ordem Internacional.

A Proteção Social no Brasil no que tange a Assistência Social para os Imigrantes que no país residam, demonstra mundialmente ser o Brasil, um país, além de fraterno, uma nação que reconhece ter como Direito Subjetivo esta benesse de garantia do mínimo essencial para a erradicação da pobreza, cuja advenha de fluxos migratórios.

1. DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

¹ Mestranda em Prática Jurídica Profissional Internacional em Direito das Migrações Transnacionais pela UNIVALI. Advogada. Email: cblourenco@gmail.com.

² Mestranda em Prática Jurídica Profissional Internacional em Direito das Migrações Transnacionais pela UNIVALI. Especialista em Jurisdição Federal pela UNIVALI. Advogada. Email: elainelinhares@yahoo.com.br.

No Brasil, o sistema da Segurança Social, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo a saúde, a previdência e a assistência Social, conforme dispõe o artigo 194 da Constituição Federal.

A Constituição Republicana de 1988 prevê que em seu art. 203 que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social³.

É um sistema de ordem contributiva e solidária, com equidade na forma de participação de custeio, isto é, os poderes públicos e sociedade contribuem para que se mantenha o sistema.

Está contido no artigo 195 da CF:

A Seguridade Social será financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta, nos termos da lei [...];

Todavia, neste composto de proteção, a filiação se dá de forma obrigatória, em que todo trabalhador que se enquadre na condição de segurado do sistema pelo seu regime geral, em não sendo amparado em outro regime.

Aos que compreendem não ter condições de prover seu sustento, nem serem providos pela própria família, e ainda, aos portadores de deficiência, estará assegurado um benefício mensal garantido no valor de um salário mínimo mensal na moeda vigente.

No Brasil, o benefício assistencial chama-se de Benefício Assistencial de Prestação Continuada, conhecido como BPC.

Esta prestação, o BPC, é pago pela previdência social, que visa garantir assistência a classe das pessoas que não tenham condições de manter sua própria subsistência.

Este Benefício Assistencial é garantia constitucional, disposto no artigo 203, inciso V da Constituição Federal⁴, sendo regulamentado pela Lei 8.742/93, que é a Lei Orgânica da Assistência Social, com sigla LOAS.

³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCYN, Gisele Lemos; KRAVCHYCYN, Jefferson Luís. *Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial*. In Forense. 11 ed., Rio de Janeiro. 2019, p.457.

⁴ Artigo 203, da Constituição Federal: A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social [...].

É de se destacar, que tal benefício, independe de interdição da pessoa idosa ou da pessoa com deficiência, apenas feito por requerimento administrativo, em que para condição de acolhimento, estejam preenchidas as regras para o atendimento.

Independente de onde esteja a condição de acolhimento do requerente, seja idoso ou pessoa com deficiência, o mesmo não terá prejuízo de impossibilidade de atendimento, assegurado conforme a lei nº 12.435/2011.

Tal benefício deve ser revisto a cada dois anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem⁵.

Como característica de benefício assistencial se é intransferível, por conseguinte, não gera pensão em caso de morte.

E, ainda, por força do Decreto nº 8.805/2016, o beneficiário que não realizar a inscrição ou a atualização no CadÚnico, no prazo estabelecido em convocação a ser estabelecida pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, terá o seu benefício suspenso⁶.

Havendo irregularidades na sua concessão ou na utilização por parte do beneficiário, o benefício será cancelado.

Por fim, o BCP não é benefício alvo de obrigatoriedade de contribuição, não gerando direito a pagamento de abono anual.

Pelo caráter assistencial, não pode ser acumulado com qualquer outro benefício (assim entendido as prestações de caráter pecuniário) no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego, ressalvados o de assistência médica e pensão especial de natureza indenizatória⁷

2. A LEI Nº 13.445/2017 FRENTE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCYN, Gisele Lemos; KRAVCHYCYN, Jefferson Luís. *Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial. In Forense*. 11 ed., Rio de Janeiro. 2019, p.466.

⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCYN, Gisele Lemos; KRAVCHYCYN, Jefferson Luís. *Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial. In Forense*. 11 ed., Rio de Janeiro. 2019, p.467.

⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCYN, Gisele Lemos; KRAVCHYCYN, Jefferson Luís. *Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial. In Forense*. 11 ed., Rio de Janeiro. 2019, p.468.

A Lei nº 13.445/2017⁸, no Brasil é a Lei da Migração, e dispõe sobre os direitos e deveres do migrante e do visitante, regulando sua entrada e estada no País, conforme seu artigo 1º.

Tal Lei, traz especificamente alguns princípios e garantias, os quais em consonância com a Constituição Federal brasileira, nortearão a política migratória.

Dentre todos os princípios, destaca-se o da igualdade, estampado no artigo 5º da CF⁹, que diz:

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 a propriedade [...]

Neste dispositivo Legal, em seu artigo 3º, inciso IX, são assegurados aos migrantes, igualdade de tratamento e de oportunidade, inclusive a seus familiares.

O que vem a mesma Lei reforçar, em seu artigo 4º, caput:

Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

Os direitos individuais e sociais fundamentais estão previstos, em condições de igualdade com os nacionais, [...] o que constitui um grande avanço em comparação com o Estatuto do Estrangeiro¹⁰.

Acontece que o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros, previsto no artigo 5º da Constituição, garante os direitos fundamentais e invioláveis e não pode ser restringido, sob nenhuma hipótese. Com base na condição migratória ou critério de residência¹¹

3. DA EQUIDADE NA ASSISTÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA PARA OS MIGRANTES

⁸ Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

⁹ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2018.

¹⁰ RODRIGUES, Gilberto M.A.; SILVA, Luiza Fernandes. Legislação Migratória nos países do Mercosul: um novo paradigma com enfoque em Direitos Humanos. Caderno de Debates: Refúgio, Migrações e Cidadania. Brasília, v. 13. N.13, 2018, p. 24.

¹¹ SPRANDEL, Marcia Anita. Leis Migratórias e conservadorismo parlamentar no Brasil: caso da Lei 13.445/2017. Caderno de Debates: Refúgio, Migrações e Cidadania. Brasília, v. 13. N.13, 2018, p. 50.

A consagração do Princípio da Igualdade em outros instrumentos de direito internacional, nomeadamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem cujo artigo 6º diz:

Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento em todos os lugares da sua personalidade jurídica.

Por força do Acordo de Seguridade Social que vigora entre o Brasil e Portugal, o Decreto nº 8.805, de 07.07.2016, estendeu o BPC às pessoas de nacionalidade portuguesa, desde que comprovem residência no Brasil e atendam a todos os demais critérios estabelecidos no Regulamento (Decreto nº 6.214/2007)¹².

Outrossim, ao estrangeiro que venha a residir no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu o direito deste para concessão do benefício assistencial, através de Repercussão Geral ao julgar o RE 587970/SP.

Neste julgamento, o STF determinou para o tema:

Tema 173: "Os estrangeiros residentes no país são beneficiários da assistência social prevista no artigo V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais".

O senhor ministro Doutor Marco Aurélio de Melo, o Relator, firmou registro no texto do acórdão RE 587970/SP:

[...] A ideia maior de solidariedade social foi alçada à condição de princípio pela Lei Fundamental. Observem a ninguém ter sido oferecida a escolha de nascer nesta quadra e nesta sociedade, mas estamos todos unidos na construção de propósito comum. O estrangeiro residente no País, inserido na comunidade, participa do esforço mútuo. Esse laço de irmandade, fruto, para alguns, do fortuito e, para outros, do destino, faznos, de algum modo, responsáveis pelo bem de todos, inclusive daqueles que adotaram o Brasil como novo lar e fundaram seus alicerces pessoais e sociais nesta terra. Em verdade, ao lado dos povos indígenas, o País foi formado por imigrantes, em sua maioria europeus, os quais fomentaram o desenvolvimento da nação e contribuíram sobremaneira para a criação e a consolidação da cultura brasileira. Incorporados foram a língua, a culinária, as tradições, os ritmos musicais, entre outros [...].

Sobremaneira, ao migrante que esteja em território brasileiro, lhe será garantido, a condição de igualdade com os nacionais, sendo-lhe assegurados regulação de direitos em Lei própria de número 13.445/2017 de 24.05.2017.

¹² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCYN, Gisele Lemos; KRAVCHYCYN, Jefferson Luís. *Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial. In Forense*. 11 ed., Rio de Janeiro. 2019, p.466.

Porquanto, somente ao estrangeiro que vier a residir no Brasil, terá pelo País o auxílio do benefício assistencial; assim fazendo jus pela condição precária econômica de necessidade, do contrário, os que se encontrarem em discordância ao não atendimento da lei brasileira, demonstrarão o impedimento de serem atendidos neste sentido pelo Estado.

Considerações Finais

O beneficência aos desamparados, pela obrigatoriedade de assistência do Estado para com estes, demonstra que o Brasil, é sim, um país preocupado com a eliminação da forma aguda de pobreza humana. Em um contexto formal de Lei, obriga os poderes públicos a prover em patamar mínimo o amparo ao migrante no País. Conferindo a este, a gama de direito trazida no artigo constitucional n. 6, perfazendo como direitos sociais, a assistência aos desamparados na forma da Constituição. Neste momento histórico, em que mundialmente o Brasil é um país em crise, seja política, quer na investigação de interesses corruptos e desvios financeiros elevados, ainda, prevalece o rigor ao benefício à situação precária aos que não desejaram a condição de pedintes em desamparo social. A nova Lei de Migração, Lei nº 13.445/2017, é um avanço mundialmente demonstrado. Políticas de inclusão públicas e acesso às comunidades devem ser consideradas, a ponto que os imigrantes possam ter respeitados os seus direitos igualmente aos nacionais elencados constitucionalmente. Em que os fluxos migratórios quando vierem a ocorrer, sejam menos dolorosos, uma vez que, já existe a principal barreira enfrentada pelos imigrantes: o idioma diferente da língua materna falada. Diante desta barreira, sabe-se que encontrar trabalho na condição de migrante, torna-se algo bastante desafiador, complexo e muitas vezes longe de atingir. E, o mínimo para se alimentar, deve ser assegurado pelo Estado, de forma concreta. Os conflitos bélicos no mundo já fizeram vítimas em muitos anos, em decorrência da escassez. Privar um ser humano do mínimo, seja ele nacional, ou estrangeiro, seria, ou se é, uma condenação de morte: em vida.

Diante desta realidade, em que o Brasil assegura igualdade de proteção social, tem-se perante o imigrante, respeito, e também consciência de que ele no país vivendo, possa buscar por novos recursos, a partir da busca pelo do trabalho, pela educação e manutenção de sua família.

Mas para que o Brasil deve preocupar-se com os imigrantes? É ao responder esta pergunta que se pode intencionar a grandeza e a necessidade do oferecimento

de assistência social aos que dela necessitem e venham a preencher os parâmetros de necessidade pesquisados e equacionados para a concessão da benesse. O Princípio da Igualdade é, além de tudo, um limite ético, humanístico, que faz com que pessoas se igualem em condições a outras pessoas. É um princípio que rompe o paradigma da diversidade humana, a condição de diferente local de nascimento do ser humano, com a aquiescência em diploma legal.

Nesse sentido, a pesquisa denotou que o Princípio da Igualdade é inerente ao direito do Estrangeiro a residir no Brasil, pois é dele que se chama a participação do Estado na responsabilização social de assistência.

Nesse sentido, pode-se confirmar a hipótese central da pesquisa, pois o Princípio da Igualdade é o definidor de que todos devem ser iguais a Lei, sem distinção de qualquer natureza.

Referência das Fontes Citadas

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCYN, Gisele Lemos; KRAVCHYCYN, Jefferson Luís. Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial. In Forense. 11 ed., Rio de Janeiro. 2019, p.457.

Artigo 203, da Constituição Federal: A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social [...].

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCYN, Gisele Lemos; KRAVCHYCYN, Jefferson Luís. Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial. In Forense. 11 ed., Rio de Janeiro. 2019, p.466

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCYN, Gisele Lemos; KRAVCHYCYN, Jefferson Luís. Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial. In Forense. 11 ed., Rio de Janeiro. 2019, p.467.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCYN, Gisele Lemos; KRAVCHYCYN, Jefferson Luís. Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial. In Forense. 11 ed., Rio de Janeiro. 2019, p.468.

Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2018.

RODRIGUES, Gilberto M.A.; SILVA, Luiza Fernandes. Legislação Migratória nos países do Mercosul: um novo paradigma com enfoque em Direitos Humanos. Caderno de Debates: Refúgio, Migrações e Cidadania. Brasília, v. 13. N.13, 2018, p. 24.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

12º Seminário Internacional de Democracia e Constitucionalismo
Universidad de Alicante - Espanha
Setembro de 2019

SPRANDEL, Marcia Anita. Leis Migratórias e conservadorismo parlamentar no Brasil: caso da Lei 13.445/2017. Caderno de Debates: Refúgio, Migrações e Cidadania. Brasília, v. 13. N.13, 2018, p. 50.

<<https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> acesso em 11.agos.2019

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCYN, Gisele Lemos; KRAVCHYCYN, Jefferson Luís. Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial. In Forense. 11 ed., Rio de Janeiro. 2019, p.466.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649377>> acesso:22 ago 2019.

A TEORIA DO RECONHECIMENTO DE HONNETH E A LUTA PELA INCLUSÃO SOCIAL

Alan Felipe Provin¹

Introdução

Vive-se em uma era marcada por instituições democráticas. Diversos países que por muitos anos viveram sombrios tempos autoritários migraram para um projeto de Estado Democrático.

Contudo, isso não implica dizer que ao se intitular democrático, um Estado soberano de fato pratique a democracia. Podem ser visualizados diversos procedimentos ou resquícios democráticos, mas afirmar que se vive em uma democracia plena pode se tornar falacioso quando aprofundada a temática.

Isso pois diversos grupos permanecem excluídos da participação política, da ilusão de democracia, dos meios de dignificação e atribuição de direitos.

Diante disso, a presente pesquisa objetiva analisar a Teoria do Reconhecimento desenvolvida por Axel Honneth, de maneira a adequá-la às lutas sociais por inclusão de grupos historicamente deixados à margem da civilização.

Justifica-se o presente debate pela relevância das teorias de reconhecimento no campo do direito para diminuir ou ao menos reduzir as desigualdades existentes nas sociedades plurais.

Levanta-se a problemática em torno da possibilidade de aplicação das teorias de Axel Honneth no cenário atual, para inclusão social. Como hipóteses, cogita-se uma premissa positiva, em virtude da atualidade das suas teorias, e outra negativa, diante da insuficiência teórica e/ou prática de suas constatações.

Para responder à problemática, o artigo é dividido em duas seções: a primeira debatendo e descrevendo a teoria de Honneth, objetivando melhor elucidá-la; e, a

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante, Espanha, e em Ciência Jurídica pela UNIVALI, onde foi bolsista do Programa de Bolsas do Fundo de Apoio à Manutenção e ao Desenvolvimento da Educação Superior (FUMDES). Especialista Lato Sensu em Direito Civil, em Direito Constitucional e em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial. Professor de Graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), e de Pós-Graduação Lato Sensu na UNIVALI, UNOESC e UNOCHAPECÓ. Tabela de Notas e Protestos. Pinhalzinho/SC. Endereço eletrônico: alanprovin@hotmail.com.

segunda, aplicando os conhecimentos da teoria do reconhecimento e da reificação nas lutas sociais por inclusão.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação² foi utilizado o Método Indutivo³, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁴, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente Artigo é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

1. A teoria do reconhecimento

Para início do debate proposto, fazem-se necessárias reflexões preliminares sobre a teoria do reconhecimento, com base em seu principal idealizador, Axel Honneth.

A vida em sociedade tornou a humanidade mais forte politicamente, habilitando-a para criar tecnologias, ligar pessoas, ocasionar guerras, aquecer a economia, desenvolver pesquisas, proporcionar segurança ao grupo entre outras benesses. Com base nisso, as pessoas passaram a sentir a necessidade de se sentir parte desse todo, seja por imposição do próprio sistema capitalista, seja por questões íntimas de realização.

² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁴ 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.

⁵ “[...] 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. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

Mas, da mesma forma que a globalização foi capaz de ligar tantas pessoas de diferentes maneiras e por diferentes motivos, ela também teve o cruel condão de esquecer outras, deixando-as às margens de qualquer inclusão.

E essa ignorância para com o outro, para com outras formas de vida ou para com outras situações que ocorrem ao redor do indivíduo e da sociedade, fomenta o que se pode denominar de "reificação".

No curso da civilização, é perceptível a condição humana de dominação sobre a natureza e sobre a reificação social, precisamente porque os seres humanos racionalizam o conhecimento de controle sobre como aliviar a sociedade acerca da sua contingência situacional.⁹

Reificação pode ser definida, pelas lições clássicas de Lukács, como uma forma de hábito de pensamento ou perspectiva por meio dos quais os homens perdem sua capacidade de engajamento interessado em relação a pessoas e acontecimentos, e, assim, sendo, se transformam em meros observadores passivos. Heidegger, por sua vez, aduz que ocorre quando as pessoas não adotam comportamento cognitivo diante da realidade, mas se relacionam com o mundo conforme a realidade que lhes seja dada como um campo de significações práticas. Dewey complementa no sentido de que a reificação tratar-se-ia de um distanciamento reflexivo em virtude do qual aquelas experiências qualitativas de interação perdem-se em função dos fins estabelecidos pelo conhecimento.¹⁰

Honneth, ao estudar os três pensamentos mencionados, afirma ser, então, o processo pelo qual a perspectiva participativa é neutralizada, de maneira que acaba beneficiando outros elementos sociais. A partir do momento que se perde o vestígio de que o conhecimento se deve à adoção de uma postura de reconhecimento, desenvolve-se a tendência de perceber os outros seres humanos meramente como objetos insensíveis, ou seja, "nos falta por assim dizer, o sentimento de vínculo que seria exigido para que também fôssemos afetados por aqueles que percebemos". Logo, o mundo passa a ser visto como uma totalidade de objetos meramente observáveis em que faltam todos os impulsos ou sensações físicas.¹¹

Dessa forma, pode-se afirmar que a reificação é causa e até mesmo consequência de uma falta de reconhecimento de pessoas ou de circunstâncias que

⁹ HONNETH, Axel. **The Critique of Power**: reflective stages in a critical social theory. Translated by Kenneth Baynes. Baskerville: First MIT Press edition, 1991, p. 60.

¹⁰ HONNETH, Axel. **Reificação**: um estudo de teoria do reconhecimento. Tradução de Rúron Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 87.

¹¹ HONNETH, Axel. **Reificação**: um estudo de teoria do reconhecimento. p. 88.

existem ao redor do indivíduo. Existem, mas que não saem do campo de existência para o campo do reconhecimento.

A vida humana não é possível em um mundo em que não se esteja direta ou indiretamente reconhecendo a presença de seres humanos. As atividades humanas são condicionadas pelo fato de que as pessoas vivem juntas. Isso faz com que a capacidade humana para organização política também lhe seja inerente.¹²

Em consonância nos pensamentos de Mead e Hegel, é possível afirmar que a reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma autorrelação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais.¹³

Honneth afirma que são três as formas de reconhecimento recíproco para o indivíduo: a) as relações de amor, em que o reconhecimento se dá pela afeição que recebe dos mais próximos, pela afetividade construtiva de relações sociais, base para o desenvolvimento de todos os outros aspectos, sendo que nas relações de amor é que é possível construir confiança em si mesmo e autoconfiança nas relações entre parceiros, amigos e familiares, cujo desrespeito levaria à agressão ou maus tratos físicos ou psicológicos; b) a legalidade, ou o reconhecimento jurídico, por meio do qual são reconhecidos iguais direitos na comunidade, em que o sujeito desenvolverá a percepção de que é membro de uma comunidade que lhe tutela direitos protetivos, sendo que a transgressão a ele ocasionaria na exclusão social, negando-lhe direitos e existência; e, por fim, c) o princípio do êxito, da estima social, ou solidariedade, em que devem ser consideradas as particularidades de vida de cada pessoa e sua forma cultural em determinada sociedade, fazendo com que o sujeito reconheça em si mesmo essas virtudes e como membro essencial da comunidade, em que sua ofensa ocasionaria a depreciação da sua estima, a degradação à sua personalidade.¹⁴¹⁵ Um sujeito só consegue obter reconhecimento jurídico quando, previamente, é reconhecido como membro ativo da comunidade em função da

¹² ARENDT, Hannah. **The Human Condition**. Second Edition. Chicago: University Of Chicago Press, 2018, p. 22-24.

¹³ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 155.

¹⁴ SCHULZ, Rosângela. As contribuições da Teoria do Reconhecimento no Entendimento das Lutas Sociais das Mulheres em Condições de Extrema Pobreza. In: **Mediações**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 184-201, jul-dez. 2010.

¹⁵ TOMASI, Rubilar. A Teoria do Reconhecimento de Honneth e as Contribuições para os Processos Educativos. Florianópolis: XanpedSul, 2014, p. 11-12

posição que ocupa nessa mesma sociedade. Por outro lado, a valoração social trata-se das propriedades da sua singularidade, o que o difere dos demais.¹⁶

Interessante se faz, no presente momento, apresentar quadro comparativo e explicativo das diferentes dimensões apresentadas por Honneth¹⁷, para a estrutura das relações sociais de reconhecimento.

Modos de reconhecimento	Dedicação emotiva	Respeito cognitivo	Estima social
Dimensões da personalidade	Natureza carencial e afetiva	Imputabilidade moral	Capacidades e propriedades
Formas de reconhecimento	Relações primárias (amor, amizade)	Relações jurídicas (direitos)	Comunidade de valores (solidariedade)
Potencial evolutivo	-	Generalização, materialização	Individualização, igualização
Autorrelação prática	Autoconfiança	Autorrespeito	Autoestima
Formas de desrespeito	Maus-tratos e violação	Privação de direitos e exclusão	Degradação e ofensa
Componentes ameaçados da personalidade	Integridade física	Integridade social	"Honra", dignidade

Então, o reconhecimento recíproco ocorre quando os sujeitos desenvolvem a prática da dedicação afetiva, de reconhecimento jurídico e de uma estima social que lhes permita referir-se positivamente a suas propriedades e capacidades concretas, de maneira que consigam respeitar as particularidades e diferenças de cada um.¹⁸

¹⁶ SAAVEDRA, Giovanni Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. In: **Civitas**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 9-18, jan-abr. 2008.

¹⁷ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. p. 211.

¹⁸ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. p. 198.

Neste ponto, é importante que se frise que é necessário que o processo de conhecimento do mundo seja precedido, já no campo genético e categorial, do próprio reconhecimento. Os esforços para adquirir conhecimento tendem a se malograr ou se perder se seu sentido se não for atentado ao fato do reconhecimento prévio. Assim, você reconhece algo ou alguém para, em seguida, poder conhecê-lo.

Dito isto, percebe-se que o processo de reificação pode ser observado como um meio pelo qual, em virtude do fim almejado, esquece-se do reconhecimento de outros fatores. Ou seja, deixa-se de dar atenção ao fato de que, na aquisição do conhecimento, o próprio ato de conhecer é subordinado a um reconhecimento prévio.¹⁹ Nas situações econômicas e políticas, é facilmente constatada essa forma de reificação quando para obtenção de determinados objetivos, pessoas, Estados ou entidades neutralizam a existência de outros fatores, pessoas ou circunstâncias subjacentes.

Além do “esquecimento”, é possível perceber um processo de reificação quando, por questões internas (preconceitos, prioridades, esquemas de pensamento, por exemplo), deixa-se de dar atenção a determinados fatos sociais, ou dá-se atenção a alguns de maneira seletiva. Isso pois, por vezes, “percebemos animais, plantas e coisas de uma forma objetiva sem considerar que estes possuem uma multiplicidade de significados existenciais para as pessoas à nossa volta e para nós mesmos”. Cria-se então um modelo de comportamento que trata os membros de determinados grupos de pessoas como “coisas”, porque seu reconhecimento prévio foi negado²⁰

Assim, de maneira muito breve, pôde-se verificar, dentro da teoria de Honneth, a conceituação da reificação nas relações sociais, a teoria do reconhecimento de situações, fatos, vidas e circunstâncias, e a “coisificação” existente quando o reconhecimento é olvidado.

Dessa forma, parte-se, agora, para a questão da teoria do reconhecimento como meio fomentador de vidas e realizações das pessoas dentro de uma sociedade.

2. A teoria do reconhecimento e a luta por inclusão

A prática de exclusão social sempre se deu de maneira muito natural: em geral, todos os que não fossem economicamente independentes foram excluídos dos

¹⁹ HONNETH, Axel. **Reificação**: um estudo de teoria do reconhecimento. p. 69-89.

²⁰ HONNETH, Axel. **Reificação**: um estudo de teoria do reconhecimento. p. 90-125.

direitos mais elementares. A naturalidade em que somente homens de classe economicamente independente tomavam parte das decisões e processos políticos de formação de vontade pública fez com que tudo o que ali fosse tomado como “correto” fosse assim universalmente considerado, bem como fez com que todas as vidas públicas que se estabeleceram de maneira paralela passassem a ser consideradas de plebeias ou marginais.²¹

Em uma população cada vez maior, de imigrações em massa, de profundas desigualdades sociais, não se pode deixar essas situações à mercê das forças do mercado e da livre competição geopolítica entre nações. É perceptível como, na primeira metade do século da industrialização, a Inglaterra e outros países dessa onda inovadora foram marcados por duras condições sociais, em que muitos foram deixados à margem da era industrial.²²

Se a população mundial em 2015 era de 6,3 bilhões de pessoas, aproximadamente cinco bilhões delas estavam no primeiro degrau de desenvolvimento econômico. Ou seja, cinco sextos da população mundial vivendo em extrema pobreza.²³

Nesse contexto, a luta pelo reconhecimento de identidades coletivas das minorias oprimidas visa superar a cisão ilegítima da sociedade. O desafio é tanto maior quanto mais profundas forem as diferenças religiosas, raciais, étnicas, econômicas, culturais e até mesmo as discrepâncias históricas.²⁴

A luta de classes em conflitos sociais para redistribuição igualitária de riquezas limitou por muito tempo as dimensões morais e culturais que não podem ser compreendidas como meros reflexos de estruturas de classes. Logo, pôde-se perceber que, muitas vezes, essas lutas por reconhecimento são independentes entre si, sem seus mais diversos feixes.²⁵

Assim, a luta social acaba por se transformar em um processo prático no qual experiências de desrespeito individuais são interpretadas como desrespeito de um

²¹ HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 491.

²² SACHS, Jeffrey D. **A Riqueza de todos: a construção de uma economia sustentável em um planeta superpovoado, poluído e pobre**. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008, p. 14.

²³ SACHS, Jeffrey D. **The End of Poverty: economic possibilities for our time**. New York: Penguin books, 2015, p. 51.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 355.

²⁵ SAFATLE, Vladimir. Por um Conceito “Antipredicativo” de Reconhecimento. In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 94, 2015, p. 79-116.

grupo inteiro, de forma que elas podem influir na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento. Isso pois os sentimentos de injustiça fomentam ações coletivas perante a denegação do reconhecimento jurídico ou social.²⁶

As minorias, as culturas, nações em geral e outros grupos historicamente vulneráveis se defendem da opressão, marginalização e desrespeito e lutam pelo reconhecimento das identidades coletivas, lutas essas que objetivam, em um primeiro momento, seu reconhecimento cultural, ainda que as desigualdades sociais, econômicas e a própria dependência política também costumem estar em jogo e influenciem esse processo.²⁷

Diversas são as situações invisíveis existentes nas mais diversas sociedades. No caso do Brasil, em específico, importante lembrar que de forma constitucional o Estado obrigou-se pela política de desenvolvimento urbano (art. 182), acesso à saúde (art. 196), educação (art. 205), seguridade social (arts. 194 e 203) e proteção à família (art. 206), além do objetivo fundamental de erradicação da pobreza e das formas de discriminação de qualquer natureza. Assim, esse mosaico reflete na proteção de pessoas que se encontram em situações de maior vulnerabilidade para aquisição de direitos no mundo material.²⁸

A crise da grande parte dos países da América é diagnosticada em diversos governos, de esquerda ou de direita, e que, apesar das suas divergências ideológicas, encontram um liame na falta de atenção a determinados problemas sobre o futuro, como guerras, educação, saúde, energia, imigração, pobreza, orçamento, entre outros. A falta geral de condições gerais tem tornado insatisfatória a vida em diversos países.²⁹

A formação de indivíduos que estejam aptos a enfrentar situações de desigualdade, falta de liberdade, exclusão, preconceitos e exploração talvez seja um dos grandes desafios na atualidade das sociedades complexas e plurais.³⁰

²⁶ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. p. 257-261.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. p. 353.

²⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Problemas dos Direitos Humanos das Pessoas em Situação de Rua no Brasil. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Pessoas em Situação de Rua**: invisibilidade, preconceitos e direitos. Brasília: Zakarewicz Editora, 2018, p. 12.

²⁹ SACHS, Jeffrey D. **The Price of Civilization**: reawaking american virtue and prosperity. New York: Random House, 2011, p. 13.

³⁰ TOMASI, Rubilar. A Teoria do Reconhecimento de Honneth e as Contribuições para os Processos Educativos. p. 15.

Os indivíduos só conseguem se compreender como pessoas independentes dotadas de uma vontade própria se contarem com direitos subjetivos que lhes concedam uma margem de ação que, protegida estatalmente, consigam uma prospecção de suas propensões, preferências e intensões.³¹

Nos últimos anos, muitos países perceberam, aos poucos, que o destino de seus cidadãos é comum, sendo necessária uma atividade governamental de maneira a garantir a cada um deles as mesmas oportunidades e os meios para participar do interior da sociedade.³²

Isso se denota inclusive quando constatado que muitas comunidades latino-americanas passaram a reconhecer a multiculturalidade presente em seu país em suas cartas constitucionais, assim como países de primeiro mundo como a Suíça, Canadá e Países Baixos que passaram a prever políticas de reconhecimento das diferenças culturais ali existentes.

A democracia hoje pode ser considerada como o maior princípio de legitimação da governança. A era da globalização é, também, a era da democracia.³³ E, por isso, o desenvolvimento includente requer a garantia do exercício dos direitos civis, cívicos e políticos, de forma que a democracia seja considerada um valor verdadeiramente fundamental e garantidora da transparência e responsabilização necessária para o funcionamento dos processos de desenvolvimento.³⁴

A cidadania compreende essencialmente a ideia de participação na vida política de determinado Estado, e é necessário o exercício de uma "cidadania cultural", em que, infelizmente, muitas das portas para sua efetivação encontram-se fechadas, não exploradas ou conhecidas. O passo inicial para a correção disso "é conhecer e reconhecer a nova principiologia do setor, que abandona a tradicional postura aristocrática de sua regência para fazê-lo operar e conviver no ambiente da democracia".³⁵

Logo, é possível afirmar que a teoria de reconhecimento de Honneth é elementar no estudo das inclusões e exclusões sociais, vez que o processo de

³¹ HONNETH, Aexl. **O Direito da Liberdade**. p. 128.

³² SACHS, Jeffrey D. **A Riqueza de todos: a construção de uma economia sustentável em um planeta superpovoado, poluído e pobre**. p. 14.

³³ DRYZEK, John S. Transnational Democracy. In: **The Journal of Political Philosophy**. vol. 7. n. 1, 199, p 30-51.

³⁴ SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento includente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 81.

³⁵ CUNHA FILHO, Humberto. **Teoria dos Direitos Culturais: fundamentos e finalidades**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018, p. 110.

integração democrática leva inexoravelmente o objetivo de diminuir o processo de reificação implantado culturalmente em muitas sociedades ao longo dos anos.

Ainda que não seja possível delimitar, num primeiro momento, quais sejam exatamente os meios para efetivá-la, é necessário afirmar que a partir do momento em que se reconhece alguém ou algum grupo como integrante e parte essencial da comunidade, atribuindo-lhe valor jurídico, com afeição e se destacam suas qualidades específicas e diferenciadoras dos demais, inicia-se um importante meio de criação de identidade nacional, de maneira inclusiva e democrática.

Assim, as políticas públicas devem estar voltadas ao interesse comum, mas reconhecendo e distinguindo as diversas manifestações culturais, de gênero, econômicas e políticas existentes, dando voz a todas elas.

Não se pode perpetuar o sistema de reificação política, de maneira que essas pessoas e situações continuem invisíveis aos olhos de um Estado Democrático de Direito.

Logo, as teorias de Honneth devem ser materializadas às pessoas e culturas existentes nos mais diversos meios, para que se concretize um ambiente inclusivo e reconhecedor do próprio povo, como forma de dignificar a sua existência em busca de uma pacificação social e global.

Considerações Finais

A democracia em vertigem é algo presenciado em diversos cenários globais. Em diversos países, a busca pelo alcance de um ambiente democrático ceifa milhares de vidas.

Tem-se que a concretização da democracia é algo tão importante quanto a própria dignificação da vida humana, podendo-se afirmar, inclusive, que aquela faz parte deste processo.

A partir disso, pôde-se perceber que Axel Honneth idealizou uma teoria por meio da qual os indivíduos pudessem se sentir parte de algo maior, de algum grupo. Depreende-se que teoria de Honneth pauta-se no reconhecimento da sociedade para com o indivíduo, e deste para consigo mesmo, se sentindo parte daquela.

No campo das lutas sociais, a teoria do reconhecimento urge, independente da época, como importante passo para o estabelecimento de uma democracia, diante da evidente segregação de diversos grupos.

Assim, o processo de reificação não deve prosperar em ambientes democráticos, como se a indiferença ao outro, àquele que se encontra em desvantagem histórica, social, econômica ou política, torne-se fenômeno natural.

Retomando à problemática proposta, denota-se que a teoria do reconhecimento merece reflexões no campo das lutas sociais atuais, pois, muito mais que um estudo no campo teórico, merece ser transplantada para o mundo fático, com políticas públicas suficientes para isso, confirmando-se a hipótese positiva levantada no âmbito introdutório, de maneira a considerá-la relevante e atual para o estudo das lutas sociais pelo reconhecimento de pessoas, direitos e realidades.

Por derradeiro, ressalta-se que a pesquisa não teve como objetivo esmiuçar quais seriam as providências a serem tomadas pelo poder público em busca do reconhecimento dos grupos sociais, mas apenas evidenciar a sua necessidade, para, em momento posterior, proceder-se ao debate prático em continuidade da pesquisa.

Referências das fontes citadas

ARENDDT, Hannah. **The Human Condition**. Second Edition. Chicago: University Of Chicago Press, 2018.

CUNHA FILHO, Humberto. **Teoria dos Direitos Culturais: fundamentos e finalidades**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018.

DRYZEK, John S. Transnational Democracy. In: **The Journal of Political Philosophy**. vol. 7. n. 1, 199.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

_____. **O Direito da Liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015.

_____. **Reificação: um estudo de teoria do reconhecimento**. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

_____. **The Critique of Power: reflective stages in a critical social theory**. Translated by Kenneth Baynes. Baskerville: First MIT Press edition, 1991.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Problemas dos Direitos Humanos das Pessoas em Situação de Rua no Brasil. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Pessoas em Situação de Rua: invisibilidade, preconceitos e direitos**. Brasília: Zakarewicz Editora, 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. In: **Civitas**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 9-18, jan-abr. 2008.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SACHS, Jeffrey D. **A Riqueza de todos**: a construção de uma economia sustentável em um planeta superpovoado, poluído e pobre. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

SACHS, Jeffrey D. **The End of Poverty**: economic possibilities for our time. New York: Penguin books, 2015.

SACHS, Jeffrey D. **The Price of Civilization**: reawaking american virtue and prosperity. New York: Random House, 2011.

SAFATLE, Vladimir. Por um Conceito "Antipredicativo" de Reconhecimento. In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 94, 2015.

SCHULZ, Rosangela. As contribuições da Teoria do Reconhecimento no Entendimento das Lutas Sociais das Mulheres em Condições de Extrema Pobreza. In: **Mediações**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 184-201, jul-dez. 2010.

TOMASI, Rubilar. **A Teoria do Reconhecimento de Honneth e as Contribuições para os Processos Educativos**. Florianópolis: XanpedSul, 2014, p. 11-12.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: REGULAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A EFETIVA INCLUSÃO SOCIAL

Clovis Demarchi¹
Christiane Jorge Rosa dos Santos²

Introdução

A sociedade atual tem-se mostrado mais solidária e acolhedora em relação às minorias sociais. Tanto é verdade que ações para diminuir o preconceito contra esses grupos são constantes, mediante recursos divulgados através da mídia televisiva ou redes sociais, ou por meio de manifestações públicas, e até mesmo em debates promovidos no seio educacional.

Uma dessas minorias que vem obtendo mais espaço é a das pessoas com deficiência. O histórico de marginalização e assistencialismo a que estavam relegadas deu lugar, primeiramente, à educação e à reabilitação; mais tarde à integração social e, atualmente, à inclusão.

Palavra em pauta, a acessibilidade é utilizada constantemente, representando não somente o acesso das pessoas com deficiência a lugares e serviços, mas também a outros elementos garantidores de seus direitos, adquirindo o protagonismo nas suas relações.

Neste sentido, o objetivo deste artigo é destacar a importância do Estatuto da Pessoa com Deficiência como meio de efetivação da inclusão social, possibilitando igualdade de condições para que as pessoas com deficiência possam ter autonomia e emancipação.

As Categorias a serem trabalhadas neste artigo são Estatuto da Pessoa com Deficiência, Pessoa com Deficiência, Inclusão Social, Princípio da Igualdade, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Políticas Públicas, cujos Conceitos Operacionais serão apresentados no decorrer da narrativa.

¹ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Capes 6). Membro do grupo de Pesquisa em Direito, Constitucionalismo e Jurisdição. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Univali (Capes 6), Especialista em Direito Processual Civil, Bacharel em Direito. Analista Judiciário do Poder Judiciário da União. Endereço eletrônico: kikasantos27@hotmail.com

Quanto à metodologia, foi utilizado o método indutivo com as técnicas da pesquisa bibliográfica e documental.

1. A Constituição como regulação da ordem jurídica

Os seres humanos, por sua própria natureza, vivem em sociedade. Grande parte dessas sociedades integram uma comunidade maior, a que se denomina Estado. Para Kelsen³, “O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional [...] é a personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui a comunidade”.

O Estado detém o monopólio da força e, nesse sentido, trata-se de uma organização política constituída por uma ordem coercitiva, correspondente ao Direito⁴. De acordo com o Direito Internacional, essa ordem jurídica é considerada somente se se prestar a regulamentar a conduta humana, sendo inferior apenas à ordem jurídica internacional, e se se impuser perante um determinado território⁵.

Segundo Dallari⁶, pode-se conceituar o Estado como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. Para ele, essa definição contém todos os elementos que compõem um Estado, quais sejam, o poder, que está implícito na noção de soberania; a política, na noção de bem comum; o povo; a territorialidade.

Essa ordem jurídica que constitui o Estado como instituição, que define os limites de sua soberania e que regulamenta a conduta do povo sob sua égide, é a Constituição. Como enfatizado por Miranda⁷:

Em qualquer Estado, em qualquer época e lugar, encontra-se sempre um conjunto de normas fundamentais, respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua atividade [...]. Encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre governantes e governados.

Diz-se que a Constituição constitui o Estado, assim como em qualquer outra comunidade algum corpo de normas desempenha papel semelhante, como o estatuto de um condomínio ou o contrato social de uma empresa, por exemplo. A Constituição,

³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3 ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.183.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. p. 191.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. p. 219.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral Do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119.

⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 165.

como ordem jurídica, é pensada como um sistema organizatório que se impõe tanto aos governantes, quanto aos governados, destinando-se a servir de fundamento do poder para assinalar a identidade da comunidade política⁸.

Segundo entendimento de Kelsen⁹, a função primordial da Constituição “[...] é determinar a criação de normas jurídicas gerais, isto é, determinar os órgãos e o procedimento de legislação e também – até certo ponto – o conteúdo de futuras leis”. Ela estabelece as normas fundamentais e as que garantem a convivência em sociedade e regulamenta o ordenamento jurídico, especificando as competências para legislar e os seus procedimentos, deixando em aberto a possibilidade de criação de novas leis, a serem instituídas de modo complementar.

Neste sentido, o ato legislativo é um ato de exercer a Constituição, cujos preceitos devem sempre ser respeitados, sob pena de declaração de inconstitucionalidade das leis derivadas. Se assim não for considerada, a Constituição perde a função de lei maior de um Estado.

Especificamente em relação à Constituição da República Federativa do Brasil, doravante denominada CRFB/88, há previsão expressa de controle de constitucionalidade do ordenamento infraconstitucional, de acordo com os modelos difuso (*incidenter tantum*) e concentrado.

Como salienta Miranda¹⁰, a Constituição se sobrepõe sobre todas as leis, na qualidade de lei suprema do Estado.

A Constituição é criada pelo Poder Constituinte, com caráter originário. Ela deve refletir a formação da sociedade, seus valores e culturas e aquilo que considera como bem maior: o direito à vida, o direito à propriedade ou o direito à liberdade, por exemplo. Sob esses fundamentos, impinge força vinculante às leis que se sobrevierem após sua promulgação e estabelece os elementos das relações sociais e as integrações políticas.

Miranda¹¹ sintetiza bem ao afirmar que a Constituição “é elemento conformado e elemento conformador de relações sociais, bem como resultado e fator de integração política. Ela reflete a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições económicas de uma sociedade”. O mesmo autor, ainda confirma que além dessas condições, a Constituição é a “expressão [...] dos valores

⁸ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. p. 166.

⁹ KELSEN, Hans. Teoria geral do Direito e do Estado. p. 260.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. p. 201.

¹¹ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. p. 210.

jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na comunidade política, [...] o instrumento último de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder”.

A Constituição representa, portanto, a lei suprema de um Estado, estabelecendo sua ordem jurídica e instituindo os direitos e garantias fundamentais, vinculando as relações entre governantes e governados, fixando a soberania estatal, sendo instrumento através do qual todos os ramos do Direito estão subordinados, dependentes da correlação que tenham com seus princípios basilares, a fim de serem considerados constitucionais.

2. O estatuto da pessoa com deficiência

A Lei 13.146, de 6 de julho de 2015¹², doravante denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD) ou Lei Brasileira de Inclusão, trouxe ao ordenamento jurídico o que Habermas denomina como “a inclusão do outro”, envolvendo a perspectiva dos direitos humanos no plano global e no âmbito interno dos Estados.

Contém 127 artigos, que buscam derrubar as barreiras que impedem a emancipação e o exercício da autonomia pela pessoa com deficiência.

De acordo com o Censo realizado no ano 2010 pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹³, há mais de 45 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência no Brasil, representando cerca de 23% da população total do país.

Cumprir destacar que a CRFB/88 fez uso da expressão “pessoa portadora de deficiência” (art. 7º, inciso XXXI; art. 23, inciso II; art. 24, inciso XIV; art. 37, inciso VIII; art. 40, § 4º, inciso I; art. 201, § 1º; art. 203, inciso V). Ainda que a CRFB/88 tenha sido vanguardista nesse aspecto, tal termo vem sendo substituído no ordenamento jurídico pela expressão “pessoa com deficiência”, em consonância com a Convenção da ONU. O significado dessa substituição representa a ruptura com a ideia de assistencialismo, na qual as pessoas com deficiência detinham um caráter

¹² BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 10 maio 2019.

¹³ IBGE. **Censo 2010**. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>. Acesso em 11 maio 2019.

secundário, adotando-se a nova expressão como forma de declarar a pessoa com deficiência como ente dotado de capacidades e direitos próprios¹⁴.

De acordo com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008¹⁵, e promulgada pela Presidência da República através do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009¹⁶, definem-se pessoas com deficiência como:

[...] aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Em análise a esse dispositivo, Fonseca¹⁷ entende que a deficiência não está na pessoa, mas “nas barreiras sociais que excluem essas pessoas do acesso aos direitos humanos básicos”, cabendo à sociedade, em obediência à Convenção da ONU, “buscar políticas públicas para que os detentores daqueles atributos outrora impeditivos se emancipem”.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência invoca o Princípio da Igualdade, e a não discriminação (art. 4º a 8º).

Estabelece o atendimento prioritário (art. 9º) nos casos de socorro, no atendimento de serviços ao público, na disponibilização de recursos humanos e tecnológicos que garantam o atendimento em igualdade de condições com as demais pessoas; no acesso às informações de comunicações que sejam acessíveis; no recebimento da restituição de imposto de renda e na tramitação processual, sendo esses direitos extensivos ao seu acompanhante ou ao seu atendente pessoal.

O Título II do EPCD trata dos direitos fundamentais, dispondo do direito que tem a pessoa com deficiência em consentir com os tratamentos médicos ou eventual

¹⁴ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 22-23.

¹⁵ BRASIL. **Decreto Legislativo n. 186**, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em 11 maio 2019.

¹⁶ BRASIL. **Decreto n. 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 11 maio 2019.

¹⁷ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p. 27.

internação que lhes sejam necessários (art. 10 a 13). Trata dos processos de habilitação e reabilitação (art. 14 a 17); do direito à saúde, através do Sistema Único de Saúde, sendo assegurada sua participação na elaboração das políticas de saúde a ela destinada (art. 18 a 26); do direito à educação, sendo vedada a cobrança de valores adicionais às pessoas com deficiência (art. 27 a 30); do direito à moradia, inclusive com previsão de proteção integral na modalidade de residência inclusiva e reserva de percentual das unidades habitacionais, nos casos de programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos (art. 31 a 33); do direito ao trabalho (art. 34 a 38); do direito à assistência social e à previdência social (art. 39 a 41); do direito à cultura, esporte, turismo e lazer (art. 42 a 45); dispondo, por fim, sobre o direito ao transporte e à mobilidade (art. 46 a 52).

Ao tratar da acessibilidade, nos artigos 53 a 62, o EPCD define que a acessibilidade é o direito “que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e participação social”¹⁸.

O termo acessibilidade indica livre acesso e possibilidade de que as pessoas com deficiência possam estar nos mesmos lugares que as demais pessoas, em igualdade de condições, com segurança, confiança e comodidade. Como referenciado por Leite¹⁹, “sem os espaços adaptados, não se tem acessibilidade, e, sem esta, não há direitos iguais, não há inclusão social”.

A acessibilidade engloba a aprovação de projetos arquitetônicos e urbanísticos ou de comunicação e informação; a fabricação de veículos de transportes coletivos e a respectiva prestação do serviço; a aprovação de financiamento de projetos com utilização de recursos públicos; a concessão de aval da União para obtenção de empréstimo ou financiamento internacionais por entes públicos ou privados. Dispõe, ainda, sobre o desenho universal, indicativo de acessibilidade.

Nos artigos 63 a 73, o EPCD trata do acesso à informação e à comunicação, entendendo Farias, Cunha e Pinto²⁰ como tal

¹⁸ BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

¹⁹ LEITE, Flávia Piva Almeida. Da acessibilidade. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 245.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado**. 3 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 195.

a possibilidade e condição de alcance para utilização, pelo deficiente, com segurança e autonomia, de sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo.

Na sequência (art. 74 e 75) dispõe sobre a tecnologia assistiva ou ajuda técnica, que, de acordo com o inciso III do art. 3º, se constitui em

produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, prática e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social²¹.

Ao final do Título III, trata sobre o direito da pessoa com deficiência à participação na vida pública e política (art. 76), encerrando essa primeira parte com o Título IV – Da ciência e tecnologia (art. 77 e 78).

Na parte especial, dispõe sobre o acesso à justiça (art. 79 a 83), garantindo à pessoa com deficiência esse acesso em igualdade de oportunidade com as demais pessoais, através de adaptações e recursos de tecnologia assistiva, sempre que requeridos, dispondo, também, nos artigos 84 a 87 acerca da garantia do direito ao exercício de sua capacidade legal.

Os crimes e as infrações administrativas vêm relacionados nos artigos 88 a 90, sendo puníveis as condutas discriminatórias; de apropriação de bens ou proveitos da pessoa com deficiência; o abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de abrigo ou congêneres; e a retenção ou utilização de cartão magnético, qualquer meio eletrônico ou documento da pessoa com deficiência destinados ao recebimento de benefícios, proventos, pensões ou remuneração ou à realização de operações financeiras, com vantagem para si ou outrem que não a pessoa com deficiência.

Por fim, nas disposições finais e transitórias, cria o Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Cadastro-Inclusão), administrado pelo Poder Executivo Federal e constituído por bases de dados, instrumentos, procedimentos e sistemas eletrônicos, além das alterações em dispositivos de textos legais.

De modo amplo, a Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, buscou prever todas as situações que envolvem a pessoa com deficiência, fundamentada nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, promovendo estratégias que vão além

²¹ BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

da repressão e combate à discriminação, inserindo a pessoa com deficiência nos espaços sociais.

3. O estatuto como meio de regulação

A CRFB/88 foi promulgada em 5 de outubro de 1988, trazendo inserções importantes a respeito dos direitos da pessoa com deficiência, em confluência com o Princípio da Igualdade. Em que pese, como já dito anteriormente, ter-se utilizado da expressão “pessoa portadora de deficiência”, tal expressão representou um avanço em relação às palavras antes utilizadas, até mesmo no ordenamento jurídico, como “inválidos”, “deficientes” e “incapazes”²².

Fonseca²³ assevera que os eufemismos que se referem às pessoas com deficiência, como “ceguinhos”, “mudos”, “aleijados”, entre outros, escondem a importância do debate sobre o assunto e “preservam a exclusão de modo quase leviano e evidentemente nebuloso e impreciso”.

Foi através da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência que se disseminou o uso da expressão “pessoa com deficiência”, com o objetivo de afastar a ideia de que são meras expectadoras da vida, sendo sujeitos apenas do assistencialismo ou das políticas de cunho tutelar, tornando-as coadjuvantes nas questões que lhes dizem respeito diretamente²⁴.

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, como salientado no capítulo anterior, foi ratificada pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008²⁵, e promulgada pela Presidência da República através do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009²⁶, com *status* constitucional, uma vez que a Convenção foi aprovada pelo parlamento brasileiro com quórum de três quintos em

²² FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p. 22.

²³ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p. 22.

²⁴ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**, p. 22-23.

²⁵ BRASIL. **Decreto Legislativo n. 186**, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

²⁶ BRASIL. **Decreto n. 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

cada uma das casas legislativas, em dois turnos, nos termos do § 3º do art. 5º da CRFB/88²⁷.

O fundamento da dignidade da pessoa humana e a igualdade estão diretamente relacionados à proteção dos direitos da pessoa com deficiência, ainda mais se levada em consideração a força constitucional com que promulgada a Convenção da ONU, precursora do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil. A dignidade da pessoa humana, no direito brasileiro, está prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Do mesmo modo, é enunciado no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁸, assim transcrito: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Fensterseifer²⁹ entende que a base filosófica moderna do conceito de dignidade humana encontra respaldo no pensamento do filósofo alemão Immanuel Kant, no sentido de ser contra qualquer objetificação da sua existência, em respeito às suas relações sociais e intersubjetivas.

Sarlet³⁰ define a dignidade da pessoa humana como “[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade [...].”

Ainda para Fensterseifer³¹, a dignidade humana tem um conceito mais amplo do que apenas o aspecto biológico ou físico, sendo construído e modelado segundo novos valores culturais e de acordo com o progresso das necessidades existenciais do ser humano, decorrentes do avanço civilizatório. Essas necessidades ultrapassam os limites de indivíduo, pois servem a todos os integrantes de determinada comunidade, com as mesmas necessidades e valores.

²⁷ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p.19.

²⁸ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 13 maio 2019.

²⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 31.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

³¹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. p. 33.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é algo inerente e preconizado não somente na nossa Constituição, como também no âmbito dos direitos humanos, sendo da essência da pessoa humana, que, por sua condição de ser, já é detentora de dignidade. Ela é “norma, e como tal deverá ser respeitada! A pessoa com deficiência é um ser humano, e como tal deve ser respeitada!”³².

Como premissa à garantia dos direitos da pessoa com deficiência, aliado ao respeito à dignidade humana, há de prevalecer o direito à igualdade.

É insuficiente, porém, que todos sejam tratados de forma igual, de maneira genérica e abstrata. Como dito por Piovesan³³, “Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença”, sendo necessário dar condições para que as pessoas com deficiência possam se nivelar com os demais, possibilitando-se igualdade de oportunidades, sendo sujeitos dos mesmos direitos.

Porém, deve haver respeito à diversidade e à diferença, assegurando-lhes um tratamento especial. Imperioso que ocorra, portanto, uma relativização do princípio da igualdade em face da dificuldade de integração social enfrentada pela pessoa com deficiência.

Por isso, a proibição de discriminação à pessoa com deficiência torna-se importante instrumento de rompimento com a cultura e o histórico de exclusão, intolerância e injustiça. Esse paradigma é um dos obstáculos que impedem o pleno exercício dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil e no mundo³⁴.

Dentro do conceito social adotado pela Convenção da ONU, a deficiência não é da pessoa, mas da sua interação com o ambiente e a sociedade em que vive. Piovesan³⁵ faz coro a tal assertiva: “[...] a deficiência deve ser vista como resultado da interação entre indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo”. De acordo com Mazzola e Lima³⁶, “[...] estratégias

³² LEITE, George Salomão. A dignidade humana e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p. 61.

³³ PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p.35.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p. 50.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p. 47.

³⁶ MAZZOLA, Marília Rodrigues; LIMA, Priscylla Gomes de. A acessibilidade como forma de efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. In: FIUZA, César (Org.); SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de (Coord.). **Temas relevantes**

sociais, ambientais, políticas e jurídicas que amparem e auxiliem no combate e superação dessas barreiras são fundamentais e necessárias”.

Fonseca³⁷ assevera que a deficiência, afora as barreiras sociais que promovem a exclusão do gozo dos direitos humanos básicos, deve ser superada com a implementação de políticas públicas que eliminem os obstáculos que impedem a emancipação da pessoa com deficiência. Afirmar, ainda, que “as medidas de cunho assistencial devem ser associadas a políticas públicas que assegurem a franca superação dos assistidos, para que assumam a direção de suas vidas e o gozo pleno de seus direitos humanos básicos”.

Em respeito à dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade relativizada, as pessoas com deficiência só poderão usufruir de igualdade de oportunidades com a existência de políticas compensatórias, que lhes garantam o acesso às mesmas oportunidades dos demais.

Por mais direitos que constem no EPCD ou na Convenção da ONU, nada disso é efetivo se o Estado deixar de agir em relação à proteção da pessoa com deficiência, omitindo-se na criação e implementação das políticas públicas. A ausência de políticas conduz à discriminação e à exclusão, distanciando-se dos objetivos do ordenamento jurídico.

Como meio de regulação, o EPCD encontra respaldo na Constituição e na Convenção da ONU. Para garantir a aplicação efetiva dos direitos nele inseridos, a gestão de políticas públicas que garantam a acessibilidade das pessoas com deficiência é medida que se impõe.

Considerações Finais

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi um marco importante no direito internacional, no sentido de trazer à discussão a necessidade de se dar às pessoas com deficiência as mesmas igualdades de condições para que possam participar ativamente da vida em sociedade.

Tendo sido ratificada no ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se incentivo à promulgação da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015 – Estatuto da Pessoa com

sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 192.

³⁷ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** p. 23-27.

Deficiência, visando a garantia de direitos fundamentais para que os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade fossem respeitados por todos.

Sabe-se que criar novos paradigmas é tarefa arduosa, mas o Estatuto da Pessoa com Deficiência vem com essa missão. Ele estabelece meios para a acessibilidade, que diz respeito não somente ao acesso físico a lugares e serviços, mas também à garantia de direitos que tornam a pessoa com deficiência autora de suas próprias ações.

A mudança de paradigma é necessária e urgente. As pessoas com deficiência não devem mais ser vistas como meras detentoras de direito assistencial, mas sim como protagonistas de suas vontades. No ambiente social deverão ser encontrados os meios indispensáveis ao gozo dos direitos fundamentais, como a saúde, a educação, o lazer. As ações afirmativas de inclusão buscam reparar um passado discriminatório, no alcance da igualdade.

Entretanto, as barreiras que impedem essa acessibilidade, ainda que prevista constitucionalmente, e também no EPCD, somente serão rompidas com a implementação eficaz de políticas públicas que garantam o sucesso do que está delineado no ordenamento jurídico.

Muita coisa já foi feita, não só no mundo como no Brasil, para a eliminação da discriminação e da exclusão das pessoas com deficiência, afinal, como salientado no decorrer deste artigo, as pessoas com deficiência representam 23% da população brasileira, de acordo com o Censo 2010 do IBGE, não constituindo necessariamente uma minoria, mas um grupo que necessita de atenção especial.

Portanto, nada mais justo que tenham reais condições de estarem incluídas na sociedade, de forma autônoma, podendo usufruir de todos os espaços e daquilo que estiver disponível para todas as pessoas.

Para tanto, deve-se salientar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, por mais direitos que tenha estabelecido, somente será eficaz se, em conjunto com ele, forem aplicadas políticas públicas para a efetiva inclusão destas pessoas na sociedade, como reflexo da valorização dos direitos humanos no tocante ao tratamento diferenciado, visando a igualdade social.

Referências das fontes citadas

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 186**, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em 11 maio 2019.

BRASIL. **Decreto n. 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 11 maio 2019.

BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 10 maio 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral Do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado**. 3 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

IBGE. **Censo 2010**. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>. Acesso em 11 maio 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3 ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Flávia Piva Almeida. Da acessibilidade. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEITE, George Salomão. A dignidade humana e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZOLA, Marília Rodrigues; LIMA, Priscylla Gomes de. A acessibilidade como forma de efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. In: FIUZA, César (Org.); SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de (Coord.). **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexos no ordenamento jurídico brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 13 maio 2019.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E DIREITO NA ROMA ANTIGA: A PRODUÇÃO NORMATIVA E A ATIVIDADE JURISDICIONAL NA REPÚBLICA TARDIA E NO PRINCIPADO

**João Henrique Pickcius Celant¹
Rafael Padilha dos Santos²**

Introdução

Roma deixou para a sociedade um legado incomensurável. Entre tantas coisas, os fundamentos dos sistemas jurídicos contemporâneos. Porém, o Direito Romano não deve ser visto como simples antepassado ou como versão arcaica de uma versão atual mais evoluída. O Direito Romano é fruto da genialidade de um povo que construiu um dos impérios mais célebres da humanidade. É um Direito guiado por princípios, principalmente o da equidade. É um Direito fruto da experiência, descoberto por meio de uma racionalidade jurídica invejável. O Estado não buscava ser o criador desse Direito, pois a justiça não é criação do Estado. Sendo esse último ponto o foco desse trabalho.

Com o objetivo de explorar essa tão diferente (para a atualidade) relação entre Estado e Direito, o presente trabalho investiga a relação entre o Estado e a produção normativa e a condução do processo no Direito Romano da época da República tardia e do Principado com o intuito de demonstrar as diferenças com a atualidade e proporcionar reflexões acerca do papel do Estado no Direito.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método indutivo a partir das informações coletadas por meio de fichamentos principalmente de obras clássicas italianas de Direito Romano, realizados na língua original, mas também por meio do complemento de outras obras, de outras nacionalidades, sobre o assunto.

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Derecho Público pela Universidad de Caldas - UCaldas. Professor universitário. jcelant@gmail.com.

² É Doutor em dupla titulação pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil) e pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Filosofia pela UFSC. Especialização em psicologia social pela Universidade Estatal de São Petersburgo (Rússia). Professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e também no Curso de Mestrado Profissional Internacional Conjunto em Direito das Migrações Transnacionais, coordena o Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito das Migrações Transnacionais, leciona na Graduação no Curso de Direito da UNIVALI, e também é advogado. E-mail: padilha@univali.br.

1. Objeto do estudo: qual Direito romano?

O Direito Romano é umas das mais notáveis e duradouras contribuições para a civilização: muitas das normas que regulam a vida social e econômica contemporânea no mundo ocidental se originaram em Roma e as instituições jurídicas romanas constituem parte vital da estrutura de diversos sistemas jurídicos contemporâneos³.

Cada povo em cada tempo há a sua particular vocação, deixa uma pegada à cansativa e inesgotável jornada da civilização. Os romanos, dotados de um instintivo senso de ordem e disciplina, que não desdenhava a assimilação de elementos estrangeiros, tiveram uma particular vocação para o Direito e para a Ciência Jurídica, a fim de transmitir durante séculos, tanto no Oriente como no Ocidente, o seu imponente sistema jurídico que se perpetua até os nossos dias e que constitui um elemento importante na unificação dos mais diversos povos da Europa. O direito romano forma ainda substância viva do patrimônio espiritual moderno⁴.

O objetivo desse trabalho é discorrer especificamente sobre o direito romano privado, que, conforme Luigi Lombardi, é o ramo do direito com maior amplitude e originalidade e aquele que teve o desenvolvimento mais contínuo e coerente e a maior influência sobre as civilizações e culturas jurídicas sucessivas. Para a Roma antiga, com direito privado entende-se a dinâmica unidade formada pelo direito material e processual, que não podem ser entendidos e estudados independentes um do outro⁵, diferindo da concepção moderna de processo como de âmbito público.

Além disso, deve-se estabelecer o período de estudo da história milenar da Roma antiga, pois diferentes épocas refletem diferentes direitos, não havendo um único Direito Romano unitário durante todo esse período. Dentro do período escolhido também não significa um direito estático durante todo esse tempo, mas simplesmente um direito que possui maioritariamente as mesmas bases e formas na qual se fenomeniza.

Seguindo a delimitação proposta por Lombardi, estabelece-se o período aproximativo da metade do séc. II a. C. até à metade do séc. III d. C. O término final pode ser fixado no ano 235, ano da morte do imperador Alessandro Severo que é

³ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. London; New York: Routledge, 2007. p. I.

⁴ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. Bologna: Licinio Cappelli, 1957. Storia di Roma v. 20. p. IX.

⁵ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1967. p. 1.

seguida de uma grande crise que modifica profundamente o Estado e o Direito Romano. O termo inicial não é tão fácil de precisar com uma data específica, porém corresponde ao momento em que os três núcleos principais do Direito Romano estão suficientemente formados e harmonizados na sociedade romana⁶.

Entende-se por esses três núcleos, de maneira genérica: o *ius civile*, o direito (costumes e lei escrita) que se aplica às relações entre os cidadãos romanos; o *ius gentium*, o direito que se aplica nas relações entre os cidadãos romanos e os estrangeiros; e o *ius honorarium*, o direito desenvolvido na prática pela atividade jurisdicional do pretor.

Segundo Michel Villey, esse termo inicial seria aproximadamente em 150 a. C., que corresponde ao início das grandes conquistas. Em algumas dezenas de anos, os romanos apossaram-se de Cartago, dos territórios contíguos da Grécia, da Ásia Menor, da Espanha, da Gália e, finalmente, de todas as terras às margens do Mediterrâneo⁷.

Como destaca Pietro de Francisci, esse momento histórico representa a passagem de uma Roma primitiva de agricultores e soldados para uma Roma imperial dominadora da bacia do Mediterrâneo e criadora de uma nova civilização unitária que também inclui as forças ainda vivas do mundo grego e oriental⁸.

Seguindo a divisão proposta por Mousourakis, tal período do Direito Romano corresponderia aproximadamente à República tardia (287 a. C. – 27 a. C.) e à primeira fase do Império ou Principado (27 a. C. – 284 d. C.). Do ponto de vista jurídico, corresponderia ao direito romano pré-clássico e clássico⁹. As décadas finais da primeira fase do Império, depois da morte de Alessandro Severo, ficam excluídas do estudo por corresponderem ao período chamado de anarquia militar, quando a crise já havia abalado os alicerces da sociedade político-jurídica romana.

Na segunda fase do Império Romano, ou Império Tardio, de 284 d. C. até 565 d. C., o poder, inclusive judiciário, é concentrado no Imperador e o Direito Romano é codificado e passa a ser mais focado nas normas escritas, mais semelhante à atualidade, deixando de ser o direito eminentemente prático da época anterior objeto do presente estudo.

⁶ LOMBARDI, Luigi. Saggio sul Diritto Giurisprudenziale. p. 2-4.

⁷ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Porto: Rés, 1991. p. 53-54.

⁸ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. 4. ed. Roma: Mario Bulzoni, 1968. p. 14-15.

⁹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 1-2.

2. O costume e a lei escrita

De acordo com Pietro Bonfante, na Roma antiga existiam duas formas fundamentais de se estabelecer o Direito: o costume e a lei. A distinção geral entre as duas fontes é feita pela forma externa pela qual se manifestam os seus preceitos: escrita é a lei, não escrita é o costume¹⁰.

O costume poderia ser definido como a observância espontânea da norma que corresponde à convicção jurídica do povo, possuindo dois requisitos: a convicção de que a norma deve ser observada como direito e a observância constante dela. Já a lei é o modo de formação do direito por obra de órgãos destinados expressamente a esse escopo.¹¹

A lei escrita é a fonte secundária e menor. Os órgãos responsáveis por produzi-la restam estranhos a uma ordem essencialmente interindividual que é o direito privado romano antigo. Antes, mais do que interindividual, é, em larga medida, interfamiliar, conjunto de relações entre chefes de famílias. Na estrutura do direito privado, permanece vivo um reflexo de uma antiga composição pluralística, federativa da cidade, de uma soberania pertencente aos chefes das famílias. O direito privado romano possui a forma interindividual, e não supraindividual. Os órgãos supraindividuais não possuem, por isso, competência, se não excepcional e integrativa, para regular as relações entre as pessoas¹².

As leis escritas não são mais do que algumas centenas, e delas apenas duas ou três dezenas fazem referência ao direito privado, e ainda assim somente de forma subsidiária e complementar a um corpo de normas que é pressuposto¹³. Assim, diferente da atualidade, raramente um juiz decidiria citando um artigo de lei¹⁴.

Como exemplifica Michel Villey, das poucas leis, a mais famosa é a lei das XII Tábuas, que provavelmente não compreende mais do que uma centena de muitos breves trechos de assuntos muito específicos, como "Se alguém partiu um osso a um cidadão livre, pagar-lhe-á 300 asses" ou "Se é culpado de violências ligeiras, pagar-lhe-á 25 asses". Não se encontram nela os grandes princípios do antigo Direito. Não

¹⁰ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. Firenze: G. Barbèra, 1896. p. 19.

¹¹ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. p. 20.

¹² LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 12-13.

¹³ Porém, como alerta George Mousourakis, isso não significa uma confusa massa de inconstantes costumes, mas sim uma duradoura tradição desenvolvida e transmitida por especialistas, primeiramente pelo colégio de pontífices e depois por juristas seculares. MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 1.

¹⁴ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 26.

há nada de comparável, por exemplo, entre a lei das XII Tábuas e os Códigos Civis contemporâneos¹⁵.

Pietro Bonfante destaca que somente em matéria de procedimento que a lei das XII Tábuas foi mais minuciosa e detalhista, provavelmente com o objetivo de garantir maior estabilidade e certeza na aplicação dos costumes, verdadeira fonte dos direitos, evitando violências e abusos. Questões como propriedade, matrimônio, divórcio, são instituições pressupostas que a lei não menciona a não ser para sancionar algumas questões muito específicas¹⁶.

O povo romano, que possui inato em si o sentido do Direito, possui uma certa relutância, principalmente em matéria de direito privado, em relação à lei escrita, e não produziu, na época em estudo, nenhuma codificação no sentido moderno da palavra, pois entendiam que enrijecer o sistema jurídico com uma codificação tornaria difícil o desenvolvimento contínuo do Direito¹⁷.

3. O processo jurisdicional

Como se pode depreender da seção anterior, a constituição do direito privado na Roma antiga não foi do tipo legislativo, ou seja, por meio da emanção de normas gerais, mas prevalentemente do tipo judiciário e processual. O juízo não é constituído da aplicação de uma norma abstrata que vale para todos os cidadãos, mas de uma concreta que se aplica somente às partes. O processo é secundário perante as relações interindividuais, as pressupõe e se limita a restabelecê-las e restaurá-las, talvez prolongá-las. Mas exatamente por isso, quanto mais rigorosa é a estrutura interindividual do Direito, tanto mais o meio central de pôr autoritariamente o Direito é por meio do processo¹⁸.

O Direito Romano é um direito jurisprudencial, como esclarece Mario Bretone, porque é a jurisprudência que elabora seus conteúdos, mede cada ponto novo sobre os dados tradicionais e reconhece seu valor, inserindo-o no enredo sólido de uma experiência coletiva. Se o Direito é um mecanismo de controle social, na sociedade

¹⁵ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 38.

¹⁶ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 4. ed. Roma: Istituto di Diritto Romano, 1934. v. 1. p. 112.

¹⁷ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 35.

¹⁸ LOMBARDI, Luigi. Saggio sul Diritto Giurisprudenziale. p. 13.

romana são os juristas, pelo menos até a monarquia dos Severos, que mantêm as alavancas e regulam suas engrenagens¹⁹.

Como destaca Bonfante, a jurisprudência romana transcende a mera interpretação, no sentido moderno da palavra, e organização do Direito. Estando as bases do Direito nos costumes praticados desde épocas remotas, a jurisprudência possui uma grande liberdade de formulação, e muito depende da autoridade dos homens que assumem a função de depositários e intérpretes das normas, uma função que não deixa de ser uma obra de criação²⁰.

O processo é basicamente privado, é o litigante que dirige o processo, cita em juízo o seu adversário, conduz a ação contra ele e persegue judicialmente a execução da sentença. O Estado controla e regularidade da ação por meio do pretor, que, entre outras funções, recebe no tribunal os cidadãos, escuta suas pretensões, autoriza-os ou não a prosseguirem com a ação e impõe-lhes ordinariamente cessar com toda violência antes de ter feito verificar a exatidão de suas afirmações por um árbitro, que em Roma é chamado de juiz²¹. O juiz é escolhido pelas partes ou, em caso de inexistência de acordo, escolhido pelo pretor²².

No decorrer da idade imperial e precisamente sob a influência da nova autoridade do príncipe, desenvolve-se pouco a pouco um procedimento inteiramente estatal, subtraída a divisão regular de pretor e juiz, e por isso denominada *cognitio extra ordinem*. É um funcionário público que conduz o processo do início ao fim. O procedimento é um ato administrativo e a sentença é um decreto. Mas esse procedimento permanece uma via extraordinária²³.

O pretor é chamado originalmente como *praetor urbanus* e a ele cabe a jurisdição civil dos cidadãos romanos, porém, a propagação de Roma resultou no contato cada vez mais frequente com povos estrangeiros, unidos na vida política por meio do vínculo federal e principalmente devido a práticas comerciais. Esse novo espírito mercantil tornou insuficiente o *ius civile*, baseado nos antigos costumes e aplicado somente nas relações entre os cidadãos romanos. Para resolver essa situação, no ano de 242 a. C., foi criado um novo pretor, *praetor qui inter cives et*

¹⁹ BRETONI, Mario. **Diritto e Pensiero Giuridico Romano**. Firenze: Sansoni, 1976. p. 15-16.

²⁰ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958. v. 1. p. 275.

²¹ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 40, 56.

²² BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 485.

²³ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 503.

peregrinos ius dicit, ou simplesmente *praetor peregrinus*, responsável por julgar as controvérsias com os estrangeiros²⁴.

O pretor é responsável pela emanação de importantes normas jurídicas que externa por meio de um édito em que estabelece os princípios jurídicos segundo os quais devem ser conduzidos os conflitos privados. A resolução do conflito, porém, permanece de competência de um árbitro privado escolhido pelas partes. O pretor emana também o decreto: ordem direta a disciplinar o específico caso concreto²⁵.

O sucessor no cargo de pretor não é ligado ao édito do seu antecessor, poderia rejeitá-lo, mudá-lo ou aceitá-lo. Mas se o édito correspondia às necessidades, à consciência do povo, não havia motivo para abandoná-lo e só se mudava ou se acrescentava o que fosse necessário segundo as novas exigências²⁶.

A norma pretória possui o mais alto grau de reflexão, pois emana de um órgão consciente e competente (o pretor frequentemente é um jurista, mas mesmo que não seja, é sempre assistido de um grupo de juristas) que possui um alto grau de elasticidade e mobilidade, por isso não é afetado, como frequentemente acontece com os costumes, por um fatal e inerte tradicionalismo²⁷.

O pretor peregrino emana o seu édito, regulando as controvérsias entre cidadãos romanos e estrangeiros e, por isso, incorporando diversos princípios e institutos estrangeiros, dando forma ao chamado *ius gentium*²⁸.

Dentro de suas atribuições de condução do processo, o pretor pode negar a ação por não estar conforme ao Direito ou porque contraria a equidade. Assim, ele pode admitir que a parte aja em base a uma relação que o Direito não contempla, mas que ele, tendo em conta as exigências do ambiente, as tendências da opinião pública e principalmente aquela dos juristas, considera digna de tutela²⁹.

Existem casos em que o pretor, faltando uma das condições de uma ação privada, para poder concedê-la, "finge" que ela existe (*formulae ficticiae*). Em outros casos, para alcançar as consequências jurídicas desejadas, o pretor procede a uma transposição de sujeitos, por exemplo, quando quer que o direito de agir, que pelo Direito caberia a uma determinada pessoa, seja atribuído a outra, ou quando quer

²⁴ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 279-280.

²⁵ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 238-239, 242.

²⁶ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 284.

²⁷ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 284.

²⁸ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 284.

²⁹ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 243.

que uma ação, que pelo Direito deveria ser dirigido contra determinada pessoa, seja dirigida a outra³⁰.

Existem hipóteses, ainda, em que o exercício da ação fundada sobre o Direito vigente daria lugar a consequências injustas: para prevenir que isso ocorra, o pretor cria uma "exceção" (*exceptio*) que obriga o juiz a absolver o imputado independente da legalidade da pretensão. Apesar de esse instrumento possuir seu fundamento também no Direito vigente pelo fato de que à pretensão do autor da ação poderia se opor um direito mais forte a favor do imputado, o desenvolvimento das exceções acontece principalmente por obra do pretor que busca com isso impedir decisões contra a equidade³¹.

O que o pretor faz na interpretação da norma é usar mais o escopo, a razão, do que a palavra literal, inferindo também o escopo das funções atuais da sociedade. É uma função quase legislativa, expressamente reconhecidas pelos romanos como fazendo parte da interpretação, que é também fonte do Direito³².

Como destaca Biondi, a jurisprudência romana exercita uma lógica fechada, mas não a lógica abstrata, própria dos retóricos, mas aquela que conduz a um resultado justo, e consegue satisfazer uma necessidade da vida. Os princípios são aplicados com uma lógica rigorosa, mas não mecânica³³.

O direito pretório não se incorpora com o *ius civile*, não muda o seu conteúdo, mas constitui com ele um dualismo. De um lado, o *ius civile* com as normas escritas e os costumes, de outro, o *ius honorarium*, o direito que emana do pretor. Um e outro constituem, de certo modo, um complexo orgânico independente, cada um podendo ser considerado e estudado a parte. Forma, substância e espírito, tudo é radicalmente diverso nos dois sistemas³⁴. A sabedoria dos romanos soube sempre conciliar tradição e progresso³⁵.

4. Os jurisconsultos

Além dessa importante atividade do pretor, é necessário um corpo de homens sábios para conservar o conhecimento das formas processuais, a fim de que o litigante se informe junto a eles quando quer intentar, nas formas requeridas, a sua

³⁰ FRANCISCI, Pietro de. *Sintesi Storica del Diritto Romano*. p. 244.

³¹ FRANCISCI, Pietro de. *Sintesi Storica del Diritto Romano*. p. 244-245.

³² BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 275-276.

³³ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 23.

³⁴ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 285.

³⁵ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 30.

ação; mas também para que o pretor, homem político sem grande competência técnica, geralmente nomeado pelo curto período de um ano, possa também aconselhar-se. Enquanto no período mais antigo essa função era realizada pelo colégio de pontífices, no período em estudo essa função foi realizada pelos juristas seculares conhecidos como jurisconsultos³⁶.

Esses juristas não eram como os hodiernos, no sentido técnico-formal de intérprete da norma jurídica, não se consultavam os juristas unicamente para redigir um testamento ou um contrato, mas se recorria a eles para consultas relativas às mais diversas esferas da vida privada. As duas principais funções dos jurisconsultos eram sugerir cautelas (*cautiones*) nos negócios jurídicos, que se chamava *cavere*, e dar respostas sobre casos práticos, que se chamava *respondere*. Por outro lado, não era tarefa do jurisconsulto *agere*, pelo menos no sentido de defender em juízo³⁷.

Cavere designa a atividade dos juristas que intervém na formulação e redação dos negócios jurídicos com o escopo de evitar que deles possa resultar prejuízo para a parte que invoca a assistência do jurisconsulto, pois sempre há a possibilidade de ser enganado pelo outro contratante quando não se conhece com precisão o escopo e as consequências de uma ou outra cláusula³⁸.

Mas a atividade mais importante dos juristas foi *respondere*, ou seja, formular respostas para questões jurídicas. Um pretor pode consultar um jurista para aconselhamento sobre assuntos relacionados à redação de seu decreto e, especialmente, sobre se novos tipos de recursos devem estar disponíveis em certas circunstâncias. Da mesma forma, juízes e defensores muitas vezes confiavam no conselho de juristas para lidar com questões jurídicas e processuais difíceis. Como a resolução de disputas era um processo extremamente técnico, o papel dos juristas no litígio tornou-se cada vez mais importante. As opiniões de juristas proeminentes tinham grande autoridade, mas nenhuma força obrigatória real. Inicialmente, essas opiniões foram entregues oralmente, mas ao longo do tempo foram reduzidas a escrever. Desde o séc. II a. C., juristas de renome produziram coleções de respostas que foram concebidas e aplicadas na prática. Essas coleções foram projetadas para facilitar a administração da justiça, que em Roma não foi organizada pelo Estado³⁹.

³⁶ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 57.

³⁷ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 274.

³⁸ FRANCISCI, Pietro de. *Sintesi Storica del Diritto Romano*. p. 248.

³⁹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 62-63.

Como destaca Mousourakis, o método empregado pelos juristas romanos para a resolução de questões jurídicas era o empírico ou casuístico, ou seja, quando lidando com os casos jurídicos, eles recorriam principalmente a argumentos tópicos em vez de axiomáticos. Se uma regra ou conceito legal é formado pelo raciocínio lógico a partir de princípios básicos ou axiomas, ele invoca o argumento axiomático. O raciocínio tópico, por outro lado, ocorre quando se procede do caso para identificar as premissas que sustentariam uma solução e, em seguida, formula princípios e conceitos orientadores como base para a obtenção de uma solução. As regras e conceitos concebidos desta maneira não são rígidos e invioláveis, mas estão sujeitos a alterações, dependendo das circunstâncias do caso relevante. Além disso, acredita-se geralmente que os juristas romanos chegavam a suas conclusões intuitivamente. Essa compreensão intuitiva da lei é atribuída ao senso inato dos romanos em questões jurídicas e à experiência dos juristas com a prática cotidiana da lei⁴⁰.

Isso não significa que a jurisprudência romana fosse meramente pragmática, sem princípios ou baseada somente em intuições criativas. Na verdade, uma qualidade única da ciência jurídica romana é que ela não parou em uma casuística puramente pragmática. A maior conquista dos juristas romanos foi sua capacidade de se estender além dos elementos acidentais do caso relevante para iluminar o problema jurídico essencial como uma *quaestio iuris*. Por meio do método dialético adotado pelos gregos, os juristas aprenderam a dividir os fatos juridicamente relevantes em gênero e espécies. Eles definiam esses fatos e distinguiam e categorizavam conceitos jurídicos. Ao mesmo tempo, eles estavam cientes do silogismo lógico (ou conclusões fundamentadas) e aprenderam a construir conceitos jurídicos de maneira dedutiva. Além disso, a familiaridade com a ética filosófica grega inspirou a consciência da função sociológica do direito. Como resultado, os juristas deram mais ênfase aos argumentos baseados na equidade e em outros princípios gerais de orientação⁴¹.

Além disso, após o jurista Sesto Elio (séc. III-II a. C.), os jurisconsultos começam a pesquisar o elemento comum a casos similares resolvidos pela jurisprudência de forma uniforme, e esse elemento comum tirado da massa de precedentes é fixado em uma *regula*, redigida de forma clara e concisa como os

⁴⁰ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome.** p. 61.

⁴¹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome.** p. 62.

princípios de lei, e o conjunto dessas regras constitui um complexo de pontos de orientação para o jurista⁴².

Como pode-se perceber, com Villey, o Direito Romano nasce da experiência, sempre submetido ao controle da experiência, não se apresentando como um edifício acabado, como um ordenamento lógico de regras fixas, como uma “ciência” ou “ordem normativa”, mas é uma investigação, uma via⁴³.

Considerações Finais

Como se pode perceber desse breve relato, existe uma grande diferença na criação e aplicação do Direito privado na Roma antiga até o fim do principado e os dias atuais. Enquanto na atualidade a fonte do Direito é basicamente a lei escrita ditada pelo Estado, o Direito Romano privado era majoritariamente baseado nos costumes.

Também a atividade jurisprudencial possui grande diferença. Enquanto hoje o processo é considerado público, com o magistrado conduzindo o processo e proferindo a sentença, no direito romano, nas causas privadas, era essencialmente privado, com a sentença sendo proferida por um privado escolhido pelas partes. Além disso, enquanto se espera que o magistrado atual somente interprete e aplique as normas estatais no caso concreto, a atividade do pretor romano era criadora, desenvolvia o Direito na própria prática, encontrando a norma a partir do caso concreto, e não o inverso.

Personagens fundamentais no desenvolvimento do direito romano eram também os juristas, ou jurisconsultos, que por meio de suas respostas também exerciam grande influência no que deveria ser considerado norma jurídica.

Com isso se percebe a diferença do papel do Estado na produção do Direito privado. Enquanto na atualidade os órgãos legislativos possuem o monopólio dessa criação, no Direito Romano seu papel era muito pequeno. Primeiramente, a fonte elementar eram os costumes, as tradições daquele povo, a concepção presente em cada um daquilo que é justo ou injusto, do que deve ser observado como norma, sem necessidade que o Estado venha de fora e imponha suas normas.

O Direito Romano se desenvolvia também na prática. Por mais que o Estado estivesse presente nesse desenvolvimento, era de forma muito diferente da

⁴² FRANCISCI, Pietro de. *Sintesi Storica del Diritto Romano*. p. 252.

⁴³ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 74.

atualidade, pois não era por meio de órgãos legislativos e sim por meio da prática jurisdicional realizada pelo pretor. A prática precedia a teoria e não a teoria precedia a prática.

Também como já dito, os juristas, privados, emitiam respostas a questões jurídicas que tinham o efeito prático de moldar o Direito, diferente do jurista atual que trabalha com as normas já elaboradas pelo Estado.

Em época de crise do Direito devido a fatores como normas ineficientes elaboradas por órgãos legislativos e uma prática jurisdicional que não corresponde aos anseios de justiça da sociedade, o estudo do Direito Romano proporciona reflexões acerca daquilo que já foi e que poderia, com as devidas atualizações, ser retomado.

Não é algo de tão utópico quando se percebe que certos elementos presentes no Direito Romano de uma forma ou de outra tem ganhado força nos últimos tempos. Um exemplo disso é uma maior iniciativa privada nas resoluções de conflitos por meio de métodos como a mediação e a arbitragem, algo já tão comum para o Direito Romano.

A sociedade romana era uma sociedade em que os princípios de liberdade e equidade eram fundamentais e o Direito era construído sobre as bases dos princípios gerais de orientação humana e não sobre regras postas por quem detém o poder público. Pelo tamanho do legado histórico que Roma deixou, o estudo da sua racionalidade jurídica vale a pena ser estudado.

Referências das Fontes Citadas

BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. Bologna: Licinio Cappelli, 1957. Storia di Roma v. 20.

BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. Firenze: G. Barbèra, 1896.

_____. **Storia del Diritto Romano**. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958. v. 1.

_____. **Storia del Diritto Romano**. 4. ed. Roma: Istituto di Diritto Romano, 1934. v. 1.

BRETONE, Mario. **Diritto e Pensiero Giuridico Romano**. Firenze: Sansoni, 1976.

FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. 4. ed. Roma: Mario Bulzoni, 1968.

LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1967.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

12º Seminário Internacional de Democracia e Constitucionalismo
Universidad de Alicante - Espanha
Setembro de 2019

MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome.** London; New York: Routledge, 2007.

VILLEY, Michel. **Direito Romano.** Porto: Rés, 1991.

LIBERDADE RELIGIOSA COMO ELEMENTO DE GARANTIA À PLENA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Clovis Demarchi¹
Elson Roberto de Souza Júnior²

Introdução

A história da humanidade foi marcada pela arbitrariedade e poder supremo do Estado, em detrimento de direitos e garantias individuais sequer existiam e, tampouco, eram observadas.

O surgimento dos Direitos Fundamentais se deu, em princípio, com o fim de, justamente, limitar o poder do Estado, conferindo certos valores intrínsecos ao homem e, por consequência, direitos intransponíveis e universais, tais como o direito à vida, à liberdade e à igualdade.

Esses valores intransponíveis e universais dos seres humanos, e inerentes à sua própria existência, advém, de certo modo, da religiosidade e da fé que desde os tempos mais remotos estabeleceram regras morais e éticas.

O objeto do texto é a análise dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e, especificamente, da Liberdade Religiosa como elemento indispensável à garantia desses Direitos.

O Objetivo Geral deste estudo é analisar a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais a partir da Constitucionalização do direito privado. Os Objetivos Específicos podem ser descritos como: a) Discorrer acerca da origem, conceito e terminologia dos Direitos Fundamentais; b) Discorrer sobre as principais gerações/dimensões dos Direitos Fundamentais; c) Discorrer sobre a liberdade religiosa e sua interdependência com os Direitos Fundamentais.

Inicialmente se fará uma exposição histórica acerca do surgimento dos Direitos Fundamentais, conceito e terminologias, partindo-se no segundo tópico para o estudo da Religião e especificamente da Liberdade Religiosa para, por fim, verificar

¹ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor na Graduação e na Pós-Graduação. Membro do grupo de Pesquisa em Direito, Constitucionalismo e Jurisdição. Orcid id: <http://orcid.org/0000-0003-0853-0818> Endereço eletrônico: demarchi@univali.br.

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Graduado pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado. elsonroberto.adv@gmail.com.

a dependência havida entre a Liberdade Religiosa e os Direitos Fundamentais, mais especificamente a dignidade da pessoa humana.

O método utilizado é o indutivo com a pesquisa bibliográfica e documental.

1. Dos Direitos Fundamentais

Historicamente, a sociedade civil foi caracterizada pelo poder ilimitado do Estado, bem como pelo seu domínio e imposição sobre o homem, que não detinha qualquer direito preestabelecido, por mínimo que seja, tampouco garantia para assegurar sua eficácia.

Os direitos do homem, pois, foram surgindo – no decorrer do tempo e gradualmente – com o escopo de conferi-lo um valor intrínseco, inviolável e inalienável, de modo a protegê-lo da arbitrariedade do Estado, mantendo-o incólume e seguro quanto a alguns princípios básicos e essenciais à própria vida, os quais foram sendo reconhecidos e conferidos em proporção exponencial, embora lentamente.

Neste aspecto, esclarece Bobbio³ que os “direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual”, isto para confirmar que direitos são conquistas que acontece no tempo, assim como variam de território para território.

Siqueira e Piccirillo⁴, da mesma forma, asseveram, quanto à evolução histórica dos direitos do homem, que “a evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez [...]”.

Essa conquista, obviamente, que até hoje se encontra em evolução, não partiu da vontade livre e consciente de quem detinha o poder, mas sim lutas sociais contra o próprio poder absoluto.

Embora já no século X a.C se tenha registro acerca de manifestação buscando a limitação do poder político, tem-se doutrinariamente como marco histórico relevante para o surgimento dos Direitos Fundamentais o Cristianismo, pois, segundo Jorge Miranda, é com ele que o indivíduo começa a ser visto com um ser dotado de

³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

⁴ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais**: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. Artigo postado em 2012, p.1.

valor por si só, a partir do ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus. “[...] com o cristianismo todos os seres humanos [...] são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados a imagem e semelhança de Deus [...] todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir⁵.

Foi com essa concepção e premissa, consistente na atribuição de um valor intrínseco ao homem, que as teorias contratualistas, nos séculos XVII e XVIII, inserem o Estado como uma autoridade política a serviço do homem, conforme explicam Branco e Mendes⁶ “Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. [...] o Estado serve aos cidadãos, é instituição [...] para garantir os direitos básicos”.

Ato contínuo, tem-se como ponto fulcral para o desenvolvimento dos direitos inerentes ao homem a metade do século XVIII, através do *Bill of Rights* de Virgínia (1776), porquanto é por meio dessa declaração que se dá a primeira positivação desses direitos, na medida em que o art. 1º da Declaração de Direitos de Virgínia proclama que todos os homens são por natureza livres e têm direitos inatos, de que não se despojam ao passar a viver em sociedade⁷.

Posteriormente, o mesmo objetivo de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada pela Declaração francesa de 1789 e, ainda mais recentemente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

E, conforme explica Comparato⁸, “As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração Francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo” diante dos grupos a que sempre estavam submetidos, ou seja “a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”,

A consolidação e universalização dos direitos do homem, por outro lado e conforme ensina Wolkmer⁹, ocorreu no período pós Revolução Francesa, foi a partir

⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000. t. 4. p. 17.

⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10 Ed. Saraiva, 2015, p. 204.

⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10 Ed. Saraiva, 2015, p. 205.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. Saraiva, São Paulo: 2001. p. 50.

⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (Coord). **Os novos direitos**

dela que se “reconheceu e consolidou a tese da universalização e da formalização dos direitos naturais do homem”.

Feitos estes apontamentos acerca da origem e surgimento dos direitos do homem, oportuno conceituar o que vem a ser identificado como direitos fundamentais.

Os Direitos Fundamentais, por sua vez, nada mais são que a positivação dos Direitos Humanos, ou seja, eles se caracterizam a partir do reconhecimento legislativo dos direitos do homem, conforme explica Canotilho¹⁰. Novelino¹¹ esclarece que “[...] A expressão direitos fundamentais (*droits fondamentaux*) surgiu na França (1970) no movimento político e cultural que deu origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Continua afirmando ainda que “[...] direitos humanos são consagrados em tratados e convenções (plano internacional)”, por outro lado, quando se pensa em direitos fundamentais, estes “são consagrados e positivados na Constituição (plano interno), seu conteúdo e formação variar de acordo com a ideologia e a mocidade do Estado”.

2. Da liberdade religiosa como garantia de eficácia dos Direitos Fundamentais

A religiosidade e a fé podem ser entendidas como a escolha de um indivíduo em acreditar em algo supremo e sagrado, sendo que no contexto religioso fé é uma virtude daqueles que aceitam como verdade absoluta (dogmas) os princípios difundidos por sua religião¹².

Conforme ensina Francisco de Assis Basilio de Moraes¹³, “*A religiosidade e a fé, desde os tempos remotos, se correlacionam a prática de atos e procedimentos, de forma rotineira, que demonstram o grau de crença e de respeito do indivíduo*”.

no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 259.

¹¹ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo. Método: 2009, p. 360.

¹² MORAES de, Francisco de Assis Basilio, in *A religiosidade, fé e a dignidade da pessoa humana: limites à atuação do estado brasileiro*. **Revista Pensamento Jurídico** – São Paulo – VI. 11, n/. 2, jul./dez.2017.

¹³ MORAES de, Francisco de Assis Basilio, in *A religiosidade, fé e a dignidade da pessoa humana: limites à atuação do estado brasileiro*. **Revista Pensamento Jurídico** – São Paulo – VI. 11, n/. 2, jul./dez.2017.

Fustes de Coulanges¹⁴, em sua obra a Cidade Antiga, faz referência à rituais religiosos relacionados à conduta humana como, por exemplo, o culto aos mortos:

Entre os gregos, diante de cada túmulo, havia lugar que era destinado à imolação da vítima e à cozedura de sua carne. O túmulo romano também tinha sua culina, espécie de cozinha de um gênero particular e exclusivamente para o uso do morto. Plutarco narra que após a batalha de Plateias, os guerreiros mortos, tendo sido enterrados ao lugar de combate, os plateanos se comprometeram em mortos, tendo sido enterrados no lugar de combate, os plateanos se comprometeram em lhes oferecer todo ano o repasto fúnebre. Consequentemente, no dia de aniversário da batalha, iam em grande procissão, conduzidos por seus primeiros magistrados, ao outeiro sob qual repousavam os mortos. Ofereciam-lhes leite, vinho, azeite, perfumes e imolavam uma vítima. Estando os alimentos colocados sobre os túmulos, os plateanos pronunciavam uma fórmula mediante a qual convidavam os mortos a vir tomar essa refeição. Essa cerimônia era realizada no templo de Plutarco, que pode assistir o seiscentésimo aniversário. [...] São crenças muito antigas e que nos afiguram tanto falaciosas quanto ridículas. No entanto, exerceram seu domínio sobre o homem durante gerações. Governavam almas. [...] Já desde os tempos mais recuados, essas crenças deram lugar a normas de conduta. Visto que o morto necessitava de alimento e bebida, pensou-se que era um dever para os vivos satisfazer tal necessidade. O cuidado de levar aos mortos os alimentos não ficou abandonado aos caprichos ou aos volúveis sentimentos dos homens – tornou-se obrigatório. Estabeleceu-se, assim, uma religião da morte, cujos dogmas cedo sumiram, mas cujos ritos duraram até o triunfo do cristianismo.

Feita esta breve abordagem do que vem a ser religião e como ela se manifesta, historicamente, a restrição imposta pelo Estado não tinha relação apenas aos indivíduos, notadamente afastando qualquer eficácia de direitos hoje entendidos como fundamentais – como visto no capítulo anterior -, mas também quanto à própria liberdade religiosa.

Com efeito, às pessoas não era conferido o direito de escolher o culto a ser seguido e quem não seguia aquela crença que o soberano (Rei) era adepto era severamente punido.

A perspectiva da liberdade religiosa, ou seja, o direito de escolher por uma crença, surge aos meandros da Antiguidade com o aparecimento do Cristianismo.

Conforme explica o jurista Soriano¹⁵:

¹⁴ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**: Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia antiga e de Roma. 4 ed. Edipro: São Paulo, 2009, p. 22.

¹⁵ SORIANO, Aldir Guedes. O direito à Liberdade Religiosa. **Correio Braziliense**. Brasília, 08 nov. 2004, Caderno Direito & Justiça, p. 2.

A expressão “liberdade religiosa” foi utilizada, provavelmente, pela primeira vez no segundo século da era cristã. Tertuliano, um advogado convertido ao cristianismo, usou essa expressão na sua obra intitulada Apologia (197d.C), para defender os cristãos que passavam por uma feroz perseguição religiosa empreendida pelo Império Romano.

Especificamente quanto ao Brasil, devemos buscar as raízes do tema a partir da ocupação do país, na qualidade de colônia de Portugal, na medida em que sujeito a todas as determinações religiosas da metrópole portuguesa, essencialmente de natureza católica.

Naturalmente, não se admitia outra religião no Brasil senão aquela adotada por sua colonizadora.

Nas lições de Hiran Aquino Fernando Gilberto¹⁶, houve uma certa tolerância quanto à escolha de religião entre os anos de 1630 e 1654, durante o período de ocupação holandesa no Nordeste:

No campo religioso, as atitudes de Nassau são geralmente consideradas um exemplo expressivo de tolerância. O governador concedeu liberdade de culto para os católicos, o que muitas vezes irritava os calvinistas menos tolerantes, como os predikants. Os jesuítas, entretanto, não obtiveram permissão para instalar-se no Brasil holandês, tendo sido expulsos nos primórdios da ocupação flamenga, aspecto não alterado na fase nassoviana.

Mas foi ao final do Século XVIII, com a Constituição Imperial de 1824 que, expressamente, restou reconhecido direitos civis como liberdade de pensamento e igualdade.

Nesse sentido, ensina Milton Ribeiro¹⁷ que:

[...] a Constituição do império buscou cuidar da questão religiosa de forma clara, adotando um certo tom liberal no tratamento da individualidade, na medida em que seu foro íntimo encontrar-se-ia livre para a escolha religiosa, o que não se verifica no espaço público, na medida em que a manifestação exterior ainda é proibida e o próprio Estado, por sua vez, encontra-se atrelado a uma religião oficial, a católica.

Portanto, embora se reconhecesse a possibilidade de o indivíduo escolher uma religião, isso deveria ficar em sua esfera privada, não sendo possível exteriorizar,

¹⁶ HIRAN, Aquino Fernando Gilberto. **Sociedade Brasileira**: uma história através dos Movimentos Sociais. Rio de Janeiro / São Paulo: Record, 2001, p. 145.

¹⁷ RIBEIRO, Milton. **Liberdade Religiosa**: Uma proposta para debate. São Paulo: Mackenzie, 2002, p. 62.

publicamente, sua fé, porquanto o Estado ainda se encontrava atrelado à religião católica, situação que persistiu até a proclamação da República (1891), quando então houve a ruptura Estado X Igreja.

Na Constituição seguinte, ou seja, a de 1934, manteve-se a separação entre Estado e Igreja Católica, positivando-se a liberdade religiosa como um direito individual (art. 113).

Atualmente, é verdade que a Constituição de 1988, em vigor, não traz a expressão liberdade religiosa em seu texto. Todavia, essa garantia se mostra de tamanha profundidade, notadamente quando se extrai que restou resguardada a liberdade de crença, de culto e de organização religiosa.

Neste aspecto, Jorge Miranda¹⁸ explica que:

Alguns direitos somente aos efeitos de análise podem dizer-se individuais ou institucionais, pois, em realidade, são simultaneamente individuais e institucionais. Exemplo a liberdade religiosa, a qual compreende a liberdade de cada um ter sua religião e as suas convicções e a liberdade de, em conjunto com os que professem a mesma religião ou a mesma confissão, ter a correspondente vida comunitária.

Quanto ao fato de a liberdade religiosa estar inserida na liberdade de crença, cuja abrangência se mostra inclusive superior, explica Silva J.A (apud Santos Junior¹⁹):

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade descrença, a liberdade de ser ateu e exprimir agnosticismo.

Atualmente, como se vê, consta garantida no texto Constitucional a liberdade religiosa, o que implica em dizer que o Estado deve respeitar, na esfera subjetiva do indivíduo, a liberdade de crença.

Para Jonatas Eduardo Mendes Machado²⁰:

¹⁸ Apud. WEINGARTNER NETO, Jaime. **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 71.

¹⁹ SANTOS JUNIOR, Alosio Cristovan dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho**. Noterói, RJ: Impetus, 2013, p. 128.

²⁰ MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional** inclusive. Coimbra: Coimbra, 1996. P. 220.

O direito à liberdade religiosa cria uma esfera jurídico-subjetiva em torno do indivíduo, cujo perímetro os poderes públicos e entidades privadas devem respeitar. É dentro dessa esfera que o indivíduo exerce a sua liberdade de crença, no pressuposto de que as opções tomadas neste domínio dizem respeito à essência íntima e pessoal do homem. Temos aqui, verdadeiramente, uma posição jurídica de conteúdo definitivo.

Esclarecendo a relação entre liberdade religiosa e dignidade da pessoa humana, esclarecem Manoel Jorge e Silva Neto²¹:

Algumas perguntas são mais esclarecedoras sobre a ligação entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade de religião do que eventuais considerações a fazer-se em torno ao tema: Preserva-se a dignidade da pessoa humana quando o Estado a proíbe de exercer sua fé religiosa? Conserva-se-lhe no momento em que o empregador, nos domínios da empresa, 'convida' o empregado para culto de determinado seguimento religioso? Reveste-se de alguma dignidade o procedimento por meio do qual alguns segmentos religiosos investem contra outros, não descartando até o recurso à violência? Sem dúvida, a opção religiosa está tão incorporada ao substrato do ser humano – até, como se verá mais adiante, para não se optar por religião alguma – que seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa.

E complementa Aldir Guedes Soriano²²:

A dignidade da pessoa humana apresenta-se como um princípio importante em sede de liberdade religiosa, uma vez que o cerceamento à liberdade constitui, indubitavelmente, um duro golpe à dignidade humana. O homem, destituído de liberdade, tem, logicamente, sua dignidade abalada.

Como se vê, a fundamentação da liberdade religiosa está diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana que, como direito fundamental que é, visa garantir ao indivíduo um valor espiritual e moral inerente à pessoa.

Considerações Finais

Da pesquisa ora realizada foi possível verificar, ainda que de maneira não exauriente, a origem dos Direitos Fundamentais, bem como o desenvolvimento histórico, bem com seu direto relacionamento com a liberdade religiosa.

O mérito deste trabalho não é só de interesse pessoal e da academia, mas igualmente de todos os cidadãos em geral, eis que evidenciada a necessidade de sempre aprimorar os estudos históricos, notadamente das teorias que contribuíram

²¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **A proteção constitucional à liberdade religiosa**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 40, n. 160. Out/dez 2003, p. 12.

²² SORIANO, Aldir Guedes; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coords). **Direito a Liberdade Religiosa**: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 88.

para o nascimento de um novo modelo jurídico calcado não no positivismo, mas sim na aplicação da legislação ordinária à luz dos Direitos Fundamentais e Liberdade Religiosa, conquista mais primorosa do Estado Social e Democrático de Direito.

Considerando os levantamentos bibliográficos realizados, pode-se verificar que esta pesquisa atingiu seu objetivo geral, constatando-se a necessidade de manutenção da Liberdade Religiosa como garantia de eficácia dos Direitos Fundamentais, em especial da Dignidade da Pessoa Humana.

De igual forma, foi possível apresentar os Conceitos Operacionais das Categorias propostas, de maneira objetiva, simples e eficaz. Assim sendo, o presente artigo serve de base para futuros estudos nessa seara

Referências das Fontes Citadas

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10 Ed. Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. Saraiva, São Paulo: 2001.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**: Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia antiga e de Roma. 4 ed. Edipro: São Paulo, 2009.

HIRAN, Aquino Fernando Gilberto. **Sociedade Brasileira**: uma história através dos Movimentos Sociais. Rio de Janeiro / São Paulo: Record, 2001.

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional** inclusive. Coimbra: Coimbra, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000. t. 4.

MORAES de, Francisco de Assis Basilio, in A religiosidade, fé e a dignidade da pessoa humana: limites à atuação do estado brasileiro. **Revista Pensamento Jurídico** – São Paulo – Vl. 11, n/. 2, jul./dez.2017.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo. Método: 2009.

RIBEIRO, Milton. **Liberdade Religiosa**: Uma proposta para debate. São Paulo: Mackenzie, 2002.

SANTOS JUNIOR, Alosio Cristovan dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho**: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas

constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho.
Noterói, RJ: Impetus, 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **A proteção constitucional à liberdade religiosa.**
Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 40, n. 160. Out/dez 2003.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais:** a
evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. Artigo postado em
2012.

SORIANO, Aldir Guedes. O direito à Liberdade Religiosa. **Correio Braziliense.**
Brasília, 08 nov. 2004, Caderno Direito & Justiça.

SORIANO, Aldir Guedes; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coords). **Direito a
Liberdade Religiosa:** desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte:
Fórum, 2009.

WEINGARTNER NETO, Jaime. **Liberdade Religiosa na Constituição:**
fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado,
2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos
"novos" direitos. In LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (Coord).
Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das
novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

AS FUNDAMENTAÇÕES TEÓRICAS PARA O AFASTAMENTO DA CENTRALIDADE DA PARTICIPAÇÃO NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

Pedro Abib Hecktheuer¹
Denise Schmitt Siqueira Garcia²

Introdução

Qualquer tema que envolva a temática democracia traz consigo uma série de discussões e de debates, posto que diz respeito, diretamente, à forma como o poder será exercido, sendo esta uma questão fundamental desde que o homem passou a se organizar em sociedade.

O tema democracia é tão complexo que são diversas as teorias que a fundamentam, e sobre alicerces e caracterizações que variam de maneira substancial. Entretanto, uma questão comum às teorias — e de especial importância para algumas, sendo, inclusive, considerada elemento central para a caracterização do regime — é a participação.

Nesse sentido, questiona-se os fundamentos para o afastamento da participação no modelo hegemônico de democracia e se isso se deu em virtude de uma falha de interpretação dos seus teorizadores no que diz respeito as teorias clássicas da democracia participativa.

A hipótese de pesquisa é de que os teóricos do modelo hegemônico de democracia (representativa/elitista) fizeram uma interpretação equivocada das teorias clássicas da democracia participativa e, com isso, buscaram justificar em críticas a estes o afastamento da participação no seu modelo democrático.

Para que se possa verificar a importância da participação popular direta para o exercício da democracia, faz-se necessário perpassar pela compreensão dos

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bolsista junto à Fundação de Amparo ao Desenvolvimento das Ações científicas e tecnológicas e à Pesquisa do Estado de Rondônia (FAPERO/CAPES). Professor de Direito Constitucional da Faculdade Católica de Rondônia e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade Palotina de Santa Maria, Rio Grande do Sul (FAPAS). E-mail: pedro@fcr.edu.br

² Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade de Alicante (UA/ES). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante (UA/ES) e Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI; Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (PPCJ/UNIVALI); Membro do grupo de pesquisa Estado, Direito Ambiental e Transnacionalidade. Advogada. E-mail: denisegarcia@univali.br.

modelos de democracia, com ênfase ao modelo predominante nas democracias contemporâneas, para que, a partir disso, progrida-se para a análise de suas fundamentações.

Este artigo tem como objetivo compreender o modelo de democracia representativa³ sob a perspectiva de Joseph Schumpeter e seus seguidores, para, posteriormente, observar quais são os alicerces que sustentam sua teoria.

Além disso, pretende-se analisar as discussões e críticas, sob a ótica das teorias da democracia participativa, dos teóricos clássicos da democracia que dão à participação importante papel nas democracias, bem como dos teóricos mais recentes que analisam, nas sociedades contemporâneas, a implementação da participação.

Em verdade, a participação passou a fazer parte da discussão do meio acadêmico da ciência política somente a partir de meados da década de 60, por meio de movimentos estudantis da nova esquerda, difundindo-se, também, pelas classes trabalhadoras das décadas subsequentes por conta do descontentamento com as condições de trabalho.

Da mesma forma, começou-se a ventilar a ideia de que deveria haver uma considerável participação dos cidadãos na formulação de decisões pelo governo, de maneira que o movimento se intensificou significativamente, tornando-a uma questão determinante para a teoria da democracia moderna^{4,5}.

Na teoria da democracia representativa a participação tem um papel pouco relevante ou, até mesmo, indesejável, dados os perigos que o excesso de participação pode causar à estabilidade do sistema político, conforme alegam seus teorizadores, como se poderá observar mais adiante.

Uma das justificativas para esse fato pode ser a convicção que os teóricos contemporâneos da democracia possuem da necessidade de uma revisão ou até mesmo rejeição das teorias mais antigas.

Compreendem, os teóricos da democracia representativa, que para a manutenção da estabilidade do sistema político seria necessário um certo grau de

³ Também serão usados, neste artigo, como sinônimos a esse mesmo modelo de democracia: elitista; de equilíbrio; sufragista; procedimental; formalista; fraca.

⁴ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 9.

⁵ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 114.

apatia⁶, em oposição aos teóricos clássicos, que fomentavam uma participação máxima do povo.

Para que se possa proceder para uma adequada e didática compreensão da importância da participação em uma democracia, entende-se por bem iniciar a análise do modelo hegemônico de democracia dos Estados contemporâneos, qual seja, o modelo representativo. Em um segundo momento, serão abordados os teóricos clássicos nos quais estes primeiros se inspiraram para afastar da democracia a participação. Por fim, se fará uma observação e caracterização dos elementos essenciais a uma democracia participativa.

1. O modelo representativo como hegemônico no estado moderno

São associadas a esse mesmo modelo de democracia várias nomenclaturas que o caracterizam, para além da ideia de representatividade, tais como: de equilíbrio, elitista, pluralista⁷, modelo de democracia fraca⁸, ou democracia enquanto método político⁹, em outros momentos, são chamadas, também, de teorias contemporâneas da democracia¹⁰.

Diz-se pluralista pelo fato de que o modelo aplica-se a uma sociedade composta por indivíduos com diversos interesses, elitista posto que o principal papel no processo político dirige-se a grupos que se escolhem a si, por outro lado, de equilíbrio pois consegue manter a homeostase entre a oferta e a demanda das mercadorias políticas, pois, como se verá, é um modelo idealizado por um economista que aplicou a lógica mercadológica à democracia¹¹.

Cabe compreender que se vivenciava no início do século XX, principalmente com a complexidade da sociedade industrializada, o surgimento das formas burocráticas de organização — subsidiado fortemente pelas ciências sociais —, que conduziram para severas dúvidas a respeito da viabilidade de se colocar em prática a democracia, especialmente nos moldes de uma maximização da participação conforme previam os teóricos clássicos¹².

⁶ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 10.

⁷ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991.

⁸ BARBER, Benjamin. **Democracia Fuerte**. Espanha: Almuzara, 2004.

⁹ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism and democracy**. Routledge, 2013.

¹⁰ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991.

¹¹ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 96.

¹² PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992 p. 10.

Ganhavam forças essas dúvidas suscitadas quanto à viabilidade de uma democracia mais participativa pelo fato de que essa teoria predominante teve seus princípios no desenvolvimento da sociologia política e da emergência dos Estados totalitários no século XX.

Esse período contou com altas taxas de participação das massas, com ideais fascistas, nos regimes totalitários do pós-guerra, de maneira que se fez uma associação entre participação e totalitarismo, prejudicando a possibilidade de se compreender como aceitável a participação em uma democracia.

Com as diversas pesquisas empíricas sobre comportamentos políticos, realizadas por sociólogos políticos, revelou-se que a maior parte dos cidadãos de baixa condição socioeconômica não possuía interesse político, fazendo com que as teorias da democracia, à época, identificassem esse distanciamento entre democracia e participação, bem como do estereótipo do “homem democrático”, idealizado pelos teóricos mais antigos da democracia¹³.

Somava-se a esses argumentos o fato de que a comunidade acadêmica passou a conceber a teoria política moderna como um conhecimento científico, baseado no empirismo, amparada nos fatos da vida política, em contraposição às teorias anteriores que eram carregadas de valor.

Schumpeter¹⁴ é um marco deste modelo e sua fundamentação sobre a teoria da democracia se dá após revisar a teoria democrática clássica¹⁵ e sugerir as necessárias soluções para compatibilizar a democracia com as crescentes dificuldades abordadas, com ênfase à questão da participação das massas nos regimes totalitários.

Foi a partir de sua teorização que todas as demais obras da teoria democrática atual passaram a fincar seus alicerces^{16,17,18,19}.

Em sua concepção, a democracia não passa de um mecanismo de eleger e autorizar governos, divergindo da ideia de ser um tipo de sociedade ou conjunto de

¹³ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992 p. 11.

¹⁴ SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalism, socialism and democracy**. Routledge, 2013.

¹⁵ Em crítica à visão minimalista, Held (1996, p. 185) observa que não existe algo chamado “teoria clássica da democracia” mas, sim, “modelos clássicos”. HELD, David. **Models of Democracy**. Stanford: Stanford University, 1966.

¹⁶ BERELSON, Bernard Reuben; LAZARFELD, Paul Felix; MACPHEE, William N. **Voting**. University of Chicago Press, 1954.

¹⁷ DAHL, Robert A. **A preface to democratic theory**. University of Chicago Press, 1956.

¹⁸ SARTORI, Giovanni. **Democratic theory**. Detroit, Wayne State University Press, 1965.

¹⁹ ECKSTEIN, Harry. **A theory of stable democracy**. Princeton University, 1961.

objetivos morais, além de entender que esse mecanismo põe em disputa dois ou mais grupos, que se organizam em partidos políticos, a fim de verificar qual obtém mais votos para ganhar o direito a governar até o próximo pleito eleitoral²⁰.

Schumpeter faz uma análise crítica das teorias clássicas e propõe as alternativas, sendo que a primeira e mais substancial está naquilo que é central para as teorias, pois, enquanto nas teorias clássicas o papel central está na participação e tomada de decisões por parte do povo, na sua está na competição dos que potencialmente tomam as decisões pelo voto do povo^{21,22}.

Esta teoria, portanto, descarta a ideia de que a participação direta tem algum tipo de valor, seja ele qual for, pois os cidadãos são os responsáveis por eleger os partidos políticos e seu lote de mercadorias, e não de decidir questões políticas e escolher pessoas que as coloquem em prática, mas o inverso²³, já que democracia, em sua concepção, não é o governo efetivo do povo, mas:

Democracia significa tão só que as pessoas têm a oportunidade de aceitar ou rechaçar os homens que lhes hão de governar. Porém, como o povo pode decidir isto também por meios não democráticos, tivemos que restringir nossa definição, acrescentando outro critério identificador do método democrático, a saber, a livre concorrência entre os pretendentes aos cargos políticos pelo voto do eleitorado²⁴.

Esse modelo fomenta um baixo engajamento político do povo, posto que limita sua participação às eleições, de maneira que praticamente tudo nesse modelo poderia ser explicado sob um viés mercadológico, no qual os eleitores escolhem entre as políticas (produtos) oferecidas por políticos (empresários) rivais. Esse seria o único meio de participação das massas, o sufrágio.

Sob análise, o modelo assemelha-se à posição de consumidores e fornecedores, sendo que a regulação dessa competição dá-se por partidos políticos,

²⁰ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 96

²¹ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992 p. 13.

²² CARRERAS, Mercedes. Elitismo y democracia: de Pareto a Schumpeter. **Revista de estudios políticos**, n. 73, 1991, p. 257.

²³ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 96-97.

²⁴ SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalism, socialism and democracy**. Routledge, 2013, p. 284-285. Tradução realizada pelo próprio autor do fragmento: Democracy means only that the people have the opportunity of accepting or refusing the men who are to rule them. But since they might decide this also in entirely undemocratic ways, we have had to narrow our definition by adding a further criterion identifying the democratic method, viz., free competition among would-be leaders for the vote of the electorate.

comparáveis às associações do comércio, ou seja, os votantes equiparam-se aos consumidores e os políticos ao mercado^{25,26,27,28}, com isso:

A democracia está para a política assim como um sistema de mercado está para a economia. Da mesma forma como não conhecemos método melhor de proteção ao consumidor que a proibição da concentração monopolista do poder econômico, não conhecemos um modo melhor de manter a liberdade do que deixar os partidos (no plural) competirem entre si²⁹.

A ideia, assim como no mercado, é a de que os votantes e os políticos são maximizadores racionais e atuam em circunstâncias livres de competência política, e esse sistema representaria uma distribuição ótima de energias políticas e bens políticos³⁰.

Portanto, o único meio de participação para os cidadãos seria o voto para o líder, devendo salientar-se que o conceito de liderança é muito importante para essa teoria, de modo que não compreende como legítimo democraticamente o controle dos líderes (representantes), a não ser por meio das eleições³¹, pois os eleitores “devem respeitar (...) os políticos que elegem. Entre as eleições, não devem retirar sua confiança muito facilmente e devem entender que, uma vez que elegeram um indivíduo, a ação política é tarefa deste e não deles. Isso significa que devem evitar instruí-lo sobre o que ele deve fazer”³².

A teoria forjada por Schumpeter, a partir de sua leitura das teorias clássicas, ganhou diversos adeptos, chegando quase à universalização do entendimento, tendo sido, talvez, mais esclarecida do que revisada por seus sucessores, dentre os quais

²⁵ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992 p. 13.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986

²⁷ CHEIBUB, J. A. & PRZEWORSKI, A. 1997. Democracia, eleições e responsabilidade política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 35, p. 49-61, out.

²⁸ SALES, Carla V. As máscaras da democracia: notas sobre a teoria democrática contemporânea à luz dos eixos dahlsianos. **Revista de Sociologia e Política**, n. 24, 2005.

²⁹ SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada: O Debate Contemporâneo**. São Paulo, Editora Ática, 1994, p. 117.

³⁰ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 97-98.

³¹ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992 p. 14.

³² SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalism, socialism and democracy**. Routledge, 2013, p. 295. Tradução realizada pelo próprio autor do fragmento: The voters outside of parliament must respect the division of labor between themselves and the politicians they elect. They must not withdraw confidence too easily between elections and they must understand that, once they have elected an individual, political action is his business and not theirs. This means that they must refrain from instructing him about what he is to do.

podemos destacar Berelson³³, Dahl³⁴, Sartori³⁵ e Eckstein³⁶, que devem ser revisitados sinteticamente agora, para o fim de traçarmos as reais diretrizes dessa teoria, com a finalidade de poder confrontá-la com a democracia participativa.

Frente a esse modelo de democracia estava um grande paradoxo: como poderia funcionar de maneira satisfatória uma democracia com um nível tão baixo de engajamento político? E Berelson³⁷ procura enfrentá-lo com a reformulação da teoria clássica da democracia, abandonando a ênfase excessiva nos indivíduos e na necessidade de engajamento político destes³⁸.

Em Berelson³⁹, portanto, o principal elemento a ser extraído — como contribuição ao modelo de democracia representativa — é sua ponderação a respeito de que a participação limitada e a apatia da população seriam extremamente positivas para a democracia, pois amorteceriam o choque das discordâncias, os ajustes e as mudanças, de modo que a análise da teoria democrática não deve ser focada no indivíduo, mas nas propriedades coletivas do eleitorado e do sistema político e social.

Do modelo de poliarquia de Dahl^{40,41}, extrai-se uma busca por apontar os elementos necessários para denominar um sistema político como democrático. Para ele, a democracia seria um método político centrado no processo eleitoral — em consonância com Schumpeter —, que proporcionaria a igualdade política por meio do sufrágio universal, bem como pela possibilidade de se influenciar os que tomam decisões e fazer com que as reivindicações venham a ser ouvidas, e as eleições (voto)

³³ BERELSON, Bernard Reuben; LAZARFELD, Paul Felix; MACPHEE, William N. **Voting**. University of Chicago Press, 1954.

³⁴ DAHL, Robert A. **A preface to democratic theory**. University of Chicago Press, 1956.

³⁵ SARTORI, Giovanni. **Democratic theory**. Detroit, Wayne State University Press, 1965.

³⁶ ECKSTEIN, Harry. **A theory of stable democracy**. Princeton University, 1961.

³⁷ BERELSON, Bernard Reuben; LAZARFELD, Paul Felix; MACPHEE, William N. **Voting**. University of Chicago Press, 1954

³⁸ BERELSON, Bernard Reuben; LAZARFELD, Paul Felix; MACPHEE, William N. **Voting**. University of Chicago Press, 1954, p. 312. Tradução realizada pelo autor: "That is the paradox. Individual voters today seem unable to satisfy the requirements for a democratic system of government outlined by political theorists. But the system of democracy does meet certain requirements for a going political organization. The individual members may not meet all the standards, but the whole nevertheless survives and grows. This suggests that where the classic theory is defective is in its concentration on the individual citizen. What are undervalued are certain collective properties that reside in the electorate as a whole and in the political and social system in which it functions".

³⁹ BERELSON, Bernard Reuben; LAZARFELD, Paul Felix; MACPHEE, William N. **Voting**. University of Chicago Press, 1954.

⁴⁰ DAHL, Robert A. **A preface to democratic theory**. University of Chicago Press, 1956, p 84.

⁴¹ DAHL, Robert A. et al. **Hierarchy, democracy and bargaining in politics and economics**. IN: H. EULAU, H; et al. *Political Behaviour*, Glencoe, Free Press, p. 66-89, 1956.

seriam o modo de controle dos líderes pelos não-líderes, não entendendo que poderia atribuir-se um peso ainda maior ao controle.

Um segundo ponto relevante é que ele também se preocupa com as possíveis consequências de uma maior participação política do homem comum, embasando-se nos mesmos ideais das pesquisas empíricas que passavam a compreensão de que os grupos de baixa condição socioeconômica possuem menor índice de atividade política, bem como maior grau de características autoritárias em suas personalidades. Com isso, uma maior participação poderia representar perigo à estabilidade do sistema democrático^{42,43}.

Essa ideia extrai-se de Sartori⁴⁴ quando defende que no “mercado” eleitoral somente são beneficiados aqueles representantes que são responsivos ao povo, sendo esse livre e competitivo mercado que torna a democracia possível, de maneira que, apesar de não desvalorizar plenamente a participação, considera que a participação do povo, por si só, não é condição suficiente para produzir democracia, pois a “democracia é o subproduto de um método competitivo de renovação de lideranças”⁴⁵. Logo, o povo não tem um papel ativo, mas passivo, não sendo quem decide ou age, mas apenas reage às decisões dos representantes políticos.

Por fim, em Eckstein⁴⁶ pode-se buscar o alinhamento com a teoria democrática de Schumpeter quando trabalha a estabilidade do sistema democrático em função da congruência da figura de autoridade, pois considera que “um governo tenderá a ser estável se o seu padrão de autoridade é congruente com os demais padrões existentes na sociedade da qual faz parte”⁴⁷, e acrescenta que uma:

Democracia estável exige congruência de padrões de autoridade entre o governo e os segmentos da vida social que resistem à democratização; requer equilíbrios de padrões de comportamento contraditórios, de tal forma que os equilíbrios não levem a uma tensão excessiva e a uma anomia intolerável; requer uma certa semelhança entre os padrões de autoridade, mas não na medida em que as necessidades humanas básicas são frustradas. Certamente, se essas condições são realmente necessárias, então a existência de

⁴² DAHL, Robert A. **A preface to democratic theory**. University of Chicago Press, 1956, p. 87-89.

⁴³ SARTORI, Giovanni. **Democratic theory**. Detroit: Wayne State University Press, 1965

⁴⁴ SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada: O Debate Contemporâneo**. São Paulo: Editora Ática, 1994.

⁴⁵ SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada: O Debate Contemporâneo**. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 209.

⁴⁶ ECKSTEIN, Harry. **A theory of stable democracy**. Princeton University, 1961.

⁴⁷ ECKSTEIN, Harry. **A theory of stable democracy**. Princeton University, 1961, p. 188. Tradução pessoal do autor.

uma democracia estável exige muita explicação, enquanto as democracias instáveis, praticamente se explicam por si⁴⁸.

De forma que se compreende que o padrão governamental com aspectos não puramente democráticos, com uma autoridade forte e com aspectos de benevolência paternalista e canais institucionalizados de representação e uma vigorosa vida corporativa seria o modelo mais estável de governo, pois estaria em congruência com os padrões de autoridade das unidades sociais mais primárias e elementares⁴⁹.

Macpherson⁵⁰ avalia que, em termos de descrever o modelo de democracia do período em que os autores escreveram suas obras, a construção teórica do modelo elitista e pluralista foi extremamente adequado.

O fato é que como a lógica de mercado era uma realidade no mundo há muito tempo e o modelo correspondia perfeitamente com o comportamento político, justificava-se todo o sistema, aparentando, inclusive, uma soberania dos consumidores (votantes)⁵¹.

Apesar de os autores das teorias contemporâneas⁵² negarem a existência de justificativa para as suas teorias, no sentido de argumentar que se tratava apenas de uma descrição e explicação da realidade, Macpherson⁵³ diverge e compreende que havia sim, implicitamente, uma justificativa para o modelo, sendo elas: (1) de que apesar de todas imperfeições que possa ter o modelo, seria este o único capaz ou, então, o melhor deles, pois o sufrágio é o máximo que as pessoas comuns são capazes de fazer/participar; e (2) que esse modelo produz um equilíbrio ótimo de oferta e demanda de mercadorias políticas e proporciona um aporte de soberania do consumidor.

⁴⁸ ECKSTEIN, Harry. **A theory of stable democracy**. Princeton University, 1961, p. 223. Tradução do próprio autor do fragmento: Stable democracy requires congruence of authority patterns between government and segments of social life which resist democratization; it requires balances of contradictory behavior patterns, in such a way that the balances do not lead to undue strain and intolerable anomia; it requires a certain similarity among authority patterns, but not to the extent that basic human needs are thwarted. Surely, if these conditions are indeed required, then the existence of a stable democracy requires much explaining, while unstable democracies practically explain themselves.

⁴⁹ ECKSTEIN, Harry. **A theory of stable democracy**. Princeton University, 1961, p. 224.

⁵⁰ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 99-101.

⁵¹ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 98.

⁵² Entende-se por teorias contemporâneas as apresentadas pelos autores que desenvolvem seus estudos a partir das compreensões basilares de Joseph Schumpeter, seguindo a terminologia usada pela obra de MacPherson (1991).

⁵³ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 103.

Com relação à primeira justificativa, Macpherson assevera que nada foi confirmado ou demonstrado, pois o modelo de “homem democrático” idealizado nunca se concretizou ou prevaleceu até a aparição ou predomínio da sociedade capitalista de mercado, não podendo, com isso, verificar-se empiricamente; quanto à segunda, também é rebatida, pois entende que esse modelo não é democrático, e que em realidade o que ele produz é um equilíbrio da desigualdade, além de defender que a soberania do consumidor é uma ilusão.

Um ponto importante nessa discussão é a compreensão de que não há como se falar em equilíbrio nesse modelo, principalmente nas sociedades com alta desigualdade de riqueza e oportunidades de adquiri-la, já que a capacidade aquisitiva política dá-se pelo dinheiro, seja no apoio de partidos ou candidatos, para organizar grupos de pressão, seja para comprar espaço de tempo nos meios de comunicação, entre outros⁵⁴.

Com isso, se as pessoas que por sua educação ou ocupação tem mais dificuldades do que outros para acessar, dominar e sopesar a informação necessária para uma participação efetiva, há uma clara desvantagem, pois o tempo destinado à participação política não terá o mesmo efeito que o dos outros, por isso, pode-se dizer que a desigualdade econômica é uma pretensa geradora de apatia política⁵⁵, em oposição à justificativa da apatia aduzida anteriormente.

Além de que o próprio sistema gera apatia no momento em que a formatação partidária, em uma sociedade desigual e com sufrágio universal, gera uma inexistência de debates e, conseqüentemente, diminui a responsabilidade dos governos perante os eleitores, tendo como resultado um desincentivo do eleitorado em formular uma opção⁵⁶.

Com isso, o que se observa é que os teorizadores contemporâneos trabalham a apatia dos votantes de uma maneira diversa dessas causas apresentadas por Macpherson, inclusive considerando que para o modelo funcionar é necessário um nível de apatia, pois um nível de participação maior poderia gerar instabilidade ao

⁵⁴ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 106.

⁵⁵ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 106-107.

⁵⁶ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 107.

sistema⁵⁷, o que nunca se demonstrou, mas contribuiu para justificar e reproduzir esse modelo.

Além de o modelo não demonstrar equilíbrio, deve-se ressaltar que não há, também, soberania do consumidor (eleitor), pois, em primeiro lugar, são poucos os partidos políticos efetivos e, em analogia ao mercado, quando há poucos vendedores e alta demanda, a ideia de um mercado completamente competitivo falha e a necessidade de os vendedores responderem às demandas dos compradores como deveriam não se concretiza, fatos que não são levados em conta pelos teorizadores desse modelo⁵⁸.

Com isso, analisando-se essas teorias contemporâneas da democracia, a partir de Schumpeter, pode constatar-se que possuem um caráter empírico e descritivo, vinculando-se a democracia a um método político ou a arranjos institucionais em nível nacional, sendo que têm como elemento essencial a competição entre líderes (elite) pelos votos do povo, em eleições periódicas e livres, momento em que se exerce o controle sobre os representantes.

O sufrágio universal seria a fórmula de garantir a igualdade política, e a participação constitui a escolha daqueles que tomam decisões. Para a estabilidade do sistema o nível de participação não pode ser alto, apenas o mínimo necessário para manter o método democrático funcionando (eleições). Com isso, pode concluir-se que esse modelo representa uma mera proteção contra a tirania, vez que entende como condição *sine qua non* para o sistema político democrático a existência de pleitos eleitorais periódicos⁵⁹.

Schumpeter e seus sucessores fazem duas críticas em especial à teoria clássica, quais sejam: (1) que a teoria é irrealista e exige do homem comum um nível de racionalidade impossível e irrealizável; e (2) que a teoria "clássica" ignora o conceito de liderança⁶⁰.

Pateman atribui aos teorizadores acima analisados uma análise superficial, errônea e sem detalhes com relação ao que os autores clássicos tinham a dizer sobre a democracia e a participação, compreendendo que houve uma clara deturpação de

⁵⁷ DAHL, Robert A. **A preface to democratic theory**. University of Chicago Press, 1956, p. 87-89.

⁵⁸ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 109.

⁵⁹ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 111.

⁶⁰ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992 p. 30.

suas teorias, de forma que a autora buscou compreender, então, em que bases teóricas Schumpeter fazia suas interpretações sobre a teoria clássica, compreendendo que se remete a autores como Rousseau, Bentham, James Mill e John Stuart Mill⁶¹.

Portanto, agora será momento de se fazer uma abordagem das bases teóricas usadas por esses autores para demonstrar que houve, por parte deles, uma interpretação equivocada em determinados aspectos a respeito dos teóricos clássicos, levando-os a afastar da democracia a participação, limitando-a à eleição de representantes, e passando a compreensão da necessidade de um alto grau de apatia popular para a manutenção da estabilidade democrática nas sociedades contemporâneas, sem que houvesse uma comprovação robusta das alegações feitas.

Para tanto, passar-se-á, agora, a abordar os teóricos clássicos da democracia, com ênfase naqueles que trabalharam elementos participativos, para conseguir traçar, posteriormente, uma caracterização da democracia participativa e as suas possibilidades de institucionalização nas sociedades contemporâneas.

2. A centralidade da participação na democracia sob a perspectiva dos teóricos clássicos

Como se apresentou e demonstrar-se-á, os teóricos contemporâneos anteriormente analisados, realizaram uma falsa representação do que os teóricos clássicos⁶² tinham a dizer, bem como não diferenciaram as teorias entendidas por eles como “clássicas” — que são, essencialmente, diferentes. Por isso, não faz sentido falar de uma teoria “clássica” da democracia, pois o papel da participação nas teorias mais antigas é por demais diferente de uma para outra.

Portanto, para que se possa compreender o papel da participação nas teorias clássicas da democracia, bem como a discrepância entre a realidade dessas teorizações e as análises feitas pelos teóricos da democracia elitista, precisar-se-á perpassar por alguns autores, a começar por Jean Jacques Rousseau.

Rousseau⁶³ é um teórico democrático essencialmente participativo, já que reserva um papel central à participação individual de cada cidadão nas tomadas de

⁶¹ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992 p. 29.

⁶² Assim são denominados autores como Jean Jacques Rousseau, John Stuart Mill, G. H. Cole, entre outros, na obra de Carole Pateman (1992), motivo pelo qual delimitou-se a análise destes autores no presente artigo.

⁶³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat social**. Beaulavon, 1903.

decisão do processo político, entendendo como uma forma de assegurar a “inter-relação contínua entre o funcionamento das instituições e as qualidades psicológicas dos indivíduos que interagem dentro delas”⁶⁴.

O papel da participação na teoria política de Rousseau carece de uma melhor compreensão da natureza de seu sistema político participativo ideal, pois estava inserido em uma realidade econômica formada por pequenos proprietários camponeses, ou seja, um cenário de igualdade e independência econômica⁶⁵ — não que fosse necessária uma completa igualdade, mas essa desigualdade não poderia conduzir a uma desigualdade política⁶⁶.

Rousseau compreendia a propriedade privada como um direito individual sagrado, no entanto, limitado à propriedade moderada do pequeno proprietário que a trabalha, posto que um direito ilimitado a ela levaria à exploração e falta de liberdade^{67,68}. O direito à terra estava limitado à condição da ocupação apenas daquilo necessário à subsistência, por meio do trabalho e do cultivo, justificando no direito natural, pois, sua ideia de limitação da propriedade⁶⁹.

Da mesma forma, essa limitação da propriedade era, em sua concepção, requisito para uma sociedade verdadeiramente democrática, regida pela vontade geral, o que requeria, portanto, essa igualdade na propriedade, de modo que “nenhum cidadão seja o bastante opulento para comprar o outro, e nenhum fosse o bastante pobre para ser constrangido a se vender”⁷⁰.

Por considerar que as diferenças no que diz respeito à propriedade dividiriam os homens em classes com interesses opostos, particulares, impedindo que se extraísse a vontade geral em busca do bem comum, estaria justificada a possibilidade

⁶⁴ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992 p. 35.

⁶⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e Ensaio sobre a origem das línguas** (Os Pensadores, vol. 1). Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 151.

⁶⁶ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992 p. 36

⁶⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres**. Traducción de Ángel Pumarega. Madrid: Calpe, 1923.

⁶⁸ ROUSSEAU, Jean Jacks. **Du Contrat social**. Beaulavon, 1903.

⁶⁹ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 27.

⁷⁰ Deve-se salientar que nem em Pateman, tampouco em Macpherson se pode encontrar a real localização dessa citação, motivo pelo qual se fez necessário encontrar no livro original, tendo sido possível encontrar a citação feita em: ROUSSEAU, Jean Jacks. **Du Contrat social** éd. Beaulavon. Livre deuxième, 1903, p. 191. Tradução realizada pelo próprio autor do fragmento: et, quant à la richesse, que nul citoyen ne soit assez opulent pour em pouvoir acheter un autre, et nul assez pauvre pour être contraint de se vendre.

de apenas uma classe, a dos proprietários trabalhadores. Seria, ainda, do governo o dever de privar os homens dos meios de acumulação⁷¹.

Rousseau entendia que sob essas condições os indivíduos, como iguais e independentes, ainda que pareça paradoxal, teriam uma interdependência, pois a situação de participação é tal que nada se realizaria sem a cooperação de todos ou da maioria, pois todos teriam uma dependência com a *polis*⁷².

No sistema participativo de Rousseau a "participação" acontece na tomada de decisões e objetiva salvaguardar os interesses privados e assegurar um bom governo, tendo ainda uma essencial função: a educativa, em sentido amplo, ou seja, o "sistema ideal de Rousseau é concebido para desenvolver uma ação responsável, individual, social e política como resultado do processo participativo"⁷³.

Rousseau traz a ideia de autossustentabilidade do sistema participativo, pois, para o sucesso desse sistema, os cidadãos precisam ter aquelas qualidades que o próprio processo de participação desenvolve e estimula, portanto, a capacidade de participação será sempre maior, à medida que sua participação também o seja⁷⁴.

Rousseau também encontra uma importante ligação entre a participação e o controle, vinculando-a à noção de liberdade, que ele definiu como "obediência à lei que alguém prescreve a si mesmo"⁷⁵, e se necessário for um sistema indireto a liberdade exigiria que o indivíduo controlasse os que executam as leis, bem como os representantes⁷⁶.

Não se pode deixar de sinalizar que a ideia imposta por Rousseau de que o homem pode ser "forçado a ser livre" deve ser entendida no mesmo contexto da participação, por meio da qual ele será forçosamente educado a participar durante as tomadas de decisões, logo, o porquê de Rousseau entender que a participação faz

⁷¹ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 27-28.

⁷² PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 36.

⁷³ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 38

⁷⁴ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 39.

⁷⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The Social Contract**. Trad. Maurice Cranston. London, Penguin Group, 1968, p. 64.

⁷⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The Social Contract**, Trad. Maurice Cranston. London, Penguin Group, 1968, p. 148.

augmentar o valor da liberdade para os indivíduos, capacitando-os a continuar sendo seus próprios senhores⁷⁷.

Podem-se observar outras funções, além da educativa, atribuídas por Rousseau à participação, quais sejam: da aceitação mais fácil por parte do indivíduo das decisões coletivas; e a de integração, pois proporciona a sensação de pertencimento à sua comunidade⁷⁸.

Portanto, pode verificar-se que na teoria da democracia participativa de Rousseau há uma inter-relação entre as estruturas de autoridade das instituições e as qualidades ou atitudes psicológicas de cada indivíduo, bem como as importantes funções da participação, quais sejam, a educativa, de controle e de integração.

Após poder-se observar as contribuições de Rousseau — mas também reconhecer suas limitações, notadamente o fato de estar inserido em um contexto de Estado camponês —, exige-se a análise de outros teóricos que contribuíram, em suas análises, para a democracia participativa já num contexto de sistema político e social moderno, como é o caso de John Stuart Mill.

É importante a análise da teoria social e política de John Stuart Mill⁷⁹, pois, como se poderá analisar, a participação política seria, em sua visão, condição *sine qua non* para o desenvolvimento humano, sendo por isso que todos os indivíduos deveriam participar das deliberações públicas.

O autor parte de uma premissa que corrobora o entendimento de Rousseau, de que a distribuição da riqueza e o poder econômico prejudicavam a maior parte da classe trabalhadora de se desenvolver plenamente⁸⁰, o que Mill entendia ser uma dominação capitalista totalmente injusta⁸¹, pois, para ele, o princípio equitativo da propriedade justifica que ela só seria necessária para que se garantam aos indivíduos os frutos do seu próprio trabalho⁸².

⁷⁷ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 39-40.

⁷⁸ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 41.

⁷⁹ MILL, John Stuart. **Considerations on Representative Government**. In: *On Liberty and Other Essays*.

Edição e notas de J. Gray. Oxford: Oxford University Press. 2008, p. 255.

[1861], pp. 225-6

⁸⁰ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 67.

⁸¹ MILL, John Stuart. **The Collected Works of John Stuart Mill**. Toronto: University of Toronto Press; Londres: Routledge and Kegan Paul, 1963-1991, vol. V, p. 706.

⁸² MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 68.

No entanto, deve ressaltar-se que Mill não condena a possibilidade/existência do empregado assalariado, como o fez Rousseau, apenas entende que o proprietário do capital deveria receber apenas uma parte do produto e que isso seria coerente com o princípio equitativo, justificando a distribuição do produto entre os trabalhadores assalariados e os proprietários de capital, pois todos dão aporte ao trabalho atual e contribuem para os frutos deste⁸³.

Com relação à propriedade, Mill não compreende que houvesse incongruência entre seu princípio equitativo de propriedade e o princípio de compensação proporcional ao valor de mercado, do capital e do trabalho, necessário para a produção capitalista, pois não compreende que a distribuição injusta que prevalece na sociedade de mercado fosse um princípio capitalista, mas um acidente histórico, relacionado à injusta distribuição inicial das propriedades, que não se deu por meio de aquisição, mas por conquista e violência, daí os porquês da situação de miséria da classe trabalhadora⁸⁴.

Apesar de compreender que no capitalismo estimula-se o caráter egoísta⁸⁵, compreendia que o capitalismo reduziria gradualmente a realidade criada pela má distribuição inicial da riqueza, renda e poder. Ele, no entanto, além de não observar, nega o fato de que seja a relação capitalista de mercado que realce e substitua a desigual distribuição inicial, uma vez que parte do valor agregado pelo trabalho atual está no próprio capital, fazendo com que essa realidade reproduza-se constantemente⁸⁶.

Mas o cerne da ideia de Mill, para esta análise, está no fato de que, para ele, o homem é capaz de desenvolver suas faculdades ou capacidades, e a essência dele deve ser exercê-las e desenvolvê-las. Uma boa sociedade, para ele, é a que estimula os indivíduos a esse exercício e desenvolvimento das capacidades, e isso se daria por meio da participação política nas instituições locais, de maneira que se aprenderia a exercer a democracia⁸⁷.

⁸³ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 69.

⁸⁴ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 69-70.

⁸⁵ MILL, John Stuart. **The Collected Works of John Stuart Mill**. Toronto: University of Toronto Press; Londres: Routledge and Kegan Paul, 1963-1991, vol. V, p. 703-756.

⁸⁶ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 70.

⁸⁷ MILL, John Stuart. **The Collected Works of John Stuart Mill**. Toronto: University of Toronto Press; Londres: Routledge and Kegan Paul, 1963-1991, vol. XVIII, p. 60.

Da mesma forma, a função educativa da participação é considerada de forma muito semelhante à de Rousseau, pois compreende que, naturalmente, o indivíduo terá sua autoestima afetada e não desenvolverá capacidades para uma ação pública responsável se basear suas ações apenas em questões pessoais, assuntos privados e ganhos individuais. Logo, defende que os cidadãos tomem parte nos assuntos públicos, momento em que o indivíduo ver-se-á forçado a ampliar seus horizontes e levar em consideração o interesse público⁸⁸.

Essa formatação faz transparecer que sua ideia de democracia leva a um progresso autossustentável e autoacelerado dos cidadãos enquanto ao valor moral, intelectual e ativo, visto que a participação aumentaria sua capacidade e, assim, a busca por mais participação⁸⁹.

Considerando o que se abordou até aqui, a teoria de Mill em tudo corroborou o que já teorizara Rousseau, no entanto, há um importante acréscimo trazido por ele que não havia sido ventilado por Rousseau, muito provavelmente pela estrutura social à época, que não possibilitava visualizar sua implementação em uma sociedade de larga escala.

Portanto, para Mill, o caráter "ativo" de espírito público se concretiza apenas em instituições populares, participativas, o que converge para a ideia básica defendida pelos teóricos da democracia participativa no que diz respeito à inter-relação entre os indivíduos e as suas características psicológicas e as instituições⁹⁰.

É esse, portanto, o fator determinante trazido por Mill, de que, para a implementação de uma democracia participativa, faz-se necessário o apoio de instituições minuciosamente democráticas. Em outras palavras, restringir a ideia de democracia apenas ao governo central, além de furtar a liberdade política, cria um espírito exatamente contrário à participação⁹¹.

Ou seja, sem uma adequada preparação para a participação em nível local, de nada adiantariam o sufrágio universal e a participação no governo nacional. Já que o indivíduo só consegue aprender a se autogovernar no nível local ⁹², pois "um

⁸⁸ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 45.

⁸⁹ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 66-67.

⁹⁰ MILL, John Stuart. **Considerations on Representative Government**. In: *On Liberty and Other Essays*, 2008, p. 417-425.

⁹¹ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 45-46.

⁹² MILL, John Stuart. **The Collected Works of John Stuart Mill**, 1963-1991, vol. XVIII, p. 60.

ato político que apenas se repete com o intervalo de alguns anos, e para o qual não teve o preparo nos hábitos cotidianos do cidadão, deixa seu intelecto e suas disposições morais inalteradas", acrescentando, ainda, que "somente praticando o governo popular em pequena escala que o povo terá alguma possibilidade de aprender a exercitá-lo em maior escala"⁹³.

Quando se apresenta a necessidade de um governo representativo para sociedades em larga escala, Mill não apresenta soluções no sentido de concretizar os argumentos quanto à participação, já que, na obra, sinaliza que aqueles que houvessem recebido boa educação, os mais instruídos, deveriam ocupar os cargos eletivos de todos os níveis e que a multidão deveria ter fé na minoria (instruída) que viesse a governar^{94,95}.

Isso demonstra uma grande incongruência na teoria de Mill, pois enquanto defende o sufrágio universal como meio "educativo" para que as pessoas desenvolvessem sua própria personalidade por meio da participação, também considera a necessidade de que alguns tenham mais votos do que outros, para evitar uma "legislação em favor de uma classe"^{96,97}, o que demonstra a vitória das normas da sociedade de mercado na concepção de Mill, pois essa exclusão era, para ele, um perigo necessário de ser aceito para impedir males maiores⁹⁸.

Sob essa perspectiva, Mill cria um escalonamento sobre o peso do voto de cada um de acordo com sua inteligência ou pelo fato de haver desenvolvido um nível superior de suas capacidades intelectuais ou práticas, pois considerava como desejável a atribuição de vários votos a quem tivesse condições superiores, visto que seria inadmissível uma constituição de um país permitir à ignorância o direito a tanto poder político quanto ao conhecimento⁹⁹.

⁹³ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 46.

⁹⁴ MILL, John Stuart. **Considerations on Representative Government**. In: *On Liberty and Other Essays*.

Edição e notas de J. Gray. Oxford: Oxford University Press. 2008, p. 337.

[1861], pp. 225-6

⁹⁵ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 46-47.

⁹⁶ MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. São Paulo: Escala, 2006, p. 108.

⁹⁷ MILL, John Stuart. **Considerations on Representative Government**. In: *On Liberty and Other Essays*, 2008, p. 299.

⁹⁸ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 72-73.

⁹⁹ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 74.

Isso aprofundaria o paradoxo de Mill, pois os que possuem menos capacidades intelectuais ou políticas, quando observarem que possuem menos peso na participação, saberão que suas vontades jamais prevaleceriam — o que representa um desincentivo à participação —, logo, não desenvolveriam mais suas capacidades de participação e, conseqüentemente, a função educativa deixaria de existir¹⁰⁰.

Dessa forma, apesar de Mill corroborar a ideia da função educativa de Rousseau, não apresenta propostas práticas para a sua concretização, inclusive, como supramencionado, apresenta argumentos que parecem afastar essa possibilidade, não se esclarecendo, em momento algum, como Mill resolveria essas incongruências de sua teoria, nem tampouco como a sua concepção de participação poderia realizar-se¹⁰¹.

Em determinado momento, Mill até tenta trabalhar uma perspectiva da difusão de cooperativas para que houvesse uma revolução moral da sociedade, e que elas seriam unidades de produção mais eficazes, acabando por substituir as organizações capitalistas de produção, no entanto, o fracasso da possibilidade dessa difusão fez com que essa contradição de J. S. Mill nunca fosse resolvida¹⁰².

Dessa forma, a maneira como se poderia reproduzir o modelo de Rousseau nas condições modernas não pode ser plenamente respondido por Mill, ainda assim, Pateman¹⁰³ destaca que talvez o maior legado da teoria de Mill tenha sido a ampliação do efeito educativo da participação para outra esfera da vida social, qual seja, a indústria, dado que, nesse outro campo da vida social, o indivíduo poderia ganhar experiência na administração de assuntos da coletividade, de forma semelhante ao que se poderia fazer no governo local, já que assim como a:

administração do interesse coletivo pela política local educa o indivíduo para a responsabilidade social, também a participação na administração de interesse coletivo na organização industrial favorece e desenvolve as qualidades que o indivíduo necessita para as atividades públicas¹⁰⁴.

¹⁰⁰ MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 76.

¹⁰¹ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 48-49.

¹⁰² MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza, 1991, p. 76-78.

¹⁰³ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 49-50.

¹⁰⁴ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 50.

Nesse sentido, Pateman aprofunda a hipótese de Mill ao dizer que seria possível generalizar esse efeito educativo da participação do local de trabalho a todas as estruturas de autoridade ou sistemas políticos das "esferas inferiores", por entender que "a sociedade pode ser vista como um conjunto de vários sistemas políticos, cujas estruturas de autoridade têm um efeito importante sobre as qualidades e atitudes psicológicas dos indivíduos que interagem dentro deles"¹⁰⁵.

Dessa maneira, o que se extrai para além daquilo que Rousseau já teorizara está na compreensão trazida por Mill de que seria somente por meio da democratização dessas estruturas de autoridade de todos os sistemas políticos que se poderia obter uma política democrática em nível nacional. Entretanto, dada a falta de clareza de sua teoria em como se concretizaria essa democratização e como se implementaria a participação, faz-se necessário apreciar, também, o aprofundamento dado a essa questão por George Douglas Howard Cole.

Cole^{106,107} tem forte inspiração na teoria de Rousseau, de quem extrai grande parte de seus conceitos básicos. Assim, Cole consolida as análises de Rousseau para um cenário moderno, dando a compreensão de que, para se atingir um governo verdadeiramente democrático, estaria na indústria o ponto chave para que uma sociedade participativa pudesse ser organizada e implantada¹⁰⁸.

Cole expressa que o indivíduo é "mais livre onde ele coopera com seus iguais na feitura das leis"¹⁰⁹, pois, para ele, a "liberdade é alcançar a perfeita expressão"¹¹⁰, ainda que não aceite que a liberdade consiste na obediência a essas leis. A participação é a ideia central de sua teoria, manifestando que se deve "convocar a total participação da população para a direção comum dos assuntos da comunidade"¹¹¹, e isso, portanto, envolve a liberdade mais completa de todos os membros que a compõe.

¹⁰⁵ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 52.

¹⁰⁶ COLE, George Douglas Howard. **Self-Government in Industry**, London, G. Bell & Sons, 1919.

¹⁰⁷ COLE, George Douglas Howard. **Labour in the Commonwealth London**. Headley Bros, 1918. p. 196.

¹⁰⁸ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 52.

¹⁰⁹ COLE, George Douglas Howard. **Self-Government in Industry**, London, G. Bell & Sons, 1919, p.82.

¹¹⁰ COLE, George Douglas Howard. **Labour in the Commonwealth London**. Headley Bros, 1918. p. 196.

¹¹¹ COLE, George Douglas Howard. **Social Theory**. London, Methuen, 1920, p. 208.

As democracias representativas, na visão de Cole, são enganosas por dois motivos: (1) porque se deu a ideia de que o indivíduo pode ser representado para todos os propósitos, ao invés de ser representado para funções específicas e bem definidas, logo, negligenciando-se o princípio da função; e (2) porque nas atuais instituições parlamentares não há uma real escolha do representante, muito menos um controle sobre ele, pois, em tese, ao escolher o representante o homem comum não tem outra opção, tampouco um porquê, a não ser deixar que os outros o governem. Isso fere a ideia do sistema de representação funcional de Cole, no qual há "participação constante do homem comum no comando das partes da estrutura da sociedade, as quais lhe dizem respeito diretamente, e que, por isso mesmo, ele tem maior probabilidade de compreender"¹¹².

Há, portanto, uma distinção em sua teoria entre os arranjos institucionais representativos em nível nacional e a própria democracia. Pois, na sua concepção, a democracia exige uma sociedade participativa, que o indivíduo tenha capacidade para a participação nas associações que lhe dizem respeito, bem como que o princípio democrático seja aplicado a todas as formas de ação social, tanto nos assuntos da esfera política, como na economia e na própria indústria¹¹³.

Da mesma forma que foi observado em Rousseau e Mill, para Cole a função educativa da participação é também fundamental e central, mas aprofunda, ainda, ao compreender que apenas pela participação em nível local e em associações locais que o indivíduo teria possibilidade de aprender democracia.

Com relação à lacuna deixada por Rousseau referente à aplicabilidade do efeito educativo na sociedade moderna, Cole preenche-a por meio da compreensão de exercitar-se a participação em outras esferas, alternativas àquela eminentemente política¹¹⁴, pois "o indivíduo não tem controle sobre os vastos mecanismos da política moderna, não porque o Estado seja muito grande, mas porque o indivíduo não tem oportunidade alguma de aprender os rudimentos do autogoverno dentro de uma unidade pequena"¹¹⁵.

Nesse sentido, Cole vislumbra na indústria uma importantíssima ferramenta para revelar o efeito educativo da participação, já que, com exceção do governo, é

¹¹² COLE, George Douglas Howard. **Social Theory**. London, Methuen, 1920, p. 114.

¹¹³ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 55.

¹¹⁴ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 55.

¹¹⁵ COLE, George Douglas Howard. **Self-Government in Industry**. London, G. Bell & Sons, 1919, p. 157.

na indústria que mais se reproduzem relações de superioridade e subordinação, além de ser o local em que o homem comum gasta grande parte de sua vida, e argumenta que:

O sistema industrial em grande parte é a chave para o paradoxo da democracia política. Por que motivo a maioria é nominalmente suprema mas efetivamente impotente? Em boa parte porque as circunstâncias de suas vidas não os acostumam ou preparam para o poder ou para a responsabilidade. Um sistema servil na indústria reflete-se inevitavelmente em servidão política¹¹⁶.

Sob esse prisma de Cole, apenas se o indivíduo tiver possibilidades de se autogovernar no local de trabalho, ou seja, apenas se a indústria fosse organizada sob bases participativas, o treinamento para a servidão poderia se tornar um treinamento para a democracia e, somente então, os sujeitos ganhariam familiaridade com os processos democráticos, desenvolvendo características democráticas para ser implementada uma democracia em larga escala¹¹⁷.

Em concordância com Rousseau, o autor entende que não haveria possibilidade de igualdade de poder político sem que haja uma substancial quantidade de igualdade econômica. Ou seja, discorda dos teóricos contemporâneos, pois eles ignoram o fato de que "grandes desigualdades de riquezas e de posição social, que resultavam em grandes desigualdades de educação, poder e controle do ambiente, são necessariamente fatais para qualquer democracia verdadeira, seja em política ou em qualquer outra esfera"¹¹⁸.

Uma das críticas de Schumpeter referia-se ao fato de a teoria clássica ignorar o conceito de liderança, o que, de acordo com a análise de Cole, não se confirma, pois, ainda que Cole entenda como necessário o estabelecimento de igualdade da posição social na indústria, ele possuía consciência da necessidade de preservação de liderança em um sistema democrático, no entanto, apenas se sob o prisma do princípio de função, ou seja, "se a representação (liderança) fosse organizada em uma base funcional, então seria possível ter 'representantes'"¹¹⁹.

Após fazer as releituras desses três teóricos, dentre os que embasaram as críticas de Schumpeter e seus seguidores, — sem haver sido possível aprofundar

¹¹⁶ COLE, George Douglas Howard. **Labour in the Commonwealth London**. Headley Bros, 1918. p. 35.

¹¹⁷ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 55-56.

¹¹⁸ COLE, George Douglas Howard. **Guild Socialism Restated**. Londres, Leonard Parsons, 1920a, p. 421.

¹¹⁹ PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 57.

outros, não por serem menos relevantes, mas porque apenas tangenciariam o alcance de nosso objetivo específico —, foi possível traçar uma linha de compreensão sobre o afastamento e equívoco feito pelos teóricos contemporâneos a respeito de suas análises da participação na democracia a partir desses autores.

Considerações Finais

Os objetivos da pesquisa foram alcançados, tendo sido possível analisar as teorias contemporâneas da democracia, a partir de Schumpeter, tendo se constatado que possuem um caráter empírico e descritivo, de maneira que compreendem a democracia enquanto um método político ou a arranjos institucionais em nível nacional. Esse modelo tem como elemento essencial a competição entre líderes (elite) pelos votos do povo, em eleições periódicas e livres, momento em que se exerce o controle sobre os representantes.

Dessa maneira, o sufrágio universal seria a fórmula de garantir a igualdade política, e a participação se limita a escolha daqueles que tomam decisões, os representantes. Compreendem, estes autores, que para que haja estabilidade do sistema o nível de participação não pode ser alto, apenas o mínimo necessário para manter o método democrático funcionando (eleições).

Estes autores explicitam críticas à teoria clássica, no sentido de que seriam elas teorias irrealistas, por considerar que exigem do homem comum um nível de racionalidade impossível e irrealizável; e que a teoria “clássica” ignora o conceito de liderança. Como se viu, essas críticas não se confirmam à análise dos autores por eles criticados, quais sejam: Rousseau, Bentham, James Mill e John Stuart Mill. Com isso foi possível traçar uma linha de compreensão sobre o afastamento feito pelos teóricos contemporâneos a respeito de suas análises da participação na democracia a partir desses autores.

Dessa maneira, foi possível compreender a teoria democrática hegemônica e as falhas argumentativas e de interpretação feitas por seus teorizadores no tocante à participação, motivo pelo qual o problema da pesquisa foi respondido e as hipóteses confirmadas.

Por fim, se pôde compreender a participação como essencial para a formação cidadã em uma comunidade verdadeiramente democrática, tanto na análise dos teóricos clássicos da democracia, como na construção teórica de Benjamin Barber.

Referência das Fontes Citadas

BARBER, Benjamin. **Democracia Fuerte**. Espanha: Almuzara, 2004.

BERELSON, Bernard Reuben; LAZARFELD, Paul Felix; MACPHEE, William N.
Voting. University of Chicago Press, 1954.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**.
Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CARRERAS, Mercedes. Elitismo y democracia: de Pareto a Schumpeter. **Revista de
estudios políticos**, n. 73, 1991.

CHEIBUB, J. A. & PRZEWORSKI, A. 1997. Democracia, eleições e responsabilidade
política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 35, p. 49-
61, out.

COLE, George Douglas Howard. **Guild Socialism Restated**. Londres, Leonard
Parsons, 1920.

COLE, George Douglas Howard. **Labour in the Commonwealth London**. Headley
Bros, 1918.

COLE, George Douglas Howard. **Self-Government in Industry**, London, G. Bell &
Sons, 1919.

COLE, George Douglas Howard. **Social Theory**. London, Methuen, 1920.

DAHL, Robert A. **A preface to democratic theory**. University of Chicago Press,
1956.

DAHL, Robert A. et al. **Hierarchy, democracy and bargaining in politics and
economics**. IN: H. EULAU, H; et al. **Political Behaviour**, Glencoe, Free Press, p.
66-89, 1956.

ECKSTEIN, Harry. **A theory of stable democracy**. Princeton University, 1961.

HELD, David. **Models of Democracy**. Stanford: Stanford University, 1966.

MACPHERSON, C. B. **La democracia liberal y su época**. Buenos Aires: Alianza,
1991.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. São Paulo:
Escala, 2006, p. 108.

MILL, John Stuart. **Considerations on Representative Government**. In: On
Liberty and Other Essays, 2008.

MILL, John Stuart. **The Collected Works of John Stuart Mill**. Toronto: University
of Toronto Press; Londres: Routledge and Kegan Paul, 1963-1991, vol. V.

MILL, John Stuart. **The Collected Works of John Stuart Mill**. Toronto: University
of Toronto Press; Londres: Routledge and Kegan Paul, 1963-1991, vol. XVIII.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e
Terra, 1992.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres**. Traducción de Ángel Pumarega. Madrid: Calpe, 1923.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e Ensaio sobre a origem das línguas** (Os Pensadores, vol. 1). Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat social**. Beaulavon, 1903.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The Social Contract**. Trad. Maurice Cranston. London, Penguin Group, 1968.

SALES, Carla V. As máscaras da democracia: notas sobre a teoria democrática contemporânea à luz dos eixos dahlsianos. **Revista de Sociologia e Política**, n. 24, 2005.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada: O Debate Contemporâneo**. São Paulo: Editora Ática, 1994.

SARTORI, Giovanni. **Democratic theory**. Detroit, Wayne State University Press, 1965.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalism, socialism and democracy**. Routledge, 2013.

AS REDES SOCIAIS VIRTUAIS COMO MEIO DE LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO POLÍTICO E DEMOCRÁTICO

Ana Luiza Fritz¹

Introdução

O constante desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação ampliaram o acesso à internet e às redes sociais virtuais, permitindo uma interação instantânea e impulsionando a comunicação entre os indivíduos, causando grandes impactos nas relações sociais em geral.

É notório que, na atualidade, as redes sociais virtuais fazem parte do cotidiano de grande parte da população mundial, sendo que, por vezes, o seu uso pode impactar para além das interações pessoais.

Com o propósito de compreender as interações sociais que se desenvolvem pelos meios de comunicação interpessoais na internet e seus reflexos na estrutura política e democrática, é essencial o entendimento, ainda que genérico, das redes sociais virtuais.

O desenvolvimento das redes sociais na internet pode incentivar o isolamento e à alienação dos indivíduos, bem como a disseminação de ideais políticas. Nesse ponto, a presente pesquisa objetiva analisar como as redes sociais virtuais podem ser utilizadas para legitimar o discurso político e democrático.

Levanta-se a problemática em torno do seguinte questionamento: Qual o impacto das redes sociais virtuais na política e democracia?

Para responder à problemática, o artigo é dividido em duas seções: a primeira, objetivando buscar um conceito de redes sociais; e, a segunda, analisando as redes sociais virtuais e o discurso político e democrático.

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bacharel em Comunicação Social com Habilitação em Publicidade e Propaganda pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Registradora Civil. São João Batista/SC. Endereço eletrônico: analuizafritz@hotmail.com.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação² foi utilizado o método indutivo³, na fase de tratamento de dados o método cartesiano⁴, e, o relatório dos resultados expresso no presente artigo é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente⁵, da categoria⁶, do conceito operacional⁷ e da pesquisa bibliográfica⁸.

1. Redes sociais

Inicialmente, apresenta-se um breve histórico da significação e do emprego do termo rede, de modo a melhor compreender as metamorfoses por que passou o conceito em cada época, até o seu emprego no conceito de redes sociais na atualidade.

Musso⁹ apresenta uma trajetória da palavra rede, que tendo sido utilizada já na mitologia por meio “da tecelagem e do labirinto”¹⁰, na Antiguidade era relacionada

² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁴ 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.

⁵ “[...] 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. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

⁹ MUSSO, Pierre. A filosofia da rede. In: PARENTE, André (Org.). **Tramas da rede**: novas dimensões filosóficas, estéticas e políticas da comunicação. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 17-38, p. 17.

¹⁰ Os termos referem-se ao mito do Minotauro, guardião do célebre Labirinto de Cnossos, grandioso palácio, de complicada edificação, construído pelo arquiteto Dédalo a pedido do rei Minos. O Labirinto era um emaranhado de quartos, salas, corredores e caminhos retorcidos, com tantas voltas e ziguezagues, que somente Dédalo seria capaz, lá entrando, de encontrar o caminho de volta, pois outro que ali penetrasse, jamais encontraria a saída. Teseu, decido a combater o Minotauro, recebe de Ariadne um novelo de fios, que deveria desenrolar à medida que penetrasse no Labirinto, para que pudesse, após a vitória sobre o monstro, encontrar o caminho de volta e sair da formidável teia de caminhos tortuosos de que era constituído o Labirinto. Cf. BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. Petrópolis: Vozes, 1986. v. 1, p. 62; v. 2, p. 35, 139; v. 3, p. 163.

ao simbolismo do corpo humano pela medicina de Hipócrates, retratando um organismo complexo em que as veias são ligadas umas com as outras, com elas mesmas e com as carnes.

Oriunda do latim *retiolus* e do francês antigo *rései*, a rede somente surge no idioma francês no século XII, para denominar as redes de caça ou pesca, as cestas, os tecidos e as malhas que cobriam o corpo. No século XVI, o vocábulo francês *réseuii*, nominava os véus e rendas que as mulheres utilizavam para cobrir suas cabeças, e no século seguinte, um tipo de sutiã que era utilizado por cima de suas camisas.¹¹

Descartes¹², em sua obra Tratado do Homem, utiliza a palavra renda para representar a superfície do cérebro, em que a renda seria semelhante ao tecido, envolvendo externamente o corpo. Assim, dentro do cérebro haveria várias redes, pequenas e muito semelhantes, separadas entre si, mas distribuídas pelo restante do corpo humano.

No século seguinte, a rede passa a estar dentro do corpo humano, sendo empregada por médicos para representar as fibras e o aparelho sanguíneo¹³. A partir de então, a rede não mais se restringe a estar sobre o corpo, cobrindo-o com tecidos e malhas; nem mesmo a estar dentro dele, sendo estudada pelos médicos. Nesse momento, numa grande ruptura, a rede desliga-se do corpo humano, tornando-se artificial, passa a ser, então, construída.

Marteleteo¹⁴ reitera o pensamento de que no final do século XVIII a definição de rede ainda permanecia presa a uma gênese orgânica, totalmente relacionada ao modelo de Hipócrates. O conceito foi passando por uma transmutação, quando então, assumiu "sua concepção moderna, definindo uma matriz técnica de arranjo do território, quando ele se separa do fato observado e da sua convivência com o corpo físico para tornar-se um objeto construído e autônomo".

A autora alerta ainda, não ser possível acreditar numa concepção de rede inerente ao século XX. Seria ingênuo desconsiderar tudo pelo que passou o conceito

¹¹ MUSSO, Pierre. **A filosofia da rede**. p. 18.

¹² DESCARTES, René. *apud* MUSSO, Pierre. **A filosofia da rede**. p. 18.

¹³ DESCARTES, René. *apud* MUSSO, Pierre. **A filosofia da rede**. p. 19.

¹⁴ MARTELETO, Regina Maria. Informação, rede e rede sociais: fundamentos e transversalidades. **Informação & Informação**, Londrina, v. 12, n. esp., 2007, p. 46-62. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/1785/1521>>. Acesso em: 19 jul. 2019. p. 52.

no decorrer dos séculos, agregando e deixando várias interpretações, conforme se rendia e se adequava às novas ciências.¹⁵

Em sua formação, esse conceito de rede pode ser entendido como a trajetória de um “processo de desmaterialização, conduzindo de uma observação de uma forma em rede na natureza, principalmente no corpo humano, para sua transformação em artefato, graças ao domínio da ordem que ela representa”.¹⁶

Barel e Cauquelin¹⁷ ressaltam o caráter universal do conceito de rede nas mais variadas áreas científicas, trazendo uma definição genérica e adequada à compreensão do papel desempenhado por uma rede. Para eles, a rede significaria simultaneamente “uma técnica do espírito e de arranjo do território: modo de pensamento e de esquadreamento, estabelece elo entre dois lugares, sejam eles inscritos em processos conceituais ou em espaço material”.

De acordo com Musso¹⁸, atualmente, a ideia de rede está presente em todas as disciplinas, desde a área das exatas, passando pelas humanas e biológicas.

Silva, Fialho e Saragoça¹⁹ sugerem que o homem, na qualidade de ser social, frequentemente interage com vários componentes dos sistemas que integra: “pessoas, grupos, instituições, papéis sociais, entre outros”. Os comportamentos do homem na sociedade, se baseiam em uma concepção de rede, em que “as interações estabelecidas, a partilha e a complementaridade de relações dão vida ao conceito de rede”.

Em 1954, Barnes²⁰ utilizou pela primeira vez a ideia de rede social para retratar como as noções de igualdade de classes eram empregadas e de que forma os indivíduos manipulavam laços pessoais de parentesco e amizade em Bremnes, uma cidade da Noruega.

¹⁵ MARTELETO, Regina Maria. **Informação, rede e rede sociais: fundamentos e transversalidades.** p. 52.

¹⁶ MUSSO, Pierre. **A filosofia da rede.** p. 20-21.

¹⁷ BAREL, Yves; CAUQUELIN, Anne. *apud* MARTELETO, Regina Maria. **Informação, rede e rede sociais: fundamentos e transversalidades.** p. 52.

¹⁸ MUSSO, Pierre. **A filosofia da rede.** p. 17.

¹⁹ SILVA, Carlos Alberto; FIALHO, Joaquim; SARAGOÇA, José. Análise de redes sociais e Sociologia da acção. Pressupostos teórico-metodológicos. **Revista Angolana de Sociologia**, Angola, n. 11 p. 91-106, jun. 2013. Disponível em: <<http://ras.revues.org/361>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

²⁰ BARNES, John Arundel. Redes sociais e processo político. *In*: FELDMAN-BIANCO, Bela (Org.). **Antropologia das sociedades contemporâneas.** São Paulo: Global, 1987. p.159-193.

Fialho²¹ pondera que as redes sociais geram novos valores e propiciam novas atitudes e formas de pensar, também atribuindo a Barnes o primeiro conceito de rede social, para o qual, "a vida social era considerada um conjunto de pontos (nós) que se estruturavam em teias de relações".

Assim, ao compreender a rede social como uma rede em que uma parte ou todos os membros de uma sociedade estão incluídos, Barnes introduziu a ideia de redes sociais. Como integrante de uma rede, o indivíduo é visto como uma variedade de relações.

Também com foco nas relações, Silva, Fialho e Saragoça²² apontam a direção da análise de redes, uma vez que a análise destas se volta para a realidade social como uma abrangente rede de conexões entre entidades interdependentes (grupos, indivíduos, organizações, etc.). O ponto principal analisado é conexão, que pode ocorrer de várias formas como "amizade, aconselhamento, comunicação, influência, autoridade, variando consoante as situações e/ou entidades sociais que estão no objetivo da investigação".

A concepção de rede social vem sendo empregada nas ciências sociais e humanas com variadas formas e significados, referindo-se a compreensão da sociedade "como sendo construída por redes de relações interpessoais ou intergrupais", num sentido mais simbólico. A ideia de rede é utilizada também como ferramenta para análise de redes e ligações, por meio de mapeamento e classificação, considerando a quantidade, qualidade e intensidade dos nós.²³

Para Marteleto²⁴, a percepção de redes sociais normalmente indica "os conjuntos de relações entre pessoas ou grupos sociais, e vem se expandindo progressivamente, tanto no interior quanto nas fronteiras das ciências sociais".

²¹ FIALHO, Joaquim. Pressupostos para a construção de uma sociologia das redes sociais. **Sociologia**: Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, Porto, v. 29, jan-jun. 2015, pág. 59-79. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/13324.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2019. p. 61-62.

²² SILVA, Carlos Alberto; FIALHO, Joaquim; SARAGOÇA, José. **Análise de redes sociais e Sociologia da acção**. p. 91-106.

²³ FIALHO, Joaquim. Pressupostos para a construção de uma sociologia das redes sociais. p. 62.

²⁴ MARTELETO, Regina Maria. Teoria e metodologia de redes sociais nos estudos da informação: cruzamentos interdisciplinares. **Informação & Informação**, Londrina, v. 12, n. esp., 2007, p. 3-7. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/1786/1522>>. Acesso em: 19 jul. 2019. p. 3.

A conceituação de redes se submete ao conflito permanente entre diferentes correntes nas ciências sociais. Nessa área, Castells²⁵ define redes como sendo um conjunto de nós interligados por linhas, em que o nó é o ponto no qual uma curva se divide. São estruturas abertas que possuem capacidade para se expandir de forma ilimitada, constituindo assim novos nós, contanto que compartilhem os mesmos códigos de comunicação.

Os nós podem ser representados por indivíduos ou grupos de indivíduos, compondo as redes que, por sua vez, podem ser organizações de vários tipos, formais ou informais, lícitas ou ilícitas.

Marteleteo, partindo do conceito de nós e interconexões, delimita rede social como “um conjunto de participantes autônomos, unindo ideias e recursos em torno de valores e interesses compartilhados”.²⁶

Entretanto, a rede é primeiramente um espaço de comunicação e trocas, que ocorre em diversos níveis. O estudo das redes sociais possibilita a percepção de que, ainda que interpretadas em sua totalidade, as redes não deixam de ser “uma ligação de fios individuais onde cada um constitui uma unidade em si, único em forma e posição”.²⁷

Recuero define rede social como sendo um conjunto de dois elementos, composta pelos atores²⁸ e suas conexões. Estas entendidas por laços ou interações sociais, e aquelas por nós de rede. Para a autora, as redes têm por finalidade a constatação dos padrões de conexão de um grupo social, por meio das conexões estabelecidas entre os diversos atores. Os atores, enquanto partes envolvidas no sistema, agem de forma a modelar as estruturas sociais, por meio da interação e do estabelecimento de laços sociais.²⁹

²⁵ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 498.

²⁶ MARTELETO, Regina Maria. Análise de redes sociais: aplicação no estudo de transferência da informação. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 30, n. 1, jan./abr. 2001, p. 71-81. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/940/977>>. Acesso em: 19 jul. 2019. p. 72.

²⁷ MARTELETO, Regina Maria. **Análise de redes sociais**: aplicação no estudo de transferência da informação. p. 79.

²⁸ Os atores são representados pelos nós da rede, podendo ser pessoas, instituições ou grupos. São representações performativas dos indivíduos, atuando de forma a desenhar as estruturas sociais, por meio da interação e do estabelecimento de laços sociais. Cf. RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2014. p. 24-25.

²⁹ RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. p. 24-25.

Carvalho³⁰ também entende que uma rede é constituída por nós e as ligações que os conectam e, para a autora, atualmente seria costumeiro encontrar o termo rede associado às tecnologias, ao ciberespaço e às relações sociais, em que a rede “indicaria a infraestrutura tecnológica, a interconexão entre computadores, enfim, os aspectos físicos que permitem às pessoas se encontrarem e se relacionarem no espaço online”.

Em referência ao sistema de redes, Castells³¹ destaca as principais características do que intitula o paradigma da tecnologia da informação, que servem de sustentação material da sociedade da informação. A primeira característica é que a própria informação é o elemento central do paradigma; são as tecnologias para atuar sobre a informação, não apenas o inverso. Em segundo lugar, as novas tecnologias modelam os processos da vida privada e coletiva em sua totalidade. O terceiro aspecto, é a lógica de redes, aplicável a qualquer conjunto de relações, permitindo estruturar o que não é estruturado, conservando a flexibilidade.

A flexibilidade, apresenta-se também como característica do paradigma da tecnologia da informação. Nesse aspecto, tanto os processos são reversíveis quanto as organizações e instituições podem ser modificadas, até mesmo em sua essência. O paradigma tecnológico, se apresenta em meio a uma sociedade marcada pela mudança e fluidez constantes no âmbito organizacional. O diferencial do paradigma se configura na capacidade de reestruturação, em que se possibilita a inversão das regras sem extinguir a organização.³²

Por fim, Castells³³ lista a “convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado, em que trajetórias tecnológicas antigas ficam literalmente impossíveis de se distinguir em separado” e essas tecnologias, como os microcomputadores e as telecomunicações, integram os sistemas de informação.

Assim, uma rede social é uma estrutura social composta por pessoas ou organizações, que estão conectadas por um ou vários tipos de relações, compartilhando valores e objetivos comuns, em um ambiente que não as separa hierarquicamente.

³⁰ CARVALHO, Jaciara de Sá. **Redes e comunidades**: ensino-aprendizagem pela Internet. São Paulo: Editora e Livraria Instituto Paulo Freire, 2011. p. 37.

³¹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. p. 78.

³² CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. p. 78.

³³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. p. 79.

2. As redes sociais virtuais como meio de legitimar o discurso político e democrático

A história do desenvolvimento da internet é uma mistura incomum entre técnica militar, vasta colaboração científica e inovação contracultural³⁴. O princípio da internet deu-se nos anos 60, quando a ARPANET surgiu como uma rede de computadores da ARPA, uma agência de projetos de investigação criada pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos, com objetivo de incentivar a investigação na área da informática interativa no âmbito universitário, para que se atingisse a supremacia tecnológica militar sobre a extinta União Soviética. "A construção da ARPANET justificou-se como um meio de repartir o tempo de trabalho on-line dos computadores entre os vários centros de informática interativa e grupos de investigação da agência".³⁵

Tendo se tornado tecnologicamente defasada, em 1990 a ARPANET foi desativada, livrando a internet do ambiente militar. Então, em 1995 a internet foi privatizada, possibilitando o seu uso particular. A partir de então, a internet expandiu-se rapidamente como uma rede mundial de redes informáticas. O que permitiu esse alcance mundial da internet foi a *world wide web*, que foi desenvolvida em 1990 por Tim Berners-Lee, como um sistema de hipertexto para compartilhamento de dados que permitia inserir e remover informações entre quaisquer computadores conectados por meio da internet.³⁶

A internet é um meio de comunicação que permite a conversação simultânea entre vários indivíduos, na hora que desejarem e em proporções globais. Uma tecnologia que, nos seus primórdios era utilizada por poucos, impulsionou a transformação para a sociedade em rede. Contabiliza-se que no primeiro ano de amplo uso da rede de alcance mundial, em 1995, havia algo em torno de dezesseis milhões de usuários ao redor do mundo. A estimativa era de que em 2010 os números chegassem aos dois bilhões.³⁷

Em dezembro de 2018 a União Internacional de Telecomunicações (UIT), agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU), lançou a décima edição do "*Measuring the Information Society Report*", um relatório anual apresentando os principais indicadores de telecomunicações para medir a sociedade

³⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. p. 375.

³⁵ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 26.

³⁶ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**. p. 28-32.

³⁷ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**. p. 16-17.

da informação. De acordo com o relatório, no final de 2018, 3,9 bilhões de pessoas estavam utilizando a internet. Esse número representa 51,2% da população, ou seja, mais da metade da população mundial está conectada.³⁸

Segundo Castells³⁹, a dimensão da internet pode ser comparada com a inovação que a rede e o motor elétricos representaram historicamente na era industrial, diante da sua capacidade de distribuição do poder da informação em todas as esferas da atividade humana. Estamos vivendo a era da informação, integrada pelas redes, que em sua base tecnológica são constituídas pela internet, ganhando assim uma nova vida e transformando-se em redes de informação.

Assim, de uma forma genérica, a era da informação faz parte de um novo tempo, em que as relações são entabuladas pela informação e a sua possibilidade de processar e gerar conhecimentos.

Tanto Castells quanto Lévy analisam a sociedade em rede, entretanto, Lévy se refere a ela utilizando o termo cibercultura (cultura do ciberespaço). O ciberespaço é um ambiente de relações proporcionado pela realidade virtual da informática. Para Lévy⁴⁰, ao vivenciar o mundo virtual, os usuários fazem trocas simultâneas, pois ao mesmo tempo que exploram, atualizam o mundo virtual, que conduz a uma coletividade de criação e inteligência. Quanto mais a estrutura física desse universo virtual se expande, através da ampliação da capacidade e velocidade do cálculo e transmissão de dados dos computadores e suas redes, maior é a possibilidade de desenvolvimento de novos mundos virtuais.

Desse modo, o ciberespaço é um local de troca de informações e formação de identidades e debates, em que se discutem os mais variados temas, bem como criam-se laços e mantêm-se relações, ou seja, uma comunidade virtual. A interconexão⁴¹ é o ponto de apoio no desenvolvimento das comunidades virtuais, construídas com base nas "afinidades de interesses, de conhecimentos, sobre projetos mútuos, em

³⁸ INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, ICT. **Measuring the Information Society Report**. Geneva, 2018. v. 1. Disponível em: <<https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/misr2018/MISR-2018-Vol-1-E.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

³⁹ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**. p. 15.

⁴⁰ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 75.

⁴¹ A interconexão constitui a humanidade em um contínuo sem fronteiras, em que os veículos de informação não estariam mais no espaço, mas todo o espaço se tornaria um canal interativo. Para a cibercultura a conexão é sempre preferível ao isolamento. Cf. LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. p. 127.

um processo de cooperação ou de troca, independente de proximidades geográficas e das filiações institucionais”⁴².

Rheingold⁴³ defende que a internet assinala a origem de um novo tipo de comunidade, que agrupa pessoas em torno de uma gama de valores e interesses compartilhados online, estabelecendo laços de apoio e amizade: a comunidade virtual; que define como “agregados sociais surgidos na Rede, quando os intervenientes de um debate o levam por diante em número e sentimento suficientes para formarem teias de relações pessoais no ciberespaço”.

Ainda que comumente utilizados como sinônimos, as redes sociais se diferem dos sites de redes sociais na sua conceituação. Nem toda rede social está contida em um site e nem todo site representa uma rede social, mas as redes sociais na internet representam um campo específico dentro das redes sociais.⁴⁴ “Sites de redes sociais são os espaços utilizados para a expressão das redes sociais na Internet”.⁴⁵

Boyd e Ellison⁴⁶ descrevem os sites de redes sociais como sistemas que possibilitam a construção de um personagem por intermédio de um perfil ou uma página pessoal, a interação por meio de comentários e a exibição pública da rede social de cada ator.

Recuero⁴⁷ propõe uma diferenciação entre os sites da internet em geral e os sites de redes sociais na internet. Para ela, os sites têm como característica a possibilidade de “visibilidade e articulação das redes sociais, a manutenção dos laços sociais estabelecidos no espaço off-line”. Contudo, verifica-se que igualmente são formados por indivíduos que muitas vezes não se relacionam fora do ambiente da internet.

A finalidade das redes sociais na internet é, antes de tudo, a promoção e intensificação da comunicação, a troca de informações e o compartilhamento de vozes e discursos, o que comprova que o ser humano deseja se comunicar com o único fim de se comunicar, não importando a forma, o tempo e a finalidade.⁴⁸

⁴² LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. p. 127

⁴³ RHEINGOLD, Howard. A *apud* CARVALHO, Jaciara de Sá. **Redes e comunidades**: ensino-aprendizagem pela Internet. São Paulo: Editora e Livraria Instituto Paulo Freire, 2011. p. 28.

⁴⁴ SANTAELLA, Lucia; LEMOS, Renata. **Redes sociais digitais**: a cognição conectiva do Twitter. São Paulo: Paulus, 2010. p. 13.

⁴⁵ RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. p. 102.

⁴⁶ BOYD, Danah; ELLISON, Nicole. *apud* RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. p. 102.

⁴⁷ RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. p. 102

⁴⁸ SANTAELLA, Lucia; LEMOS, Renata. **Redes sociais digitais**. p. 50.

Contudo, percebe-se que a criação da internet não teve como ponto de partida a concepção de democracia, mas sim, o próprio poder. Isso pois, a própria história política possui um roteiro de rupturas ou mudanças radicais que sucessivamente aconteceram em prol de novos modelos de poder.⁴⁹

Percebe-se que o uso das redes sociais pode ser concebido como um meio de libertação para muitas pessoas, de aproximação, de legitimação de suas liberdades. Contudo, é necessário ressaltar que, conforme Bobbio⁵⁰, o problema de conquista da libertação em sociedades industrialmente avançadas, em um sistema global, é justamente procurar novos meios de libertação, aprofundando cada vez mais o próprio conceito e dimensão do termo.

A informação é peça chave para a liberdade em tempos de redes virtuais, pois a competência para obter e transmitir a informação é instrumento de poder, que serve para mensurar a tanto a liberdade individual quanto a soberania do Estado. Ao passo que a tecnologia se desenvolve, as interações sociais são profundamente afetadas pelo espectro informacional.⁵¹

A forma de comunicação e de recebimento e envio de informações, está em convergência. Ao mesmo tempo que é possível perceber um olhar destacado ao indivíduo dentro do contexto das organizações, verifica-se um movimento de associação das mais diversas tecnologias, compartilhando a mesma finalidade: transmitir informações – seja por de imagens, textos, vídeos, áudios – cercando o maior conjunto de indivíduos possível, “criando uma rede única de comunicação inteligente e interativa”. A convergência tecnológica alcança todos organismos envolvidos direta ou indiretamente na rede de comunicação: pessoas, empresas, governos e instituições.⁵²

Nesse contexto, o Estado vê-se em uma realidade social em transformação. E nesse mundo, é “a única entidade com capacidade para expandir a utilização tecnológica num curto espaço de tempo às mais diversas áreas da sociedade”.⁵³

⁴⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. 1a. tir. Curitiba: Juruá, 2003. p. 39.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 85-86.

⁵¹ PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. p. 28.

⁵² PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28.

⁵³ CARDOSO, Gustavo. **As causas das questões ou o Estado à beira da sociedade de informação**. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/cardoso-gustavo-causas-questoes.html>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

Bobbio⁵⁴ ressalta que a supremacia da política se revela na existência de uma razão do Estado que seja diferente da razão dos indivíduos. A independência entre essas razões permite ao Estado e ao homem político a liberdade na busca de propósitos ficando desobrigados a ponderar os “preceitos morais que condicionam o indivíduo singular nas relações com os outros indivíduos”.

Em países com uma democracia fragilizada, a falta de limites e garantias nos sistemas internos, culminou na ascensão dos regimes totalitários; bem como, nas relações externas, quase todos os países europeus patrocinaram as políticas de poder, resultando na colonização de boa parte do planeta e nas duas grandes guerras mundiais. Tanto o totalitarismo quanto as guerras, somados a uma nova visão das causas e das circunstâncias da democracia, serviram para superar os obstáculos da soberania interna e externa, embasada na reconstituição do direito e das instituições políticas nacionais e internacionais.⁵⁵

No início da década de 90, Schaff⁵⁶ alertava para os perigos que as interações na sociedade informática poderiam expor os indivíduos, pois já se percebia a inclinação humana ao isolamento e à alienação. A intensidade das manifestações de alienação, advindas da promoção de novas tecnologias de produção e de comunicação, causaria uma reação natural de organização de formas e experiências coletivas de vida, principalmente entre os jovens. A preocupação, entretanto, se relacionava com a possibilidade de forças políticas utilizarem o modelo de coletividade para atacar a democracia, gerando um conflito entre interesses democráticos e totalitários.

Um Estado pode ser definido como um poder sobre certo território, que atua na tomada de decisões com poder de vincular todos os que vivem naquele local, e emite ordens correspondentes, que são “efetivamente cumpridos pela grande maioria dos destinatários na maior parte dos casos em que a obediência é requisitada”.⁵⁷

Quando considerado o Estado em relação à internet, o quesito territorialidade esbarra na virtualidade, gerando uma problemática no que diz respeito à definição de um território no ciberespaço. Os limites geográficos que estabelecem uma nação,

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**; por uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 85.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Trad. Perfecto Andre Ibañes; Carlos Bayon; Marina Gascón; Luis Prieto Sanchís; Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 477.

⁵⁶ SCHAFF, Adam. A sociedade da informática: as consequências sociais da segunda revolução industrial. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 146-147.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. p. 95.

acabam por sofrer transformações, decorrentes do meio virtual em que a sociedade interage e convive. O indivíduo tem a possibilidade de estar fisicamente presente no território de um Estado e, ao mesmo tempo, virtualmente presente em tantos outros.

No que diz respeito a falta de territorialidade na internet, a questão fora enfrentada pela Suprema Corte brasileira, quando do julgamento do RE 628624/MG, que acabou culminando na fixação da Tese de Repercussão Geral nº 393⁵⁸ em que se discutia a competência para julgamento do crime de publicação de conteúdo pornográfico de crianças e adolescentes na internet. No caso, foi debatida a potencialidade do alcance internacional que os *sites* de livre e amplo acesso na internet permitem a qualquer usuário em qualquer lugar. Assim, por conta dos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil, entendeu-se que a mera possibilidade de acesso mundial ao conteúdo pornográfico infantil publicado na rede mundial de computadores, já presume a transnacionalidade do crime.

A imagem do direito internacional que expressa o pluralismo dos sistemas que o compõem é, ao contrário, a de uma rede complexa e diversificada composta por instituições e sistemas jurídicos, articulados em diferentes níveis regulatórios. É por isso que “a garantia de níveis supranacionais de democracia é o grande problema que hoje surge da reflexão teórica e do planejamento jurídico e político”.⁵⁹

Em tempos de processos de globalização sem regras, o futuro de um país depende muito mais de políticas externas e decisões tomadas nos interesses das grandes nações ocidentais e dos conglomerados multinacionais, do que propriamente da sua política interna.⁶⁰

A democracia política e a cidadania já não atuam mais como elementos de inclusão, promovendo a igualdade e a expansão dos direitos. Atuam mais como elementos de exclusão: nos países ricos, excluem as minorias marginalizadas; no restante do mundo, excluem a maioria dos seres humanos. Assim, importante refletir

⁵⁸ Tese fixada: Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tese de Repercussão Geral nº 393**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 29 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidence=3935933&numeroProcesso=628624&classeProcesso=RE&numeroTema=393#>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. p. 475.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. p. 512.

se a crise de representatividade entre governantes e governados levaria ao declínio ou à recriação das formas de democracia.⁶¹

Com relação à internet, não é diferente: de um lado, o número de usuários cresce vertiginosamente nos países com melhores condições tecnológicas, em que é economicamente viável aos usuários pagar por equipamentos e pelo acesso à rede. Do outro lado, o restante do mundo, onde a internet chega de forma lenta, acompanhando o ritmo da desestrutura dos mais pobres.

Ao Estado e à política, é fundamental a tentativa de acompanhamento dessa sociedade em transformação. Cabe um aproveitamento da interação que as redes sociais virtuais permitem, em prol de uma aproximação sem as formalidades de outros meios, para oportunizar a participação popular nas políticas públicas, nas decisões, na democracia, sempre como ferramenta de inclusão.

Considerações Finais

As redes sociais virtuais têm por base o uso da internet para as conexões entre seus atores. A trajetória das Redes Sociais Virtuais passa, desde a sua origem, pela significância e emprego da palavra rede, bem como, ao longo dos séculos, pelo seu uso nas mais diferentes disciplinas, ao que se rendia e adequava às novas ciências.

O estudo do pensamento de vários autores, resultou num conceito de redes sociais, abordando então, a relação entre o uso dessas redes, em ambiente virtual, e a democracia.

Tal estudo foi útil para conhecer a base das relações humanas que se desenvolvem em redes sociais a fim de dar prosseguimento no raciocínio da pesquisa e alcançar o objetivo de analisar como o discurso político e democrático pode ser legitimado na internet.

A virtualização das relações pode culminar no isolamento e alienação do indivíduo. Entretanto, ao propiciar a troca de informações, o meio virtual também empodera e liberta.

O ponto chave entre o Estado e o ciberespaço está no território, um é físico, o outro virtual. As relações entre os indivíduos, instituições, governantes e governados, acontecem em ambos territórios e ao mesmo tempo. Os resultados

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. p. 513.

dessas interações convergem na transformação continua da sociedade em rede, contribuindo na ampliação da participação num território global, com menos fronteiras (físicas) e mais democrático.

Referências das fontes citadas

BARNES, John Arundel. Redes sociais e processo político. *In*: FELDMAN-BIANCO, Bela (Org.). **Antropologia das sociedades contemporâneas**. São Paulo: Global, 1987, p.159-193.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **Estado, governo, sociedade**; por uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. Petrópolis: Vozes, 1986. v. 1; v. 2 e v. 3.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tese de Repercussão Geral nº 393**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 29 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3935933&numeroProcesso=628624&classeProcesso=RE&numeroTema=393#>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

CARDOSO, Gustavo. **As causas das questões ou o Estado à beira da sociedade de informação**. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/cardoso-gustavo-causas-questoes.html>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

CARVALHO, Jaciara de Sá. **Redes e comunidades**: ensino-aprendizagem pela Internet. São Paulo: Editora e Livraria Instituto Paulo Freire, 2011.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **A galáxia da Internet**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. 1a. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Trad. Perfecto Andre Ibañes; Carlos Bayon; Marina Gascón; Luis Prieto Sanchís; Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FIALHO, Joaquim. Pressupostos para a construção de uma sociologia das redes sociais. **Sociologia**: Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, Porto, v. 29, jan-jun. 2015, pág. 59-79. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/13324.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, ICT. **Measuring the Information Society Report**. Geneva, 2018. v. 1. Disponível em: <<https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/misr2018/MISR-2018-Vol-1-E.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

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

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

MARTELETO, Regina Maria. Análise de redes sociais: aplicação no estudo de transferência da informação. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 30, n. 1, jan./abr. 2001, p. 71-81. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/940/977>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

_____. Teoria e metodologia de redes sociais nos estudos da informação: cruzamentos interdisciplinares. **Informação & Informação**, Londrina, v. 12, n. esp., 2007a, p. 3-7. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/1786/1522>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

_____. Informação, rede e redes sociais: fundamentos e transversalidades. **Informação & Informação**, Londrina, v. 12, n. esp., 2007b, p. 46-62. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/1785/1521>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

MOREIRA, Fábio Lucas. Da "sociedade informática" de Adam Schaff ao estabelecimento dos fundamentos e princípios do marco civil da Internet (PL 2.126/2011). In: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da (Org.). **O direito na era digital**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 13-45.

MUSSO, Pierre. A filosofia da rede. In: PARENTE, André (Org.). **Tramas da rede: novas dimensões filosóficas, estéticas e políticas da comunicação**. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 17-38.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2014.

SANTAELLA, Lucia; LEMOS, Renata. **Redes sociais digitais: a cognição conectiva do Twitter**. São Paulo: Paulus, 2010.

SCHAFF, Adam. **A sociedade da informática: as consequências sociais da segunda revolução industrial**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

SILVA, Carlos Alberto; FIALHO, Joaquim; SARAGOÇA, José. Análise de redes sociais e Sociologia da acção. Pressupostos teórico-metodológicos. **Revista Angolana de Sociologia**, Angola, n. 11 p. 91-106, jun. 2013. Disponível em: <<http://ras.revues.org/361>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

CONSEQUÊNCIAS DA CRISE DA DEMOCRACIA NA VENEZUELA – OS REFUGIADOS VENEZUELANOS E A TRANSNACIONALIDADE

**Emy Karla Yamamoto Roque¹
Deisy Cristhian Lorena De Oliveira Ferraz²**

Introdução

Este artigo tem como objeto a atual crise democrática e econômica na Venezuela e seu impacto nos países vizinhos, em especial a migração dos refugiados venezuelanos, sob o prisma da transnacionalidade.

A pesquisa tem por escopo a abordagem sintética direcionada ao exame do contexto histórico e das causas que ensejaram a crise democrática e política na Venezuela, país conhecido por propalada implementação – frustrada – da democracia participativa e protagônica. Visa explorar dita conjuntura sob o enfoque do extrapolamento das consequências da crise instalada naquele país de suas fronteiras territoriais e políticas, repercutindo sobretudo nos países vizinhos, especificamente quanto à migração compulsória de seus cidadãos, numa nova espécie de refúgio. Refletindo sobre as possíveis soluções aos impasses e problemáticas oriundas dessas circunstâncias, pondera ser a implementação da transnacionalidade imprescindível para responder a tais questões.

Para consecução deste desígnio, o artigo é dividido em cinco itens. O primeiro analisa a experiência da tentativa de implementação da democracia participativa na Venezuela desde à época em que Chávez exercia a Presidência. O segundo examina a situação contemporânea da Venezuela, sob o prisma democrático e econômico. O terceiro avalia os impactos da crise nos países vizinhos, sob o enfoque do refugiados advindos do êxodo em massa dos venezuelanos de seu país. O quarto pondera a necessidade de uma solução para as questões oriundas desse fato, averiguando se a transnacionalidade seria a resposta tanto no âmbito político quanto jurídico. O presente se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos

¹ Juíza de Direito de 2ª Entrância, Titular da 1ª Vara Cível de Cacoal, doutoranda do Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas pela UNIVALI de Itajaí/SC. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro/RJ. Professora da Escola da Magistratura de Rondônia no Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito para a Carreira da Magistratura, e-mail emyroque@hotmail.com.

² Juíza de Direito de 2ª Entrância, Titular da 1ª Vara Cível de Ariquemes/RO, doutoranda do Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas pela UNIVALI de Itajaí/SC. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro/RJ. Professora das Faculdades Associadas de Ariquemes - Faar na Graduação em Direito, e-mail deisy_magis@hotmail.com.

conclusivos sobre as demandas oriundas da crise na Venezuela que ultrapassam as fronteiras daquele país e a necessidade de resolução por meio da convivência do Direito e Estado Transnacional.

No que toca à Metodologia³ utilizada, a exposição do produto da Investigação foi composto pelo Método Indutivo. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1. Democracia participativa na venezuela

A atual situação da Venezuela, com o maior índice de inflação já registrado em todo o mundo e o alto número de venezuelanos que buscam refúgio em países vizinhos traz certo, senão assombro, ao menos alguma inquietação com a leitura do título deste capítulo. Afinal, seria a Venezuela um país democrático? Mais, além de democrático, seria adotado nesse Estado a democracia participativa, tida por muitos como o passo evolutivo da democracia representativa?

Há quem defenda e fundamente a existência a aplicação da democracia na Venezuela contemporaneamente à forja deste artigo. Explica-se parcialmente ditos entendimentos pelo significado não unívoco do termo democracia.

Conforme explana MANIN⁴, o princípio que rege a democracia, quando de sua origem na Antiguidade Clássica, consiste na igualdade política. À época, dita igualdade era alcançada pelo método do sorteio para definição dos ocupantes de cargos públicos na Grécia, reputando-se a eleição uma forma oligárquica e não democrática para tanto.

Desde sua origem até o constitucionalismo contemporâneo, ao vocábulo “democracia” agregaram-se profusos sentidos e acepções, fazendo com que, segundo DAHL⁵, a expressão “democracia” tenha “significado diferentes coisas para diferentes pessoas em diferentes épocas e lugares”.

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 200

⁴ MANIN, B. 1997. **The principles of representative government**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 8-79

⁵ DELLA PORTA, D. 2013. **Can democracy be saved?** Cambridge: Polity , p. 2

Na mesma linha, BOBBIO⁶ assevera que há inúmeros conceitos de democracia, que se alteram ao longo do tempo e entre diferentes grupos sociais em uma mesma sociedade.

Exemplificativamente, o conceito clássico de democracia como sistema de governo que busca a realização do bem comum através da vontade geral do povo, baseado no pensamento de Aristóteles, citado por CRUZ⁷, de que

em todas as ciências e em todas as partes o alvo é um bem; e o maior dos bens acha-se principalmente naquele dentre todas as ciências que é a mais elevada; ora, essa ciência é a política, e o bem em Política é a justiça, isto é, a utilidade geral.

Ainda tendo como norte a igualdade, ROUSSEAU⁸ afirma estar a democracia intimamente vinculada àquela. A comunidade seria erigida sobre o pacto social acordado entre seus membros, por meio de votação, aceitando a submissão a um poder comum, soberano sobre todos.

SCHUMPETER⁹, objetando dita teoria clássica, define a democracia “como um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor”.

Robert DAHL¹⁰, considerado um dos grandes teóricos da democracia no século XX, elenca seis quesitos fundamentais para se caracterizar a existência ou não de democracia: Funcionários eleitos; Eleições livres, justas e frequentes; Liberdade de expressão; Fontes de informação diversificadas; Autonomia para as associações e cidadania inclusiva.

BOTELHO¹¹, em trabalho publicado em 2008, analisando o regime do então governo de Chaves na Venezuela, tendo como parâmetro os requisitos de DAHL, concluiu que

⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora UnB, 2010, 2v

⁷ ARISTÓTELES. **A política**, p. 64. ARISTÓTELES. **A política**. In CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Editora Juruá, 2003. p. 43.

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios de direito político**. Tradução de Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p. 145.

⁹ SCHUMPETER, J. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 327-328.

¹⁰ DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 99.

¹¹ BOTELHO, João Carlos Amoroso. **A Democracia na Venezuela da Era Chavista**. Revista Aurora, ano II, n.2. junho de 2008, p. 24. Disponível em <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/1174>. Acesso em 09 de agosto de 2019.

Dos sete critérios para os quais Dahl (2005) apresenta variáveis, o regime chavista tem a melhor pontuação em apenas um: liberdade de formar e participar de organizações. Por outro lado, em quatro, liberdade de expressão, direito de voto, direito de líderes políticos disputarem apoio e fontes alternativas de informação, a marca da Venezuela é a segunda melhor. No caso de eleições livres e idôneas, o país atinge seis pontos, dois acima do melhor valor possível. O maior problema é o item instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e outras expressões de preferência, em que o regime venezuelano fica com o dobro da melhor pontuação possível. No total, a Venezuela alcança 29 pontos, em uma escala que vai de 19, a melhor situação, a 80, a pior.

Esclarece ainda BOTELHO¹², acrescentando os pressupostos de O'DONNELL que, nas suas palavras, são menos objetivos - exemplificativamente, O'Donnell enfatiza a necessidade de aplicação das leis, direitos e deveres de maneira igualitária a fim de que se configure a democracia - a conjuntura da Venezuela quando do governo de Chaves:

Tomados em conjunto os requisitos de Dahl e O'Donnell, a situação da democracia na Venezuela da era chavista apresenta problemas em seis dos sete critérios do primeiro autor, de forma mais significativa em dois deles, e em dois dos quatro parâmetros do segundo, com mais gravidade em um deles.

Ainda assim, há quem entenda e qualifique o governo venezuelano como democrático e, mais ainda, como uma democracia participativa. Isso se deve ao programa chavista que propôs uma transformação do regime democrático, instituindo mecanismos de participação direta da população no processo político e, com isso, visava suplantar a democracia representativa, instituindo uma democracia participativa e protagônica.

Além de propalar a convocação de uma assembleia constituinte visando legitimar o processo constituinte em resposta às acusações de golpe, seu programa de governo de 1998 já apregoava uma transformação da democracia então vigente, pela instituição de mecanismos de participação direta da população, conforme pesquisado por SCHEIDT¹³:

Pasar de la Democracia Gobernada a la Democracia Gobernante comprende un nuevo contrato social que promueva la participación

¹² BOTELHO, João Carlos Amoroso. **A Democracia na Venezuela da Era Chavista**. Revista Aurora, ano II, n.2. junho de 2008, p. 24. Disponível em <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/1174>. Acesso em 09 de agosto de 2019.

¹³ SCHEIDT, Eduardo. **A Democracia Participativa na Venezuela da Era Chávez e a Questão dos Conselhos Comunais e das Comunas**. Revista Tempos Históricos, Volume 21, 1º Semestre de 2017, e-ISSN:1983-1463. p. 269 Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempohistoricos/article/view/15344> Acesso em 09 de agosto de 2019.

de la Sociedad Civil **através de formas de democracia directa, como la iniciativa popular y el sistema del referéndum** [grifos nossos], de manera que se logre un equilibrio dinámico y estable entre el Nuevo Poder Constituido y, la vigencia permanente del Poder Constituyente. (CHÁVEZ, 1998, s/p)

Após a assunção do governo por Chávez, relata SCHEIDT¹⁴ que promulgou-se a *Constitución de La República Bolivariana de Venezuela* que, em seu corpo, trouxe dispositivos com a finalidade de institucionalizar a democracia participativa e protagônica, apregoada na campanha eleitoral que a antecedeu, como seu artigo 70:

Artículo 70. Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía en política, la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas, cuyas decisiones serán de carácter vinculante entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por valores de mutua cooperación y la solidaridad. (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, 1999, p. 11)

Ocorre que, como se verá no capítulo seguinte, a democracia participativa propugnada por Chávez desvirtuou-se ou, para aqueles que consideram o termo demasiado, ao menos transmutou-se em outra regime de governo.

2. Crise democrática e econômica na Venezuela

A participação popular inserida pelo movimento conhecido como bolivarianismo iniciado por Chávez na Venezuela, teve seu marco na Constituição de 1999, como visto no capítulo anterior, num processo de expansão da tradicional democracia liberal, por meio de instituição de variadas formas de democracia participativa. Contudo, conforme LÓPEZ MAYA¹⁵ assevera, a instituição dos Conselhos Comunais, principal instrumento para a efetivação da democracia participativa, restringiu dita participação, tendo como consequência uma crescente centralização e controle pelo Poder Executivo:

...la dimensión participativa tiende a restringirse para localizarse principalmente en formas de gestión popular de políticas públicas en

¹⁴ SCHEIDT, Eduardo. **A questão da Democracia Participativa na Venezuela durante a era Chávez: rumo a uma nova cultura política?** Revista Eletrônica da ANPHLAC, ISSN 1679-1061, Nº. 21, p. 149-175, Jul./Dez., 2016. p. 158 Disponível em: revistas.fflch.usp.br/anphlac/article/view/2481 Acesso em 09 de agosto de 2019.

¹⁵ LÓPEZ MAYA, Margarita. **Venezuela: Hugo Chávez y el bolivarianismo.** *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 14, n. 3. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2008, p. 69

el nivel micro, a través de los consejos comunales como privilegiadas modalidades participativas, articuladas y dependientes del gobierno central.

No ano de 2009, editou-se nova Lei sobre os Conselhos Comunais – a *Ley Orgánica de Los Consejos Comunales*, tornando patente o projeto de transformação socialista proposto por Chávez, afirmando que dentre os objetivos dos *Consejos Comunales* consta “*la construcción del nuevo modelo de sociedad socialista de igualdad, equidad y justicia social*”, segundo transcreve SCHEIDT¹⁶.

A socióloga venezuelana GARCÍA-GUADILLA¹⁷ em seus estudos sobre como vem funcionando na prática os Conselhos Comunais, afirma haver não apenas controle e cooptação pelo Poder Executivo, mas que ditos Conselhos estão se convertendo em instâncias clientelares, dominadas e manuseadas pelo Estado, relatando que:

Los objetivos y el discurso de la mayor parte de los actores gubernamentales, políticos y sociales al redor de los CC [consejos comunais] no coinciden con las praxis. Mientras que los objetivos y el discurso presidencial hablan de empoderamiento, transformación y democratización, las praxis observadas apuntan hacia el clientelismo, la cooptación, la centralización y la exclusión por razones de polarización política. [...]. Los CC se debaten entre dos tendencias: ser cooptados o convertirse en poder popular autónomo; hasta el momento, las praxis apuntan hacia la cooptación bien sea del gobierno o del PSUV, el cual se vincula estrechamente con el gobierno.

Assim, a propalada ideia por Chávez de criação de um Estado Plurinacional que, na definição sintetizada por WLOCH e DEMARCHI¹⁸, consiste no movimento constitucionalista que “se expressa pela ótica da interculturalidade e pluralismo jurídico”, e tem por principal característica o “aprofundamento de instrumentos da democracia participativa e a ampliação dos direito coletivos”, em um “espaço não hierarquizado de diálogo”, não foi efetivamente implementado com sucesso na Venezuela.

¹⁶ SCHEIDT, Eduardo. **A Democracia Participativa na Venezuela da Era Chávez e a Questão dos Conselhos Comunais e das Comunas.** In Revista Tempos Históricos, Volume 21, 1º Semestre de 2017, e-ISSN:1983-1463. p. 276. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/temposhistoricos/article/view/15344> Acesso em 09 de agosto de 2019

¹⁷ GARCÍA-GUADILLA, María Pilar. **La praxis de los Consejos Comunales ¿Poder popular o instancia clientelar?** In: AYALA, Mario; QUINTERO, Pablo (Org.). *Diez años de revolución en Venezuela: historia, balance y perspectivas (1999-2009)*. Ituzaingó: Maipue, 2009, p. 320-321.

¹⁸ WLOCH, Fabrício; DEMARCHI, Clovis. **Aspectos Diferenciadores do Direito Nacional, Internacional, Plurinacional e Transnacional.** In Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 03, dez. 2015, p. 62.

Em verdade, como descreve MIRANDA, “na Venezuela com Hugo Chávez e depois Nicolas Maduro o Socialismo do Século XXI “não chegou a instituir de forma clara um Estado Plurinacional ao contrário o clientelismo predominou, excluindo setores da sociedade mantendo privilégios aos militares a partir de um Estado autoritário – militarista”.

Ora, os fatos ocorridos na Venezuela nos últimos anos destoam do Direito Plurinacional que, nas palavras de WLOCH e DEMARCHI¹⁹, “reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes”.

Segundo MIRANDA²⁰, a Procuradora Geral da República na Venezuela, Luisa Ortega Diáz, questiona a convocação de assembleia constituinte por Nicolás Maduro e “aponta violação dos direitos humanos, à legalidade administrativa, ao direito e ao sufrágio, à legalidade do voto e ao princípio da soberania constitucional”. Destaca o autor que “o governo de Nicolas Maduro já havia eliminado a independência dos poderes na Venezuela tornando o judiciário um mero apêndice do Executivo”.

Sob o comando do atual Presidente, Nicolás Maduro, a ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS²¹, por meio de sua alta comissária para os Direitos Humanos, Navi Pillay, em março de 2014, emitiu manifestação acerca da violência que já permeava os protestos na Venezuela, afirmando que “esta crise só será resolvida se os direitos humanos de todos os venezuelanos foram respeitados” e, sobre a prisão de manifestantes, declarou que

Uma ação concreta por parte das autoridades, inclusive por meio de investigações completas e independentes, liberando manifestantes pacíficos que foram detidos, assim como o desarmamento dos grupos armados, tem um longo caminho a percorrer no sentido de neutralizar as tensões e preparar o terreno para uma saída para a crise.

¹⁹ WLOCH, Fabrício; DEMARCHI, Clovis. **Aspectos Diferenciadores do Direito Nacional, Internacional, Plurinacional e Transnacional**. In Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 03, p. 52 – 71, dez. 2015 p. 63

²⁰ MIRANDA, José Alberto de. **Venezuela, Democracia e Militarismo: Uma Análise Crítica**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2o quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. p. 550.

²¹ Portal ONUBR - Venezuela: **ONU pede respeito aos direitos humanos e fim de 'retórica inflamatória'**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/venezuela-onu-pederespeito-aos-direitos-humanos-e-fim-de-retorica-inflamatoria/> Acesso em 22 de maio de 2014.

No mês seguinte, a ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS²², por seu Secretário-Geral Ban Ki-moon, emitiu nota oficial como incentivo ao início do diálogo entre o governo e a oposição na Venezuela:

Statement Attributable to the Spokesperson for the Secretary-General on Venezuela

New York, 11 April 2014

The Secretary-General welcomes that a dialogue has begun in Venezuela bringing together the government and members of the political opposition. He salutes in particular the efforts of the Union of South American Nations (UNASUR), at the invitation of President Maduro, to support this process. He congratulates both the government and opposition for their public commitment to the dialogue, which is being accompanied by a representative of the Holy See and by the Foreign Ministers of Brazil, Colombia and Ecuador, representing UNASUR, as witnesses. The Secretary-General expresses his best wishes for the success of the dialogue and joins His Holiness, Pope Francis, in his call to all actors to engage in a dialogue aimed at finding common ground to overcome the current challenges faced by Venezuela.

No entanto, em maio do mesmo ano, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos - ACNUDH²³, por seu porta-voz Rupert Colville, pronunciou-se acerca da violência ocorrente nos protestos venezuelanos asseverando que “Condenamos todo tipo de violência na Venezuela e estamos particularmente preocupados com o excessivo uso de força” e clamando “Reiteremos o apelo do ACNUDH ao governo venezuelano para que assegure que as pessoas não sejam penalizadas por exercerem seus direitos”.

Nas palavras de GAMBOA²⁴, “a Venezuela é um caso perfeito de erosão democrática”, trazendo à lume GOULART e ADINOLFI²⁵ as possíveis causas para tanto:

É evidente que a guinada venezuelana rumo ao socialismo, por ser o resultado de um conjunto de decretos legislativos e não o produto de

²² Portal UNITEDNATIONS. ***Statement Attributable to the Spokesperson for the Secretary-General on Venezuela.*** Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2014-04-11/statement-attributable-spokesman-secretary-general-venezuela-scroll> Acesso em 09 de agosto de 2019.

²³ Portal ONUBR - ***Onda de violência na Venezuela preocupa escritório da ONU para direitos humanos.*** Disponível em: <http://www.onu.org.br/onda-de-violencia-navenezuela-preocupa-escritorio-da-onu-para-direitos-humanos/> Acesso em 22 de maio de 2014.

²⁴ GAMBOA, Laura. ***Venezuela – Aprofundamento do Autoritarismo ou Transição para a Democracia?*** In Relações Internacionais, DEZEMBRO:2016. Tradução de João Reis Nunes p. 57. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/ri/n52/n52a05.pdf>. Acesso em 09/08/19

²⁵ GOULART, Mayra e ADINOLFI, Goffredo. ***O desafio populista à democracia representativa: a Venezuela chavista e o Movimento 5 Estrelas*** In Análise Social, liii (2.º), 2018 (n.º 227), pp. 388-414 <https://doi.org/10.31447/as00032573.2018227.06> issn online 2182-2999, p. 401. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732018000200006 Acesso em 09 de agosto de 2019.

uma ampla discussão no seio da sociedade, estimula inúmeras críticas, mesmo por parte daqueles que não se alinham com o bloco oposicionista. Tal situação ainda se agrava num contexto no qual os critérios de atribuição de recursos não estão devidamente controlados por regras objetivas, ampliando o risco de discricionariedade, favorecimentos e restrições ao livre exercício do Poder Popular

Corroborando o entendimento dos autores supracitados acerca da não implementação efetiva da democracia na Venezuela, a despeito do discurso de inclusão social e participação direta na tomada de decisões, MIRANDA²⁶ enfatiza que

Nicolas Maduro conseguiu quebrar o que há de mais elementar em termos de checks and balances em um sistema democrático. A partir do momento em que ignorou por completo outro braço do poder estatal como a ouvida do parlamento, que a partir de 2015 tinha a oposição como maioria afundou com os últimos resquícios de legitimidade democrática do governo.

Os fatos falam por si. Conforme os dados levantados por GAMBOA²⁷, no final de 2016, a Venezuela já atravessava a pior crise econômica da sua história, com 181 por cento de inflação em 2015. A autora advertia, já naquela época, ser “improvável que o chavismo seja capaz de se manter no poder sem se tornar totalmente autoritário” e, sobre os acontecimentos vindouros, inferia ser “difícil prever o que vai acontecer nos próximos seis meses”, anunciando que “ou o Governo convoca o referendo a tempo de eleições – e perde o poder – ou espera até que seja tarde demais para convocar eleições e coloca-se numa posição muito vulnerável e incerta”.

A vulnerabilidade se concretizou com o êxodo em massa dos cidadãos venezuelanos de seu país, em busca de sobrevivência em razão da escassez de alimentos, inaugurando uma nova espécie de causa de refúgio, como se verá no próximo capítulo.

3. Refúgio aos venezuelanos por seus países vizinhos – Brasil

Diante da situação posta na Venezuela, delineada brevemente no capítulo anterior, o país vem experimentando o fenômeno do êxodo de seus cidadãos.

²⁶ MIRANDA, José Alberto de. **Venezuela, Democracia e Militarismo: Uma Análise Crítica**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2o quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. p. 551.

²⁷ GAMBOA, Laura. **Venezuela – Aprofundamento do Autoritarismo ou Transição para a Democracia?** In Relações Internacionais, DEZEMBRO:2016. Tradução de João Reis Nunes p. 62. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/ri/n52/n52a05.pdf>. Acesso em 09/08/19

Consoante extraído do site oficial das NAÇÕES UNIDAS²⁸, o número total de refugiados e migrantes vindos da Venezuela era de 3,4 milhões, em 22 de fevereiro do corrente – dados fornecidos pela Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) e pela Organização Internacional para as Migrações (OIM). Informa ainda a notícia que, segundo dados das autoridades nacionais de migração e outras fontes, os países da América Latina e do Caribe abrigam cerca de 2,7 milhões de venezuelanos. Em números, no início desse ano, a Colômbia acolha mais de 1,1 milhão de venezuelanos, o Peru abriga 506mil, o Chile 288mil, Equador 221 mil, Argentina recebe 130mil e o Brasil, 96mil, além do México e outros países da América Central e Caribe.

Esse movimento já vem ocorrendo há anos, em uma crescente. No Brasil, em 2016, pedido de refúgio por venezuelanos para o CONARE já indicava aumento de 33%, conforme informações do Ministério da Justiça²⁹ brasileiro. Já em 2017, revela a ACNUR³⁰ que Roraima (estado brasileiro que faz fronteira com a Venezuela) recebeu quase 16 mil solicitações em 2017, configurando um incremento de mais de 300% comparativamente ao ano anterior.

No ano de 2018, segundo noticiado pelas NAÇÕES UNIDAS³¹, por dia, aproximadamente 5 mil pessoas em média deixaram a Venezuela em busca de proteção ou de uma vida melhor.

O exponencial aumento do êxodo de cidadãos venezuelanos fez com que Maduro, o atual governante do país, decretasse o fechamento das fronteiras entre a Venezuela e o Brasil, no início de 2019, fato alardeado em profusão pela mídia, a exemplo da notícia publicada pela BBC³² que esclarece, acerca do impedimento de

²⁸ Portal NACOESUNIDAS - **Número de Refugiados e Migrantes da Venezuela no Mundo atinge 34 Milhões.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/numero-de-refugiados-e-migrantes-da-venezuela-no-mundo-atinge-34-milhoes/> Acesso em 09 de agosto de 2019

²⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Refúgio em números.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/brasil-tem-aumento-de-12-no-numerode-refugiados-em-2016/20062017_refugio-emnumeros-2010-2016.pdf/view>. Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

³⁰ Portal ACNUR. **Dados sobre refúgio no Brasil.** Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/> Acesso em 09 de agosto de 2019.

³¹ Portal NACOESUNIDAS - **Número de Refugiados e Migrantes da Venezuela no Mundo atinge 34 Milhões.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/numero-de-refugiados-e-migrantes-da-venezuela-no-mundo-atinge-34-milhoes/> Acesso em 09 de agosto de 2019.

³² Portal BBC. **Crise na Venezuela: O que se sabe sobre a decisão de Maduro de fechar fronteira com o Brasil.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47325681> Acesso em 09 de agosto de 2019.

saída e entrada de venezuelanos e outras pessoas pela fronteira terrestre entre os dois países:

A medida foi tomada dois dias antes da data anunciada pela oposição venezuelana, liderada pelo presidente autoproclamado Juan Guaidó, para a entrega de ajuda humanitária armazenada em diversos pontos da fronteira da Venezuela com a Colômbia e o Brasil.

Contudo, a medida não foi eficaz na manutenção do povo venezuelano em seu país, passando a travessia a ser realizada de forma clandestina, conforme veiculado pela mídia em geral, a exemplo de matéria publicada em abril do corrente por DELFIM³³, em que relata que a travessia, antes feita pela rodovia que liga os dois países, passou a ser realizada por rotas clandestinas na mata – chamada de “Caminho Verde”, apontando que, “segundo estimativas de funcionários da ONU em Roraima, mais de 80% dos migrantes precisam pagar propina a soldados” a fim de deixar o país.

Assim é que hoje o panorama consiste num alto e crescente número de refugiados venezuelanos nos países vizinhos ao território de seu país. O conceito de refugiado no mundo jurídico, ensina SOUZA³⁴, “possui como base tratados universais”, sendo “hipóteses claras de reconhecimento do status de refugiado – 5 (cinco) motivos (opinião política, raça, religião, nacionalidade e pertencimento a grupo social)”. Esclarece o autor que é essencial para configurá-lo tão somente o “fundado temor de perseguição, ou seja, a perseguição não precisa ter sido materializada”, destacando que o “reconhecimento do status de refugiado é declaratório”.

Constitui a guerra a causa mais frequente e conhecida da busca por refúgio, salienta JUBILUT³⁵, discorrendo que as grandes guerras e os consequentes êxodos de pessoas de seus países de origem, encetaram o instituto do refúgio, especificando que “a Primeira Guerra Mundial propiciou a criação do instituto, a Segunda Guerra Mundial, em função do contingente de refugiados produzidos, impeliu à criação do ACNUR”, além de consolidar o refúgio em âmbito internacional. Sobre as guerras internas, aponta a autora que “os conflitos internos – que produziram por volta de

³³ DELFIM, Rodrigo Borges. **Fronteira fechada não impede ingresso de venezuelanos no Brasil**. 26 de abril de 2019. Disponível em <https://migramundo.com/fronteira-fechada-nao-impede-ingresso-de-venezuelanos-no-brasil/> Acesso em 09 de agosto de 2019.

³⁴ SOUZA, Sergio Henrique Leal de (Org.). **Direito Internacional dos Refugiados**. Revista de Direito. Vol. XI, Nº 13, Ano 2008. p. 11

³⁵ JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. - São Paulo: Método, 2007.p. 144-145.

quatro milhões de refugiados – mostraram que a necessidade do refúgio era ainda iminente”.

Respondendo ao questionamento de quem é refugiado, SOUZA³⁶ assenta que configura-se a situação de refúgio quando reunidas três condições, quais sejam: temor de Perseguição, Migração Internacional e ausência de proteção do país de origem, quando deve ser reconhecida pelos Estados da comunidade internacional, especialmente pelos membros da Convenção de 1951 e de seu Protocolo de 1967.

Por esse raciocínio, tal qual os venezuelanos que buscam proteção e sobrevivência em países vizinhos por questões, à primeira vista, econômicas (ausência de alimentação disponível), os deslocados ambientais não se enquadram na categoria de refugiados.

Visando abarcar aqueles que se vêem forçados a buscar outro lugar para viver, seja temporária ou permanentemente, por questões climáticas (sejam catástrofes a exemplo de furacões, terremotos ou tsunamis, sejam desertificação, erosão, aquecimento dentre outros), nominados por Essam El-HINNAWI³⁷, em relatório para o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) de migrantes ambientais, a doutrina busca conceituá-los, sem ainda pacificar sua definição (deslocados ambientais, migrantes ambientais, refugiados ambientais dentre outros). Sobre o tema, BLACK³⁸ ilustra o embate acadêmico:

There are abundant typologies of 'environmental refugees' and 'environmental migrants', but little agreement on, or understanding of what these categories might really mean. Practical concern with the plight of poor people leaving fragile environments has not translated into hard evidence of the extent or fundamental causes of their problems. Moreover, there remains a danger that academic and policy writing on 'environmental refugees' has more to do with bureaucratic agendas of international organizations and academics than with any real theoretical or empirical insight.

Assim como a categoria ainda não bem delimitada do migrantes ambientais, os venezuelanos que estão, nos últimos anos, saindo de seu país, também parecem constituir uma nova espécie de refugiado. Isso porque a par das características do migrante, há a peculiaridade da causa para seu deslocamento: a ausência de

³⁶ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **A (In)Aplicabilidade do Estatuto dos Refugiados para os Deslocados Ambientais**, p. 09, Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6> Acesso em 09 de agosto de 2019

³⁷ EL-HINNAWI, Essam. **Environmental Refugees**. Nairobi: UNEP, 1985. p.04.

³⁸ BLACK, Richard. **Environmental refugees: myth or reality?** UNHCR Working Paper nº 34, Geneva, March 2001, p. 13-14.

condições de vida, não por guerra, nem por catástrofe climática ou causa ambiental, mas por questões econômicas – a ausência de disponibilidade de alimentos. Não saem de seu país apenas almejando melhores condições de vida, mas sim por que se vêem impelidos a buscar meios de sobrevivência. As próprias NAÇÕES UNIDAS³⁹, distinguindo migração de refúgio, pontifica:

"Migração" é comumente compreendida implicando um processo voluntário; por exemplo, alguém que cruza uma fronteira em busca de melhores oportunidades econômicas. Este não é o caso de refugiados, que não podem retornar às suas casas em segurança e, conseqüentemente, têm direito a proteções específicas no escopo do direito internacional.

CRUZ e PIFFER⁴⁰, discorrendo sobre as migrações transnacionais (gênero), em que se podem enquadrar os refugiados venezuelanos (espécie), revelam que "os migrantes, por sua vez são, na condição de componente humano de um fenômeno, uma das categorias da transnacionalidade". Sobre as circunstâncias em que efetivada a saída de seu país e ingresso em outro, destacam os autores que "estes, devido à sua própria condição ou situação de ilegalidade ou inferioridade, são considerados vítimas do sistema".

Constata-se, destarte, que fatos e circunstâncias ocorridos e ocorrentes na Venezuela influenciaram e continuam a influenciar outros países, em especial os vizinhos, demandando respostas e soluções que desbordam os limites geográficos, políticos e culturais de cada país.

4 Transnacionalidade como necessidade

Como alinhavado no capítulo antecedente, múltiplas causas, tais como guerra, catástrofes ambientais, causas ambientais (não catalogadas como calamidades), perseguições religiosas, políticas e étnicas, crises econômicas, ensejam a migração compulsória de seres humanos.

³⁹ Portal ACNUR. **Refugiados e Migrantes: Perguntas Frequentes**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2016/03/22/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/> Acesso em 09 de agosto de 2019.

⁴⁰ CRUZ, Paulo Márcio e PIFFER, Carla. **Transnacionalidade, Migrações Transnacionais e os Direitos dos Trabalhadores Migrantes**. In Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 51-66, set./dez. 2017., p. 54. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index> ISSN on-line: 1982 - 9957 DOI: 10.17058/rdunisc.v3i53.11371 Acesso em 09 de agosto de 2019.

BAUMAN⁴¹ os nomina “refugio humano”, descrevendo-os como seres humanos refugados, um produto inexorável, oriundo da modernização. Um efeito colateral inescapável da edificação da ordem e do progresso econômico que acabam rotulando determinadas pessoas como inaptas e até mesmo indesejáveis.

Sem olvidar ser necessário perscrutar as causas e buscar maneiras de evitar que novos fenômenos como esse ocorram, propõe-se analisar uma possível resposta à demanda já posta: uma vez efetivada a migração, qual a solução para suas consequências e efeitos? É dizer: como normatizar as situações jurídicas, tutelar os direitos os migrantes e refugiados, a fim de integrá-los em sua nova comunidade? Mais, como regulamentar as questões de passagem e travessia de fronteiras, seja de pessoas, seja de coisas ou mercadorias?

A transnacionalidade, ao que tudo indica, apresenta-se como única resposta. Ponderando acerca do deslocado ambiental, QUEIROZ e GARCIA ⁴² expõem ser

primordial e indispensável que se tenha em mente que seu reconhecimento pela comunidade internacional só se dará através da elaboração de tratados regionais ou uma convenção em escala global, e ainda assim seria preciso a formatação de uma agenda de compromissos entre os Estados que objetivasse o cumprimento de ações que minimizem as causas que originam tais migrantes e que estão diretamente relacionadas à degradação ambiental, bem como à concepção de instrumentos que responsabilizem aos seus causadores

Como pontifica SOUZA⁴³, “muitos fatos que ocorrem em um país têm consequências também ao resto do mundo, não podendo um único Estado decidir como regulamentar algo que afeta a todas as nações”. Exemplo típico e pontual é retratado no fechamento da fronteira entre a Venezuela e o Brasil, mencionado no capítulo pretérito. De acordo com o publicado pela mídia⁴⁴, dito fechamento teve por consequência o paralização de fornecimento de energia elétrica pela Venezuela ao Brasil, e houve queda nas vendas na cidade brasileira fronteiriça, Paracaima, em mais

⁴¹ BAUMAN, Zygmund. 1925. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1 ed. Rio de Janeiro. Zahar, 2005. p.12

⁴² QUEIROZ, Yury Augusto dos Santos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Deslocados ambientais: um conceito ainda desconhecido**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. p. 14 Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

⁴³ SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; SOARES, Josemar Sidinei. **O Humanismo como Pressuposto para o Direito Transnacional**. p.07 Disponível em <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGOS-APROVADOS-CONPEDI-VAL%C3%80NCIA-1.pdf> Acesso em 09 de agosto de 2019.

⁴⁴ Portal OSUL. **Fechamento da Fronteira com a Venezuela afeta a Economia do Brasil**. Disponível em: <http://www.osul.com.br/fechamento-da-fronteira-com-a-venezuela-afeta-a-economia-do-brasil/> acesso em 09 de agosto de 2019.

de 90%, calculando a Receita Federal do Brasil prejuízos de 5 milhões de reais por dia (o equivalente a cerca de 1 milhão de euros).

Uma vez que os fatos ocorrem em outro país, as normas nacionais de cada Estado soberano não podem ser aplicadas. As normas internacionais, por sua vez, de igual forma se mostram inaptas ao deslinde dessas questões transnacionais. Assim, urge a criação e solidificação de um outro Direito, nem nacional, nem internacional, mas transnacional.

Transnacionalidade, na conceituação de CRUZ⁴⁵, consiste em uma estrutura pública constituída por vários Estados, desde logo distinguindo o Estado Transnacional do “Estado Mundial” ou de um “Super-Estado”. Preconiza a transnacionalidade a criação de novas instituições multidimensionais visando fornecer respostas às indagações globais do mundo contemporâneo.

Três elementos compõem o Direito Transnacional, nos ensinamentos de VAGTS *apud* CRUZ e PIFFER: a) assuntos que extrapolam os limites territoriais geográficos das nações; b) temas que não podem ser categorizados inequivocamente no Direito Público ou no Direito Privado; c) matérias oriundas de fontes abertas e flexíveis, a exemplo do *soft law*.⁴⁶

Profusos são os temas que extrapolam as fronteiras dos Estados soberanos, e carecem de regulamentação e normatização diversa das então vigentes: além das migrações, há a globalização da economia, informação e cultura, a sustentabilidade ambiental e, dentre outros, a corrupção que, conforme leciona DEMARCHI⁴⁷, “tem dimensões que vão muito além das fronteiras do país”, expondo o autor que “a corrupção prejudica a todos, cria obstáculos às relações comerciais entre os Estados e suas empresas, facilita a prática de outros crimes, como o narcotráfico e a ‘lavagem’ de dinheiro”. Destaca o escritor que “pesquisando os grandes crimes de corrupção

⁴⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais**. Revista Eletrônica do CEJUR. Universidade Federal do Paraná: Programa de Pós-graduação em Direito - SER/UFPR, Curitiba, v. 1, n. 4, ago./dez. 2009. Semestral. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/cejur/article/download/15054/11488>>. Acesso em: 29 jul. 2019. p. 06.

⁴⁶ VAGTS *apud* CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. **Transnacionalidade, Migrações Transnacionais e os Direitos dos Trabalhadores Migrantes**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p.51-66, set./dez. 2017. Quadrimestral. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/11371/6969>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

⁴⁷ DEMARCHI, Clovis. **A Corrupção como Entrave à Concretização dos Direitos Humanos no Brasil**. In A Proteção dos direitos humanos face à criminalidade econômica globalizada - Atas da Conferência Internacional. Editora: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos humanos - Escola de Direito da Universidade de Minho. Braga: 2017 p.17

no mundo, vê-se que muitos governos mundiais estão envolvidos, uns com maior e outros com menor repercussão na mídia”.

Dentre esses temas, a migração e suas consequências erigem-se à posição de especial relevância. Como bem explana GARCIA⁴⁸ ao discorrer sobre a dimensão social da sustentabilidade, voltada à qualidade dos seres humanos, a dimensão social "está baseada num processo de melhoria da qualidade de vida da sociedade, pela redução das discrepâncias entre a opulência e a miséria, como nivelamento de padrão de renda, acesso à educação, moradia, alimentação...". É o conhecido, nas palavras da autora, capital humano.

A crise democrática e econômica na Venezuela, após a frustrada tentativa de implemento da democracia participativa naquele país, com o consequente êxodo massivo de seus cidadãos para os países vizinhos configuram mais um exemplo de ser imperiosa a eclosão de um novo Direito e um novo Estado, consistindo o Direito Transnacional e o Estado Transnacional a solução que se vislumbra no cenário político e jurídico do nosso século.

Considerações Finais

O termo democracia não é unívoco, comportando, segundo BOBBIO⁴⁹ inúmeros conceitos, que se alteram ao longo do tempo e entre diferentes grupos sociais em uma mesma sociedade.

O multiforme significado da expressão porventura justifique em parte a qualificação contemporânea por alguns do governo venezuelano como democrático e, mais ainda, como uma democracia participativa e protagônica, como divulgado no programa chavista quando de sua campanha para Presidência da Venezuela, anunciando a criação de um Estado Plurinacional que, na definição sintetizada por WLOCH e DEMARCHI⁵⁰, tem por principal característica o "aprofundamento de instrumentos da democracia participativa e a ampliação dos direito coletivos", em um "espaço não hierarquizado de diálogo".

⁴⁸ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. ***El principio de sostenibilidad y los puertos: a atividade portuária como garantidora da dimensão econômica da sustentabilidade***. 2011. 451 f. Tese *Doctorado em Derecho Ambiental y sostenibilidad de la Universidad de Alicante - UA* - Universidade de Alicante, Espanha, 2011p. 30

⁴⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora UnB, 2010, 2v

⁵⁰ WLOCH, Fabrício; DEMARCHI, Clovis. **Aspectos Diferenciadores do Direito Nacional, Internacional, Plurinacional e Transnacional**. In Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 03, dez. 2015, p. 62.

Os fatos, no entanto, demonstram que não foi efetivamente implementado nem a democracia participativa, nem o Estado Plurinacional com sucesso na Venezuela. GAMBOA⁵¹, no final de 2016, já relatava que a Venezuela atravessava a pior crise econômica da sua história, com 181 por cento de inflação em 2015. O prognóstico da autora, há 3 anos, apontava ser “improvável que o chavismo seja capaz de se manter no poder sem se tornar totalmente autoritário” e, sobre os acontecimentos vindouros, ponderava ser “difícil prever o que vai acontecer nos próximos seis meses”, predizendo que “ou o Governo convoca o referendo a tempo de eleições – e perde o poder – ou espera até que seja tarde demais para convocar eleições e coloca-se numa posição muito vulnerável e incerta”. A concretização das suposições da autora veio logo em seguida: a Venezuela vem experimentando o fenômeno do êxodo de seus cidadãos numa crescente exponencial nos últimos anos. O número total de refugiados e migrantes que saíram da Venezuela era de 3,4 milhões, em 22 de fevereiro de 2019, segundo dados divulgados no site oficial das NAÇÕES UNIDAS⁵².

Também as NAÇÕES UNIDAS⁵³ distinguem migração de refúgio, pontificando que aquela é um processo voluntário enquanto o refúgio se caracteriza por não haver possibilidade de retornar ao seu lar em segurança, atraindo tutelas específicas no âmbito do direito internacional.

Assim é que os venezuelanos que estão, nos últimos anos, saindo de seu país, também parecem constituir uma nova espécie de refugiado diante da causa para seu deslocamento: a ausência de condições de vida, não por guerra, nem por catástrofe climática ou causa ambiental, mas por questões econômicas – a ausência de disponibilidade de alimentos.

A relevância de se investigar as causas e maneiras de evitar que novos fenômenos como esse ocorram não podem ser obliterados. Contudo, urge analisar uma possível resposta à demanda premente: uma vez ocorrido o refúgio, qual a solução para seus impactos e reflexos? É dizer: como normatizar as situações jurídicas, tutelar os direitos os migrantes e refugiados, a fim de integrá-los em sua

⁵¹ GAMBOA, Laura. **Venezuela – Aprofundamento do Autoritarismo ou Transição para a Democracia?** In Relações Internacionais, DEZEMBRO:2016. Tradução de João Reis Nunes p. 62. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/ri/n52/n52a05.pdf>. Acesso em 09/08/19

⁵² Portal NACOESUNIDAS: **Número de Refugiados e Migrantes da Venezuela no Mundo atinge 3,4 milhões.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/numero-de-refugiados-e-migrantes-da-venezuela-no-mundo-atinge-34-milhoes>. Acesso em 09 de agosto de 2019

⁵³ Portal ACNUR: **Refugiados e Migrantes - Perguntas frequentes.** Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2016/03/22/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/> Acesso em 09 de agosto de 2019.

nova comunidade? Mais, como regulamentar as questões de passagem e travessia de fronteiras, seja de pessoas, seja de coisas ou mercadorias?

A transnacionalidade, ao que tudo indica, apresenta-se como única resposta, uma vez que tão somente o Direito Transnacional comporta as características apresentadas pelo problema: a) assuntos que extrapolam os limites territoriais geográficos das nações; b) temas que não podem ser categorizados inequivocamente no Direito Público ou no Direito Privado; c) matérias oriundas de fontes abertas e flexíveis, a exemplo do *soft law*, conforme os ensinamentos de VAGTS *apud* CRUZ e PIFFER⁵⁴

Em remate, a crise democrática e econômica na Venezuela, após a frustrada tentativa de implemento da democracia participativa naquele país, com o consecutivo êxodo massivo de seus cidadãos para os países vizinhos consiste em mais uma evidência de que urge emergir um novo Direito e um novo Estado, revelando-se o Direito Transnacional e o Estado Transnacional como a resposta que se descortina no panorama político e jurídico contemporâneo.

Referência das Fontes Citadas

ARISTÓTELES. **A política**. In CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Editora Juruá, 2003.

BAUMAN, Zygmund. 1925. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1 ed. Rio de Janeiro. Zahar, 2005.

BLACK, Richard. **Environmental refugees: myth or reality?** UNHCR Working Paper nº 34, Geneva, March 2001

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 2v, Brasília: Editora UnB, 2010.

BOTELHO, João Carlos Amoroso. **A Democracia na Venezuela da Era Chavista**. Revista Aurora, ano II, n.2. junho de 2008. Disponível em <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/1174>. Acesso em 09 de agosto de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Refúgio em números**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/brasil-tem-aumento-de-12-no-numerode-refugiados-em-2016/20062017_refugio-emnumeros-2010-2016.pdf/view>. Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

⁵⁴ VAGTS *apud* CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. **Transnacionalidade, Migrações Transnacionais e os Direitos dos Trabalhadores Migrantes**. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 51-66, set./dez. 2017., p. 54. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index> ISSN on-line: 1982 - 9957 DOI: 10.17058/rdunisc.v3i53.11371 Acesso em 09 de agosto de 2019.

CRUZ, Paulo Márcio e PIFFER, Carla. **Transnacionalidade, Migrações Transnacionais e os Direitos dos Trabalhadores Migrantes**. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 51-66, set./dez. 2017. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index> ISSN on-line: 1982 - 9957 DOI: 10.17058/rdunisc.v3i53.11371 Acesso em 09 de agosto de 2019

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais**. Revista Eletrônica do CEJUR. Universidade Federal do Paraná: Programa de Pós-graduação em Direito - SER/UFPR, Curitiba, v. 1, n. 4, ago./dez. 2009. Semestral. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/cejur/article/download/15054/11488>>. Acesso em: 29 jul. 2019

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: UNB, 2001.

DELFIN, Rodrigo Borges. **Fronteira fechada não impede ingresso de venezuelanos no Brasil**. 26 de abril de 2019. Disponível em <https://migramundo.com/fronteira-fechada-nao-impede-ingresso-de-venezuelanos-no-brasil/> Acesso em 09 de agosto de 2019.

DELLA PORTA, D. 2013. **Can democracy be saved?** Cambridge: Polity.

DEMARCHI, Clovis. **A Corrupção como Entrave à Concretização dos Direitos Humanos no Brasil**. A Proteção dos direitos humanos face à criminalidade econômica globalizada - Atas da Conferência Internacional. Editora: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos humanos - Escola de Direito da Universidade de Minho. Braga: 2017

EL-HINNAWI, Essam. **Environmental Refugees**. Nairobi: UNEP, 1985.

GAMBOA, Laura. **Venezuela – Aprofundamento do Autoritarismo ou Transição para a Democracia?** Relações Internacionais, DEZEMBRO:2016. Tradução de João Reis Nunes p. 57. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/ri/n52/n52a05.pdf>. Acesso em 09/08/19

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **El principio de sostenibilidad los puertos: a atividade portuária como garantidora da dimensão econômica da sustentabilidade**. 2011. 451 f. Tese *Doctorado em Derecho Ambiental y sostenibilidad de la Universidad de Alicante - UA* - Universidade de Alicante, Espanha, 2011.

GARCÍA-GUADILLA, María Pilar. **La praxis de los Consejos Comunales ¿Poder popular o instancia clientelar?** In: AYALA, Mario; QUINTERO, Pablo (Org.). *Diez años de revolución en Venezuela: historia, balance y perspectivas* (1999-2009). Ituzaingó: Maipue, 2009.

GOULART, Mayra e ADINOLFI, Goffredo. **O desafio populista à democracia representativa: a Venezuela chavista e o Movimento 5 Estrelas**. Análise Social, liii (2.º), 2018 (n.º 227), pp. 388-414 <https://doi.org/10.31447/as00032573.2018227.06> issn online 2182-2999, p. 401. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732018000200006 Acesso em 09 de agosto de 2019.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

LÓPEZ MAYA, Margarita. **Venezuela: Hugo Chávez y el bolivarianismo**. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 14, n. 3. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2008.

MANIN, B. **The principles of representative government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

MIRANDA, José Alberto de. **Venezuela, Democracia e Militarismo: Uma Análise Crítica**. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2o quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

Portal ACNUR. **Refugiados e Migrantes: Perguntas Frequentes**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2016/03/22/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/> Acesso em 09 de agosto de 2019.

Portal ACNUR. **Dados sobre refúgio no Brasil**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/> Acesso em 09 de agosto de 2019.

Portal BBC. **Crise na Venezuela: O que se sabe sobre a decisão de Maduro de fechar fronteira com o Brasil**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47325681> Acesso em 09 de agosto de 2019.

Portal NACOESUNIDAS - **Número de Refugiados e Migrantes da Venezuela no Mundo atinge 3,4 Milhões**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/numero-de-refugiados-e-migrantes-da-venezuela-no-mundo-atinge-34-milhoes/> Acesso em 09 de agosto de 2019.

Portal ONUBR - **Onda de violência na Venezuela preocupa escritório da ONU para direitos humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/onda-de-violencia-navenezuela-preocupa-escritorio-da-onu-para-direitos-humanos/> Acesso em 22 de maio de 2014.

Portal ONUBR - Venezuela: **ONU pede respeito aos direitos humanos e fim de 'retórica inflamatória'**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/venezuela-onu-pederespeito-aos-direitos-humanos-e-fim-de-retorica-inflamatoria/> Acesso em 22 de maio de 2014.

Portal OSUL. **Fechamento da Fronteira com a Venezuela afeta a Economia do Brasil**. Disponível em: <http://www.osul.com.br/fechamento-da-fronteira-com-a-venezuela-afeta-a-economia-do-brasil/> acesso em 09 de agosto de 2019.

Portal UNITEDNATIONS. **Statement Attributable to the Spokesperson for the Secretary-General on Venezuela**. Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2014-04-11/statement->

attributable-spokesman-secretary-general-venezuela-scroll Acesso em 09 de agosto de 2019.

QUEIROZ, Yury Augusto dos Santos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira.

Deslocados ambientais: um conceito ainda desconhecido. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. p. 14 Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios de direito político.** Tradução de Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **A (In)Aplicabilidade do Estatuto dos Refugiados para os Deslocados Ambientais.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6> Acesso em 09 de agosto de 2019.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; SOARES, Josemar Sidinei. **O Humanismo como Pressuposto para o Direito Transnacional.** Disponível em <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGOS-APROVADOS-CONPEDI-VA%C3%8ANCIA-1.pdf> Acesso em 09 de agosto de 2019.

SOUZA, Sergio Henrique Leal de (Org.). **Direito Internacional dos Refugiados.** Revista de Direito. Vol. XI, Nº 13, Ano 2008.

SCHEIDT, Eduardo. **A Democracia Participativa na Venezuela da Era Chávez e a Questão dos Conselhos Comuns e das Comunas.** Revista Tempos Históricos, Volume 21, 1º Semestre de 2017, e-ISSN:1983-1463. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/temposhistoricos/article/view/15344> Acesso em 09 de agosto de 2019.

SCHEIDT, Eduardo. **A questão da Democracia Participativa na Venezuela durante a era Chávez: rumo a uma nova cultura política?** Revista Eletrônica da ANPHLAC, ISSN 1679-1061, Nº. 21, p. 149-175, Jul./Dez., 2016. Disponível em: revistas.fflch.usp.br/anphlac/article/view/2481 Acesso em 09 de agosto de 2019.

SCHUMPETER, J. **Capitalismo, Socialismo e Democracia.** Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

VAGTS *apud* CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. **Transnacionalidade, Migrações Transnacionais e os Direitos dos Trabalhadores Migrantes.** Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p.51-66, set./dez. 2017. Quadrimestral. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/11371/6969>. Acesso em: 29 de julho de 2019.

WLOCH, Fabrício; DEMARCHI, Clovis. **Aspectos Diferenciadores do Direito Nacional, Internacional, Plurinacional e Transnacional.** Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 03, dez. 2015.

**CONSTITUCIONALISMO DOS DIREITOS HUMANOS E
JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: DA CONSAGRAÇÃO AO
FRACASSO DA DIGNIDADE HUMANA PELO ESTADO DEMOCRÁTICO
BRASILEIRO**

**Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva¹
Ana Carolina Fontes Figueiredo Mendes²**

Introdução

Os direitos humanos foram inaugurados com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 pela ONU, e ao serem incorporados pelas Constituições dos países ganham a roupagem de direitos fundamentais, apresentando maior efetividade e força normativa, inclusive por estarem submetidos a regência de proteção de tribunais constitucionais.

Nesse âmbito, destaca-se que no Brasil, após o processo de redemocratização foi inaugurada uma nova era para os direitos humanos, com fenômeno da constitucionalização de 1988, que consagrou inúmeros direitos humanos previstos em tratados internacionais, e deu vez ao movimento da internacionalização da proteção dos direitos humanos. Ressalta-se que a partir desse momento histórico passou-se a ter vez no ordenamento jurídico um alargamento da possibilidade de concretização e proteção dos direitos sociais fundamentais, onde o núcleo essencial é a dignidade humana, sendo esse o maior objetivo do estado constitucional brasileiro, ao menos que simbolicamente.

Assevera-se que a concretização dos direitos fundamentais sociais é garantida constitucionalmente pelo Estado Democrático Brasileiro, através da formulação e execução das políticas públicas prestacionais. Contudo o Estado Democrático de

¹ Professora Associada e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade

Federal de Sergipe - UFS. Pós-Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal da Bahia - UFBA e pela Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara - UDA. Doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Mestre em Direito do Trabalho, especialista em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil, todos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Vice-Presidente da Asociación Iberoamericana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. E-mail: lucianags.adv@uol.com.br

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe-UFS. Bolsista FAPITEC-SE Mestra em Direitos Humanos, Multiculturalismo e Desenvolvimento - Universidad Pablo de Olavide (2016). Especialista em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau.

Direito Brasileiro vem falhando no cumprimento das prestações sociais, inclusive com inúmeros retrocessos em matérias de direitos sociais.

Decorre, que diante da falha da concretização dos direitos sociais por parte do poder público, o fenômeno da judicialização dos direitos sociais atingiu proporções preocupantes no Brasil. Então, é necessário realizar os seguintes questionamentos: o que representa para a democracia brasileira o fenômeno da judicialização dos direitos sociais?

A hipótese é que o Estado Democrático de Direito Brasileiro vem falhando no cumprimento dos objetivos constitucionais. Ademais, o excesso do fenômeno aponta que há descumprimento dos direitos sociais, e que boa parte do povo brasileiro não está vivendo uma vida digna. Assim, é preciso entender o que está por detrás do incremento dos processos judiciais que pleiteiam o cumprimento estatal das políticas públicas de efetivação dos direitos sociais.

Ressalta-se que, *a priori*, o Poder Executivo e o Legislativo são os responsáveis pela formulação e execução das políticas públicas sociais, porém como as falhas e omissões são inúmeras, a única saída da população acaba encontrando é o Poder Judiciário, a fim de ter o direito fundamental social garantido estatalmente. Esse movimento uma grande recorrência ao Poder Judiciário para ter assegurado o exercício a um direito social pós-violador.

Na busca por repostas será essencial a utilização do pensamento metodológico da Teoria Crítica de Herrera Flores, o qual propõe uma nova visão dos direitos humanos fundamentais, onde a perspectiva passa-se a focar nas reais necessidades dos direitos das pessoas, fugindo do uso demagogo dos direitos, para assim alcançar a verdadeira dignidade humana. Destaca-se, que aqui a dignidade humana é vista como a luta para se alcançar os bens necessários para serem vividos dignamente.

Por fim, relembra-se que o Estado Democrático do Brasil tem como objetivos, entre outros, a dignidade da pessoa humana, a efetivação dos direitos sociais, a redução da pobreza e da desigualdade, e no momento que a população brasileira padece por falta de acesso aos serviços de sociais básico. Para tanto, os direitos sociais e a dignidade humana devem ser concretizados para além dimensão prévioladora.

Para a presente pesquisa utilizou-se o tipo de raciocínio indutivo, vez que com base em casos individuais, pretende-se que a garantia dos direitos sociais, em face da dignidade humana, seja estendida a todos que se encontrem na mesma situação,

promovendo uma generalização; por tipo de abordagem, vale-se da qualitativa, pois busca verificar a qualidade do alcance da dignidade humana, e quanto ao tipo de pesquisa baseia-se na bibliográfica e documental.

1. Constitucionalismo dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 inaugurou uma nova ordem jurídica no mundo Ocidental, com maior enfoque no humanismo e dignidade humana, diante do compromisso de não ser cometido os horrores das guerras, ao menos simbolicamente.

Assim surge “uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais”³, em razão da “necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional”⁴.

A Carta das Nações Unidas de 1945 consolidou o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevaram a promoção dos direitos como o propósito e finalidade das Nações Unidas⁵. Ao passo que a Declaração da ONU foi um marco mundial ocidental em matérias de direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 foi um marco nacional em matéria de direitos humanos fundamentais para o Brasil, já que alargou significativamente as normas relativas aos direitos e garantias e proteção constitucional, principalmente em relação aos direitos sociais.

Momento democrático importante, porque “os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal”⁶, já que ocorreu após o período do Estado Brasileiro autoritário imposto pelo regime da ditadura militar, que perdurou por 20 anos. Assim, “o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos”⁷. É inegável que existe uma conexão de interdependência genérica e funcional na relação

³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 184.

⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. P. 177.

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. P. 189.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P.71.

⁷ PINTO. Luiza Marques da Silva Cabral. **Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. P. 142.

do Estado de Direito e direitos fundamentais, já que a justificativa para a existência deste é a exigência de direitos fundamentais, e esses existem para que o Estado de Direito seja reconhecido⁸.

Inclusive, o processo de elaboração da Constituição de 1988 significou um processo de abertura a participação popular, conseqüentemente a mesma foi direcionada para a realização da cidadania, significando alguma consolidação das liberdades fundamentais e instituições democráticas, abertura de espaço para os direitos humanos e reconhecimento dos tratados internacionais, instaurando uma nova fase do constitucionalismo brasileiro⁹.

A ordem constitucional brasileira ao consagrar constitucionalmente o Direito Internacional dos Direitos Humanos, passou a objetivar e garantir o exercício pleno dos direitos da pessoa humana, inovação do conteúdo material constitucional, nesse sentido aqui se desenvolverá uma pesquisa com caráter interdisciplinar, que culminará no chamado Direito Constitucional Internacional, com a fusão do Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos¹⁰.

Nesse âmbito, a Constituição no preâmbulo determina que o Brasil é um Estado Democrático "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos"¹¹, assim, o documento constitucional determina o comprometimento com os direitos sociais, como um é um dos objetivos estatais. Foi a primeira que a Constituição Brasileira assinou objetivos do Estado, especialmente os fundamentais, e dentro desses alguns que "valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana"¹².

Da análise desprende-se que o núcleo constitucional está focado na efetivação da dignidade da pessoa humana. Nesse ponto se esclarece que "o fundamento de validade da Constituição (= legitimidade) é a dignidade do seu

⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. P. 35.

⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. P. 23.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. P. 19.

¹¹ BRASIL. [(1988) Constituição]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, assinada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.93

reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua ordem de bondade intrínseca”¹³.

Destaca-se, também, que a própria CF deixou claro que essa efetividade deve sair do mundo normativo para habitar o mundo prático, sendo essa ressalva importantíssimo, porque mesmo após 30 anos da promulgação do texto constitucional, a narrativa dos direitos humanos e fundamentais é que, no Brasil, o mundo do que é normatizado e da realidade são distantes e desconectados.

Essa visão habita o imaginário jurídico e cria duas realidades, que só favorece o uso demagogo dos direitos humanos pelo Estado, e conseqüente a esquiva do cumprimento da concretização dos direitos sociais prestacionais, ao passo que cega e acomoda a população, que acredita nessa narrativa distorcida de que a legislação prevê um mundo ideal e utópico, que seria impossível ser alcançado.

David Sánchez Rubio, no livro “Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos”, analisa que há uma institucionalização da visão natural e indiscutível da separação da prática e da teoria, e essa é uma das razões que justifica a indolência e passividade no momento da construção do dia-a-dia dos direitos humanos, que só interessa a quem mais se beneficia com essa narrativa¹⁴. Daí tem-se que quem se beneficia com essa falácia é o próprio poder público, que diante do mandamento constitucional de promover os direitos sociais, alega que esses não podem ser concretizados porque demandaria altos investimentos e o Estado brasileiro estaria em crises, não podendo realizar essas demandas.

Infelizmente, a realidade social brasileira aponta que os direitos fundamentais sociais são normatizados, contudo sua concretização é falha, há um uso demagogo dos direitos sociais e da dignidade humana; este cenário necessita de urgente mudança. O primeiro passo para uma ruptura desse paradigma, que exclui os menos favorecidos dos bens sociais, é um novo olhar sobre a perspectiva dos direitos humanos, e significará uma nova reconstrução na prática do próprio direito à saúde, o verdadeiro sentido prescrito pela constituinte de 1988.

Para então apontar caminhos possíveis para mudanças, será analisado, no tópico seguinte, a epistemologia e axiologia da dignidade humana, e apontará, através da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, desenvolvida por Joaquín Herrera

¹³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. P. 115

¹⁴ RUBIO, David Sánchez. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: De Emancipações, libertações e Dominações**. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2014. P. 15.

Flores, possíveis caminhos interpretativos, para verdadeira concretização dos direitos humanos sociais, possibilitando uma vida digna de ser vivida para os todos cidadãos brasileiros, sem hierarquizações¹⁵. Então, para contextualizar com a o constitucionalismo brasileiro, será investigado sobre a dignidade na Constituição de 1988.

2. Dignidade Humana na Constituição de 1988

O constitucionalismo dos direitos fundamentais brasileiro representou um valor simbólico, um momento de maior unidade “de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”¹⁶. Inclusive, a própria justificativa para a existência dos direitos fundamentais é que este integra o sistema constitucional para concretizar o princípio fundamental da dignidade humana¹⁷.

Assim é no campo dos direitos fundamentais que o princípio da dignidade humana é reconhecido, configurando este como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), finalidade e justificação estatal, consequentemente há um reconhecimento expresso de que o Estado tem razão de existir em função da pessoa humana, sendo o homem a finalidade precípua¹⁷.

Nesse aspecto, destaca-se que a dignidade humana adotada pelo constitucionalismo brasileiro, expressa no art. 1º, III, que traz conceitos filosóficos de cunho emancipador, delineada na modernidade jurídica, baseada nas concepções kantianas de dignidade humana, atribuída intrinsecamente a toda pessoa humana, já que todos tem valor em si mesmo, porém, que está concepção não é relacional, de tal moda despreza as relações sociais, históricas e econômicas quais os sujeitos estão inseridos¹⁸.

¹⁵ HERRERA FLORES, Joaquín. **O Nome do Risco. Breve Tratado sobre Arte e Dignidade**. Porto Alegre: Movimento e Florianópolis: Bernúncia, 2007. P. 19.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. v.2. P. 166. ¹⁷ FARIAS, Edilson Perreira de. Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada, e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação. Porto Alegre: Fabris, 1996. P. 53.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. P. 37.

¹⁸ KANT, Immanuel. **La Metafísica de las Costumbres**. Trad. de Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. 3º Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1989. P.17

Apesar das boas intenções, associa o seu conteúdo e validação a aspectos predominantemente jurídicos, e significação fica restrito ao campo normativo e dos princípios jurídicos¹⁹.

Então as definições da dignidade humana são dissociadas da experiência humana, com isso se torna estritamente dogmática, formalista e simplista, o que acaba por torna a concretização da dignidade humana para os trabalhadores vulneráveis e oprimidos uma realidade impossível²⁰ (FLORES, 2007).

É importante atentar a correlação feita por Alexy de dignidade humana a uma questão de proporcionalidade²¹, o qual pode ser relativizado e ponderado, no momento em que colidir com outras normas²². É preciso tomar cuidado para não ser utilizado de forma inadequada, através da má interpretação, o que gera equívocos ainda maiores²⁴

Sarlet²⁵ pontua que a definição clara parece não ser possível, por se referir a conceitos e contornos vagos e imprecisos, mas que a doutrina e jurisprudência estabeleceram contornos e conceitos básicos para concretizar seu conteúdo, e reconhece que há uma falta de definição constitucional, recaindo a responsabilidade de definição pelos órgãos estatais, baseado nas eleições dos valores das sociedades democráticas contemporâneas.

Surge um paradoxo porque os direitos humanos e dignidade humana surgiram para limitar o poder estatal, mas há margem legal para o poder estatal fazer as eleições de valores, de modo que se pode restringir a atuação dos direitos humanos "ao mínimo alcance possível, que condiciona a dignidade humana ao exercício do poder"²³.

É incontestável a realidade perturbadora de que a maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. Então a partir deste ponto surge um

¹⁹ JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana: Princípio Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2009. P. 23.

²⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. O Nome do Risco. Breve Tratado sobre Arte e Dignidade. P. 21.

²¹ ALEXY, Robert. A Dignidade da Pessoa Humana e a Análise da Proporcionalidade. Trad: SILVA, Rogério Luiz Nery da. In: ALEXY, R. et. al. **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. P. 21.

²² ALEXY, Robert. **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-positivismo inclusivo**. P. 16. ²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos Falar Sobre Direito e Moral: Os problemas da interpretação e da decisão judicial**. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. P. 99. ²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. P. 37.

²³ ÁVILA, F. . **Fronteiras dos Direitos Humanos: Abordagens sobre conceitos materiais e (In)Efetividade ante ao soberano Poder Estatal** .. In: Antonio Hilario Aguilera Urquiza. (Org.). **Fronteira dos Direitos Humanos: Direitos Humanos na Fronteira**. Campo Grande: UFMS, 2016, v. , p. 27-40. P.37.

questionamento: os direitos humanos servem de um instrumento realmente eficaz na luta dos excluídos ou agem de forma contrária²⁴.

Joaquín Herrera Flores afirma que a idealização sobre os direitos humanos para alcançar a dignidade e exigências normativa de torná-lo mais abstrato e universal, que traz a utopia de que se tem direitos apenas pelo fato de ter nascido, contudo acaba por tornar o direito neutro, num movimento de desconectar entre o espaço público e o espaço privado, construindo a ideal de igualdade apenas no plano formal, de modo que o direito não significa o acesso aos bens da vida, é somente o direito a ter direitos²⁵.

Diante da problemática é necessária uma análise crítica diferente da tradicionalmente já reproduzida, para que se encontre uma metodologia humanista eficaz e capaz de garantir acessos aos bens a todos às pessoas, independente das condições que nasceu.

A Teoria Crítica dos Direitos Humanos, desenvolvida principalmente por Herrera Flores, se apresenta como uma solução para uma nova conceituação e novo tratamento aos direitos humanos sociais e à dignidade humana.

A proposta de Herrera Flores para sair dessa armadilha é uma visão complexa e com uma racionalidade de resistência, que inclui a interculturalidade e uma filosofia impura dos direitos (que alia o ordenamento jurídico aos contextos históricos), onde fortaleça-se os indivíduos, grupos e organizações na hora de construir os planos de ações, que garanta a todos, de modo igualitário, o acesso aos bens materiais e imateriais que fazem a vida digna de ser vivida²⁹.

A corrente crítica entende os direitos desde uma perspectiva emancipadora, que pretende contribuir para o incremento dos níveis de humanização, concebido como um conjunto de práticas sociais, simbólicas, culturais e institucionais que reagem contra os excessos, que impedem os seres humanos de serem reconhecidos como sujeitos²⁶.

Essa proposta deve orientar a construção dos direitos humanos fundamentais sociais a dignidade humana, consequentemente as políticas públicas sociais

²⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento**. P. 57

²⁵ HERRERA FLORES, Joaquín. O Nome do Risco. Breve Tratado sobre Arte e Dignidade. P. 39.

²⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. **La Reinvenición de los Derechos Humanos**. Sevilla: Atrapasueños, 2008. P. 57.

²⁶ RUBIO, David Sánchez. Repensar los derechos humanos. De la anestesia a la sinestesia. Sevilla: Editorial Mad, 2007. 43.

prestacionais estatais. E no caso do Estado se omite em realizar e executar as normas prestacionais sociais, um dos instrumentos possíveis para reparação do direito pós-violador é o controle das políticas públicas no Poder Judiciário. Esse é instrumento democrático que deve ser usado em favor do cidadão contra a atuação e omissão inconstitucional estatal, porém deve ser um fenômeno para casos excepcionais e isolados.

O remédio judicial deve ser uma exceção em um Estado Democrático, porém, no Brasil, observa-se um excesso de judicialização de direitos sociais, fato que aponta para níveis de baixa democracia no país, sobre a problemática será discorrido no tópico seguinte.

3. Direitos sociais e a problemática da judicialização

É preciso destacar, que apesar da evolução no constitucionalismo brasileiro em matéria de direitos fundamentais, os direitos sociais, historicamente, sempre gozaram de um desprestígio em relação aos direitos individuais.

Retomando a criação normativa dos direitos humanos, tem-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas só reconhecia dois sujeitos de direito: o indivíduo e o Estado²⁷. A não inclusão dos sujeitos coletivos no marco original dos direitos humanos criou uma tensão entre direitos individuais e

direitos coletivos, que “decorre da luta histórica dos grupos que, por serem excluídos ou discriminados enquanto grupos não podiam ser adequadamente protegidos por direitos humanos individuais”²⁸.

Por sorte, em função da evolução histórica dos direitos sociais, principalmente em razão das lutas dos povos não ligados diretamente a entes estatais, estes passaram a ter maior relevância e reconhecimento internacional, e no momento da promulgação da Constituição de 1988 passaram também por um processo de maior reconhecimento.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. **Direitos**

Humanos, Democracia e Desenvolvimento. P. 61

²⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. **Direitos**

Humanos, Democracia e Desenvolvimento. P. 63

Assim, “encontram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais”²⁹.

Salienta-se que o reconhecimento constitucional garantiu maior importância democrática para a fase do constitucionalismo dos direitos humanos, já que os “direitos coletivos existem para minorar ou eliminar a insegurança ou injustiça de coletivos de indivíduos que são discriminados e vítimas sistemáticas de opressão por serem o que são e por não fazerem o que fazem”³⁰.

Esclarece-se que os direitos sociais são prestacionais porque pressupõem uma prestação positiva do Estado, “ como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los”³¹.

Os direitos fundamentais sociais demandam do Estado prestações para garantir a efetividade, sob pena de ineficácia. Seguindo o raciocínio, considera-se que pressupõe através deste se alcançará as “liberdades sociais” e a justiça social, de tal modo o Estado é obrigado a intervir ativamente para produzir e concretizar a organização dos serviços públicos essenciais para a garantia da via humana³². Abstrai-se que os direitos sociais constitucionais somente serão plenos e eficazes quando o Estado for capaz de fornecê-los de maneira apropriada a todos na prática.

Não há qualquer dúvida de que as normas constitucionais brasileiras tenham eficácia normativa no que se refere aos direitos sociais previstos constitucionalmente, porém, como para a implementação demanda-se a atuação estatal positiva, através das políticas públicas, o instrumento estatal que serve para garantir este direito fundamental, através das leis e ações, como também um instrumento da população para cobrar as promessas feitas pelo poder público de promoção de direitos sociais, “tendo em vista serem eles os fins do Estado Constitucional”³³.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. P. 218.

³⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento**. P. 64

³¹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. P. 127.

³² BRAUNER, Maria Claudia Crespo; FURLAN, Karina Morgana. O Crescente Processo de Medicalização da Vida: Entre a Judicialização da Saúde e um Novo Modelo Biomédico. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo; PIERRE, Philippe. **Direitos Humanos, Saúde e Medicina**: Uma Perspectiva internacional. Rio Grande: Editora da Furg, 2013; p. 103-132. P. 115.

³³ BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. P. 204.

Outrossim, as políticas públicas devem ser entendidas como o instrumento para o Estado viabilizar o alcance da dignidade de todos, de tal modo, o povo é o receptor das políticas.

Nesse sentido, alega-se que as políticas públicas têm como proposta a resolução de problemas políticos que se originam de incômodos sociais, por meio da busca de uma melhor participação do cidadão no cenário social, para assim conceder condições mais dignas e igualitárias a todos, que acontece por meio de uma atuação estatal, quer dizer por intermédio da implementação de políticas públicas que sejam específicas e eficazes³⁴.

Com isso, a Constituição Federal do Brasil por si só não basta para que seja garantido o direito em análise aos cidadãos. Contrapondo todos os argumentos favoráveis à plena efetivação dos direitos sociais, surgem a problemática relativa a eficácia desses direitos fundamentais, e o questionamento se é possível compelir o Estado, através dos órgãos judiciais a prestação das políticas públicas necessárias para fruição dos bens necessários à uma vida digna de ser vivida.

A discussão surge diante da crise e fracasso na prestação dos direitos sociais, principalmente daqueles essenciais, sem os quais não seria possível alcançar a dignidade humana. Nesse contexto destaca-se a crise na saúde, que houve um retrocesso na concepção de saúde pública, ocorrido no final do século XX, tendo como um dos causadores o "relativo fracasso das políticas estatais de prevenção, que não conseguiram superar os limites impostos pela exclusão social"³⁵.

Ademais a ideologia neoliberal, dominante no país, também foi responsável pela diminuição da atuação do Estado na saúde pública, criando, desta feita, a ideia de que os comportamentos individuais é que eram determinantes na obtenção da saúde³⁶.

Assim, passou a surgir críticas aos direitos prestacionais, relacionando as políticas públicas à problemática da teoria da reserva do possível. Essa teoria surgiu com o intuito de "expressar a ideia de que os direitos sociais e prestações materiais

³⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. "Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas" em FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio C. S; DIAS, Maria Teresa F. (Org.) **Políticas Públicas possibilidades e limites**. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2008. P. 56.

³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24º ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 43.

³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. P. 43.

estariam sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que consistem em direitos a prestações financeiras pelos cofres públicos”³⁷.

Além do princípio da reserva do possível não ter sido adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, jamais pode ter como consequência a ineficácia dos direitos fundamentais³⁸. Ademais, a escassez de recursos e a tese da reserva do possível não pode ser um entrave à efetivação dos direitos sociais, pois este é condição necessária para o exercício do princípio da dignidade humana, um dos alicerces do Estado Democrático Brasileiro.

Contudo, diante das omissões estatais, inúmeras ações surgiram perante o Poder Judiciário questionando a prestação dos direitos fundamentais sociais diante das ineficiências estatais.

O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário ocorre diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na realização das políticas públicas e dos serviços de direitos sociais, ou quando implementadas de maneira ineficaz. “Desse modo, os tribunais, sempre que uma política perpetrar uma violação aos direitos fundamentais, podem ser provocados para atuar de modo a viabilizar a preservação destes”³⁹.

Na medida em que o Poder Judiciário age para suprir a carência da população em ter seus direitos efetivados, ele assume papel de maior importância no Estado Democrático de Direito, passando a exercer papel mais atuante e a ter uma função política de grande relevância dentro do país. Assim, o Judiciário assume um papel ativo, ampliando o sentido da interpretação constitucional.

Acerca da judicialização dos direitos sociais, argumentava-se que haveria uma intromissão dos Poderes, rompendo o princípio da separação destes e a consequente politização do Judiciário, e que não seria o legitimado pela população para escolher as políticas públicas, por seus membros não terem sido eleitos⁴⁰.

³⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetro para sua efetividade**. 1º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.131-132

³⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetro para sua efetividade**. p.133.

³⁹ DIAS, Jean Carlos. **O Controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Método, 2007. P. 126.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso De Direito Constitucional Contemporâneo**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 68.

Todavia, prevalece o entendimento da possibilidade do fenômeno, em razão do Poder Judiciário ter o dever de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando a vácuo criado pelos demais Poderes⁴¹.

Nos últimos dois séculos o papel supremo dos tribunais judiciais passou a ser justificado por duas correntes doutrinárias. A mais tradicional se baseia na soberania popular e na separação dos Poderes e entende a Constituição Federal como expressão maior do povo, qual deve prevalecer sobre leis, já que é manifestação da maioria parlamentar. Já a segunda reconhece o papel do intérprete das normas, o qual deve superar o papel mais formal e mecanicista para enfrentar a realidade, o papel do controle de constitucionalidade deve fundamentar-se na preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado Democrático.

Nesse contexto, o controle das políticas públicas também é demarcado no limite adequado entre as matérias constitucionais e a matéria submetida pelo processo majoritário⁴².

Ademais, os argumentos que criam entraves a judicialização das políticas públicas dos direitos sociais são falácias, e resume-se em três pontos: os custos de implementação dos direitos sociais, falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário e a falta de conhecimento técnico que teriam os juízes no momento de proferir suas decisões⁴³.

Esses argumentos já foram superados, porque no Brasil é pacífico o entendimento sobre a possibilidade de controle judicial das políticas públicas. O que resta saber é se este instrumento judicial está operando efetivamente no sentido de concretizar verdadeiramente o direito fundamentais sociais e dignidade humana.

Aqui, aparece a crescente judicialização dos direitos sociais, como um mecanismo do cidadão, diante da falta de acesso aos bens necessários a uma vida

⁴¹ Nesse sentido expos o Ministro Celso de Mello, nos autos da ADPF 4: É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas [...], pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (BRASIL, 2013).

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Curso De Direito Constitucional Contemporâneo. 2018. P. 71.

⁴³ PISARELLO, Gerard. Los Derechos Sociales y Sus Garantías. Madrid: Editorial Trotta, 2007. P. 45. ⁴⁸ RUBIO, David Sánchez. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**: De Emancipações, libertações e Dominações. P. 41

digna, pleitear-se então diretamente ao Poder Público a possibilidade ter acesso aos bens, prestados através de políticas públicas de direitos sociais.

É dizer, o cidadão judicializa para concretude de um direito social diante da não eficácia social do que está normatizado constitucionalmente.

Ocorre que há um imaginário jurídico, significando que nem sempre o que está normatizado é realizado na prática. David Sánchez Rubio alerta que o próprio Estado institucionaliza a separação entre o que se diz na lei e o que se ocorre na prática, para que a população aceite isso como natural e indiscutível, por sua vez essa visão reforça a hegemonia entre separação do normatizado em matéria de direitos humanos⁴⁸.

De tal modo, o imaginário jurídico relaciona apenas com os elementos do reconhecimento normativo, eficácia e efetividade com os direitos humanos, conectando estes a existência de tribunais de direitos onde possa-se fazer denúncias de situações de violações, para o exercício pleno dos direitos, nesse compasso esquece-se que da dimensão pré-violadora dos direitos humanos, o que delega um protagonismo exacerbado aos entes judiciais⁴⁴.

O controle das políticas públicas por órgãos judiciais não deve ser negado a população, pelo contrário, negar este acesso ao Judiciário é permitir que o Estado descumpra dos seus objetivos constitucionais e a população padeça sem qualquer remédio democrático.

O problema está justamente no paradoxo que esse imaginário cria, porque ao passo que se judicializa excessivamente direitos sociais, reforça o ativismo judicial, e os demais poderes acabam por abstrair-se do fornecimento desses serviços e a sociedade encara isso como algo natural. Com esse mecanismo há “um deslocamento da legitimidade do Estado: do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário”⁴⁵.

Nesse movimento de demandas direcionadas ao judiciário pode-se gerar problemas justamente para a concretização dos direitos sociais, “grande questão não

⁴⁴ RUBIO, David Sánchez. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**: De Emancipações, libertações e Dominações. P. 41

⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2005. P. 18

é o “quanto de judicialização”, mas “como as questões judicializadas” devem ser decididas⁴⁶, por isso há uma intensa denúncia do protagonismo judicial.

Lenio Luiz Streck, no livro “Precisamos Falar Sobre Direito e Moral”, analisa que nos dias atuais o Judiciário Brasileiro quando necessita decidir entre a lei e o justo, acaba por decidir sobre aquilo que entende como justo, mas aí encontra-se o perigo do subjetivismo judicial⁴⁷.

Também há o perigo para a representação política, já que uma ofensa à Constituição por parte do Judiciário “é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?⁴⁸. Além de que nesse movimento há um subjetivismo excessivo, e as decisões são vinculadas ao que o Judiciário entende como moral, e nem sempre representam a decisão que assegura a dignidade humana.

Portanto, é necessário existir a possibilidade de correção das políticas públicas através da atuação Judiciária, porém quando essa atuação se revela uma realidade cotidiana ocorre uma baixa na democracia, já que “em uma democracia, é a lei que trata de escolhas políticas e não o Judiciário⁴⁹.

Fica evidente que o Poder Judiciário está diante de um dilema, que decorre das assimetrias sociais e econômicas, e falta de concretização da dignidade humana na prática.

É necessário agir de forma que não haja uma ruptura da Constituição Federal de 1988, porque isso significa uma baixa democracia e compromete a existência do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Logo, cabe aos Poderes Executivo e Legislativo concretizar a dignidade humana como regra e somente em falhas excepcionais o Poder Judiciário deve atuar nas políticas públicas de direito social.

Considerações finais

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? “In”** Senso Incomum Conjur. 13 de jun 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomumativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 22 out. 2018. P. 5

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos Falar Sobre Direito e Moral**: Os problemas da interpretação e da decisão judicial. P. 114.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** p. 6

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos Falar Sobre Direito e Moral**: Os problemas da interpretação e da decisão judicial. P. 78.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou o constitucionalismo dos direitos humanos, através da inclusão de novos direitos para alcançar a dignidade humana. O novo momento constitucional foi fruto da redemocratização brasileira.

Porém, apesar de a Constituição de 1988 ter enaltecido os direitos fundamentais para população brasileira, o Estado vem falhando no cumprimento dos objetivos constitucionais, principalmente em assegurar a concretização dos direitos sociais na prática.

Assim, é necessário revisar a epistemologia da dignidade humana do texto para diagnosticar como estes estão sendo tratados e quais as possibilidades de agir diante do descumprimento estatal.

Por isso, esta pesquisa teve o intuito de analisar a axiologia dos direitos sociais e da dignidade humana, bem como o mecanismo do controle judicial das políticas públicas, para, sob o enfoque das teorias críticas dos direitos humanos, entender se age a garantir verdadeiro cumprimento dos preceitos constitucionais

Constitucionalmente, os direitos fundamentais sociais existem para concretizar a dignidade humana, que deve ser um fim a ser perseguido na prática. Para tanto, é dever do Estado fornecer os bens necessários a uma vida digna, através da prestação dos direitos sociais. O Estado deve garanti-lo mediante políticas, sendo inicialmente os responsáveis pela implementação o Poder Legislativo e Executivo.

Infelizmente o preceito constitucional que determina que o Poder Público efetive direitos sociais por meio das políticas públicas não vem sendo cumprido, o que resulta na crises e retrocessos sociais. Diante do problema surgem inúmeras demandas para que o Poder Judiciário atue e possa fazer valer os objetivos e mandamentos da Constituição Federal.

Considera-se que a possibilidade do Poder Judiciário de interferir nas políticas públicas é um importante instrumento para a proteção dos direitos sociais, diante das falhas prestacionais. Essa possibilidade deve ser garantida na prática, mas seu uso deve ser moderado, pois quando há demandas para o Judiciário, em matéria direitos sociais, significa que na prática já foram violados.

Nesse âmbito, é importante que o remédio exista, funcione e possa garantir que pessoas, diante das negativas estatais, possam recorrer ao Judiciário. Contudo, no Brasil a utilização excessiva do mecanismo judicial significa que existe uma falha democrática, no qual os Poderes Executivo e Legislativo deixaram de cumprir com seu papel. Portanto, o Estado brasileiro fracassou na implementação da democracia

e dos objetivos constitucionais, que justificam sua própria existência, por não promover e garantir dos direitos sociais e da dignidade humana à população brasileira.

Referências das Fontes Citadas

ALEXY, Robert. A Dignidade da Pessoa Humana e a Análise da Proporcionalidade. Trad: SILVA, Rogério Luiz Nery da. In: ALEXY, R. et. al. **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

ÁVILA, F. . **Fronteiras dos Direitos Humanos: Abordagens sobre conceitos materiais e (In)Efetividade ante ao soberano Poder Estatal** .. In: Antonio Hilario

Aguilera Urquiza. (Org.). Fronteira dos Direitos Humanos: Direitos Humanos na Fronteira. Campo Grande: UFMS, 2016, v. , p. 27-40

BARROSO, Luís Roberto. **Curso De Direito Constitucional Contemporâneo**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Das Insuficiências Do Discurso Dominante À Contribuição Latino-Americana Para A Afirmação Dos Direitos Humanos**. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 313-331, julho/dezembro de 2013.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; FURLAN, Karina Morgana. O Crescente Processo de Medicalização da Vida: Entre a Judicialização da Saúde e um Novo Modelo Biomédico. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo; PIERRE, Philippe.

Direitos Humanos, Saúde e Medicina: Uma Perspectiva internacional. Rio Grande: Editora da Furg, 2013; p. 103-132. P. 115.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. "Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas" em FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio C. S; DIAS, Maria Teresa F. (Org.) **Políticas Públicas possibilidades e limites**. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CAPELLA, Ana Claudia N. Perspectivas teóricas sobre o Processo de Formulação de Políticas Públicas em HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org). **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24º ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.** Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: www.direitoshumanos.usp.br. Acesso em 20 Nov. 2018.

DIAS, Jean Carlos. **O Controle Judicial das Políticas Públicas.** São Paulo: Método, 2007.

FARIAS, Edilsom Perreira de. **Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada, e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação.** Porto Alegre: Fabris, 1996.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetro para sua efetividade.** 1º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia. O guardião das promessas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HERRERA FLORES, Joaquín. **O Nome do Risco. Breve Tratado sobre Arte e Dignidade.** Porto Alegre: Movimento e Florianópolis: Bernúncia, 2007.

HERRERA FLORES, Joaquín. **La Reinención de los Derechos Humanos.** Sevilla: Atrapasueños, 2008.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana: Princípio Constitucional.** Curitiba: Juruá, 2009.

KANT, Immanuel. **La Metafísica de las Costumbres.** Trad. de Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. 3º Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988

LEAL, Rogério Gesta. **A efetivação do direito à saúde por uma jurisdiçãoserafim: limites e possibilidades.** A & c revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p.25-40, jul/set. 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 3 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. v.2.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PISARELLO, Gerard. **Los Derechos Sociales y Sus Garantías.** Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio.** Madrid: Marcial Pons, 1996.

PINTO, Luiza Marques da Silva Cabral. **Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PRONER, Carol. **Teoría crítica dos direitos humanos: das lutas aos direiros sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 49-64, 2011.

RUBIO, David Sánchez. **Repensar los derechos humanos**. De la anestesia a la sinestesia. Sevilha: Editorial Mad, 2007.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: De Emancipações, libertações e Dominações**. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. In: SANTOS, Boaventura de Souza; CHAI, Marilena. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013; p 41-133.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? "In" Senso Incomum Conjur**. 13 de jun 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ouimaginacao-alguns>. Acesso em: 22 out. 2018

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos Falar Sobre Direito e Moral: Os problemas da interpretação e da decisão judicial**. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu. A retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007.

LIMITES CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO POLÍTICO DO BEM ESTAR À REALIZAÇÃO DA IGUALDADE EM AMBIENTES URBANOS COMPLEXOS COMO OS BRASILEIROS

Frederico Antonio Lima de Oliveira¹
Jeferson Antonio Fernandes Bacelar²

Introdução

A concepção de bem comum tem apontado desde as cidades gregas na filosofia política até a contemporaneidade, acerca da possibilidade de que certos bens, como segurança e justiça, só sejam possíveis através de suas realizações cidadãs na esfera pública. Nega-se com a concepção de bem comum a individualidade na sociedade, com indivíduos isolados, e sim, incorpora-se a participação cidadã e das relações sociais que se estabelecem. Preocupação recorrente hoje quanto à preservação do interesse privado e do bem particular. Desde Aristóteles, afirma-se que o homem é político e que somente pela participação política pode alcançar o bem comum de sua comunidade, seja por atividade política, jurídica ou mesmo bélica. A noção do bem comum foi também tratada pelos contratualistas modernos, e em Maquiavel, o bem comum seria alcançado por cidadãos virtuosos e dispostos. Os franceses do final do século XVIII, também trouxeram a concepção do bem comum com o bem estrar de todos e sua preservação. Capacitou-se, assim, o Estado a limitar o bem comum entre o interesse comum ou vontade geral e os interesses particulares como uma vontade geral particular, que justificaria a soberania do Estado e suas ações como uma comunidade moral, com várias implicações e dificuldades no mundo de hoje, face à alta complexidade e o alto grau de diferenciação das sociedades atuais.

Essa grande diferença de constituição social, e, portanto, de diversas realidades de vida dos grupos que compõe a sociedade brasileira, é sem dúvidas, fenômeno muito presente em países da conhecida periferia sociedade global ou com a menor quantidade de recursos econômicos. Dessa forma, traçados os primeiros parâmetros limitadores constitucionais da concepção de bem comum em nosso tema, rumamos para o problema apresentado, indagando neste estudo se após as limitações constitucionais propostas, acerca da possível realização do princípio da

¹Pós-doutor em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestre em Direito Administrativo (UFPa).
²Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos (UNESA/RJ). Mestre em Direito do Estado (UNAMA).

igualdade, numa sociedade complexa, plural e com diferentes ideias de justiça como é o caso brasileiro.

O estudo se posiciona, tomando as pessoas no centro do fenômeno jurídico, buscando o elo do Direito com a justiça, Essa como vontade constante e perpétua acopla a natureza das relações intersubjetivas e a pessoa e sua eminente dignidade enxertando o direito de uma metafísica realista. O homem moderno artificializou o direito para manter fins político-econômicos, afastando-se mais da ética e da justiça. Ao mesmo tempo em que a modernidade fez o direito se realizar pela forma de decisão, em modelos normativos, destacando-se a sanção como mecanismo de controle social, alargando-se as malhas legais com propósitos preventivos e sistêmicos e, paradoxalmente, propondo-se a elevação humana em função da dignidade, mas que, reduz-se o seu sentido hermenêutico, e se aproximando da ideologia. Com o retorno de uma visão natural, pautando-se mais as relações sociais por regras de justiça, desta feita, embebidas por um alto grau de juridicidade.

1. Consituição moralmente reflexiva

A concepção de uma Constituição *moralmente reflexiva* apresenta uma sintonia bem visível entre os preceitos constitucionais e a evolução do tecido social, na medida em que se concebe a interpretação constitucional em se adequando os preceitos materiais às situações de fato, operando a ponderação de princípios pelo seu peso e prevalência. Desse entendimento, extrai-se, destarte as críticas que são usualmente postas ao *dirigismo constitucional*, destaca-se a relação do conceito de *identidade constitucional* e a intangibilidade das cláusulas pétreas que garantem a relação de prestação entre a Constituição e a sociedade, enquanto elemento fundamental da *identidade constitucional*.

A impossibilidade de alteração do conteúdo das cláusulas pétreas em contra partida à abertura conferida às normas constitucionais como meio de integração do sistema constitucional é bem enfrentada por Canotilho, quando reconhece a intangibilidade ou imutabilidade dos preceitos fundamentais da Constituição, como uma conquista histórica da sociedade, prevendo duas possibilidades mais específicas, sendo elas: a) a *petricidade* das cláusulas que garantem o regime material e não os preceitos constitucionais concretos; b) as *cláusulas pétreas materiais e expressas*, que detenham correspondência com o texto da Constituição, dizendo respeito à própria essência do texto constitucional em foco.

Essa fórmula encontrada por Canotilho, ao passo em que admite a possibilidade de desenvolvimento constitucional de fórmulas emancipatórias no rumo de uma *democracia socialista*, a exemplo do que fora feito na Constituição portuguesa, com o *exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras* e a *garantia do pacífico processo revolucionário*. No pertinente ao grau de abertura das normas constitucionais, e, da mesma forma, a garantia *pétrea* da *identidade constitucional* no conteúdo material das normas consideradas fundamentais, observa-se, sem maior embaraço, dois pontos importantes, nos parecem terem sido respeitados na tese de Canotilho, quais sejam: a) a *estabilidade constitucional*, através da garantia *pétrea* do conteúdo material da relação Constituição/Estado (*identidade constitucional*); e, ao seu turno, b) o *desenvolvimento constitucional*, fundamentado numa nova compreensão dos princípios em consonância com os novos problemas sociais³.

Na atualidade, nota-se, no mesmo passo da visível dificuldade em se assegurar a eficácia social das normas de caráter programático, a polêmica gerada sobre os limites de atuação positiva dos poderes do Estado, e, em particular, do Poder Judiciário. Os Tribunais passam a ter uma função de grande importância, não só preenchendo as omissões do Poder Legislativo, mas, sobretudo, como entendemos neste estudo, implementando *valores democráticos fundamentais (implícitos ou explícitos)*, por meio das chamadas *normas constitucionais de conteúdo aberto*. Assim, nos parece cabível e justa a sentença proferida por Oscar Vieira Vilhena: "(...) este caráter aberto e dirigente de diversas Constituições é bastante acentuado na Constituição brasileira e, para os defensores de um Estado mínimo, sinal de impraticabilidade ou inviabilidade destes textos. Esta posição, no entanto, é, sobretudo, uma posição conservadora. De quem não está preocupado com os problemas agudos de justiça social, como os que permeiam a nossa sociedade (...)”⁴.

Tentamos sintetizar sem escalas, a adequação dos preceitos de Canotilho à realidade brasileira, profundamente influenciada pela doutrina constitucional portuguesa, a quando da promulgação da Constituição de 1988. Sem o total atrelamento do constitucionalismo moderno, a doutrina do *constitucionalismo moralmente reflexivo* abre espaço para a inserção de novos direitos emergentes como os direitos sociais e de novos sujeitos de direito constitucional, propiciando,

³ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1-10.

⁴STF – Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política. 2ª. ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 39.

proporcionalmente, maior eficácia e legitimidade e menor insegurança jurídica ao ordenamento jurídico.

A lógica desenvolvida no *constitucionalismo reflexivo* nos leva a conceber, a nossa ótica, acertadamente, que a potência constitucional, em estado de latência constante (*poder constituinte*), necessita de uma condição emancipatória que lhe é intrínseca e que justifica a sua existência no texto constitucional. Ora, se assim é verdade, também o é o fato de que as *garantias materialmente pétreas* da Constituição devem ser observadas sob o ponto de vista material de seu conteúdo, e não formalmente consideradas para os efeitos da *intangibilidade* ou *imutabilidade*. Por outro lado, a mensagem constitucional emancipatória, que dá lastro para os processos de *mutação constitucional*⁵ não se mostra compatível com o “engessamento” de *imposições constitucionais* que garantam políticas públicas sociais, econômicas e culturais, ou ainda, que tornem intangíveis direitos de conteúdo meramente formal no texto constitucional.

O contexto acima, mais especificamente na obra “The Living Constitution”, David Strauss⁶ aponta a Constituição dos Estados Unidos foi mantida atual desde 1787, ainda ditando as regras da sociedade americana, por força da clara compreensão dos significados de suas palavras, sedimentados em tradições pelos juízes, de forma muito próxima ao que acontece no sistema da common law, e, sobretudo, nos casos em que a Constituição não oferece uma solução única, devendo se ver qual a saída para o caso, com o uso da razão e dos argumentos sobre justiça e a melhores políticas.

O apelo *substancialista* do contexto constitucional que tomamos para esta análise, funda-se, em uma constitucionalidade advinda da teoria de estado político e, assim como se tem mais à miúdo, o papel da Constituição como um mecanismo que detém o Estado numa dimensão social, com uma realidade social, o que nos mostra a separação possível nos níveis do ordenamento jurídico ordinário e a ordem administrativa e a ordem constitucional, o que afastou na obra de Rudolf Smend que, em nível da Constituição a postura estática que disse Smend adotar o positivismo e,

⁵BOULOS, Christianne. **Coalisão de direitos fundamentais**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002.

⁶Cf. STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010. SUNSTEIN, Cass R. Antonin Scalia, Living Constitutionalist. Harvard Law Review, Forthcoming; Harvard Public Law Working Paper, n. 15-16, 2016.

nesse sentido, neokantiano, onde o estatismo kelseniano haveria de ser superado pela integração dos valores obtidos com a Constituição⁷.

Doutra parte, semelhante o arremate teórico que se dá com a concepção do teórico alemão Hermann Heller que classificou a sociedade como uma comunidade de vontade e valores, sendo o Estado solidário com as articulações sociais que constituem o poder⁸, daí porque a estrutura do modelo de Estado para análise, que foi o Estado Liberal, onde a estrutura burguesa dos *factores reais de poder* como em Ferdinand Lassalle⁹, existentes em toda a sociedade, através daqueles que governam, exercem influência efetiva, e nem tão democrática como se desejava, para o fecho necessário de legitimidade e de aceitação que, nos padrões burgueses e individuais pregados nos esferas públicas, que mais à frente veremos em Habermas, substancialmente, nos mostram a igualdade como valor mais caro a ser obtido, a fim de com esse valor obter a sociedade e suas diversas esferas públicas o bem comum desejável não só pela sociedade como pelo próprio Estado, que, existencialmente, busca realizá-lo como princípio político fundamental.

O traçado que se observou junto à primeira fase do positivismo jurídico, com as divergências e ponderações do *constitucionalismo substancialista*, trouxe-nos à linha extra-jurídica que nos mostrou um padrão moral, que, no sentir de uma sociedade de intérpretes da Constituição¹⁰ nos remete a uma maior igualdade no texto constitucional, ora constituído numa acepção *substantiva e política* da vontade maior do Estado que confere a buscada *integridade* que as ordens jurídica e constitucional não prescindem, e, dessa forma, leva-nos ao fio condutor da igualdade entre os diversos grupos sociais, plurais, que refletem moralmente suas necessidades no texto constitucional a ser analisado.

As “linhas de força” do *constitucionalismo moralmente reflexivo* pautam-se, em síntese, em três linhas de entendimento. A necessidade do constitucionalismo contemporâneo de oferecer exigências constitucionais mínimas à cidadania - *direitos fundamentais* – perfazendo a dimensão básica da *legitimidade moral e material*. O

⁷Cf. SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional** (1928). In: *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. Cf. _____. **Constituzione e diritto consituzionale**. Trad. F. Fiore, J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988.

⁸Cf. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968.

⁹Cf. LASALE, Ferdinand. **O que é a Constituição**. São Paulo: Edijur, 2019.

¹⁰Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

estabelecimento de pressupostos mínimos de justiça em relação às estruturas básicas particulares, respeitando as desigualdades, mas, ao mesmo tempo, promovendo uma simetria de oportunidades, o que, se aproxima, sobremaneira, das novas concepções de *igualdade complexa* (Habermas), *igualdade de oportunidades* (Dallari) e *igualdade de tratamento* (Dworkin). Por fim, a mudança de foco proposta por Canotilho, no que se refere à passagem do *constitucionalismo moderno*, onde a Constituição funcionava como uma ordem política superior, orgânica e planejada, para um *constitucionalismo reflexivo*, onde a Constituição mantém-se como ordem política e planejada, mas, sobretudo, estabelece, não apenas *diretivas dirigidas* impostas ao cumprimento de forma autoritária, mas, instrumentos que reformam a noção de *responsabilidade civil*, estabelecendo um novo pacto de responsabilidade constitucional, que reforça o *cooperativismo* e *pluralismo políticos*, conforme se assentam assegurados, inclusive, como já assaz mencionado, como princípios fundantes do Estado democrático brasileiro (art. 1º. e 3º. da CRB).

2. Limites constitucionais do bem comum como bem estar e boa qualidade dos grupos sociais na urbes brasileira, segundo a visão de esfera pública habermasiana

A saber, sobre as linhas e força a serem observadas em face do chamado *constitucionalismo moralmente reflexivo*, tem-se que a estrutura básica de realização de tal consitucionalismo, nos propõe, como dito acima três linhas de entendimento, mais especificamente: a) a legitimidade moral e matrial dos chamdos direitos fundamentais; b) o estabelecimento de pressupostos mínimos com relação a idéia de justiça, e, por fim; c) a transição do constitucionalismo moderno para um período onde o constitucionalismo é moralmente reflexivo, ou seja, construído a partir do *cooperativismo* e do *pluralismo político*.

O tripé básico que anunciamos acima, remete-nos, a saber, quanto a necessidade de serem estabelecido limites racionais para a delimitação das necessidades provinddas da sociedade, que, no campo sociológico habermasiano vêm a ser desta feita entendidas para nossa análise como partes da *esfera pública* do Estado, e onde, os princípios e necessidades em construção irão se constitucionalizar, o que, conceitualmente, difere da base formal e histórica do movimento chamado de constitucionalismo.

O sentido mais contemporâneo de esfera pública do Estado, como bem analisou o conceito o próprio Habermas, surge como elemento histórico das

sociedades burguesas, e por tanto, individualistas, com sujeitos capazes de expressarem opiniões sobre assuntos de interesse geral, através do que se formulou como *opinião pública* que através de um julgamento histórico seria capaz de controlar o poder político por meio da publicização das ações políticas institucionais. Esse mecanismo socio-político racionalizará as ações mais importantes e necessárias na sociedade, elegendo, conseqüentemente, o primado do bem público a ser prevalentemente assegurado¹¹.

Senão vejamos que, o sentido dado por Habermas à esfera pública se posta na realidade do séc XVIII, onde a propriedade e individualidade burguesas ressaltavam um sentido de igualdade e interesse comum emergente de relações eminentemente privadas, porém, o fator de conexão entre os interesses dessas pessoas estaria gravado na propriedade privada, composta de vários dos direitos personalíssimos existentes, o que se entendeu como autonomia privada (família, propriedade, partidos e outros), e, ao seu turno, a esfera pública como dito anteriormente, teria seu recorte de ação relacionado ao exercício crítico da *opinião pública* e sua ação comunicativa.

Se estabelece uma pragmática universal à ética do discurso, com fundações empíricas normativas embasadas numa razão comunicativa, vê-se a normatividade como categoria fundamental do pensamento de Habermas, onde, o *consenso* e o *discenso* se darão através de uma normatização. Em sua lógica, Habermas nas discussões dos grupos sociais, a fim de obterem o consenso, traça uma perspectiva tensa entre *faticidade* e *validade*, onde a verdade poderá ser obtida através de um método discursivo democrático a ser usado com os diferentes tipos de discurso existentes na sociedade¹².

Esse contexto nos remete em Habermas que, também nesse estudo, acerca da necessária juridificação da racionalidade e da legitimidades dos discursos existentes, através de um debate hermenêutico e ideológico, a ser enfrentado com o uso dos princípios ordenados, quer locais ou universais (como é o caso do bem estar e da boa qualidade de vida), que, na opinião pública, perfazem nos elementos que o compõem, o bem público a ser resguardado no espaço público tutelado pelas Cortes Constitucionais. É óbvio que, em conflitos e coalisões de princípios típicas do Estado Democrático de Direito, o recorte sensível de tais limites e restrições a ser

¹¹HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 5-20.

¹²BLOTTA, Vitor Souza Lima. **Habermas e o Direito – Da Normatividade da Razão à Normatividade Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 296-297.

impostos, em casos como os relativos ao *desenvolvimeneto susutenbtável o bem estar e a boa qualidade*, quer pela pouquíssima densidade normativa, ou ainda, pela implicação de universos *diferentes funcionalmente* como é o caso do direito e da política.

Por essa perspectiva, o maior dos problemas que hoje se mostra é sabermos como se dará a validade e aceitação (faticidade) por uma destermiinada ordem social podem se estabilizar, ao passo em que o agir comunicativo se insdtituionaliza em ritmo mais veloz e cada vea mais.

A racionalidade da ação produto da comunicação tem variações de qualidade na opinião pública gerada, ou seja, as pessoas privadas buscam opiniões públicas para seus interesses que são sociais ou coletivizaveis (o princípio político do bem comum). Desa forma, parece-nos que em Habermas, o que se lê é que as condições de comunicação se diferenciam na passagem de um tema privado para a esfera pública, como já dito, pela capacidade de se articular o intesse existente como interesse social, ou geral, tudo em busca de uma linha de igualdade na busca do bem comum democraticamente definido, sendo em qualquer caso definidos os limites dos direitos fundamentais envolvidos que garantam as liberdades públicas envolvidas, pois, somente com uma esfera privada livre é que a pública poderá existir.

Habermas aponta a existência da desigualdade nas posições dentro da esfera pública moderna, e, revendo seus conceitos, reconhece a existência de vários *grupos de interesses* (grupos sociais) ou de *pressão* que terão, porventura, acesso privilegiado às informações existentes. Dese forma, admitindo a existência de mais de uma esfera pública, portanto, também admite um maior grau de diferenciação na sociedade, o que só poderá ocorrer com a redução das desigualdades geradas, e, portanto, da complexidade existente. Essa perspectiva, pretende ao fim e ao cabo, alterar o debate democraticamente produzido para selecionar as esolhas legais do Estado político, e por ele regradas, a fim de que alcancem o bem comum almejado pela maioria que participar mais participar dos debates institucionais¹³.

Dessa forma, as escolhas polítcas, democratica e racionalmente produzidas em lei, haverão de estar consignadas e ligitimadas no aparelho normativo do Estado, limitando constitucionalmente o exercício da força estatado, e criando as condições

¹³ Op.cit., p. 25 et seq. Cf. HABERMANS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

políticas aceitáveis e, portanto, legítimas para a consecução do bem comum (como bem de todos) a ser realizado com desiderato final do Estado político.

Sem que necessitemos invadir a seara do debate entre a esfera pública e os espaços públicos democraticamente produzidos, urge que saibamos que em sociedades com alto grau de pluralismo político e jurídico como a brasileira, as realidades sociais, levam-nos a uma importante grade de escolhas públicas a serem feitas pelo Estado, e, conseqüentemente, a um sensível aumento na complexidade¹⁴ e no risco¹⁵ de tais escolhas, o que, por muitas vezes acaba por levar-nos à injustiça ou ineficácia de seus atos legais.

As limitações constitucionais impostas na compreensão dos princípios e necessidades que orbitam como vimos em várias esferas públicas que se comunicam, interagem e participam na sociedade democrática, segundo a visão habermasiana, sem se olvidar da impescindível integridade do sistema jurídico, como já dito, através da igualdade entre as autonomias privadas.

3. A teoria de John Finnis para os limites racionais que podem determinar o bem comum na esfera pública brasileira

Do positivismo jurídico e suas dimensões histórica, política e jurídica, incluídas então tanto as noções de ordenamento como de sistema jurídico, a fim de se extrair o debate que em parte já perpassamos, anteriormente, entre aqueles que entenderam a constituição como um fenômeno político, estando inserida num contexto substancialista e, aqueles que se inseriram no primeiro conceito constitucional clássico, onde a constituição seria um instrumento reparado e mediador da força do Estado através da lei. Esse debate se apresentou nos primórdios do que soubemos tratar e ser afastado do contexto histórico jurídico, o fenômeno epistemológico tido como naturalismo, que, distanciando-se das referências metafísicas, nos remete hoje, mais uma vez, por via da necessária inserção da razão do imperativo de garantias do indivíduo contra o Estado.

Dessa forma, buscam-se alternativas técnicas e práticas para as omissões do positivismo clássico, com as novas discussões oportunizadas pelo jusnaturalismo e pelo chamado neopositivismo. Eis que nos parece propício o pensamento do John M.

¹⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

¹⁵DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

Finnis que racionalmente, pretende equiparar, com seu juspositivismo, as concepções de lei e direito, a fim de nos fornecer alguns interessantes elementos aptos a limitar constitucionalmente o *bem comum* das esferas públicas brasileiras, como se pretende observar neste estudo.

Em que pese a estrutura do direito avaliar com cuidado os elementos metajurídicos como política e moral, valendo-se, para tanto do uso da razão dos operadores que aplicam a lei para se compreender que, mesmo sob a égide de um julgamento neutro do Estado, o advento dos direitos humanos nos traz a concepção de que nem sempre os fundamentos da regra conformam-se com a vontade popular, e assim, da mesma forma, nem sempre o positivismo traduz com eficácia a vontade inserta na norma sobre concepções como as de *bem-estar social e boa qualidade de vida* como princípios político-constitucionais setoriais na esfera pública ambiental brasileira, ou, como em nossa análise, aquelas ligadas ao princípio político constitucional do *bem comum*, próprias das demais esferas públicas e privadas desta mesma sociedade brasileira¹⁶.

Vê-se em Bobbio¹⁷ que o uso da força pelo Estado não se mostra atrelado a um padrão moral ou a um ideal de justiça¹⁸, indo na contramão da proposta dos direitos humanos que defendem os direitos individuais desde sua primeira dimensão, independente do Poder Legislativo. Essa concepção positivista de integridade e solução dos casos pelo caminho único da regra jurídica torna difíceis os melhores resultados das decisões dos Estados.

A concepção de Finnis nos parece bem alinhar algumas respostas que se prestam a estabelecer um recorte teórico importante para estabelecermos os possíveis limites constitucionais aplicáveis ao bem comum das esferas públicas da sociedade complexa brasileira. Dois pontos importantes para uma abordagem mais pragmática se fazem necessários na leitura de Finnis, um deles se dá com a igualdade dada pelo direito à lei, afastando a necessidade de conexão do direito com a moral, e, encaminhando a proteção dos direitos humanos com a concordância do poder público, e, o outro é que os bens humanos básicos por ele definidos como a vida, e

¹⁶ Cf. FINNIS, John. *Aquinas: moral, political and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998. *Fundamentals of ethics*. Washington: Georgetown University Press, 1983.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995a. p. 5-40; _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995b. p. 10-20; CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 5-10.

¹⁸ WALZER, Michael. **As esferas da justiça em defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução: Nuno Valadas. Lisboa: Editorial Presença, 1999, p. 21-45.

outros essenciais, estariam além das questões políticas, jurídicas ou morais, e, pelo que percebemos, a partir de Tomás de Aquino¹⁹, vale-se daquilo que chama da *racionalidade* ou de *razão prática* nas ações humanas, onde, as motivações estão coectadas à inteligência da natureza humana pelo seu conhecimento prático ou moral, no sentido de que o interesse humano se dirige para o bem. Esse seria o uso racional da natureza humana, o que, por óbvio, possibilitaria com o entendimento do sentido impresso nos valores comuns e maiores existentes em cada esfera pública da sociedade, nas possíveis limitações e definições constitucionais do princípio político do bem comum, a partir de sua compreensão nas esferas públicas da complexa sociedade brasileira²⁰.

Considerações Finais

Como considerações finais deste estudo, à título de possíveis respostas ao objeto desta análise, temos que:

a) o sentido de esfera pública do Estado, segmentado em várias possíveis esferas, têm como elemento histórico, burguês e individualista, diz respeito a expressão de opiniões sobre assuntos de interesse geral, através do que se formulou como *opinião pública* que, por último, mostra-se capaz de controlar o poder político por meio da publicização das ações institucionais;

b) o mecanismo sócio-político da esfera-pública racionalizará as ações mais importantes e necessárias na sociedade, ou, que consagram direitos fundamentais, elegendo, conseqüentemente, o primado do bem público a ser prevalentemente priorizado e efetivado;

c) o alto grau de pluralismo político e jurídico da sociedade brasileira, levam-nos a um fatal aumento da complexidade e risco existentes nas escolhas do Estado, o que, por muitas vezes acaba por nos levar à injustiças ou ineficácias de seus atos legais;

d) as limitações constitucionais impostas na compreensão dos princípios e necessidades que orbitam em várias esferas públicas brasileiras necessitam,

¹⁹Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução Carlos Josaphat Pinto de Oliveira et al. v. 106 4; 6. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

²⁰Cf. FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Tradução Cristóbal Orrego. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. _____. *Moral absolutes: Tradition, revision and truth*. Washington: The Catholic University. Press, 1991. _____. *Natural law and natural rights*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011.

imperiosamente, em que sejam preservadas as autonomias privadas existentes, a fim de ser produzida a necessária igualdade e, por conseguinte, preservada a integridade do sistema;

e) a par do direito muito avaliar elementos metajurídicos como política e moral, vale-se, em todo o caso, do uso da razão para se compreender um julgamento neutro do Estado, norteado pelos direitos humanos, e, por esse mesmo prisma, conformando-se com a vontade popular, nem sempre traduzida no positivismo, com eficácia, tal como afeta as concepções de *bem-estar social* e *boa qualidade de vida* como princípios político-constitucionais setoriais nas esferas públicas brasileiras;

f) em Finnis vê-se que a igualdade é dada ao direito com a lei (law para os norte-americanos), invés de uma necessária conexão com a moral, e, assim, propiciando uma concordância do poder público com a defesa e proteção dos direitos humanos;

g) a *racionalidade* ou de *razão prática* nas ações humanas, onde as motivações estão conectadas à inteligência da natureza humana pelo seu conhecimento prático ou moral, no sentido de que o interesse humano se dirige para o bem, e dessa forma, virá a possivelmente limitar constitucionalmente, por meio das construções hermenêuticas, os bens humanos básicos ou valores humanos que coalidem, porém, em constantes choques ou conflitos mesmo que parciais.

Referências da Fontes Citadas

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução Carlos Josaphat Pinto de Oliveira et al. v. 106 4; 6. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. vol. 9, n. 24. Porto Alegre: PGE, 1979. p. 89-114.

_____. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BLOTTA, Vitor Souza Lima. Habermas e o Direito – Da Normatividade da Razão à Normatividade Jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995a.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995b.

BOULOS, Christianne. **Coalisão de direitos fundamentais**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo:Saraiva. 2002.

_____. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva. 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição da República Portuguesa – lei do tribunal constitucional. 6ª. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CASTILHO, Ricardo. Justiça Social e Distributiva desafios para concretizar direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE GIORGI, Raffaele. Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro. Porto Alegre: SAFE, 1998.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. A Justificação do Direito e sua Adequação Social uma abordagem a partir da teoria de AULIS AARNIO. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FINNIS, John. **Aquinas: moral, political and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. Fundamentals of ethics. Washington: Georgetown University Press, 1983.

_____. **Ley natural y derechos naturales**. Tradução Cristóbal Orrego. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

_____. Moral absolutes: Tradition, revision and truth. Washington: The Catholic University Press, 1991.

_____. **Natural law and natural rights**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011.

FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça depois de Rawls um breve manual de filosofia política**. Tradução Alonso Reis Freire, Revisão da tradução Elza Maria Gasparotto, Revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968.

_____. **Teoría del Estado: política y derecho**. Traducción de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

LASALE, Ferdinand. **O que é a Constituição**. São Paulo: Edijur, 2019.

OLIVEIRA, E. S. **Bem comum, razoabilidade prática e direito: A fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis**. 2002. 144 f. Dissertação (Mestrado em

Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Lições de História do Direito Romano I. Síntese geral**. 2ª reimpressão. AAFDL Editora, 2018.

RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. Tradução: Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ROSA, Eliana de. Introducción a la teoría jurídica de John Finnis. **Revista RyD República y Derecho**, Mendoza, Argentina, v. 1, p. 1-22, 2016.

SANTOS, André Leonardo Copeti; HAHN Noli Bernardo; ANGELIN; Rosângela (Coord.). **Policromia da Diferença: inovações sobre pluralismo, direito e interculturalidade**. Lisboa: Juruá, 2015.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional (1928)**. In: *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

_____. **Constituzione e diritto consituzionale**. Trad. F. Fiore, J. Luther. Milano: Giuffré, 1988.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Antonin Scalia, **Living Constitutionalist**. Harvard Law Review, Forthcoming; Harvard Public Law Working Paper, n. 15-16, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

WALZER, Michael. **As esferas da justiça em defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução: Nuno Valadas. Lisboa: Editorial Presença, 1999.

LINGUAGEM JURÍDICA E ACESSO À JUSTIÇA: A FACILITAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO – UMA TERCEIRA ONDA

Ana Lúcia Silva Mello Monteiro¹
Marta Regina Jahnel²

Introdução

O princípio do acesso à justiça, nos ordenamentos jurídicos brasileiro e lusitano, constitui um direito fundamental a ser efetivado de forma concreta, e não apenas sob o aspecto formal, sendo de enorme relevância para a concretização do princípio democrático. Possui inúmeros desdobramentos, dentre eles o direito de acesso à informação, este que, não raras vezes, esbarra não apenas no tecnicismo, mas na complexidade do discurso jurídico.

O estudo da linguagem jurídica e suas transformações, nesse viés, ganha destaque entre estudiosos, notadamente por constituir possível entrave ao acesso à justiça diante da dificuldade de sua compreensão pelos cidadãos, destinatários do sistema de justiça.

Nesse cenário, a pesquisa tem como objetivo geral proporcionar uma reflexão sobre o direito de acesso à informação, enquanto terceira onda renovatória do acesso à justiça³, propondo-se, ao final, a apresentação de singelas sugestões como meio de facilitação de concretização desse princípio. Enquanto objetivos específicos, visa analisar as implicações do princípio do acesso à justiça nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, incluindo a análise sob o enfoque da divisão metodológica

¹Juíza Federal Substituta na Seção Judiciária de Santa Catarina. Mestranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI (Itajaí/SC) em dupla titulação com a Universidade do Minho de Braga/Portugal. Graduada em Direito pela PUC/RJ, do Rio de Janeiro/RJ (2009), Pós-graduada (Lato sensu) em Direito Administrativo Empresarial pela UCAM/RJ, do Rio de Janeiro/RJ (2010). Endereço eletrônico para correspondência: anasilvamello@hotmail.com

²Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Mestranda em Ciências Jurídicas pela UNIVALI (Itajaí/SC) em dupla titulação com a Universidade do Minho de Braga/Portugal. Graduada em Direito pela Universidade Comunitária Regional de Chapecó - UNOCHAPECÓ (2006), de Chapecó/SC. Pós-Graduada (Lato Sensu) em Nível de Especialização em Direito (Público e Privado): Material e Processual, nas modalidades "Mercado de Trabalho e Magistério Superior", pela Faculdade Exponencial - FIE, de Chapecó/SC (2007). Pós-Graduada (Lato Sensu) em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Poder Judiciário de Santa Catarina, de Florianópolis/SC (2015). Endereço eletrônico para correspondência: martaregina.j@gmail.com

³ Conforme classificação proposta por Mauro Cappelletti e de Bryant Garth.

apresentada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴, bem como estudar o fenômeno da linguagem e do discurso jurídico.

Como problema, centraliza-se o seguinte questionamento: É cabível a facilitação do direito de acesso à informação, enquanto terceira onda renovatória do princípio do acesso à justiça, por meio da simplificação da linguagem jurídica, sem que se firme a vulgarização desse discurso?

Como hipótese afirma-se que a simplificação do discurso jurídico, por meio de determinadas práticas cotidianas, constitui um mecanismo de concretização do princípio do acesso à justiça e conseqüente aproximação do cidadão dos cidadãos de seus direitos, sendo possível sua preservação enquanto principal ferramenta do operador do direito.

Para tanto, no primeiro tópico, aborda-se o princípio do acesso à justiça enquanto direito fundamental, com enfoque nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, além de um breve estudo do princípio sob a ótica da clássica doutrina do italiano Mauro Cappelletti e de Bryant Garth.

No segundo tópico, faz-se um breve estudo sobre a linguagem, implicações de sua transformação no campo da ciência jurídica, buscando-se, ao final, refletir sobre a linguagem utilizada nas várias formas do discurso jurídico enquanto prática cotidiana.

Na sequência, no terceiro e último capítulo, faz-se a correlação entre o discurso jurídico e o princípio do acesso à justiça sob o enfoque do direito à informação - enquanto obstáculo a ser enfrentado, segundo a terceira onda renovatória do acesso à justiça⁵, e realizam-se singelas sugestões de dois simples mecanismos de facilitação da linguagem como forma de facilitação do acesso à informação, o que é compartilhado a partir da observação das práticas cotidianas dos juristas.

Por fim, são apresentadas breves conclusões, à luz do estudo realizado.

Quanto à metodologia empregada para a realização da presente pesquisa, empregou-se o método indutivo, por meio da técnica bibliográfica e de fichamentos para a elaboração do estudo.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro/GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

⁵ segundo a divisão metodológica de Mauro Cappelletti e de Bryant Garth.

1. Considerações sobre o princípio do acesso à justiça: Brasil e Portugal

Tanto Portugal⁶, como o Brasil⁷, constituem-se como Estados Democráticos de Direito e enumeram o princípio do acesso à justiça, dentre os direitos e deveres fundamentais do cidadão. Conforme ensina Joaquim José Gomes Canotilho, os direitos fundamentais são necessários para a concretização do princípio democrático, pois: a) pressupõem a contribuição igual de todos os cidadãos para o seu exercício; b) implicam em direitos subjetivos de liberdade, pois asseguram o exercício da democracia mediante garantias previstas; e c) implicam em direitos subjetivos a prestações sociais, econômicas e culturais⁸.

O princípio do acesso à justiça - normatizado constitucionalmente em ambos os ordenamentos jurídicos - também está assegurado no âmbito internacional, podendo-se elencar os principais diplomas: iniciou-se pela Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU) (de 1948)⁹, após pela Convenção Européia de Direitos Humanos (de 1950)¹⁰ e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) (de 1969)¹¹.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito fundamental do acesso à Justiça possui previsão no art. 5º, inciso XXXV, o qual dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]"¹² - também denominado de princípio da inafastabilidade da jurisdição -, estando previsto, ainda, o direito à informação, no inciso XIV desse mesmo artigo, segundo o qual "é

⁶ "Artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976.** Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 05.08.2019.

⁷ Art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 05.08.2019.

⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6ª edição, Coimbra: Almedina, 2002, p. 290-291.

⁹ Art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. PORTUGAL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* Disponível em: <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#11> Acesso em 05.08.2019.

¹⁰ Art. 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos. ESPANHA. **Convenção Européia de Direitos Humanos.** Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&ID=4> Acesso em 05.08.2019.

¹¹ Art. 25º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em 05.08.2019.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 05.08.2019.

assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;” merecendo destaque, ainda, o inciso LXXIV, este que dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”¹³.

Na Constituição da República Portuguesa, o princípio do acesso à justiça, também elevado à categoria de direito fundamental, encontra-se previsto no artigo 20.º, e possui desdobramentos, anunciando, em seu título, o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, e, sobretudo no número 2, o direito à informação¹⁴.

Conforme J.J. Gomes Canotilho, trata-se da proteção sob o sentido material da norma, ou seja, não se cuida apenas de um direito de defesa ou de petição aos Tribunais (sentido formal), mas de efetivação material desse direito, implicando, como visto, em um dever do Estado, de proteção desse direito (visando assegurá-lo), bem como em um direito, do particular, de exigir essa proteção Estatal¹⁵.

Cuida-se, assim, de um direito direta e fundamentalmente aplicável, que dentre os seus desdobramentos, sobretudo no ordenamento jurídico Português, engloba o direito à informação e à consulta jurídica, ao patrocínio judiciário e ao acompanhamento por advogado perante qualquer autoridade (número 2).

Não se trata, contudo, de um direito fundamental meramente formal, sem um mínimo de substância. [...] Além disso, o direito à informação e consultas jurídicas assume também, noutra das suas dimensões, a natureza de direito imediatamente invocável. Qualquer cidadão pode, na verdade, pretender conhecer os seus direitos, sejam estes quais forem, em quaisquer situações da vida em que se encontre, sem necessidade de *interpositivo legislatoris*. [...]”¹⁶

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 05.08.2019.

¹⁴ **Art. 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva** 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.” PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 05.08.2019.

¹⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 491.

¹⁶ MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I (Introdução Geral – Preambulo – Artigos 1º a 79º). Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 177.

Essa abordagem do direito à informação também implica direta relação com o princípio do estado democrático. Na medida em que os direitos fundamentais possuem função democrática, o princípio do acesso à justiça, enquanto direito fundamental, constitui-se em um instrumento para a concretização do Estado Democrático de Direito. Ao pressupor, portanto, a contribuição dos cidadãos para o seu exercício e implicar direitos subjetivos à prestações sociais, econômicas e culturais, possuindo como desdobramento o direito à informação por parte dos cidadãos, tem-se que a efetivação deste último – direito à informação - é também elemento estruturante do Estado Democrático e deve, portanto, ser efetivado.

1.1 O acesso à justiça sob o enfoque de Mauro Cappelletti e Bryant Garth

Conforme ensinam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o conceito de acesso à justiça foi sofrendo alterações ao longo dos tempos, de acordo com as transformações da sociedade, o contingente desta e sua complexidade. Enquanto nos séculos XVIII e XIX o princípio do acesso à justiça tinha por definição o direito formal do indivíduo, de propor ou exercer sua defesa, em uma ação judicial, no século XX, com o afastamento da concepção individualista de acesso à justiça, em que ganha peso a ideia pluralista ou coletiva de direitos, a preocupação com o acesso à justiça passa a ser sob o enfoque da efetividade, ou seja, da concretização de direitos¹⁷.

Nesse cenário, segundo a divisão metodológica do italiano Mauro Cappelletti e de Bryant Garth, três são as ondas (ou momentos) do movimento do acesso à justiça: a primeira, que envolve a concessão de assistência judiciária aos pobres; a segunda, cujo enfoque é a tutela dos interesses difusos e tem como finalidade quebrar a tradição individualista e liberal dos sistemas processuais¹⁸; por fim a terceira onda, que se refere ao acesso à justiça enquanto uma representação em juízo, agora sob um novo enfoque e voltada à uma concepção de maior amplitude desse fenômeno. Compreendida como “um movimento dedicado à solução dos obstáculos relacionados com as dificuldades enfrentadas pelas pessoas hipossuficientes na concretização de seus direitos.”¹⁹, elucida a doutrina:

[...] O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro/GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, p. 4.

¹⁸ GOMES NETO, José Mário Wanderley. O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: uma análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005, pp. 44/67.

¹⁹ LORDELO, João Paulo. A Universalidade do Acesso à Justiça, p. 3.

instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos de “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em trata-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso²⁰.

Na perspectiva deste último enfoque, portanto, busca-se efetivar o melhor acesso à justiça, exigindo-se, segundo destacam Cappelletti e Garth, que se identifiquem os diversos fatores e barreiras envolvidos no acesso à justiça, para que se possam desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. Segundo referem, esse terceiro momento pretende considerar todos esses fatores, cuja necessidade se mostra crescente no mundo atual²¹.

Merece relevância, outrossim, o acesso à justiça enquanto direito à informação, no sentido da compreensão da linguagem jurídica e possibilidade de identificação, pelos cidadãos, dos direitos que lhes assistem, como decorrência dessa terceira onda – inclusive como modo de prevenção das disputas. Ponto a ser destacado, sobretudo, em razão da complexidade com que a linguagem jurídica²² se apresenta para os cidadãos, seus principais destinatários.

Nesse viés, Cappelletti e Garth, ao proporem mudanças nos métodos para o fornecimento de serviços jurídicos, não apenas referem a assistência judiciária enquanto representação nos tribunais, mas também enquanto auxílio para tornar as pessoas mais ativamente participantes das decisões básicas - tanto no âmbito governamental como particular -, naquilo que as afeta²³. Essa importante abordagem, sem sombra de dúvidas, também passa por uma melhor compreensão da própria linguagem jurídica.

Por fim, ao referenciarem a complexidade do Direito e a necessidade de sua simplificação em alguns setores, expõem que:

[...]se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências a utilização de um remédio jurídico [...]²⁴.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro/GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, p. 25

²¹ CAPPELLETTI, Mauro/GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, p. 27.

²² Linguagem jurídica e discurso jurídico referidos no texto como sinônimos.

²³ CAPPELLETTI, Mauro/GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, p. 51.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro/GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, p. 55.

Denota-se, por conseguinte, que o direito à informação, sob esse enfoque – presente na terceira onda do acesso à justiça –, exige especial atenção dos juristas, sobretudo quando se está a tratar da população economicamente mais carente, a qual, como decorrência dessa condição, possui um acesso à educação qualitativamente limitado²⁵.

2. A linguagem e o discurso jurídico

De difícil conceituação é o fenômeno da linguagem. Gadamer a refere como *médium* da compreensão humana²⁶, onde toda a compreensão se faz através dela, a qual aparece antes mesmo do ser. No entender desse estudioso, não fosse ela, não haveria sentido na hermenêutica, pois é a linguagem que possibilita a compreensão por meio do diálogo. Segundo ele, é ela que possibilita um conhecimento mútuo e o acesso a um horizonte de maior compreensão²⁷.

Michel Foucault, ao tratar sobre a relação entre literatura e linguagem – distinguindo linguagem, obra e literatura –, ensina que:

[...] a linguagem é, como vocês sabem, o murmúrio de tudo o que é pronunciado e é, ao mesmo tempo, esse sistema transparente que faz com que nós compreendamos quando falamos. Em suma, a linguagem é, ao mesmo tempo, o fato das palavras acumuladas na história e o próprio sistema da língua.[...]²⁸.

Conforme elucidada Joana Aguiar e Silva, a aprendizagem da linguagem é anterior, pressuposto, de qualquer atividade intelectual, pois, vá em que direção for, o pensamento sempre passará pela palavra²⁹.

²⁵ Acesso à educação associado ao contexto sócio econômico, conforme perspectiva da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

²⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad Y método**. 5ª Ed. Vol. I. Sígueme: Salamanca, 1993. p. 461 (tradução livre pelas autoras).

²⁷ Interpretação de Gadamer, referida em; PEREIRA, Monique; REIS, Jorge Renato. **Hermenêutica Filosófica em Gadamer: Interpretação, Compreensão e Linguagem**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 16, nº 1296, 07 de abril de 2016. Disponível em <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/329-artigos-abr-2016/7492-hermeneutica-filosofica-em-gadamer-interpretacao-compreensao-e-linguagem> Acesso em 05.08.2019.

²⁸ “[...] El lenguaje es, como saben, el murmullo de todo lo que se pronuncia, y es al mismo tiempo esse sistema transparente que se hace que, cuando hablamos, se nos comprenda; em pocas palabras, el lenguaje es a la vez todo el hecho de las hablas acumuladas em la historia Y adempas el sistema mismo de la lengua”, em FOUCAULT, Michel. **De lenguaje y literatura. Introducción de Ángel Gabilondo**. Pensamiento Contemporáneo 42. Barcelona; Buenos Aires; México. Ediciones Paidós. I.C.E. de la Universidade Autónoma de Barcelona, [1996], p. 64 (tradução livre pelas autoras).

²⁹ SILVA, Joana Aguiar e. **A Prática Judiciária entre Direito e Literatura**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 9.

Adote-se a variável que for para defini-la, observa-se que muito mais do que um meio ou um modo de comunicação, a linguagem constitui o próprio instrumento de identidade de uma sociedade, de um povo. Por meio dela que os membros desses grupos se comunicam, criam especificidades e características próprias, as quais não apenas viabilizam uma identificação linguística entre si, e também cultural, mas também possibilitam a distinção de outros povos ou nações em geral.

Tem-se, assim, que as evoluções e transformações da linguagem estão diretamente associadas ao fenômeno de transformação e evolução das sociedades, constituindo, possivelmente, a linguagem, o principal instrumento de identificação e distinção desse grupos.

Não é diferente o processo que ocorre com as ciências em geral, sendo natural e próprio, de cada uma delas, a construção de uma linguagem que a identifique, criando-se termos e expressões próprias, conceitos, tecnicismos e definições que lhes são peculiares, elementos estes que passam a identificar determinado “ambiente” e a reger a forma de comunicação entre seus estudiosos e profissionais.

Esse também é o processo que ocorre – e vem ocorrendo - com a ciência do Direito e, em consequência, com o discurso jurídico. Afirmar-se que o Direito (sua ciência) “[...] é um fenômeno social que está mergulhado em quase tudo que se passa na sociedade, participando do simples às mais diversas relações sociais. [...]”³⁰, constituindo-se em uma ciência essencialmente comunicativa, que tem como seu principal instrumento a linguagem³¹.

[...] toda profissão tem sua linguagem particular, com características que são *sui generis* e que todo integrante pertencente a ela pratica naturalmente o seu uso. [...] para o operador do direito, tudo se resume na linguagem jurídica. É o único meio que ele dispõe para persuadir, refutar, atacar ou defender-se. [...]³².

Nesse sentir, conforme ensina Joana Aguiar e Silva, a linguagem jurídica constitui a principal ferramenta de trabalho do jurista, a qual foi sendo construída ao

³⁰ MARTINS, Rafael de Sordi B./PFEIFER, Prof. Ms. Valdir Luciano. *A Elitização da linguagem Jurídica (Juridiquês) como um entrave ao Acesso à justiça*. Disponível em https://www.academia.edu/33786022/A_ELITIZA%C3%87%C3%83O_DA_LINGUAGEM_JUR%C3%8DDICA_JURIDIQU%C3%8AS_COMO_UM_ENTRAVE_AO_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A Acesso em 05.08.2019, p. 1.

³¹ SILVA, Joana Aguiar e. *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*, p. 130.

³² MARTINS, Rafael de Sordi B./PFEIFER, Prof. Ms. Valdir Luciano. **A Elitização da linguagem Jurídica (Juridiquês) como um entrave ao Acesso à justiça**. Disponível em https://www.academia.edu/33786022/A_ELITIZA%C3%87%C3%83O_DA_LINGUAGEM_JUR%C3%8DDICA_JURIDIQU%C3%8AS_COMO_UM_ENTRAVE_AO_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A Acesso em 05.08.2019, p. 2.

longo dos tempos a partir da linguagem denominada vulgar. Segundo ela, ao mesmo tempo em que o Direito se constitui de todo o material da vida - ou seja, realiza-se a partir desta -, a vida também reclama o Direito, este que nasce a partir de sua essência e de seu discurso dito vulgar, ou seja, "é na vida corrente e, conseqüentemente, na linguagem corrente, vulgar, em que esta se desenrola, que o direito e o discurso jurídico encontram as suas raízes"³³.

Linguagem científica e linguagem vulgar, portanto, distinguem-se, esta última entendida como a linguagem decorrente do cotidiano, utilizada por qualquer leigo, no discurso comum, dotada de ambigüidade e sem qualquer precisão. A linguagem jurídica, por seu turno, é dotada de particularidades advindas do discurso vulgar³⁴.

Do cotejo do discurso jurídico com a linguagem vulgar - e considerando, ainda, o estranhamento histórico sofrido entre eles no decorrer da evolução da ciência jurídica³⁵ -, Joana Aguiar e Silva refere que a linguagem do direito atua em um domínio especializado do discurso linguístico, com particularidades que lhes são próprias, em um contexto que, longe de ser suprimida, a linguagem ordinária constituiria pressuposto para a linguagem do Direito, "ela, os seus mecanismos semânticos e pragmáticos, os seus referentes"³⁶.

Observa-se, também, ao longo dos tempos, o hermetismo do discurso jurídico como um grave entrave para a comunicação, também referido com causa para o fenômeno da complexidade da linguagem jurídica e distanciamento da linguagem vulgar.

A linguagem rebuscada e tecnicista utilizada no judiciário é algo peculiar e inerente ao direito, sendo verificada nas leis, nos atos judiciais e em outras formas diversas que não dispensam a ferramenta da linguagem hermética. Resta evidente, assim, que o direito é ciência dotada de linguagem técnica e específica, com espaço de sentido e espaço estrutural autônomos (gramática e dicionário jurídicos próprios). Pode-se observar, que não só o direito que possui sua linguagem própria, outras tantas ciências possuem vocabulário próprio, tais como a medicina, a informática e a economia. Entretanto, o tecnicismo demasiado utilizado no direito

³³ SILVA, Joana Aguiar e. **A Prática Judiciária entre Direito e Literatura**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 18.

³⁴ SILVA, Joana Aguiar e. **A Prática Judiciária entre Direito e Literatura**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 16

³⁵ E aqui a autora questiona se tal distanciamento decorre da complexificação do mundo jurídico, que teria exigido uma linguagem mais técnica e se afastado da linguagem cotidiana, ou se as alterações mais profundas teriam ocorrido na própria linguagem do cotidiano e na sabedoria do homem comum. SILVA, Joana Aguiar e. **A Prática Judiciária entre Direito e Literatura**, p. 29.

³⁶ SILVA, Joana Aguiar e. *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*, pp. 24/25.

tem sido alvo de preocupações, uma vez que esse deva atender a coletividade, em geral.³⁷

Nesse cenário, sem qualquer dúvida, direito à informação e linguagem jurídica se relacionam, mostrando-se pertinente o questionamento sobre a complexidade exacerbada da linguagem jurídica e sua quase inacessibilidade aos principais destinatários: os cidadãos. Indaga-se se o discurso jurídico possibilita efetiva e concretamente o acesso à informação por parte dos cidadãos. Pergunta-se se os cidadãos não estão sendo violados em seu direito fundamental de acesso à justiça, ferindo-se, em consequência, o próprio princípio democrático. Seria, assim, a facilitação do discurso jurídico um mecanismo do direito à informação e, via de consequência, do acesso à justiça para os cidadãos? Estar-se-ia, nesse caso, a se conferir maior legitimação aos Estados Democráticos de Direito? Não se estaria, neste caso, vulgarizando o discurso jurídico enquanto principal ferramenta de trabalho das ciências jurídicas?

A reflexão sobre essas questões conduz ao pensamento sobre as várias formas de utilização do discurso jurídico na prática cotidiana dos juristas, e a tecnicidade da linguagem como ponto em comum em todas as formas de discurso. Pode-se pensar na linguagem verbal utilizada nas audiências e sessões de julgamentos dos Tribunais – destinada ao jurista e também ao cidadão comum –; na linguagem escrita instrumentalizada nas peças processuais; na linguagem verbal dos advogados com os seus clientes; na linguagem verbal e escrita utilizada por docentes nas escolas de direito e em cursos de especializações nessa área; na linguagem escrita utilizada por Juízes e Tribunais nas sentenças e acórdãos publicados; na linguagem escrita doutrinária; ou mesmo na linguagem utilizada por um jurista quando se dirige para a população em geral, seja por meio da imprensa escrita ou falada.

Por certo que aqui não se esgotam as situações e formas distintas que o discurso jurídico assume enquanto linguagem própria da ciência do direito, porquanto dirigido a destinatários diversos e nas mais variadas situações. Mas uma reflexão sobre essas distintas situações conduz a um ponto comum, como regra, em todos esses discursos, qual seja, a adoção de termos técnicos, de expressões e sentidos que são próprias do Direito e o identificam enquanto ciência autônoma.

³⁷ OLIVEIRA, Rafael Guimarães de / RANGEL, Tauá Lima Verdan. **Vocabulário Hermético e Dificuldades para Acesso à Justiça**. Revista Philologus, Ano 22, Nº 66 Supl.: Anais da XI JNLFLP. Rio de Janeiro: CIFEFIL, set./dez.2016, p. 8.

3. A facilitação da linguagem como acesso ao direito à informação – terceira onda do acesso à justiça

As respostas aos questionamentos suscitados no capítulo anterior envolvem a concretização do direito fundamental do acesso à justiça em seu terceiro momento – conforme a classificação do italiano Cappelletti e de Garth –, ou seja, aquele em que se busca enfrentar e solucionar as dificuldades enfrentadas pelas pessoas na concretização de seus direitos. Vê-se, assim, a complexidade da linguagem jurídica como um obstáculo a ser enfrentado.

A obscuridade do discurso jurídico, como visto, é uma questão atual. Segundo explica Gerson Rodrigues da Silva:

O domínio que qualquer pessoa deveria ter de sua língua, para que pudesse interpretar melhor as várias situações pelas quais passa na vida, deveria ser o mesmo no que diz respeito ao conhecimento de seus direitos. O interessante é que, na verdade, um fato parece ser resultado do outro, uma vez que, ao não dominar sua língua, o falante torna-se refém de outros; Pelo conhecimento linguístico o falante teria acesso aos seus direitos de cidadão. No entanto não é isso que ocorre efetivamente.³⁸

Sem adentrar, aqui, nas razões políticas, sociais e econômicas que envolvem a dificuldade de compreensão de uma linguagem mais culta por parte da população em geral – isso porque o enfoque do estudo está voltado ao estudo do discurso jurídico propriamente –, tem-se que a complexidade da linguagem do direito é uma realidade para a qual os juristas precisam estender seus olhares.

É que, por um lado, em trabalhos e estudos acadêmicos, a complexidade do discurso jurídico é objeto de crítica ao argumento de constituir-se em um instrumento proposital para a manutenção do poder³⁹, fator de dificultaria a confiança do público na ordem jurídica como um todo. Toma-se, como exemplo, o “juridiquês”, definido como:

[...]uma palavra criada diante a necessidade de atribuir a um termo o costume de advogados, juízes, promotores, defensores e etc em escreverem de maneira difícil, árdua, e exagerada em suas tarefas. Mesmo em situações em que poderiam ser mais simples, eles acabam

³⁸ SILVA, Gerson Rodrigues da. **O Hermetismo da Linguagem Jurídica**. Cadernos do CNLF, Série X, Número 11. Disponível em <http://www.filologia.org.br/xcnlf/13/11.htm> Acesso em 05.08.2019.

empregando uma linguagem rebuscada, com formalismo exagerado, em latim e com expressões arcaicas.⁴⁰

Observa-se, assim, que:

[...] a linguagem jurídica recorrentemente praticada com excessivo preciosismo, arcaísmo, latinismo e polissemia contribui para o afastamento da própria sociedade em relação do direito, sendo que do fundamento ontológico deste ramo do conhecimento. Ora, infere-se que a linguagem jurídica deveria apresentar-se mais acessível, despida de termos técnicos de difícil compreensão e despida de termos tão rebuscados aos olhos dos cidadãos, como verdadeiro instrumento a serviço da sociedade e de busca pela excelência da prestação jurisdicional. Ressalvando, assim, que o acesso ao conhecimento do direito constitui umas das modalidades de acesso à justiça, na lição clássica de Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988), como já abordado anteriormente.⁴¹

De outra face, parte dessa obscuridade e mistério da linguagem da ciência do Direito também são afirmados como medidas dotadas de certa simplicidade, talvez necessárias e salutares no momento atual, enquanto modo de combater a crescente tendência das sociedades atuais de, “indolentemente, deixar que a realidade da vida se apodere por completo da realidade dos tribunais e do Direito”⁴², possibilitando preservar alguma distância.

Como é cediço, não raras vezes, os meios de comunicação – inclusive como forma de se beneficiarem economicamente – tem propiciado indevidos espaços, para leigos à ciência do Direito, emitirem manifestações e opiniões, relacionadas a questões de fato da vida, do cotidiado em geral, submetidos à julgamento pelos Tribunais, cujas manifestações, além de gerarem polêmicas na sociedade, são desprovidas de conhecimento fático e jurídico, o que contribui sobremaneira para o descrédito da população no sistema Judiciário como um todo. Nesse viés, importante se mostra a preservação da linguagem jurídica, inclusive como forma de preservação da própria ciência jurídica enquanto autônoma.

⁴⁰ MARTINS, Rafael de Sordi B./PFEIFER, Prof. Ms. Valdir Luciano. **A Elitização da linguagem Jurídica (Juridiquês) como um entrave ao Acesso à justiça.** Disponível em https://www.academia.edu/33786022/A_ELITIZA%C3%87%C3%83O_DA_LINGUAGEM_JUR%C3%8DDICA_JURIDICU%C3%8AS_COMO_UM_ENTRAVE_AO_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A Acesso em 05.08.2019, p.3.

⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Guimarães de / RANGEL, Tauá Lima Verdán. **Vocabulário Hermético e dificuldades para Acesso à Justiça.** Revista Philologus, Ano 22, Nº 66 Supl.: Anais da XI JNLFLP. Rio de Janeiro: CiFEFiL, set./dez.2016, p. 10. Disponível em file:///C:/Users/usuario/Desktop/MESTRADO%20UMINHO%20-/Aula%20de%20Teoria%20da%20Jurisdição%20e%20da%20Comunicação%20da%20Justiça/Material%20-%20pesquisa/Vocabulo%20hermético%20e%20dificuldade%20de%20acesso%20à%20justiça%20-%20para%20sua%20rno%20trabalho.pdf Acesso em 05.08.2019.

⁴² SILVA, Joana Aguiar. A Prática Judiciária entre Direito e Literatura, p. 30.

Bem acentua Joana Aguiar e Silva ao afirmar “estamos em crer que a bondade do Direito passa por um afinado equilíbrio entre aquilo que no seu discurso é específico e aquilo que é partilhado”⁴³, e, com essa consciência é que pode-se afirmar que, cumpre aos juristas, nos mais variados discursos, assumir um papel também de transformadores - ou simplificadores -, desse discurso, em uma linguagem mais clara e de mais fácil acesso aos cidadãos.

Nesse contexto, compreendendo a necessidade de simplificação da linguagem como necessária à facilitação do acesso à informação – viés do direito do acesso à justiça –, e conseqüente concretização do princípio democrático, sugerem-se, nesse estudo, a partir da observância da prática cotidiana jurídica, dois mecanismos voltados à simplificação do discurso jurídico como formas de facilitação e ampliação do acesso/direito à informação pelos cidadãos.

O primeiro, a ser operado pelos próprios juristas e pelas instituições - como universidades e entidades relacionadas à promoção da Justiça -, consistente na tradução e transformação do discurso jurídico - utilizado nas práticas cotidianas - em linguagem mais direta e clara quando direcionado aos cidadãos, o que pode ser realizado por meio de ações simples, de esclarecimento e voltadas à compreensão do discurso pelo cidadão comum sobre a questão jurídica que lhe afeta.

Vê-se, portanto, que a concretização da facilitação do acesso à informação por meio da simplificação da linguagem passa a exigir do jurista um atributo (ou, uma característica a mais), pois além da compreensão e do domínio da linguagem e de seus tecnicismos, torna-se também necessária a capacidade de tradução, ou de facilitação, e de transformação desse conteúdo em uma comunicação (escrita ou verbal) em linguagem direta e clara, que possibilite a compreensão pelos seus destinatários e a identificação ou o reconhecimento, por exemplo, de uma situação de violação de seus direitos básicos.

Citam-se, para tanto, alguns exemplos: uma sala de audiências, em que após os debates e argumentações orais, e decisão final, firmada em linguagem formal e técnica, o magistrado se dispõem a traduzir o conteúdo e as razões de sua decisão às partes, utilizando-se de uma linguagem mais clara e objetiva; o atendimento realizado por um advogado, ao seu cliente, onde possa lhe explicar não apenas o possível direito que a ele assiste, mas também o funcionamento do sistema de justiça – do processo e seu procedimento; c) os Tribunais, as universidades e as associações

⁴³ SILVA, Joana Aguiar. A Prática Judiciária entre Direito e Literatura, p. 29.

de classe – como de advogados, de membros do Ministério Público, de Juízes, e de Servidores da Justiça – promoverem ações inclusivas, de informação e esclarecimento da população em geral, sobre os direitos que lhes são assegurados, sobre o funcionamento da justiça, promovendo assim uma aproximação da população em geral e possibilitando uma “simplificação” que venha a atender essa necessidade de inclusão do conhecimento.

Outro mecanismo que se sugere nesse estudo - mas que, adianta-se, exige um estudo mais aprofundado por legisladores, estudiosos e aplicadores do direito – é o aperfeiçoamento do discurso jurídico, objetivando torna-lo mais inteligível. Não se trata de um ação no sentido de descaracterizá-lo ou de abandono de seus termos técnicos ou da linguagem que lhe é própria – não se busca, portanto, vulgarizá-lo –, mas de aperfeiçoá-lo mediante o refugo de expressões obsoletas, cuja compreensão, inúmeras vezes, torna-se difícil aos próprios juristas, para possibilitar que suas redações, expressões ou palavras, valham-se da forma culta e formal da linguagem jurídica de maneira mais informativa e clara, priorizando uma melhor e mais objetiva compreensão.

É que se a palavra constitui a principal ferramenta de trabalho do jurista, ela deve ser empregada com profissionalismo, a favor (e não contra) do trabalho do jurista e da realização da Justiça. A linguagem jurídica pode e deve ser culta, formal e técnica, preservando-se sua identidade, mas com a priorização da facilitação da compreensão, com clareza e objetividade em detrimento do hermetismo e da complexidade, buscando-se torna-la o mais compreensível possível aos juristas e aos cidadãos em geral.

A palavra constitui-se em um instrumento para além da comunicação do pensamento, sendo certo que “não podemos perder de vista (sobretudo nós, juristas) o risco que corremos de nos deixar enfeitiçar pela magia do estilo, pelo fascínio da forma expressiva⁴⁴ .

Ultrapassadas essas singelas contribuições, acredita-se que, especialmente nessa linha de facilitação da linguagem como modo de possibilitar o acesso à informação pelos cidadãos, há muito para se transformar e avançar em termos de acesso à justiça e linguagem jurídica, como forma de contribuir para democraticidade das relações entre os cidadãos e o Estado.

⁴⁴ SILVA, Joana Aguiar. A Prática Judiciária entre Direito e Literatura, 2001, p. 14.

Considerações finais

O direito à informação é uma decorrência do princípio constitucional do acesso à justiça, assegurado enquanto direito fundamental em ambos os ordenamentos jurídicos, do Brasil e de Portugal, os quais se constituem em Estados Democráticos de Direito e conferem ao princípio aplicabilidade direta e imediata, enquanto norma de direito material, a ser efetivado concretamente, e não apenas enquanto direito formal de acesso à justiça.

De acordo com a classificação de Cappelletti e Garth⁴⁵, o direito à informação enquadra-se na terceira onda renovatória do acesso à justiça, qual seja, de movimento de enfrentamento de obstáculos relativos às dificuldades enfrentadas pelas pessoas mais pobres.

A linguagem jurídica é a principal ferramenta do jurista, aquela que, ao longo dos tempos, foi sofrendo transformações. O discurso jurídico, hoje, caracteriza-se não apenas por possuir uma linguagem técnica, mas também por deter certa complexidade, inúmeras vezes desnecessária, como a utilização excessiva de termos arcaicos, obsoletos, e que apenas contribuem para o distanciamento da sociedade, devido à falta de compreensão.

Nesse contexto, a facilitação da linguagem jurídica constitui um mecanismo para proporcionar o acesso à informação, mostrando-se necessária para a concreta efetivação do acesso à justiça e concretização do princípio democrático, devendo ser preservada, contudo, a autonomia da ciência jurídica.

Entendida a facilitação do direito à informação como uma consequência da terceira onda do acesso à justiça – enfrentamento de obstáculos –, apresentam-se duas sugestões. A primeira, consiste na facilitação da linguagem jurídica mediante o abandono de expressões arcaicas e tecnicismos demasiados, de complexa compreensão, e utilização de uma linguagem técnica mais objetiva e clara. A segunda, na realização de ações de inclusão do conhecimento, mediante a adoção, pelos juristas, universidades e associações de classe daqueles, de práticas de tradução e transformação da linguagem técnica em linguagem inteligível, mais clara e objetiva, facilitando a compreensão pelos cidadãos.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro/GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.**

Referências das fontes citadas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 05.08.2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 05.08.2019.

BRASIL. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789)**. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em 05.08.2019.

CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____, José Joaquim Gomes/ MORERIA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro/GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em 05.08.2019.

ESPAÑA. **Convenção Européia de Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&ID=4> Acesso em 05.08.2019.

ESPAÑA. **Convenção Européia de Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&ID=4> Acesso em 05.08.2019.

FOUCAULT, Michel. **De lenguaje y literatura**. Introducción de Ángel Gabilondo. Pensamiento Contemporáneo 42. Barcelona; Buenos Aires; México: Ediciones Paidós. I.C.E. de la Universidade Autònoma de Barcelona, [1996].

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad Y método**. 5ª Ed. Vol. I. Sígueme: Salamanca, 1993.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: uma análise teórica desta concepção como "movimento" de transformação das estruturas do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005.

LORDELO, João Paulo. **A Universalidade do Acesso à Justiça**. Disponível em https://www.academia.edu/15107408/A_universalidade_do_acesso_%C3%A0_justi%C3%A7a Acesso em 05.08.2019.

MARTINS, Rafael de Sordi B./PFEIFER, Prof. Ms. Valdir Luciano. **A Elitização da linguagem Jurídica (Juridiquês) como um entrave ao Acesso à justiça**. Disponível em https://www.academia.edu/33786022/A_ELITIZA%C3%87%C3%83O_DA_LINGUAGEM_JUR%C3%8DDICA_JURIDIQU%C3%8AS_COMO_UM_ENTRAVE_AO_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A Acesso em 05.08.2019.

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I (Introdução Geral – Preambulo – Artigos 1º a 79º)**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

NEVES, Gabriela Angelo / RANGEL, Tauã Lima Verdan / SILVA, Samira Ribeiro. **As ondas renovatórias do italiano Mauro Cappelletti como conjunto proposto a efetivar o acesso à justiça dentro do sistema jurídico brasileiro**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17762 Acesso em 05.08.2019.

OLIVEIRA, Rafael Guimarães de / RANGEL, Tauá Lima Verdan. **Vocabulo Hermético e Dificuldades Para Acesso à Justiça**. Revista Philologus, Ano 22, Nº 66 Supl.: Anais da XI JNLFLP. Rio de Janeiro: CiFEFiL, set./dez.2016, [p. 10]. Disponível em <file:///C:/Users/usuario/Desktop/MESTRADO%20UMINHO%20-/Aula%20de%20Teoria%20da%20Jurisdição%20e%20da%20Comunicação%20da%20Justiça/Material%20-%20pesquisa/Vocabulo%20hermético%20e%20dificuldade%20de%20acesso%20à%20justiça%20-%20para%20sua%20rno%20trabalho.pdf> Acesso em 05.08.2019.

PEREIRA, Monique / REIS, Jorge Renato. **Hermenêutica Filosófica em Gadamer: Interpretação, Compreensão e Linguagem**. Porto Alegre, Revista Páginas de Direito, Ano 16, nº 1296, de 07.04.2016. Disponível em <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/329-artigos-abr-2016/7492-hermeneutica-filosofica-em-gadamer-interpretacao-compreensao-e-linguagem> Acesso em 05.08.2019.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 05.08.2019.

PORTUGAL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#11> Acesso em 05.08.2019.

SILVA, Gerson Rodrigues da. **O Hermetismo da Linguagem Jurídica**. Cadernos do CNLF, Série X, Número 11, disponível em <http://www.filologia.org.br/xcnlf/13/11.htm>, acesso em 05.08.2019.

SILVA, Joana Aguiar. **A Prática Judiciária entre Direito e Literatura**. Coimbra: Almedina, 2001.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

12º Seminário Internacional de Democracia e Constitucionalismo
Universidad de Alicante - Espanha
Setembro de 2019

_____, Joana Aguiar. **Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e interpretações jurídicas.** Coimbra: Almedina, 2011.

O DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO E A EMERGENTE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Patrícia Frizzo¹
Jardel Anibal Casanova Daneli²

Introdução

As relações entre o ordenamento jurídico dos Estados e o Direito Internacional, especialmente em matéria de direitos humanos, merecem lugar de destaque na doutrina e jurisprudência dos Tribunais Internacionais, bem como dos Tribunais Constitucionais dos Estados signatários. Essas relações ganham relevo quando estão em pauta os tratados internacionais ratificados pelos Estados e a interpretação conferida a estes pelos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos.

Notavelmente, quando os Estados ratificam tratados internacionais, especialmente em matéria de direitos humanos, os seus juízes, assim como parte do seu aparato jurisdicional, assumem o dever de zelar pela supremacia e aplicabilidade de tais normas sobre as leis internas que forem contrárias ao objeto e finalidade dos documentos ratificados. Entretanto, tais normativas são frequentemente confrontadas pelo ordenamento jurídico interno dos países, se fazendo necessária a criação de mecanismos capazes de restabelecer o fluxo hierárquico normativo.

O sistema internacional de garantias, combinado ao sistema normativo dos Estados, resulta em um corpo máximo de proteção aos direitos humanos. Essa compatibilização das normativas domésticas em relação aos documentos de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor nos países recebe o nome de controle de convencionalidade.

Diante do controle de convencionalidade, o Poder Judiciário assume o compromisso de, além de verificar a compatibilidade entre a norma ordinária aplicada e a Constituição – conhecido como controle de constitucionalidade –, conferir se esta

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel – UNIVEL. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica – PUC PR. Mestre em Direito Processual e Cidadania, da Universidade Paranaense (UNIPAR). Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Advogada. Residente e domiciliada em Cascavel, Estado do Paraná, Brasil. Endereço eletrônico: pfrizzo@fadvempresarial.com.br

² Graduado em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Advogado. Professor e Coordenador de Curso de Direito. Residente e domiciliado em Balneário Camboriú, Estado de Santa Catarina, Brasil. Endereço eletrônico: jardel_casanova@hotmail.com.

mesma norma é compatível com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado. Nesse sentido, todos os tratados que formam a estrutura normativa convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte, servem como paradigma ao controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais.

Precisamente, o controle de convencionalidade fundamenta-se no respeito aos direitos humanos e na soberania do Estado de direito, ou seja, uma vez que compromissos internacionais tenham sido assumidos, em matéria de direitos humanos, os Estados não podem retroceder ao admitir leis ou práticas internas que violem as garantias expressas em tais obrigações.

Através do método indutivo, buscar-se-á demonstrar os aspectos relativos à emergência de um novo cenário ao direito internacional, no qual o controle de convencionalidade constitui-se como um importante instrumento para a estruturação de diálogos harmônicos entre as jurisdições e para a proteção dos direitos humanos.

Conhecer o controle de convencionalidade torna-se cada vez mais importante e a relevância de se estudar tal temática advém da capacidade que ela possui de modificar todo o sistema de controle das normas, firmando novos paradigmas para a teoria do diálogo das fontes, a qual formula-se através de movimentos recíprocos capazes de possibilitar a troca de experiências entre os sistemas jurisdicionais internos e internacionais.

1. O direito internacional contemporâneo e a proteção aos direitos humanos

O conceito de direito internacional contemporâneo é marcado pela mudança de paradigmas, dentre as quais se destaca a superação do *mosaico de soberanias estatais*³ e o desenvolvimento do conceito de globalização⁴. Nesse cenário a relação dialogal entre o direito interno e o direito internacional tornou-se cada vez mais frequente, razão pela qual as políticas públicas, bem como as decisões de Tribunais

³ PUREZA, José Manuel. Globalização e direito internacional: da boa vizinhança ao patrimônio comum da humanidade. Revista Crítica de Ciências Sociais, n.º 36, 1993. p. 10.

⁴ Utiliza-se o conceito de globalização proposto por Boaventura de Sousa Santos, o qual expressa que “aquilo que habitualmente chamamos de globalização são, de fato, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações. A rigor, este termo só deveria ser usado no plural. [...] Proponho, pois, a seguinte definição: a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição social ou rival”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 433.

Constitucionais, passaram a ser construídas sob influência de parâmetros internacionais.

O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho estabeleceram-se como os primeiros referências do processo de internacionalização dos direitos humanos. O Direito Humanitário buscou estabelecer a regulação e as medidas protetivas internacionais necessárias para a proteção humanitária em casos de guerra. A Liga das Nações, através de dispositivos normativos em relação aos direitos humanos, buscou estabelecer a paz e a cooperação internacional. A OIT, por sua vez, foi responsável pela promulgação de convenções internacionais, por meio das quais estabeleceu medidas protetivas à dignidade da pessoa humana no cenário jurídico trabalhista.

O desenvolvimento histórico do direito internacional contemporâneo é marcado por três fases: a primeira refere-se ao período compreendido até 1939, ou seja, até o início da Segunda Guerra Mundial, com o advento do Tratado de Versalhes e a tentativa de institucionalização da Sociedade das Nações; a segunda fase, após 1945, é marcada pela Carta das Nações Unidas e pela então denominada *Guerra Fria*; já a terceira fase iniciou-se em 1989, com a queda do Muro de Berlim⁵.

Esses marcos resultaram na expansão da zona de influência do direito internacional, possibilitando a superação da ideia de um sistema relacional de coexistência para uma categoria de cooperação estatal, capaz de regular os interesses antagônicos das diversas sociedades⁶ em razão da sua capacidade de intercâmbio entre as diferentes culturas.

Os ambientes nacionais, reconhecidos como *locus* para a afirmação dos preceitos democráticos e protetivos, evidenciaram o ápice da sua incapacidade de salvaguarda dos direitos humanos quando se depararam com o totalitarismo nazista, momento em que os paradigmas de uma possível e suficiente proteção nacional dos direitos humanos⁷ foram rompidos. Esse fato evidenciou a necessidade de

⁵ MIRANDA, Jorge. Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 8.

⁶ Contribui, para esse entendimento, perceber que “[po]r otra parte, el desarrollo de las comunicaciones, la creciente interdependencia entre Estados y los avances tecnológicos han propuesto nuevos ámbitos materiales de regulación y cooperación internacional. Se extiende así el contenido normativo del orden jurídico internacional. Nacen normas reguladoras de la cooperación y el desarrollo internacional en el campo económico y social; se contempla la reglamentación del espacio ultraterrestre y de los fondos marinos como espacios sustraídos a las soberanías estatales”. MONCAYO, Guilherme. **Derecho Internacional Público**. 3. ed., Buenos Aires: Zavalia, 1990. p. 17.

⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2016. p 67.

consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, já que as violações de direitos humanos da era Hitler poderiam ter sido significativamente minimizadas com a existência de um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos⁸.

A Segunda Guerra Mundial demonstrou que a violação dos direitos humanos não poderia mais "ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional com legítima preocupação da comunidade internacional"⁹. Diante disso, os direitos humanos foram projetados como tema central da sociedade internacional¹⁰, o que resultou na criação de mecanismos transnacionais suficientemente fortes para impedir que violações a esses direitos fossem legitimadas pelos ordenamentos internos dos Estados, motivo pelo qual buscou-se estabelecer um *ius commune* capaz de conferir prevalência ao *human rights approach*¹¹.

Isto posto, é possível perceber que o direito internacional não busca mais atender tão somente aos interesses estatais, mas também individuais. Através dessa mudança de paradigmas, o ser humano deixou de ser exclusivamente sujeito de direito interno e passou a ser considerado um sujeito de direito regional e global, através de um processo de *humanização* do direito internacional, conferindo-lhe significativa capacidade jurídica-processual no plano internacional¹². Em outras palavras, na medida em que as fronteiras territoriais foram rompidas, viabilizou-se a emergência de um processo migratório jurisdicional, através do qual a velha objeção nacional exclusiva passou a ser percebida como uma característica do passado¹³.

⁸ BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1988. p. 17.

⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2016. p. 203.

¹⁰ Conforme observa Carlos Weis, "A recente sistematização dos direitos humanos em um sistema normativo internacional, marcada pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, representa tanto o ponto de chegada do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos como o traço inicial de um sistema jurídico universal destinado a reger as relações entre os Estados e entre estes e as pessoas, baseando-se na proteção e promoção da dignidade fundamental do ser humano". WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 18.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. in: Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 120.

¹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 142.

¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. 2. ed., Porto Alegre: SAFE, 2003. p. 73.

Notavelmente, não buscou-se eliminar a ideia de soberania dos Estados, mas permitir a sua condescendência quando estivesse diante da aplicabilidade de medidas para a salvaguarda dos direitos humanos. Nesse cenário, a soberania dos Estados flexibilizou-se e deu lugar a emergência de uma dimensão de soberania universal que “reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo”¹⁴.

A expansão do direito internacional¹⁵, juntamente com a flexibilização das barreiras absolutistas, possibilitou o surgimento de novas estruturas normativas, tais como o direito internacional dos direitos humanos. Este, por sua vez, buscou a afirmação dos direitos inalienáveis e inseparáveis do ser humano¹⁶, entendidos como direitos fundamentais¹⁷, e a sua previsão nos textos constitucionais, o que pressupôs a estruturação de mecanismos normativos capazes de possibilitar a sua aplicação e vinculação ao ordenamento jurídico dos Estados.

Em suma, esse movimento cíclico e pautado pela gradual expansão do direito internacional, possibilitou o advento dos direitos humanos e a projeção do indivíduo como sujeito de direito internacional, por meio da redefinição do seu *status* e do tradicional conceito de soberania estatal¹⁸. A criação dessa sistemática protetiva serviu como precedente para a consolidação da atual estrutura internacional para a proteção dos direitos humanos.

A tônica dos direitos humanos, como uma das temáticas com maior destaque no contexto das discussões internacionais, se justifica pela sua inegável relevância

¹⁴ BROUTROS-GHALI *apud* Flávia Piovesan. **Temas de direitos humanos**. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 32.

¹⁵ Nesse sentido, afirma-se que “O direito contemporâneo passa por um processo de transição, que acompanha o processo de globalização (ou mundialização, como preferem os autores franceses). Esse processo é influenciado pela ampliação da complexidade dos direitos nacionais dos Estados e do direito internacional, e tem como resultado a alteração da lógica normativa do direito internacional clássico. Neste sentido, parece-nos claro que vivemos em um período de transição. Já é possível dizer que a lógica tradicional do direito internacional não é mais aplicável nos dias de hoje. No entanto, também é possível verificar que ainda não há uma nova lógica consolidada”. VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 7.

¹⁶ ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. *in*. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 312.

¹⁷ Como definição, pode-se aduzir que: “[...] Direitos fundamentais - é [entendido como] expressão mais afeta à proteção *constitucional* dos direitos dos cidadãos. Ligam-se, assim, aos aspectos ou matizes constitucionais (internos) de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Constituições contemporâneas”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 822.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. p. 195.

para a ordem jurídica internacional, amparada no direcionamento do paradigma da coexistência para um cenário de cooperação. Os postulados e as dogmáticas de um Direito Internacional clássico, em especial os da soberania absoluta dos Estados, foram colocados em dúvida¹⁹, possibilitando assim a *positivação internacionalista* dos direitos humanos²⁰, os quais “nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais”²¹.

Nesse cenário, o *theatrum mundi*²², encenado no cotidiano e a partir das vivências dos indivíduos, ganhou novas perspectivas à medida em que foi estabelecida uma cultura centrada no convívio plural e na aceitação da diversidade, no respeito e na promoção da *dignidade humana*²³, percebida como base para o constitucionalismo global²⁴ e vetor referencial aos mecanismos necessários para o progresso da justiça social. Nesse prisma, o direito internacional contemporâneo tem a função de interpretar e solucionar os problemas da vida e do mundo, constituindo-se como “[...] o teatro no qual se faz o direito internacional pós-moderno, como

¹⁹ GARCIA, Emerson. Proteção Internacional dos Direitos Humanos - breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 48.

²⁰ Os direitos humanos, nesse prisma, são compreendidos como o “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”. LUÑO, Antônio Peres. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5. ed., Madrid: Tecnos, 1995. p. 48.

²¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 30.

²² A expressão *theatrum mundi* é uma analogia à vida quotidiana e às adversidades vivenciadas por todos, as quais se repetem em diferentes contextos culturais e evidenciam os preceitos de um *vínculo antropológico comum*, como vetor responsável pela ampliação e consolidação do convívio amistoso internacional.

²³ Na visão de Sarlet, a dignidade humana refere-se à “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de 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”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

²⁴ Conforme observa Canotilho, “[o]s direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. [...] O constitucionalismo global compreende a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. [...] É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993. p. 1217.

produto cultural e reflexo do tempo no qual se inscreve. Com toda a vastidão e complexidade que isso acarreta”²⁵.

2. A relação entre o direito internacional e o direito interno

Diante dos preceitos supra mencionados e do contexto de globalização atualmente vivenciado, assim como para dar sequência às reflexões elaboradas neste trabalho, faz-se necessário observar os aspectos referentes à integração entre o direito internacional e o direito nacional.

O rompimento com os paradigmas de uma possível e suficiente proteção nacional dos direitos humanos, evidenciado na *equação mortífera* da Segunda Guerra Mundial, marcou o fim de um período em que a relação dos Estados com seus indivíduos era percebida como uma questão de jurisdição doméstica.

Esse movimento relacional impulsionou um fluxo constitucionalista entre os Estados Europeus, também motivado pelo referencial teórico de autores como Hans Kelsen²⁶, que propôs a hierarquização das normas constitucionais através de uma pirâmide supra figurada pela Constituição e a afirmação de um sistema autorreferencial e endógeno, primado pelo Direito Internacional²⁷.

O direito internacional e o direito interno apresentam estruturas normativas distintas. O primeiro é pautado pelo interesse coletivo dos Estados e tem como principais fontes os costumes²⁸ e os tratados internacionais, os quais buscam estabelecer os preceitos normativos para regular a relação entre dois ou mais

²⁵ CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. Tese (Titularidade em Direito Internacional Público), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 831.

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 493.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. **Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. in: Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 118.

²⁸ Conforme aponta Jorge Miranda, “[...] o costume internacional não resulta só da prática dos Estados (e de outros sujeitos) nas suas relações bilaterais ou multilaterais. Resulta também da prática que se desenvolva no interior das organizações internacionais (por parte dos respectivos órgãos ou por eles em relação com os Estados-membros) [...]. Uma grande parte do Direito interno das organizações internacionais é, ele próprio, produto de costume”. Também é digno de nota salientar que “[...] as normas consuetudinárias encontram-se, também elas, subordinadas ao *jus cogens* e com este não se confundem, mesmo as de costume universal, visto que: 1º) o *jus cogens* não pode ser modificado ou afectado por normas consuetudinárias; 2º) o costume postula sempre a prática, o *jus cogens* impõe-se ainda quando não haja nenhuma prática, seja no sentido do seu cumprimento, seja noutro sentido”. MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias**. pp. 45 - 48.

Estados, assim como a relação que os Estados estabelecem com seus indivíduos, em especial quando se refere aos direitos humanos. Já o direito interno é composto por costumes e leis regulamentares alicerçados sobre os preceitos estabelecidos na Constituição de cada Estado, os quais buscam regular a relação entre os próprios indivíduos, bem como destes com o Estado.

Nesse cenário, o Estado Soberano, eclodido através do Tratado de Vestefália, passou a vivenciar a relativização do seu poder absoluto, o qual foi confrontado pelos direitos individuais e pela emergência de outros Estados soberanos na ordem jurídica internacional²⁹.

Essa redefinição na abrangência do conceito de soberania estatal se fez necessária para o processo de internacionalização dos direitos humanos³⁰ e a afirmação de novos paradigmas³¹, possibilitando que os aspectos, que outrora se configuravam como problemas teóricos, passassem a resultar em significativos desdobramentos práticos, tais como o acolhimento das normativas internacionais no ordenamento interno dos Estados.

Junto ao processo de instauração do constitucionalismo moderno e da afirmação dos direitos humanos no cenário internacional, surgiram os órgãos internacionais e as suas bases normativas, tais como as convenções, pactos e tratados, os quais passaram a imprimir os direitos e deveres dos indivíduos e fixar o caráter concreto das normas jurídicas positivadas³². Foi nesse prisma que os Estados soberanos renunciaram a hegemonia sobre os seus preceitos jurisdicionais em favor de outros Estados e organizações supranacionais³³.

A pluralidade de atores internacionais, juntamente com o *despertar* para uma necessária regulação a partir das normas deles emanadas, resultou no nascimento

²⁹ FRAGA, Mirtô. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio: Forense, 1998. p. 09.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. p. 195.

³¹ Nesse sentido, percebe-se que "quando triunfa o princípio da igualdade jurídica dos estados, estabelecem-se as bases do princípio do equilíbrio europeu, e surgem ensaios de regulamentação internacional positiva. Podem ser apontados não somente o conceito de neutralidade na guerra, em relação aos estados beligerantes, como também fazer paralelo, entre o princípio então adotado, da determinação da religião do estado pelo governante, o que seria o ponto de partida do princípio contemporâneo da não-ingerência nos assuntos internos dos estados". ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64 - 65.

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., São Paulo: Malheiros editores, 2005. p. 167.

³³ QUEIROZ, Cristina. **Direito Internacional e Relações Internacionais**. Coimbra Editora, 2009. p. 165.

do direito internacional público, criado com o objetivo de regular as relações públicas entre os sujeitos de direito³⁴.

A relação entre a ordem jurídica internacional e interna aponta para três aspectos que precisam ser superados pelos agentes que figuram nessa relação. O primeiro ponto concerne ao problema de conjugação entre as relações de direito internacional e direito interno, ou seja, fazer-se perceber que o direito internacional *a se frente* à ordem jurídica estatal. Em segundo lugar, observam-se as técnicas viáveis de recepção, incorporação, transformação e adaptação destas ou daquelas normas no ordenamento jurídico interno do Estado, isto é, quais mecanismos serão estabelecidos pelos Estados para a internalização do direito internacional. A terceira questão está relacionada às relações hierárquicas entre as normas de direito internacional, cabíveis na ordem interna, e as normas de direito interno, as quais podem ser de direito constitucional ou de direito ordinário³⁵.

Tradicionalmente, os aspectos que envolvem a relação entre as normas internas e internacionais estruturam-se a partir de duas correntes. A primeira refere-se ao monismo, o qual se divide em correntes doutrinárias distintas que se assentam, por um lado, na prevalência do direito interno e, por outro, na predominância do direito internacional. A segunda teoria é o dualismo, no qual o direito internacional e o direito interno são compreendidos como duas ordens jurídicas distintas.

Notavelmente, as teorias monistas e dualistas apresentam concepções díspares, considerados os aspectos existentes entre as normas jurídicas e a sua validade. É necessário pontuar que ambas as teorias recebem críticas no âmbito doutrinário, ao passo que a sua aplicação prática não se dá de forma plena³⁶.

3. A problemática da dicotomia estabelecida entre o monismo e o dualismo no cenário contemporâneo

A divisão clássica estabelecida entre o monismo e o dualismo, caracterizada pelos modelos anacrônicos que evidenciam o antagonismo existente entre as duas teorias, demonstram certa incapacidade em responder as questões propostas pela globalização e pela nova realidade do direito internacional, especialmente no que se refere aos direitos humanos.

³⁴ QUEIROZ, Cristina. *Direito Internacional e Relações Internacionais*. p. 119.

³⁵ MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. p. 124.

³⁶ RAMÍRES, Manuel Becerra. **La recepción Del derecho internacional em el derecho interno**. México: Universidad Autónoma de México, 2006. p. 13.

Diante disso, considera-se improvável, à luz da concepção unitária do sistema jurídico, que um Estado tenha condições de elaborar as suas normativas internas em conformidade com a Constituição, ao passo que frequentemente firmam compromissos internacionais incompatíveis com essa. Por isso, acredita-se que “[o] antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordar mais recentemente a relação entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos”³⁷.

O direito internacional constitui-se como um direito de sobreposição, razão pela qual encontra significativas dificuldades para a sua afirmação nos sistemas jurídicos estatais³⁸. Nesse sentido, “a sociedade internacional não é senão uma sociedade em segundo grau, uma sociedade das sociedades: a sociedade dos Estados”³⁹. A eficácia do direito internacional se depara constantemente com a escassez, ou até mesmo com a inexistência de mecanismos capazes de conferir a primazia normativa do direito internacional – em matéria de direitos humanos – em relação ao direito interno⁴⁰.

Entretanto, o direito internacional não poder ser simplesmente aplicado sobre o direito interno, pois a norma que irá imperar deverá ser sempre aquela que conferir a maior proteção aos direitos humanos⁴¹, por meio do princípio interpretativo *pro homine*, ou seja, “a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno”⁴².

A crítica aos sistemas monista e dualista afirma que estas teorias propõem um falso paralelismo entre o direito interno e o direito internacional, uma vez que

³⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. p. 506.

³⁸ CUNHA, Joaquim da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. **Manual de direito internacional público**. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2004. p. 89.

³⁹ VIRALLY, Michel. **Panorama du droit international contemporain**. in. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, vol. IV. p. 28.

⁴⁰ Afirma Virally que seria possível “explicar la primacia del derecho internacional sobre el derecho interno, respetando la autonomía de uno y de outro, sin reunirlos artificialmente em el seno de um mismo orden urídico, lo que parece adecuarse al nivel de desarrollo actual de las sociedades humanas. Pero em todo caso, esta primacia no se establece más que en el orden internacional. El método que seguimos impide deducir de ello la superioridade del derecho internacional em el orden interno, debido justamente a la autonomía que se le reconoce”. VIRALLY, Michel. **El devenir del derecho internacional**. Ensayos escritos al correr de los años, tradução Eliane Cazenave Tapie Isoard, México: Fondode Cultura Económica, 1998. p. 127.

⁴¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, p. 542.

⁴² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, p. 542.

são ordenamentos jurídicos autônomos, mas dialeticamente interdependentes⁴³, os quais, diante da evolução da sociedade internacional e a consequente intensificação das relações entre o direito internacional e o direito interno, carecem de recursos procedimentais legitimados para a afirmação dos direitos humanos. Nesse sentido, acredita-se que a consolidação dos direitos humanos no ordenamento interno dos Estados terá lugar quando o direito internacional for claramente reconhecido pela Constituição dos Estados, em razão dos órgãos internacionais e do seu aparato jurisdicional para a salvaguarda desses direitos.

A doutrina também assenta suas considerações no fato das teorias monista e dualista terem sido formuladas no século passado⁴⁴, o que resultaria em sua obsolescência diante do novo cenário do direito internacional contemporâneo⁴⁵. Esses fatores potencializam a necessária evolução paradigmática dessas teorias, as quais precisam superar os seus preceitos operativos frente às mudanças que o cenário jurídico mundial vivenciou nos últimos anos, e ainda vivencia, sobretudo o desenvolvimento do direito internacional, juntamente com a evolução dos Estados-nação, assim como a positivação dos preceitos constitucionais referentes à posição do direito internacional frente aos sistemas jurídicos domésticos.

Por isso, os críticos sugerem a superação da concepção hierarquizada e piramidal da relação entre o direito internacional e o direito interno, propondo, assim, uma espécie de pluralismo normativo-jurídico⁴⁶, o qual surge como um mecanismo

⁴³ VIRALLY, Michel. **El devenir del derecho internacional**. Ensayos escritos al correr de los años, tradução Eliane Cazenave Tapie Isoard, México: Fondode Cultura Económica, 1998. pp. 118 - 119.

⁴⁴ BOGDANDY, Armin Von. **Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional Law**. International Journal of Constitutional Law, volume 6, Issue 3 - 4, 1 July 2008. p. 399. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/6/3-4/397/654420/Pluralism-direct-effect-and-the-ultimate-say-On>.

⁴⁵ GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. O Direito Internacional entre dois Pós-Modernismos: A Ressignificação das Relações entre Direito Internacional e Direito Interno. Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 6, 2010. p. 47. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume6/>. [23/06/2017].

⁴⁶ Nesse sentido, “[a]s often happens with its constructions, the context of their origins has largely been forgotten. Yet, if one compares the contemporary situation with that of one hundred years past, almost every relevant element has changed: the nation-state’s evolution in tandem with the process of globalization; the gradual elaboration of international law; the emergence of general constitutional adjudication; and, above all, positive constitutional provisions on the role of international law within domestic systems. As theories, monism and dualism are today unsatisfactory. Their arguments are rather hermetic, the core assertions are little developed, opposing views are simply dismissed as “illogical,” and they are not linked with the contemporary theoretical debate. As doctrines, they are likewise unsatisfactory since they do not help in solving legal issues”. BOGDANDY, Armin Von. **Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional Law**. pp. 399 - 400.

conciliatório e alternativo às propostas estabelecidas através dos ideais monistas e dualistas, pois considera-se que ao “negar la existência del problema por el que se enfrentan los monistas y los dualistas equivale a adoptar, de facto, la posición dualista sin por ello replicar a las críticas que se hicieron justamente a esta teoría”⁴⁷.

4. O controle de convencionalidade dos tratados internacionais

Os aspectos supramencionados neste trabalho demonstram uma progressiva interação entre os sistemas jurídicos internos e internacionais, os quais se intensificaram, sobretudo: a) por intermédio do direito à coexistência, em que o direito internacional westphaliano é desenvolvido a partir de obrigações negativas; b) por meio do direito de cooperação, de suma importância após a Segunda Guerra Mundial, com o advento de novos blocos normativos como, por exemplo, o direito do mar e o direito dos tratados; c) ainda, através do direito à uniformidade, que ganhou maior relevância após a Guerra Fria, caracterizado por normas com caráter internacional em sua origem, mas nacional em seu objeto como, por exemplo, os pactos socioeconômicos internacionais⁴⁸.

Notavelmente, a proteção aos direitos humanos transcende o direito estatal, fator que é fomentado pela necessidade de internacionalização e proteção desses direitos. Nesse cenário, as Cortes Internacionais de Direitos Humanos ganham cada vez mais relevância, impulsionadas pela “manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno, quanto à proteção da pessoa humana”⁴⁹.

Seguindo essa linha conceitual, os organismos internacionais emergem progressivamente, na medida em que aperfeiçoam as suas três funções basilares: a) a da promoção, através do incentivo à estruturação de mecanismos para a tutela dos direitos humanos em Estados que não cumpram com essa premissa, e caso o façam, tem-se então a tarefa de aperfeiçoar essas medidas no que se refere ao direito substancial – quantidade e qualidade dos direitos a tutelar, assim como no que diz respeito ao aspecto procedimental, como a qualidade dos controles jurisdicionais; b) a do controle, que se refere ao conjunto de medidas através das quais os organismos internacionais se valem para verificar o grau de acolhimento e respeito das suas

⁴⁷ VIRALLY, Michel. El devenir del derecho internacional. pp. 119 - 120.

⁴⁸ RAMÍRES, Manuel Becerra. **La recepción Del derecho internacional em el derecho interno**. México: Universidad Autónoma de México, 2006. p. 17.

⁴⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos**. in. A incorporação das normas internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, 2. ed., São José: CR, 1996. p. 211.

recomendações e; c) a de garantia, a qual diz respeito à tutela jurisdicional em nível internacional, em substituição à tutela nacional⁵⁰.

É nesse cenário de funções e garantias, em que de um lado encontra-se o Estado e, de outro, as Cortes Internacionais de Direitos Humanos, que se desenvolve o controle de convencionalidade, o qual fundamenta-se no fato de um Estado não poder descumprir suas obrigações convencionais sob escusas de supostas dificuldades de ordem constitucional ou interna, bem como no fato dele não poder deixar de se “conformar a um tratado de direitos humanos no qual é Parte pelo simples fato de seus tribunais interpretarem, no plano do direito interno, o tratado de modo diferente do que se impõe no plano do direito internacional”⁵¹.

Com a ratificação dos tratados internacionais, em especial os que versam sobre os Direitos Humanos, os Estados assumem o compromisso de zelar pela aplicabilidade, e até mesmo pela supremacia, de tais normas sobre as leis internas. Porém, o teor dos textos internacionais frequentemente é confrontado pelo ordenamento interno dos países que os ratificaram, razão pela qual se faz necessária a aplicação de mecanismos capazes de estabelecer um fluxo normativo⁵² formulado a partir do princípio *pro homine*, o qual confere primazia à dignidade humana⁵³, ao passo que é estabelecido um sistema de cooperação entre os instrumentos protetivos.

Diante deste prisma, o controle de convencionalidade foi instituído como um importante instrumento para a salvaguarda dos direitos humanos, exercido através da operacionalização e compatibilização entre os ordenamentos jurídicos internos e internacionais.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 39.

⁵¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. p. 211.

⁵² Flávia Piovesan, quanto à hierarquização dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa que, “em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais”. Com o objetivo de corroborar com este entendimento, a autora destaca o parágrafo 22 do artigo 75, da Constituição Argentina, “que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos”, assim como os parágrafos 2º e 3º da Constituição Brasileira, “que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos”. PIOVESAN, Flávia. **Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. p. 134.

⁵³ Percebe-se que “a dignidade humana é referência estrutural para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados”. FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali – Um dibattito teorico, a cura di Ermanno Vitale**. Roma: Bari, Laterza, 2002. p. 338.

Considerações Finais

O presente estudo evidenciou a emergência de um novo cenário ao direito internacional dos direitos humanos, no qual se faz necessária a superação do paradigma estabelecido entre as teorias monistas e dualistas, para a afirmação de uma sistemática relacional estruturada a partir do diálogo entre as fontes normativas. Nesse sentido, o controle de convencionalidade tem se demonstrado como um importante instrumento para a afirmação dos direitos humanos.

A análise acerca dos paradigmas referentes à convivência e ao diálogo entre os sistemas jurisdicionais demonstra que a expansão do Direito Internacional, especialmente em matéria de direito humanos – que muitas vezes resulta em um choque entre as matrizes normativas –, pode contribuir para a evolução hermenêutica desta temática.

É nesse prisma que se firma o diálogo entre as fontes jurisdicionais, as quais formulam-se através de movimentos recíprocos, contando com a atuação conjunta dos sistemas jurisdicionais internos e internacionais. Os tratados internacionais de direitos humanos, por tratarem de questões relativas à diversas culturas e contextos sociais, não devem mais permanecer em patamares normativos de lei ordinária.

Nesse sentido, o controle de convencionalidade surge como um importante instrumento para a afirmação dos direitos humanos no ordenamento interno dos Estados, através do desenvolvimento de um diálogo entre os diferentes ordenamentos jurídicos.

Considera-se, por fim, que por meio do princípio *pro homine*, é possível compreender a dignidade da pessoa humana como vetor para o constitucionalismo mundial. O princípio *pro homine* também é responsável pelo desenvolvimento de normativas capazes de garantir a salvaguarda dos direitos humanos. Nesse sentido, a afirmação de um *cross-cultural dialogue* entre as jurisdições, assim como da evolução dos ordenamentos jurídicos na *positivação internacionalista* dos direitos humanos, demonstra a necessidade de desenvolvimento de mecanismos transnacionais capazes de superar o autoritarismo dos Estados, buscando a afirmação de um *ius commune* centrado no “Ser” humano.

Referências das fontes citadas

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. *in*. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOGDANDY, Armin Von. **Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional Law**. *International Journal of Constitutional Law*, volume 6, Issue 3 - 4, 1 July 2008. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/6/3-4/397/654420/Pluralism-direct-effect-and-the-ultimate-say-On>.

BROUTROS-GHALI *apud* Flávia Piovesan. **Temas de direitos humanos**. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. Tese (Titularidade em Direito Internacional Público), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

CUNHA, Joaquim da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. **Manual de direito internacional público**. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali – Um dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale. Roma: Bari, Laterza, 2002.

FRAGA, Mirtô. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio: Forense, 1998.

GARCIA, Emerson. Proteção Internacional dos Direitos Humanos - breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. O Direito Internacional entre dois Pós-Modernismos: A Ressignificação das Relações entre Direito Internacional e Direito Interno. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, vol. 6, 2010. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume6/>. [23/06/2017].

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUÑO, Antônio Peres. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5. ed., Madrid: Tecnos, 1995.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONCAYO, Guillermo. **Derecho Internacional Público**. 3. ed., Buenos Aires: Zavalia, 1990.

PIOVESAN, Flávia. **Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. *in*: Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

PUREZA, José Manuel. **Globalização e direito internacional: da boa vizinhança ao patrimônio comum da humanidade**. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 36, 1993.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Internacional e Relações Internacionais**. Coimbra Editora, 2009.

RAMÍRES, Manuel Becerra. **La recepcion Del derecho internacional em el derecho interno**. México: Universidad Autónoma de México, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., São Paulo: Malheiros editores, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos**. *in*. A incorporação das normas internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, 2. ed., São José: CR, 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. 2. ed., Porto Alegre: SAFE, 2003.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

VIRALLY, Michel. **El devenir del derecho internacional**. Ensayos escritos al correr de los años, tradução Eliane Cazenave Tapie Isoard, México: Fondode Cultura Económica, 1998.

VIRALLY, Michel. **Panorama du droit international contemporain**. *in*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, vol. IV.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PARA GARANTIA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS E A POSSIBILIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

**Patricia Grazziotin Noschang¹
Adriana Fasolo Pilati²**

Introdução

A construção da proteção aos direitos humanos está vinculada ao ideário da paz e ao Estado Democrático de Direito. A história confirma esta afirmação pois os principais documentos/compromissos internacionais para a proteção dos direitos humanos começaram a ser elaborados e firmados após a II Guerra Mundial, iniciando pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

É também pós II Guerra Mundial que surgiram os sistemas de proteção aos direitos humanos tanto na esfera universal quanto em âmbito regional. O primeiro vinculado à Organização das Nações Unidas e os regionais a três continentes, iniciando na década de cinquenta com o Conselho da Europa, em âmbito europeu, com a Organização dos Estados Americanos na década de sessenta em âmbito das Américas e na década de oitenta com a União Africana no continente africano.

Ressalta-se que esses sistemas só foram criados porque foram reconhecidos pelos Estados que a eles se vincularam. Referidos sistemas universal e regional foram estabelecidos por tratados, que por sua vez foram assinados e ratificados pelos Estados. Contudo, há uma condição *sine qua non* para assinatura e ratificação destes compromissos internacionais pelos Estados: a garantia de que serão cumpridos, e isso só é possível numa democracia.

Este trabalho busca demonstrar, pelo método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, que mesmo contanto com efetivação dos direitos humanos em democracias, os sistemas regionais de proteção ao direitos humanos instituíram um controle para garantir a aplicação efetiva dos tratados ratificados pelos Estados: o

¹ Doutora em Direito PPGD/UFSC. Mestre em Direito e Relações Internacionais PPGD/UFSC. Especialista pela Fundação Getulio Vargas em MBA Comércio Exterior e Negócios Internacionais e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em Direito Internacional Público, Privado e da Integração Regional. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pelotas. Professora na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Passo Fundo/RS. Contato: patriciagn@upf.br.

² Doutora em Direito PPGD/UFSC. Mestre em Direito pela PUC-RS. Professora na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Passo Fundo/RS. Contato:

controle de convencionalidade. Demonstra-se que é necessário um Estado Democrático de Direito para a efetivação dos direitos humanos, e somando a isso está o controle de convencionalidade.

1. A democracia para efetivação dos Direito Humanos

Cabe salientar que um dos pontos principais para efetivação dos Direitos Humanos é a democracia, sem a qual não seria possível aviventar nenhum tipo de respeito ao direito alheio, tampouco garantir proteção aos direitos fundamentais de cada cidadão. Ademais, é nos países sem democracia que se encontram os maiores desrespeitos aos direitos humanos, onde os indivíduos não têm nenhum tipo de garantia, nem mesmo liberdade para reivindicá-las.

A democracia que este artigo se filia é aquela proposta e garantida pelo Estado liberal que surge após a II Guerra Mundial, pois a consolidação da proteção aos direitos humanos em âmbito universal também se remete a este tempo. Esta democracia que segundo Bobbio está em transformação e este é o seu curso, seu "estado natural". Nas palavras do autor: "[...] a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo"³. Por isso, o autor afirma que a democracia está e transformação e não em crise.

Entende-se que os direitos humanos são compromissos internacionais elaborados por tratados, firmados pelos Estados, decorrentes dos sistemas universal e regional de proteção aos direitos humanos⁴. Tais direitos reconhecidos pela assinatura dos Estados em âmbito internacional ou regional ao serem recepcionados pelo ordenamento jurídico estatal, via processo de ratificação, passam a ser considerados direitos fundamentais. Assim os princípios previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos ao serem incorporados no artigo 5º. da Constituição Federal de 1988, fazem parte do Título II denominado de: "Dos Direitos e Garantias Fundamentais"⁵.

³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.p.23.

⁴ O Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos está vinculado à Organização das Nações Unidas, e os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos são operacionalizados por três organizações internacionais de atuação em âmbito regional nos continentes Europeu, Americano e Africano: Conselho da Europa, Organização dos Estados Americanos e União Africana.

⁵BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2019.

Neste mesmo caminho assevera Ingo Sarlet que “os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo [...]”⁶ quando cada indivíduo tem reconhecido internamente os direitos de igualdade, a liberdade real e os direitos políticos que garantem a possibilidade de participação – esses são “[...] fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro da sua legitimidade.”⁷

A democracia é elemento chave para a possibilidade de o indivíduo ter seus direitos previstos e garantidos pelo Estado. Bobbio ainda soma à estas duas premissas a idéia da paz prevista na obra de Kant. Nas palavras de Bobbio:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica de conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; [...] ⁸

Assim, a democracia no Brasil não veio desde o princípio da formação do Estado, nem mesmo se falou em proteção de Direitos Humanos tão cedo. Foi somente após o regime ditatorial, em um momento em que o cenário mundial se voltava para o fim da Guerra Fria, que o Brasil promulgou sua primeira constituição com enfoque na democracia, e que então trouxe o tema à tona.

É verdade que as constituições brasileiras de 1934 e 1946 buscaram a democracia e a garantia dos direitos individuais e sociais. Contudo foram substituídas por outras que vieram com previsão de supressão destes direitos e garantias.

Após o ano de 1985, o Estado brasileiro passou a ser reformulado, iniciando uma reinserção no sistema global, adotando importantes medidas para incorporar diversos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Segundo Piovesan (2008), a democracia ensejou “[...] um avanço extremamente significativo no âmbito do reconhecimento, cada vez maior, da existência de obrigações internacionais em matéria de direitos humanos.”

A Constituição de 1988 abriu as portas para a democratização do Estado, bem como ao desenvolvimento e à proteção dos direitos humanos, iniciando, assim, sua

⁶ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p.62-63.

⁷ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p.62-63.

⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

participação na esfera internacional na proteção destes direitos, além da previsão já existente internamente. O Brasil após a promulgação da CF/88 passa a assinar e ratificar uma série de tratados referentes à proteção dos direitos humanos, tais como: Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais,

Nesse sentido, o Estado brasileiro aceita que a comunidade internacional fiscalize e controle seu funcionamento em relação às obrigações assumidas, mediante um sistema de monitoramento efetuado por órgãos de supervisão internacional. Dessa forma, mesmo em situação de emergência, deve garantir e proteger um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis⁹.

Na esfera regional, o Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos em dezembro de 1998. Desde então, o Estado brasileiro com o sistema interamericano foram se intensificando, ao passo que a democracia foi criando raízes, tratados foram ratificados e a proteção dos direitos humanos foi trazida como direitos fundamentais previstos na Constituição.

Na esfera internacional a Organização das Nações Unidas tem um papel precursor na proteção aos direitos humanos. Primeiramente com a aprovação na Assembleia Geral da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948. Este é o primeiro documento a consolidar, em formas de princípios¹⁰, os direitos individuais e coletivos das pessoas. Posteriormente, em 1966, tais direitos foram efetivados em dois tratados também no âmbito das Nações Unidas: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

No caso do Pacto de Direitos Civis e Políticos há um Protocolo Facultativo que se ratificado pelos Estados permite ao indivíduo o direito de acesso ao Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos – ONU, ou seja a possibilidade de

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva. 2006.

¹⁰ A Declaração Universal de Direitos Humanos reúne trinta artigos e busca um “ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.”. UNITED NATIONS. *Human Rights Office of the High Commissioner*. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

apresentar uma petição individual ao Comitê de Direitos Humanos caso algum dos direitos previstos no pacto seja violado pelo Estado e reste sem reparação.

O Brasil assinou e ratificou os três tratados acima mencionados, contudo o Protocolo Facultativo não completou a última fase de ratificação: a promulgação e publicação via decreto pelo Presidente da República. Significa dizer que este tratado parou na fase do decreto legislativo que foi publicado no Diário Oficial do Congresso Nacional¹¹. Este seria um motivo, para alguns doutrinadores e juristas, considerarem que a ratificação do Protocolo Facultativo não foi perfeita pois carece do último ato para ter efetividade no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, as decisões do Comitê de Direitos Humanos não se aplicariam ao Brasil.

2. O controle de convencionalidade no Estado Democrático de Direito

O Controle de Convencionalidade das leis é um instrumento que visa compatibilizar as leis internas dos Estados com os tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados, onde os Estados comprometeram-se em observá-los. A expressão “controle de convencionalidade” tem origem na França em um julgamento do Conselho Constitucional francês em 1975. Na Decisão nº 74-54 DC, o Conselho se declarou incompetente para analisar se uma lei interna era compatível com um tratado, no caso, a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Conselho entendeu que era competente apenas para fazer o controle de constitucionalidade, ou seja, a compatibilidade da lei com a constituição francesa e não um “controle de convencionalidade”. A partir desta decisão o Conselho reconheceu que uma norma interna deve passar por “dois crivos” de compatibilidade, para que seja considerada válida e eficaz: a constituição e, os tratados ratificados e em vigor no país.¹²

No Sistema Interamericano a expressão controle de convencionalidade surge pela primeira vez em 2003 num voto apartado do Juiz Sérgio García Ramírez, no *Caso Myrna March Chang vs. Guatemala*. No posicionamento do referido juiz os atos praticados pelos agentes do Estado ao praticar atos contrários à Convenção Interamericana de Direitos Humanos são atos do Estado que devem estar sujeitos ao controle de convencionalidade.¹³

¹¹ CONGRESSO NACIONAL. *Decreto Legislativo n. 311 de 16/06/2009*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/578043>> Acesso em: 11 ago. 2019.

¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª Ed. Revista dos Tribunais, 2013.p.88.

¹³ CORTE IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>.

A expressão foi consagrada pela Corte em 2006 no julgamento do *Caso Almonacid Arellano y Outros vs. Chile*, no qual a sentença reconhece que o Poder Judiciário dos Estados deve exercer um “espécie de controle de convencionalidade” entre as norma internas e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A sentença ainda determina que os Poderes Judiciários devem considerar também a jurisprudência da Corte no exercício do controle de convencionalidade pois a Corte é a última intérprete da aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁴

No Brasil, o texto constitucional de 1988 possibilitou à abertura do ordenamento jurídico interno ao sistema de proteção dos direitos humanos, a partir do que é estabelecido pelo § 2º do art. 5º da Carta Magna Brasileira, que determina que os direitos e garantias abarcam os elencados em tratados internacionais.¹⁵

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil definitivamente assume compromisso com a comunidade internacional de proteger e promover os direitos humanos. A Constituição Federal de 1988 é inovadora ao trazer no art. 5º a previsão de proteção aos direitos humanos e garantias fundamentais, da mesma forma que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A prevalência dos direitos humanos também é um dos princípios contido no art. 4º, somado aos princípios que a ele se relacionam como o da autodeterminação dos povos, o repúdio ao racismo e o da concessão de asilo político.¹⁶

A partir deste momento, passou-se a ter uma dupla fonte normativa, a advinda do direito interno e a advinda do direito internacional. Significando que quando as duas ordens se conflitarem, os operadores do direito interno devem aplicar a fonte mais favorável a pessoa humana, seguindo o princípio *pro homine*.¹⁷

Neste sentido pode-se afirmar que o controle do convencionalidade é realizado pelos juízes ao analisar o caso concreto quando verificam se um tratado, no caso de direitos humanos, está sendo aplicado devidamente no âmbito internacional ou interno. Assim segundo grande parte da doutrina fala-se em um controle de

Acesso em 26 jul. 2019.

¹⁴ CORTE IDH. 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. Acesso em: 14 jul. 2019.

¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p.34.

¹⁶ NOSCHANG, Patricia Graziotin. Os Princípios que regem o Brasil nas suas Relações Internacionais. In: PILAU SOBRINHO, L.L.; RODRIGUES, Hugo Thamir Rodrigues. (Org.). *Constituição e política: na atualidade*. 1ed.Porto Alegre: , 2009, v. 1, p. 131.

¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª Ed. Revista dos Tribunais, 2013.p.37.

convencionalidade externo (internacional) e interno (nacional). Alguns também conceituam como controle de convencionalidade autêntico, e outros como difuso e concentrado.

Segundo Valério Mazzuoli o controle de convencionalidade poderá ser difuso quando um tratado for analisado por qualquer juiz ou tribunal, da mesma forma que ocorre com o controle de constitucionalidade. E, será concentrado quando realizado pelo STF “[...] na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente destes) [...]”.¹⁸

O controle de convencionalidade autêntico é o que se realiza pelos juízes e tribunais internos em primeiro plano adequando a normatividade segundo os tratados internacionais e a interpretação da Corte. Caberá a manifestação dos tribunais internacionais quando os Estados não realizarem o controle de convencionalidade frente a estes tratados e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁹

A lógica é a mesma do controle de constitucionalidade que ocorre no âmbito interno ao verificar a compatibilidade das normas constitucionais com as demais normas internas infraconstitucionais. Neste patamar o controle de constitucionalidade ocorre de maneira concentrada (realizado pelas altas cortes constitucionais) e difusa (realizado pelos demais juízes e/ou tribunais).

Importante ressaltar que o controle de convencionalidade não deve ser realizado apenas no âmbito jurisdicional. Cabe também ao Poder Legislativo ao analisar um projeto de lei, assim como está atento a constitucionalidade do diploma legal proposto, deverá também observar se a norma é compatível com os tratados ratificados pelo Estado. E, também, ao Poder Executivo que deverá vetar lei *inconvenional* (que contrarie tratados já ratificados).

Neste sentido leciona Ingo Sarlet, que o controle de convencionalidade não é um controle de exclusividade do judiciário, pois,

¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 765-766.

¹⁹ ALVES, Waldir. Controle de Convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às Emendas Constitucionais. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 326.

[...] O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado ainda mais a sério nesses casos. [...] Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei [...].²⁰

Assim, conforme já referido, os tratados de direitos humanos normalmente compõe o Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos, no âmbito das Nações Unidas e os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos no âmbito da Organização dos Estados Americano (Américas), União Africana (África) e Conselho da Europa (Europa). Importa neste estudo entender de que maneira o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos trabalha com o controle de convencionalidade e a influência das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos seus Estados Partes.

Considerações Finais

Se a democracia é essencial para a efetiva proteção e garantia dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito, percebe-se que muitas vezes ela não é suficiente.

Desta forma, o controle de convencionalidade tem como objetivo verificar o cumprimento dos compromissos firmados pelos Estados em matéria de direitos humanos. É um controle que pode ser exercido tanto internamente pelo poder judiciário dos Estados, como externamente pelos organismos internacionais competentes de onde emanaram tais compromissos.

Ressaltou-se neste trabalho o controle de convencionalidade realizado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos exercido primeiramente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, se mesmo com a sentença da Corte determinando a violação de direitos referente ao descumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos o Brasil, numa atual democracia estável, não cumpriu duas sentenças referentes a

²⁰SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.112.

invalidação da Lei da Anistia – Lei 6.683/79 – *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil e Caso Herzog e outros vs. Brasil*.

Assim, entende-se que o controle de convencionalidade pode ser uma via para observar e fazer cumprir os compromissos internacionais firmados pelos Estados. Porém, isso só será possível se houver vontade política.

Referência das Fontes Citadas

ALVES, Waldir. Controle de Convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às Emendas Constitucionais. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 326.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

_____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2019.

CONGRESSO NACIONAL. *Decreto Legislativo n. 311 de 16/06/2009*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/578043>> Acesso em: 11 ago. 2019.

CORTE IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Acesso em 26 jul. 2019.

CORTE IDH. 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. Acesso em: 14 jul. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 3ª Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 765-766.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin. Os Princípios que regem o Brasil nas suas Relações Internacionais. In: PILAU SOBRINHO, L.L; RODRIGUES, Hugo Thamir Rodrigues. (Org.). *Constituição e política: na atualidade*. 1ed.Porto Alegre: , 2009, v. 1, p. 130-148.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

12º Seminário Internacional de Democracia e Constitucionalismo
Universidad de Alicante - Espanha
Setembro de 2019

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

UNITED NATIONS. *Human Rights Office of the High Commissioner*. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <
<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: REGULAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A EFETIVA INCLUSÃO SOCIAL

Clovis Demarchi¹

Introdução

A sociedade atual tem-se mostrado mais solidária e acolhedora em relação às minorias sociais. Tanto é verdade que ações para diminuir o preconceito contra esses grupos são constantes, mediante recursos divulgados através da mídia televisiva ou redes sociais, ou por meio de manifestações públicas, e até mesmo em debates promovidos no seio educacional.

Uma dessas minorias que vem obtendo mais espaço é a das pessoas com deficiência. O histórico de marginalização e assistencialismo a que estavam relegadas deu lugar, primeiramente, à educação e à reabilitação; mais tarde à integração social e, atualmente, à inclusão.

Palavra em pauta, a acessibilidade é utilizada constantemente, representando não somente o acesso das pessoas com deficiência a lugares e serviços, mas também a outros elementos garantidores de seus direitos, adquirindo o protagonismo nas suas relações.

Neste sentido, o objetivo deste artigo é destacar a importância do Estatuto da Pessoa com Deficiência como meio de efetivação da inclusão social, possibilitando igualdade de condições para que as pessoas com deficiência possam ter autonomia e emancipação.

As Categorias a serem trabalhadas neste artigo são Estatuto da Pessoa com Deficiência, Pessoa com Deficiência, Inclusão Social, Princípio da Igualdade, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Políticas Públicas, cujos Conceitos Operacionais serão apresentados no decorrer da narrativa.

Quanto à metodologia, foi utilizado o método indutivo com as técnicas da pesquisa bibliográfica e documental.

1. A Constituição como regulação da ordem jurídica

¹ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor na Graduação e na Pós-Graduação. Membro do grupo de Pesquisa em Direito, Constitucionalismo e Jurisdição. Orcid id: <http://orcid.org/0000-0003-0853-0818> Endereço eletrônico: demarchi@univali.br.

Os seres humanos, por sua própria natureza, vivem em sociedade. Grande parte dessas sociedades integram uma comunidade maior, a que se denomina Estado. Para Kelsen², “O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional [...] é a personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui a comunidade”.

O Estado detém o monopólio da força e, nesse sentido, trata-se de uma organização política constituída por uma ordem coercitiva, correspondente ao Direito³. De acordo com o Direito Internacional, essa ordem jurídica é considerada somente se se prestar a regulamentar a conduta humana, sendo inferior apenas à ordem jurídica internacional, e se se impuser perante um determinado território⁴.

Segundo Dallari⁵, pode-se conceituar o Estado como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. Para ele, essa definição contém todos os elementos que compõem um Estado, quais sejam, o poder, que está implícito na noção de soberania; a política, na noção de bem comum; o povo; a territorialidade.

Essa ordem jurídica que constitui o Estado como instituição, que define os limites de sua soberania e que regulamenta a conduta do povo sob sua égide, é a Constituição. Como enfatizado por Miranda⁶:

Em qualquer Estado, em qualquer época e lugar, encontra-se sempre um conjunto de normas fundamentais, respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua atividade [...]. Encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre governantes e governados.

Diz-se que a Constituição constitui o Estado, assim como em qualquer outra comunidade algum corpo de normas desempenha papel semelhante, como o estatuto de um condomínio ou o contrato social de uma empresa, por exemplo. A Constituição, como ordem jurídica, é pensada como um sistema organizatório que se impõe tanto aos governantes, quanto aos governados, destinando-se a servir de fundamento do poder para assinalar a identidade da comunidade política⁷.

² KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3 ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.183.

³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. p. 191.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. p. 219.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral Do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119.

⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 165.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. p. 166.

Segundo entendimento de Kelsen⁸, a função primordial da Constituição “[...] é determinar a criação de normas jurídicas gerais, isto é, determinar os órgãos e o procedimento de legislação e também – até certo ponto – o conteúdo de futuras leis”. Ela estabelece as normas fundamentais e as que garantem a convivência em sociedade e regulamenta o ordenamento jurídico, especificando as competências para legislar e os seus procedimentos, deixando em aberto a possibilidade de criação de novas leis, a serem instituídas de modo complementar.

Neste sentido, o ato legislativo é um ato de exercer a Constituição, cujos preceitos devem sempre ser respeitados, sob pena de declaração de inconstitucionalidade das leis derivadas. Se assim não for considerada, a Constituição perde a função de lei maior de um Estado.

Especificamente em relação à Constituição da República Federativa do Brasil, doravante denominada CRFB/88, há previsão expressa de controle de constitucionalidade do ordenamento infraconstitucional, de acordo com os modelos difuso (*incidenter tantum*) e concentrado.

Como salienta Miranda⁹, a Constituição se sobrepõe sobre todas as leis, na qualidade de lei suprema do Estado.

A Constituição é criada pelo Poder Constituinte, com caráter originário. Ela deve refletir a formação da sociedade, seus valores e culturas e aquilo que considera como bem maior: o direito à vida, o direito à propriedade ou o direito à liberdade, por exemplo. Sob esses fundamentos, impinge força vinculante às leis que se sobrevierem após sua promulgação e estabelece os elementos das relações sociais e as integrações políticas.

Miranda¹⁰ sintetiza bem ao afirmar que a Constituição “é elemento conformado e elemento conformador de relações sociais, bem como resultado e fator de integração política. Ela reflete a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições económicas de uma sociedade”. O mesmo autor, ainda confirma que além dessas condições, a Constituição é a “expressão [...] dos valores jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na comunidade política, [...] o instrumento último de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder”.

⁸ KELSEN, Hans. Teoria geral do Direito e do Estado. p. 260.

⁹ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. p. 201.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. p. 210.

A Constituição representa, portanto, a lei suprema de um Estado, estabelecendo sua ordem jurídica e instituindo os direitos e garantias fundamentais, vinculando as relações entre governantes e governados, fixando a soberania estatal, sendo instrumento através do qual todos os ramos do Direito estão subordinados, dependentes da correlação que tenham com seus princípios basilares, a fim de serem considerados constitucionais.

2. O estatuto da pessoa com deficiência

A Lei 13.146, de 6 de julho de 2015¹¹, doravante denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD) ou Lei Brasileira de Inclusão, trouxe ao ordenamento jurídico o que Habermas denomina como “a inclusão do outro”, envolvendo a perspectiva dos direitos humanos no plano global e no âmbito interno dos Estados.

Contém 127 artigos, que buscam derrubar as barreiras que impedem a emancipação e o exercício da autonomia pela pessoa com deficiência.

De acordo com o Censo realizado no ano 2010 pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹², há mais de 45 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência no Brasil, representando cerca de 23% da população total do país.

Cumpre destacar que a CRFB/88 fez uso da expressão “pessoa portadora de deficiência” (art. 7º, inciso XXXI; art. 23, inciso II; art. 24, inciso XIV; art. 37, inciso VIII; art. 40, § 4º, inciso I; art. 201, § 1º; art. 203, inciso V). Ainda que a CRFB/88 tenha sido vanguardista nesse aspecto, tal termo vem sendo substituído no ordenamento jurídico pela expressão “pessoa com deficiência”, em consonância com a Convenção da ONU. O significado dessa substituição representa a ruptura com a ideia de assistencialismo, na qual as pessoas com deficiência detinham um caráter secundário, adotando-se a nova expressão como forma de declarar a pessoa com deficiência como ente dotado de capacidades e direitos próprios¹³.

¹¹ BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 10 maio 2019.

¹² IBGE. **Censo 2010**. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>. Acesso em 11 maio 2019.

¹³ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 22-23.

De acordo com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008¹⁴, e promulgada pela Presidência da República através do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009¹⁵, definem-se pessoas com deficiência como:

[...] aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Em análise a esse dispositivo, Fonseca¹⁶ entende que a deficiência não está na pessoa, mas “nas barreiras sociais que excluem essas pessoas do acesso aos direitos humanos básicos”, cabendo à sociedade, em obediência à Convenção da ONU, “buscar políticas públicas para que os detentores daqueles atributos outrora impeditivos se emancipem”.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência invoca o Princípio da Igualdade, e a não discriminação (art. 4º a 8º).

Estabelece o atendimento prioritário (art. 9º) nos casos de socorro, no atendimento de serviços ao público, na disponibilização de recursos humanos e tecnológicos que garantam o atendimento em igualdade de condições com as demais pessoas; no acesso às informações de comunicações que sejam acessíveis; no recebimento da restituição de imposto de renda e na tramitação processual, sendo esses direitos extensivos ao seu acompanhante ou ao seu atendente pessoal.

O Título II do EPCD trata dos direitos fundamentais, dispondo do direito que tem a pessoa com deficiência em consentir com os tratamentos médicos ou eventual internação que lhes sejam necessários (art. 10 a 13). Trata dos processos de habilitação e reabilitação (art. 14 a 17); do direito à saúde, através do Sistema Único de Saúde, sendo assegurada sua participação na elaboração das políticas de saúde a ela destinada (art. 18 a 26); do direito à educação, sendo vedada a cobrança de

¹⁴ BRASIL. **Decreto Legislativo n. 186**, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em 11 maio 2019.

¹⁵ BRASIL. **Decreto n. 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 11 maio 2019.

¹⁶ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p. 27.

valores adicionais às pessoas com deficiência (art. 27 a 30); do direito à moradia, inclusive com previsão de proteção integral na modalidade de residência inclusiva e reserva de percentual das unidades habitacionais, nos casos de programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos (art. 31 a 33); do direito ao trabalho (art. 34 a 38); do direito à assistência social e à previdência social (art. 39 a 41); do direito à cultura, esporte, turismo e lazer (art. 42 a 45); dispondo, por fim, sobre o direito ao transporte e à mobilidade (art. 46 a 52).

Ao tratar da acessibilidade, nos artigos 53 a 62, o EPCD define que a acessibilidade é o direito “que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e participação social”¹⁷.

O termo acessibilidade indica livre acesso e possibilidade de que as pessoas com deficiência possam estar nos mesmos lugares que as demais pessoas, em igualdade de condições, com segurança, confiança e comodidade. Como referenciado por Leite¹⁸, “sem os espaços adaptados, não se tem acessibilidade, e, sem esta, não há direitos iguais, não há inclusão social”.

A acessibilidade engloba a aprovação de projetos arquitetônicos e urbanísticos ou de comunicação e informação; a fabricação de veículos de transportes coletivos e a respectiva prestação do serviço; a aprovação de financiamento de projetos com utilização de recursos públicos; a concessão de aval da União para obtenção de empréstimo ou financiamento internacionais por entes públicos ou privados. Dispõe, ainda, sobre o desenho universal, indicativo de acessibilidade.

Nos artigos 63 a 73, o EPCD trata do acesso à informação e à comunicação, entendendo Farias, Cunha e Pinto¹⁹ como tal

a possibilidade e condição de alcance para utilização, pelo deficiente, com segurança e autonomia, de sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo.

Na sequência (art. 74 e 75) dispõe sobre a tecnologia assistiva ou ajuda técnica, que, de acordo com o inciso III do art. 3º, se constitui em

¹⁷ BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

¹⁸ LEITE, Flávia Piva Almeida. Da acessibilidade. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 245.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado**. 3 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 195.

produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, prática e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social²⁰.

Ao final do Título III, trata sobre o direito da pessoa com deficiência à participação na vida pública e política (art. 76), encerrando essa primeira parte com o Título IV – Da ciência e tecnologia (art. 77 e 78).

Na parte especial, dispõe sobre o acesso à justiça (art. 79 a 83), garantindo à pessoa com deficiência esse acesso em igualdade de oportunidade com as demais pessoas, através de adaptações e recursos de tecnologia assistiva, sempre que requeridos, dispondo, também, nos artigos 84 a 87 acerca da garantia do direito ao exercício de sua capacidade legal.

Os crimes e as infrações administrativas vêm relacionados nos artigos 88 a 90, sendo puníveis as condutas discriminatórias; de apropriação de bens ou proveitos da pessoa com deficiência; o abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de abrigo ou congêneres; e a retenção ou utilização de cartão magnético, qualquer meio eletrônico ou documento da pessoa com deficiência destinados ao recebimento de benefícios, proventos, pensões ou remuneração ou à realização de operações financeiras, com vantagem para si ou outrem que não a pessoa com deficiência.

Por fim, nas disposições finais e transitórias, cria o Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Cadastro-Inclusão), administrado pelo Poder Executivo Federal e constituído por bases de dados, instrumentos, procedimentos e sistemas eletrônicos, além das alterações em dispositivos de textos legais.

De modo amplo, a Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, buscou prever todas as situações que envolvem a pessoa com deficiência, fundamentada nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, promovendo estratégias que vão além da repressão e combate à discriminação, inserindo a pessoa com deficiência nos espaços sociais.

3. O estatuto como meio de regulação

²⁰ BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

A CRFB/88 foi promulgada em 5 de outubro de 1988, trazendo inserções importantes a respeito dos direitos da pessoa com deficiência, em confluência com o Princípio da Igualdade. Em que pese, como já dito anteriormente, ter-se utilizado da expressão “pessoa portadora de deficiência”, tal expressão representou um avanço em relação às palavras antes utilizadas, até mesmo no ordenamento jurídico, como “inválidos”, “deficientes” e “incapazes”²¹.

Fonseca²² assevera que os eufemismos que se referem às pessoas com deficiência, como “ceguinhos”, “mudos”, “aleijados”, entre outros, escondem a importância do debate sobre o assunto e “preservam a exclusão de modo quase leviano e evidentemente nebuloso e impreciso”.

Foi através da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência que se disseminou o uso da expressão “pessoa com deficiência”, com o objetivo de afastar a ideia de que são meras expectadoras da vida, sendo sujeitos apenas do assistencialismo ou das políticas de cunho tutelar, tornando-as coadjuvantes nas questões que lhes dizem respeito diretamente²³.

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, como salientado no capítulo anterior, foi ratificada pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008²⁴, e promulgada pela Presidência da República através do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009²⁵, com *status* constitucional, uma vez que a Convenção foi aprovada pelo parlamento brasileiro com quórum de três quintos em cada uma das casas legislativas, em dois turnos, nos termos do § 3º do art. 5º da CRFB/88²⁶.

²¹ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p. 22.

²² FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p. 22.

²³ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**, p. 22-23.

²⁴ BRASIL. **Decreto Legislativo n. 186**, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

²⁵ BRASIL. **Decreto n. 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

²⁶ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p.19.

O fundamento da dignidade da pessoa humana e a igualdade estão diretamente relacionados à proteção dos direitos da pessoa com deficiência, ainda mais se levada em consideração a força constitucional com que promulgada a Convenção da ONU, precursora do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil. A dignidade da pessoa humana, no direito brasileiro, está prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Do mesmo modo, é enunciado no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁷, assim transcrito: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Fensterseifer²⁸ entende que a base filosófica moderna do conceito de dignidade humana encontra respaldo no pensamento do filósofo alemão Immanuel Kant, no sentido de ser contra qualquer objetificação da sua existência, em respeito às suas relações sociais e intersubjetivas.

Sarlet²⁹ define a dignidade da pessoa humana como “[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade [...]”.

Ainda para Fensterseifer³⁰, a dignidade humana tem um conceito mais amplo do que apenas o aspecto biológico ou físico, sendo construído e modelado segundo novos valores culturais e de acordo com o progresso das necessidades existenciais do ser humano, decorrentes do avanço civilizatório. Essas necessidades ultrapassam os limites de indivíduo, pois servem a todos os integrantes de determinada comunidade, com as mesmas necessidades e valores.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é algo inerente e preconizado não somente na nossa Constituição, como também no âmbito dos direitos humanos, sendo da essência da pessoa humana, que, por sua condição de ser, já é detentora

²⁷ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 13 maio 2019.

²⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 31.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

³⁰ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. p. 33.

de dignidade. Ela é “norma, e como tal deverá ser respeitada! A pessoa com deficiência é um ser humano, e como tal deve ser respeitada!”³¹.

Como premissa à garantia dos direitos da pessoa com deficiência, aliado ao respeito à dignidade humana, há de prevalecer o direito à igualdade.

É insuficiente, porém, que todos sejam tratados de forma igual, de maneira genérica e abstrata. Como dito por Piovesan³², “Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença”, sendo necessário dar condições para que as pessoas com deficiência possam se nivelar com os demais, possibilitando-se igualdade de oportunidades, sendo sujeitos dos mesmos direitos.

Porém, deve haver respeito à diversidade e à diferença, assegurando-lhes um tratamento especial. Imperioso que ocorra, portanto, uma relativização do princípio da igualdade em face da dificuldade de integração social enfrentada pela pessoa com deficiência.

Por isso, a proibição de discriminação à pessoa com deficiência torna-se importante instrumento de rompimento com a cultura e o histórico de exclusão, intolerância e injustiça. Esse paradigma é um dos obstáculos que impedem o pleno exercício dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil e no mundo³³.

Dentro do conceito social adotado pela Convenção da ONU, a deficiência não é da pessoa, mas da sua interação com o ambiente e a sociedade em que vive. Piovesan³⁴ faz coro a tal assertiva: “[...] a deficiência deve ser vista como resultado da interação entre indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo”. De acordo com Mazzola e Lima³⁵, “[...] estratégias

³¹ LEITE, George Salomão. A dignidade humana e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p. 61.

³² PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p.35.

³³ PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p. 50.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p. 47.

³⁵ MAZZOLA, Marília Rodrigues; LIMA, Priscylla Gomes de. A acessibilidade como forma de efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. In: FIUZA, César (Org.); SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de (Coord.). **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**: reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 192.

sociais, ambientais, políticas e jurídicas que amparem e auxiliem no combate e superação dessas barreiras são fundamentais e necessárias”.

Fonseca³⁶ assevera que a deficiência, afora as barreiras sociais que promovem a exclusão do gozo dos direitos humanos básicos, deve ser superada com a implementação de políticas públicas que eliminem os obstáculos que impedem a emancipação da pessoa com deficiência. Afirmar, ainda, que “as medidas de cunho assistencial devem ser associadas a políticas públicas que assegurem a franca superação dos assistidos, para que assumam a direção de suas vidas e o gozo pleno de seus direitos humanos básicos”.

Em respeito à dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade relativizada, as pessoas com deficiência só poderão usufruir de igualdade de oportunidades com a existência de políticas compensatórias, que lhes garantam o acesso às mesmas oportunidades dos demais.

Por mais direitos que constem no EPCD ou na Convenção da ONU, nada disso é efetivo se o Estado deixar de agir em relação à proteção da pessoa com deficiência, omitindo-se na criação e implementação das políticas públicas. A ausência de políticas conduz à discriminação e à exclusão, distanciando-se dos objetivos do ordenamento jurídico.

Como meio de regulação, o EPCD encontra respaldo na Constituição e na Convenção da ONU. Para garantir a aplicação efetiva dos direitos nele inseridos, a gestão de políticas públicas que garantam a acessibilidade das pessoas com deficiência é medida que se impõe.

Considerações Finais

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi um marco importante no direito internacional, no sentido de trazer à discussão a necessidade de se dar às pessoas com deficiência as mesmas igualdades de condições para que possam participar ativamente da vida em sociedade.

Tendo sido ratificada no ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se incentivo à promulgação da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015 – Estatuto da Pessoa com

³⁶ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. p. 23-27.

Deficiência, visando a garantia de direitos fundamentais para que os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade fossem respeitados por todos.

Sabe-se que criar novos paradigmas é tarefa arduosa, mas o Estatuto da Pessoa com Deficiência vem com essa missão. Ele estabelece meios para a acessibilidade, que diz respeito não somente ao acesso físico a lugares e serviços, mas também à garantia de direitos que tornam a pessoa com deficiência autora de suas próprias ações.

A mudança de paradigma é necessária e urgente. As pessoas com deficiência não devem mais ser vistas como meras detentoras de direito assistencial, mas sim como protagonistas de suas vontades. No ambiente social deverão ser encontrados os meios indispensáveis ao gozo dos direitos fundamentais, como a saúde, a educação, o lazer. As ações afirmativas de inclusão buscam reparar um passado discriminatório, no alcance da igualdade.

Entretanto, as barreiras que impedem essa acessibilidade, ainda que prevista constitucionalmente, e também no EPCD, somente serão rompidas com a implementação eficaz de políticas públicas que garantam o sucesso do que está delineado no ordenamento jurídico.

Muita coisa já foi feita, não só no mundo como no Brasil, para a eliminação da discriminação e da exclusão das pessoas com deficiência, afinal, como salientado no decorrer deste artigo, as pessoas com deficiência representam 23% da população brasileira, de acordo com o Censo 2010 do IBGE, não constituindo necessariamente uma minoria, mas um grupo que necessita de atenção especial.

Portanto, nada mais justo que tenham reais condições de estarem incluídas na sociedade, de forma autônoma, podendo usufruir de todos os espaços e daquilo que estiver disponível para todas as pessoas.

Para tanto, deve-se salientar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, por mais direitos que tenha estabelecido, somente será eficaz se, em conjunto com ele, forem aplicadas políticas públicas para a efetiva inclusão destas pessoas na sociedade, como reflexo da valorização dos direitos humanos no tocante ao tratamento diferenciado, visando a igualdade social.

Referências das fontes citadas

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 186**, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em 11 maio 2019.

BRASIL. **Decreto n. 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 11 maio 2019.

BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 10 maio 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral Do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado**. 3 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

IBGE. **Censo 2010**. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>. Acesso em 11 maio 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3 ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Flávia Piva Almeida. Da acessibilidade. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEITE, George Salomão. A dignidade humana e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZOLA, Marília Rodrigues; LIMA, Priscylla Gomes de. A acessibilidade como forma de efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. In: FIUZA, César (Org.); SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de (Coord.). **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexos no ordenamento jurídico brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 13 maio 2019.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA EUTANÁSIA NO BRASIL E NA ESPANHA

Rainner Jerônimo Roweder¹

Introdução

A vida é formada por uma vasta gama de sentimentos, entre eles estão a dor e o sofrimento. Normalmente, durante toda nossa trajetória buscamos nos afastar destes sentimentos por serem considerados prejudiciais a uma vida feliz. Mas, nem sempre eles são facilmente evitáveis, como quando graves moléstias cruzam o destino da pessoa, fazendo com que a dor e emoções desagradáveis se tornem grande parte do dia a dia. Quando esta situação ocorre buscamos um fim a estas sensações negativas, mas nem sempre isto é possível, e colocar fim a própria vida se torna uma forma de finalizar a dor física e emocional. No entanto, terminar com a própria vida, com a finalidade de extinguir a dor e o sofrimento nem sempre é uma tarefa fácil e lícita.

O objetivo do artigo é a análise dos contornos modernos do neoconstitucionalismo e as mudanças paradigmáticas trazidas por ele, desaguando na possibilidade de inclusão da eutanásia, nos ordenamentos jurídicos estudados, por intermédio dos novos instrumentos do movimento neoconstitucionalista. Busca-se fornecer um ponto de partida jurídico para possíveis garantias constitucionais não explícitas e sua forma de inserção lícita nos ordenamentos jurídicos estudados por técnicas neoconstitucionalistas. Para isto, foi eleita a eutanásia, prática proibida no Brasil e na Espanha, e estudada a sua plausibilidade de ingresso nos ordenamentos através do citado movimento.

A matéria é extremamente controversa por envolver diversos âmbitos sociais, como a sociedade médica, religiosa, associações de enfermos, cidadãos em geral, associação em favor da morte digna, etc.

A conceituação desta possibilidade de colocar fim a própria vida e sua sistematização foi estudada neste artigo, perpassando por conceituados doutrinadores europeus e latino americanos.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Itajaí/SC) com dupla titulação pela Widener University (Delaware Law School). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte/MG). E-mail: rainnerroweder@gmail.com

A posição jurisprudencial brasileira e europeia também foi analisada e conceitos jurisprudenciais enriqueceram o presente trabalho. Foi perquirido, também, sobre quais diplomas legislativos podem ser utilizados para enquadrar a eutanásia nos ordenamentos jurídicos estudados.

Trata-se de um artigo interdisciplinar com a coordenação das disciplinas de Direito Civil, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Todas estas tocam, de certa maneira, o tema do artigo. O raciocínio predominante é indutivo, considerando que uma especificidade subordina-se a uma regularidade geral. Trata-se uma pesquisa do tipo jurídico-exploratória e histórico-jurídico. Sem a intenção de esgotar o assunto, apresenta-se ao leitor um novo enfoque sobre temas tradicionais.

1. A morte e a vida nos ordenamentos jurídicos do Brasil, da Espanha e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A vida é vastamente protegida, prevista e amparada pelo Direito, em diversos aspectos e em diversos ramos jurídicos. A perpetuação máxima da vida humana digna tende a ser o foco dos ordenamentos, em geral, mas a relativização da vida e a possibilidade de pôr fim a vida é percebida com facilidade, tanto no Brasil, quanto na Espanha e em tratados internacionais, ao cuidar da morte e seus contornos jurídicos.

Até o ano de 7 de julho de 1978, a pena de morte ainda era prevista na Espanha, sendo previsão expressa do art. 15 da Constituição Espanhola de 1978, que estabelece que todos têm direito à vida e à integridade física e moral, sem que em nenhum caso, possam ser submetidos a tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes. "Fica abolida a pena de morte, salvo no que possam dispor as leis penais militares para tempo de guerra."²

Similarmente ao caso espanhol, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a possibilidade da pena de morte somente em caso de guerra declarada, o Código Penal vigente no Brasil descriminaliza o aborto em casos específicos. E a morte, presumida ou fática, é tratada no âmbito do direito civil brasileiro em diversos outros diplomas normativos, como a legislação registrária.

² ESPANHA. **Constituição Espanhola de 1978**. Diário da República. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>, Acesso em 07/08/2019 às 20:30 h.

Além disso, o Decreto nº 5.144³, de 16 de julho de 2004, prevê a possibilidade de abatimento de aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins no território nacional, que geraria, por óbvio, a morte do seus tripulantes.

Em sentido próximo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, estabelece que o direito de “qualquer pessoa à vida é protegido pela lei”, mas ressalta diversas situações em que o direito à vida pode ser relativizado, como, por exemplo, repressão de violência ilegal, para reprimir revoltas ou para efetuar uma detenção legal.⁴

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos já enfrentou alguns casos em que o direito à morte digna foi objeto de análise. No processo de Diane Pretty contra Reino Unido ficou decidido que no caso de uma cidadã inglesa que sofre de uma doença degenerativa incurável dos músculos e requereu o direito a morrer com dignidade e a praticar a eutanásia, o Tribunal considerou que o artigo 2.o da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não lhe atribui direito a morrer, seja com a ajuda de uma terceira pessoa ou de uma autoridade pública, pelo que o Reino Unido, ao não permitir a sua morte assistida, não violou tal disposição. Com efeito, o Tribunal considerou que o “direito à vida não pode ser interpretado de uma forma negativa, em sentido diametralmente oposto, como um direito de morrer, assim como daqui não se poderia criar um direito à autodeterminação e conferir a um indivíduo o direito a escolher a morte em vez da vida”.⁵

No âmbito da jurisprudência brasileira a eutanásia também encontra diversos obstáculos. O primeiro obstáculo é a limitação da autonomia privada no Brasil. Em julgado, a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto declarou que a autonomia privada, encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles

³ O Art. 5º do referido decreto prevê que a medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra.

BRASIL. Decreto nº 5.144 DE 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm
Acesso em 10/08/2019 às 19:30 h.

⁴ EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf
Acesso em 07/08/2019 às 20:55 h.

⁵EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, **Processo 2346/2002**, Relator: Mr M. Pellonpää, President. 4a Secção, de 29 Abr. 2002.

positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.⁶

Cumprе ressaltar ainda que o anteprojeto do novo Código Penal do Brasil já prevê a eutanásia, como hipótese de redução até extinção de pena.⁷

Percebe-se que as transformações sociais refletem diretamente no direito. Com isto, acompanhar as mudanças sociais é fundamental para o ordenamento jurídico, pois a legitimidade do mesmo é dependente da sociedade. Uma das transformações sociais polêmicas é a eutanásia e sua regularização jurídica. No próximo capítulo a eutanásia será conceituada e diferenciada de figuras próximas para melhores entendimentos do tema.

1.1 O conceito de Eutanásia e suas variações brasileiras e espanholas em tempos de transnacionalidade.

A eutanásia não possui um conceito estanque.

Trata-se de um debate muito antigo e que por muitos anos permanece em voga na sociedade. Para retratar a antiguidade do tema, ressalte que Platão, em sua obra "A República", já falava sobre a morte livre, sem utilizar no entanto a alcunha eutanásia. Platão, aparentemente, demonstra-se a favor do que hoje chamamos de eutanásia, asseverando que o prolongamento de uma vida quando há uma doença incurável, vai de encontro com a condição de finitude da vida. A incontornável finitude da vida. Seu argumento se mantém lembrado, de certa forma, até hoje, para fins históricos. Assevera, também, que tal prolongamento da vida também suscita discussões sobre o valor econômico, pois o coletivo necessitaria de levantar fundos para manter uma vida desenganada de outrem.⁸

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 201819/RJ** Relator (a): Min. ELLEN GRACIE. Julgado em 11/10/2005. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portaIStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portaIStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185067&modo=cms Acesso em 10/08/2019 às 20:30 h.

⁷ CRUZ, José. Comissão apresenta anteprojeto do novo Código Penal. São Paulo: Conjur, 2012, p 01

⁸ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo, SCHRAM, Fernando.. **A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da Saúde Pública**. Rio de Janeiro: Cadernos Saúde Pública. 2007, p. 855-865.

O termo eutanásia é derivado do grego e quer significar a boa morte ou morte suave.

Trata-se de prática ainda legalmente proibida no Brasil e na Espanha, mas com o debate ativo para sua regulamentação em ambos ordenamentos jurídicos.

Para o professor da Universidade do Porto, Paulo Pulido Adragão, por eutanásia propriamente dita deve se entender o ato de matar deliberadamente um doente incurável para pôr fim ao seu sofrimento, isto quer dizer, sempre por razões de piedade.⁹ Segue relatando que recentemente, já não é assim: a eutanásia propõe-se como uma escolha (*death by choice*) e pretende-se o seu reconhecimento como expressão do pluralismo de ideias numa sociedade; ou então como uma alternativa imposta pelas mudanças na assistência sanitária; ou ainda como uma exigência de respeito vontade e autonomia de quem prefere a morte vida.¹⁰

O conceito de eutanásia foi sofrendo variação e especificação ao longo do tempo. Com efeito, na visão do latino americano, Eduardo Tinant, eutanásia significa basicamente provocar a morte, com algumas qualificações, a seguir compelidas: 1) efetuada por um terceiro; 2) de um paciente portador de uma enfermidade mortal; 3) a seu requerimento; 4) em seu próprio benefício, e 5) por meio da administração de um tóxico ou veneno em dose mortal. E segue explicando, caracterizando e pontuando: 1) A terceira pessoa, geralmente um médico ou um profissional da saúde, que provoca a morte, distingue a eutanásia do suicídio assistido, em que aquela põe ao alcance do paciente o mecanismo ou a droga necessária; 2) A existência de uma enfermidade terminal permite distinguir primariamente eutanásia de homicídio assistido; 3) Requerimento do paciente, dado fundamental que legitima a expressão de sua vontade autônoma no exercício máximo de seu direito a morrer; 4) Implica que se deve efetuar tendo em conta o melhor interesse do paciente: evitar uma deterioração da qualidade de vida ou um sofrimento que não deseja suportar; 5) Procedimento, ato, conduta, pelo que se materializa a eutanásia mesma, administrando um veneno ou droga letal.¹¹

⁹ ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A Eutanásia: Argumentos de um Debate**. Lisboa: JusJornal. 2016. Disponível em https://drive.google.com/file/d/1_G7RUxUNTIL9yiXqmMfsyRkHcPCLjqLs/view. Acesso em 05/07/2019 às 20:30 h.

¹⁰ ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A Eutanásia: Argumentos de um Debate**. Lisboa: JusJornal. 2016. Disponível em https://drive.google.com/file/d/1_G7RUxUNTIL9yiXqmMfsyRkHcPCLjqLs/view. Acesso em 05/07/2019 às 20:30 h.

¹¹ TINANT, Eduardo Luis. **Antología para una Bioética jurídica**. Buenos Aires: La Ley, 2004, Nº 69, p. 5-10. Tradução livre.

De acordo com Erik Gramstrup, em parceria com estudos da Universidade Federal do Rio de Janeiro, a eutanásia pode ser classificada também em eutanásia por ação ou positiva, quando há um ato deliberado a provocar a morte sem dor de pacientes terminais e a por omissão ou negativa em que há a retirada de tratamentos e aparelhos que mantinham determinado paciente vivo ou por que não se inicia um tratamento médico.¹²

No âmbito da doutrina espanhola se destaca o vetusto Ricardo Royo-Villanova que propôs a seguinte divisão: 1) Eutanásia Súbita - morte repentina 2) Eutanásia Natural - decorre no decurso natural e gradual do envelhecimento. 3) Eutanásia Estóica, - morte obtida com a exaltação das virtudes do estoicismo, o aconselhamento à indiferença e o desprezo pelos males físicos e morais 4) Eutanásia Teológica - morte em estado de graça 5) Eutanásia Terapêutica - obtida por emprego ou omissão de meios terapêuticos para obter uma morte suave, aos pacientes incuráveis e com dor. 6) Eutanásia Eugénica e Económica - eliminação de todos os seres degenerados ou inúteis. 7) Eutanásia Legal - consentida e regulamentada legalmente.¹³

Percebe-se que uma vasta gama de classificações do que seria a eutanásia pode ser encontrada na literatura especializada e as suas classificações variam conforme o autor estudado.

Compete estabelecer, também, a diferença entre a referida figura com a distanásia e a ortotanásia. A ortotanásia é uma eutanásia negativa, em que a essencial ajuda médica não é aplicada no doente terminal. Assim, o paciente morre por não ter os possíveis cuidados médicos aplicados, por sua vontade. A distanásia, noutro giro, consiste no atraso da morte por aplicação dos meios médicos possíveis, ainda que não exista a esperança de cura do paciente. Assim, novas técnicas de reanimação, podem ser consideradas distanáticas, bem como a manutenção da vida através de aparelhos médicos.

Apesar das variações em termos de conceituação, terminar com a própria vida pode ser um método rápido e barato de acabar com o sofrimento que a morte pode trazer consigo.

¹² GRAMSTRUP. Erik Frederico. **Eutanásia: definição e classes**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 27

¹³ ROYO-VILLANOVA, Morales. **Concepto y definición de la eutanásia**. Zaragoza: La Academia, 1928, p. 10. Tradução livre.

A total e absoluta proibição da eutanásia no Brasil e na Espanha já é relativizada em sua efetividade e o número de adeptos é crescente.

Um dos instrumentos utilizados para contornar as proibições estatais e pressionar a venda dos seus produtos, utilizando as grandes corporações como novo ator do direito internacional é a transnacionalidade. A citada teoria amplia o espectro de criadores da norma jurídica, deixando as grandes corporações de serem simples objeto de direito, em reconhecimento do crescente poder privado no mundo globalizado.

Mais especificamente ao tratar do tema, Cutler nos informa que reivindicações de reconhecimento enquanto atores do direito internacional são cada vez mais emanadas de indivíduos, organizações internacionais, empresas, protetores dos direitos humanos e movimentos ambientais, minorias étnicas e povos indígenas. Os indivíduos estão adquirindo atributos significativos de personalidade jurídica internacional por meio da operação de acordos internacionais de direitos humanos que proporcionam aos demandantes individuais acesso direto aos tribunais e tribunais de direitos humanos a fim de desafiar a conduta dos Estados. No entanto, o problema é muito mais profundo do que a ambiguidade sobre a exclusividade das reivindicações estatais à autoridade e relaciona-se ao status das leis como o "sujeito" da lei e da política. Isso é chamado de "problema do sujeito". O problema do sujeito envolve a tendência de evitar confrontar a questão de quem ou o que pensa ou produz a lei. No direito internacional, o problema do sujeito aparece na designação de estados como "sujeitos" da lei, enquanto indivíduos e corporações são considerados "objetos" da lei.¹⁴

As implicações de tratar corporações e indivíduos como objetos e não como sujeitos são profundamente problemáticos empiricamente e normativamente. Enquanto corporações transnacionais e associações empresariais privadas podem ser objetos de direito (de jure), elas estão, de fato, operando como sujeitos (de fato). Tem havido um crescente pluralismo, heterogeneidade e diferenciação em ambos os assuntos legais e fontes do direito ao longo do tempo.¹⁵

No mundo, diversos métodos, ao arripio da lei, já têm sido utilizados para promover a facilitação do fim da dor, causando a morte e alimentando um crescente mercado. Uma das novidades de 2019 é a capsula do suicídio, produzida no Canadá

¹⁴ CUTLER. A. Claire. **Private Power and Global Authority**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 103

¹⁵ CUTLER. A. Claire. *Private Power and Global Authority*. p. 103

por impressora 3D, denominada de Cápsula Sarco, que promete uma morte tranquila e sem dor aos suicidas.

O produto não consta como proibido em nenhuma das legislações estudadas neste artigo e não pode ser considerado uma arma, logo pode ser percebido como uma verdadeira joia do transnacionalidade atual para contornar as proibições estatais. Segundo o criador do produto, a Sarco não usa nenhum medicamento restrito pela lei ou requer algum conhecimento especializado, como a inserção de uma agulha intravenosa. Qualquer pessoa que possa passar no teste de entrada pode entrar na máquina e acabar legalmente com sua vida.¹⁶ Trata-se de um equipamento reutilizável e *eco-friendly*.

Outros instrumentos também podem ser utilizados em ambiente não hospitalar. De acordo com Mafalda Anjos¹⁷, um barbitúrico, é a droga número um utilizada para a prática do suicídio assistido e da eutanásia fora dos meios hospitalares. Ficou conhecida como "peaceful pill" ou a "droga tranquila", e apesar de ser proibida na esmagadora maioria dos países desenvolvidos, incluindo a Espanha, pode facilmente ser comprada online por quem procura um fim indolor e vive em sítios onde a prática está criminalizada. A droga vem num pacote discreto e facilmente escapa aos controlos aduaneiros e a sua presença só é detectada em autópsias, que muitas vezes não são realizadas em doentes terminais. Conforme noticiado, o custo da droga não chega a 150 euros, o que facilita o seu acesso a pessoas de diversas classes sociais. Ressalte que se trata de prática inicialmente considerada como ilegal.

Com isto, percebe-se que as proibições legislativas são facilmente contornáveis e a adequação da legislação ao fato social é altamente recomendável tanto na Espanha quanto no Brasil. A proibição não se sustenta somente em um aspecto religioso e a tendência de aumento de liberdade dos cidadãos clama pela legalização da eutanásia. Em especial, a espécie de eutanásia ligada ao fim da dor.

¹⁶ EXIT INTERNATIONAL. **Canadian launch of world-first 3D Printed Euthanasia Machine.** *Exit Notices*. Disponível em: <https://exitinternational.net/docs/SarcoIxx.pdf>
Acesso em 01/08/2019 às 19: 30 h. Tradução livre.

¹⁷ ANJOS, Mafalda. Eutanásia: quando a morte chega pelo correio a casa dos portugueses. Lisboa: Visão, 2016. Disponível em <http://visao.sapo.pt/actualidade/sociedade/2016-04-26-Eutanasia-quando-a-morte-chega-pelo-correio-a-casa-dos-Portugueses>
Acesso em 05/07/2019 às 19:30h.

Assim, naturalmente que a constitucionalização aqui visada somente está ligada a aquelas espécies conectadas aos direitos da personalidade e escolha de uma morte digna, sem sofrimento.

Para que seja considerada um direito, a eutanásia não precisa ser regulamentada, mas precisa necessariamente ser legal ou constitucional, logo, todas as formas acima tratadas não adaptadas ou confrontantes a um ordenamento jurídico estão descartadas como direito da personalidade.

A eutanásia é sem dúvida um tema sem segurança jurídica, logo afastada dos valores de justiça. A situação social em desconformidade com a legislação gera tal insegurança. E tal quadro precisa ser alterado. Como bem disserta António Pinheiro Torres, quando falamos em ordem social, falamos implicitamente em segurança e justiça. Sem segurança a ordem não existe ou é imperfeita, o que impossibilita a realização total dos fins da sociedade e das pessoas que a compõem.¹⁸

Há grande demanda social para a prática dos atos e sua desproibição, ainda no ano de 2019. Na Espanha, conforme noticiou o Jornal El País, as pesquisas nas últimas décadas são inequívocas, cerca de 84% da população mostra o seu apoio a regular à morte desejada. O último "Sociómetro" do País Basco [série de estudos iniciada em 1996 que procura fazer um retrato da realidade social basca], o mais recente, apontou 86% de aprovação.¹⁹

Assim, as entre a proibição e a liberação da eutanásia nota-se um vazio legislativo que precisa ser preenchido para garantir tão valiosa segurança jurídica nos ordenamentos jurídicos analisados.

2. O neoconstitucionalismo e a formação de novos direitos

O neoconstitucionalismo já não é nenhuma novidade e possui vasto estudo pela doutrina e jurisprudência.

Um dos grandes marcos do neoconstitucionalismo é a expansão do Poder Judiciário, especificamente na jurisdição constitucional. Essa tarefa de analisar a compatibilidade de uma lei com a Constituição também não é nova, podendo-se referir ao sistema do controle difuso de constitucionalidade, que surgiu nos Estados

¹⁸ TORRES. António Maria M. Pinheiro, **O valor da justiça**. Coimbra: Coimbra editora 2014, p. 13

¹⁹ BRENA. Carmém Moran. **Um milhão de assinaturas para descriminalizar a eutanásia na Espanha**. Madrid: El País, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/11/internacional/1562859484_327711.html Acesso em 05/08/2019 às 20 h.

Unidos em 1803, com o julgamento do caso Marbury contra Madison, e depois, foi criado o modelo de controle constitucional em que se atribuía ao órgão uma autonomia orgânica, com capacidade de exercer o controle concentrado de constitucionalidade, que foi difundido na Europa. Já existia, assim, o modelo difuso americano e o modelo europeu concentrado.

A partir daí, depois da Segunda Guerra Mundial, essa jurisdição constitucional que já tinha fincado suas bandeiras no constitucionalismo, se expandiu, sendo que cada vez mais, temas próprios da política e face ampla das organizações sociais foram levados à baila da decisão judicial.

Destarte, tem-se uma migração do foro de competência tradicional e moroso parlamentar para o foro jurídico, sendo que grandes questões tendem a ser levadas as Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais, que em última análise vão dar a última palavra para o caso em questão.

Essa expansão da jurisdição constitucional é causada em grande medida por um fator, que é a judicialização de assuntos atinentes à política pública. É por isso que temas como união homoafetiva, políticas afirmativas, segregação racial, biossegurança, etc., são temas de grande repercussão social e não foram adequadamente decididas pelos respectivos congressos (parlamentos) e são recorrentemente pautas de julgamentos de órgãos jurisdicionais superiores.

Muitas vezes o próprio legislativo se omite no dever de legislar, sobre a justificativa de não ter o custo político de decidir em favor de uma ou outra corrente, transformando em uma ficta delegação de Poder Público para os Tribunais, incentivando e promovendo essa judicialização da política, e causando, por consequência, a expansão da jurisdição constitucional.

Uma das consequências que se pode apontar para este modelo do neoconstitucionalismo pode ser: maior eficácia dos princípios constitucionais, como por exemplo, nas decisões judiciais que decorrem das uniões homoafetivas, que não se basearam na lei, mas sim no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que tem por fundamento que a união de pessoas do mesmo sexo também é considerada uma entidade familiar, se comparando à união estável. É, pois, fruto do pós-positivismo, que ao invés de aplicar apenas a regra constitucional, aplica-se o princípio constitucional.

Assim, a força normativa da Constituição permite que o Poder Judiciário tenha um papel mais ativo, já que dessa ideia resulta a aplicabilidade direta da Constituição

pelo juiz, que passou a ser provocado a tomar decisões de caráter político com o objetivo de resolver demandas sociais, como nas áreas da saúde, educação, segurança e demais políticas públicas não reguladas pelo legislador e não implementadas ou omitidas pelo Poder Executivo.

Desta forma, deve-se reconhecer a crescente força normativa dos princípios, que possuem em sua essência uma valoração axiológica, podendo-se citar como exemplo: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia, o princípio da equidistância, o princípio da igualdade, princípio da solidariedade social, princípio da interpretação conforme, dentre outros, sendo que o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate da moral, visando os aspectos fundamentais e para implementação de políticas públicas, que é função do Poder Executivo, mas passa a existir por meio de decisões judiciais.

Aliás, é certo que o neoconstitucionalismo reside em uma das maiores divergentes discussões, não sendo poucas as críticas sobre a sua aplicação, uma vez que existem doutrinadores que advertem sobre os possíveis riscos de sua adoção para a democracia em face da judicialização excessiva da vida social, abalando o princípio basilar da separação dos poderes.

Acerca da utilização dos princípios, Robert Alexy esclarece que não apenas a aplicação dos princípios é de vital importância, mas sobretudo uma teoria dos princípios adequada ao direito democrático que possa guiar essa aplicação de maneira justa. Afirma que "apenas uma teoria dos princípios pode conferir validade adequada a conteúdos da razão prática incorporados ao sistema jurídico no mais alto grau de hierarquia e como direito positivo de aplicação direta"²⁰. Do mesmo autor advém a tradicional máxima que traduz os princípios como mandamentos de otimização. Para ele, princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.²¹

Para tanto, se o constitucionalismo conseguiu realizar normas constitucionais limitando a atuação do Estado, o neoconstitucionalismo passou a redefinir novas

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 669.

²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. p. 642

tendências sociais e políticas, para trazer força normativa atrelada aos princípios e valores morais.

Destarte, houve a neoconstitucionalização dos direitos, fazendo com que a minoria social pudesse se tornar mais protegida pela ordem política, social e jurídica, passando a determinar um sentimento jurídico universal para proteção dos direitos fundamentais.

Importante ressaltar que os direitos fundamentais, inclusive o direito fundamental à vida e à morte digna tratado neste artigo, na existência do neoconstitucionalismo, vigoram juntamente com a força normativa das regras, dando-lhes obrigatoriedade jurídica.

As normas constitucionais, por vezes, são fragmentárias, que expressam conceitos jurídicos indeterminados, como por exemplo: princípio da moralidade, conceito de vida, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, valor ético da família, interesse social, etc. São expressões abstratas, que apesar de serem determinantes para o neoconstitucionalismo, não possuem conceito concreto e pré-fixado. Sendo consideradas por isto normas proteifórmicas e permitem que novos valores, como a morte digna, sejam inseridas nos ordenamentos jurídicos. Por isso, quando se insere sistemas jurídicos indeterminados na Constituição, busca-se na filosofia seu entendimento para se utilizar na argumentação jurídica.

Assim, o principal fator de preocupação do neoconstitucionalismo, no sentido de determinar a sua aplicabilidade, passou a ser a concretização constitucional, mesmo porque, no constitucionalismo, ainda que estivesse positivado, não havia a concretividade. O guardião da Constituição passa a ser o judiciário, que servirá para “guardar” as normas constitucionais que possuem força normativa. Desta forma, o neoconstitucionalismo é uma nova forma de operar todo o sistema jurídico em conformidade à Constituição, inclusive com a interpretação integral, sem forma fixa e sistematizada da própria Carta Magna.

Busca-se, por conseguinte, que não se cometa mais qualquer atrocidade contra a pessoa humana, sendo que as leis devem ser interpretadas dentro de um determinado fator jurídico emanado de princípios morais atuais.

Nesta concepção, o neoconstitucionalismo se torna mais próximo da realidade vivida atualmente do que a da época de escrita do texto constitucional, fundindo-se o sujeito e o objeto. É imperioso ainda não deixar de citar sobre a existência do “constitucionalismo do futuro”, a ser implementado após o neoconstitucionalismo,

que traz a ideia mais precisa de fraternidade e solidariedade (constituição do porvir) que se espera aumentar preceitos de fraternidade e solidariedade no bojo social.

Assim, a releitura social em compatibilidade com preceitos morais atuais e de livre morte, por si só, já caminha para a regulamentação da eutanásia, haja vista a proteiformidade dos princípios constitucionais no neoconstitucionalismo.

A interpretação também é relevante para o deslinde da matéria aqui tratada e será abordada no capítulo seguinte.

2.1 A compatibilidade constitucional da eutanásia por intermédio do neoconstitucionalismo e da interpretação aberta.

A interpretação aberta também é uma característica do neoconstitucionalismo. O constitucionalista alemão Peter Häberle nos ensina que as Constituições não são necessariamente voltadas para os juristas, mas para toda sociedade. Assim, somente com inteira compreensão do texto e valores constitucionais seria possível a dissipação positiva do seu conteúdo.

As pessoas, neste sentido, podem estar aptas a sentir e aplicar o texto constitucional, sem a invariável necessidade de inserção do Estado-juiz interpretando o seu texto. É natural que em diversas questões, como minúcias de direito fiscal, o Estado-intérprete seria essencial, mas em questões comuns, ou diretamente ligada à vida (e à morte) das pessoas, as próprias poderiam fazer aplicação direta do seu texto, na chamada sociedade aberta de intérpretes.

Os intérpretes oficiais (estatais), tradicionalmente aceitos, perdem o seu valor de univocidade de interpretação constitucional e o número de atores cresce significativamente, ampliando-se a democracia interpretativa constitucional e dando mais vazão social ao texto da própria Constituição. Segundo o citado autor não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade!²²

O conceito atual de interpretação propositiva (*purpositive interpretation*) também auxilia na ampliação das permissões constitucionais, em especial em países que possuem o texto constitucional enxuto, fazendo com que o julgador crie

²² HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 153

instrumentos jurídicos ao julgar, não se atendo somente a interpretação. De acordo com um dos expoentes desta teoria, o juiz da Suprema Corte de Israel Ahron Barak, na revista de Harvard, em livre tradução, rejeita a alegação de que o juiz apenas declara a lei e não a cria²³. É uma abordagem fictícia e até infantil. A teoria de Montesquieu de que o juiz é não mais do que a boca que produz as palavras da lei é igualmente desacreditada. Ele suspeita que a maioria dos juízes da Suprema Corte acredita que, além de declarar a lei, eles às vezes criam leis. Em relação ao sistema de direito comum (*Common Law*), isso certamente é verdade: nenhum sistema de direito comum é o mesmo hoje que há cinquenta anos, e os juízes são responsáveis por essas mudanças. Segundo ele, essa mudança envolve a criação. O mesmo se aplica à interpretação de um texto legal. O significado da lei antes e depois de uma decisão judicial não é o mesmo. Antes da decisão, havia, nos casos difíceis, várias soluções possíveis. Após a decisão, a lei é o que a decisão diz que é.²⁴

Com isto, revela-se a possibilidade judicial direta de inserção de novas normas por intermédio do Poder Judiciário, como as que dariam vazão à morte digna. Nesta toada de ampliação interpretativa percebe-se maior facilidade de inclusão de novas teorias no bojo constitucional. É quase natural pensar que os ditos intérpretes e órgãos oficiais de interpretação podem, e muitas vezes vão, negar tais formas livres de interpretação, reclamando, assim, a sua competência tradicionalmente conferida pelo texto constitucional. Então, o dito anteriormente pode não ser aceito por tais órgãos.

Se a interpretação constitucional pode ser livre e em consonância com um espírito social desligado da interpretação oficial do Estado, a eutanásia facilmente pode ser incluída no bojo das garantias constitucionalmente garantidas, tendo em vista que a proteção dos direitos fundamentais, como a vida, tende a ser expressa por cláusulas abertas, sem densidade normativa, logo muito abertas à interpretação.

Sem o intuito de instigar o anarquismo jurídico, por tal teoria, a inserção de novas figuras no ordenamento encontra uma assustadora facilidade de se tornar realidade na vida dos jurisdicionados.

²³ BARAK. Ahron - **A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy**. Cambridge: Harvard Law review, 2002, p,97. Livre Tradução.

²⁴ BARAK. Ahron - **A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy**, p,102. Livre Tradução.

Assim, ligando-se o direito à morte ao direito à vida e tendo em vista que não existem direitos fundamentais maiores que os outros, o fim da vida digno poderia facilmente se tornar realidade.

Soma-se a estes argumentos a velha máxima do Princípio da Legalidade no âmbito privado, que diz que as pessoas são livres para fazer tudo o que não é vedado, e como a morte não respeita nenhuma norma jurídica, mas tão somente as naturais, a sua proibição iria contra o mais basilar da natureza humana. Assim, a morte livre e desimpedida somada ao princípio da dignidade da pessoa humana revela a necessidade de atribuir a morte digna o caráter de direito constitucional, valorizando-se, assim, a esfera de liberdade privada.

Note que se trata de uma escolha, pautada na racionalidade humana e não em uma imposição estatal. As liberdades tendem a ser mais valorizadas que as restrições no atual Estado de Direito Democrático. As liberdades são crescentes e tomam uma nova face a cada dia, gerando novas liberdades constitucionais impensáveis na fundação da própria constituição e do próprio constitucionalismo.

Entre tais liberdades crescentes na esfera privada estão a liberdade de gênero, digital, comércio eletrônico, sexual, dos animais, do tele trabalho, entre outras, que são exemplos de novas possibilidades que foram se somando ao texto constitucional, ampliando e complexando o próprio conceito de dignidade da pessoa humana. Mas, uma vez presentes no bojo da sociedade dificilmente conseguiríamos excluir estas novas práticas por intermédio da legislação, ainda que constitucional.

Assim, empodera-se o cidadão, dando a ele *status* de interprete, mas o mesmo, diga-se com ênfase, continua sob o bojo do Estado de Direito Democrático e de todas as derivações desta forma de ser do Estado.

Considerações Finais

Flexionando-se a teoria principiológica constitucional dos ordenamentos jurídicos estudados, percebeu-se que existe espaço para a compatibilidade abstrata entre as normas constitucionais e a eutanásia, haja vista as teorias apresentadas de aplicação dos princípios e de sua força normativa.

Trata-se de prática ainda proibida no Brasil e na Espanha. Por isto, foi verificada a adequação social da desproibição penal e civil do tema, bem como a possibilidade de compatibilização constitucional da eutanásia, por técnicas neoconstitucionalistas, e a Constituição vigente do Brasil e da Espanha. Verificou-se

que técnicas de interpretação podem ajudar no deslinde do problema, a exemplo da interpretação propositiva e a sociedade aberta de intérpretes. Notou-se que as características modernas do neoconstitucionalismo são suficientes para incluir a eutanásia, uma vez desproibida, nos ordenamentos jurídicos estudados.

Referência das fontes citadas

ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A Eutanásia: Argumentos de um Debate**. Lisboa: JusJornal. 2016 Disponível em https://drive.google.com/file/d/1_G7RUxUNTIL9yiXqmMfsyRkHcPCLjqLs/viewAcesso em 05/07/2019 às 20:30 h.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANJOS, Mafalda. Eutanásia: quando a morte chega pelo correio a casa dos portugueses. Lisboa: Visão, 2016. Disponível em

<http://visao.sapo.pt/actualidade/sociedade/2016-04-26-Eutanasia-quando-a-morte-chega-pelo-correio-a-casa-dos-Pportugueses> Acesso em 05/07/2019 às 19:30h.

BARAK. Ahron - A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. Cambridge: Harvard Law review, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 201819/RJ** Relator (a): Min. ELLEN GRACIE. Julgado em 11/10/2005. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185067&modo=cms Acesso em 10/08/2019 às 20:30 h.

BRENA. Carmém Moran. **Um milhão de assinaturas para descriminalizar a eutanásia na Espanha**. Madrid: El País, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/11/internacional/1562859484_327711.htmlAcesso em 09/08/2019 às 18:30

CRUZ, José. Comissão apresenta anteprojeto do novo Código Penal. São Paulo: Conjur, 2012.

CUTLER. A. Claire. **Private Power and Global Authority**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

ESPAÑA. **Constituição Espanhola de 1978**. Diário da República. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>, Acesso em 07/08/2019 às 20:30 h.

EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf Acesso em 07/08/2019 às 20:55 h.

EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, **Processo 2346/2002**, Relator: Mr M. Pellonpää, President. 4a Secção, de 29 Abr. 2002.

EXIT INTERNATIONAL. Canadian launch of world-first 3D Printed Euthanasia Machine. Exit Notices. Disponível em: <https://exitinternational.net/docs/SarcoIxx.pdf>. Acesso em 01/08/2019 às 19: 30 h.

GRAMSTRUP. Erik Frederico. **Eutanásia: definição e classes**. Coimbra: Almedina, 2010.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 153

ROYO-VILLANOVA, Morales. **Concepto y definición de la eutanásia**. Zaragoza: La Academia, 1928, p. 10. Tradução livre.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo, SCHRAM, Fernando.. **A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da Saúde Pública**. Rio de Janeiro: Cadernos Saúde Pública. 2007, p. 855-865.

TINANT, Eduardo Luis. **Antología para una Bioética jurídica**. Buenos Aires: La Ley, 2004, N° 69, p. 5-10. Tradução livre.

TORRES. António Maria M. Pinheiro , **O valor da justiça**. Coimbra: Coimbra editora 2014.

OS DESAFIOS À DEMOCRACIA E AO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA DO SUL: O CASO DA VENEZUELA

William Paiva Marques Júnior*

Introdução

As relações internacionais na primeira década do Século XXI foram marcadas por acontecimentos de grande relevo, como a guerra ao terror, promovida principalmente pelos Estados Unidos, a ascensão econômica chinesa, não apenas no entorno asiático, mas também em escala mundial, a mudança nos termos de troca em favor dos países produtores de bens primários, a extraordinária dinâmica de crescimento dos anos de 2003 a 2007, a crise financeira sistêmica desde 2008 e a recuperação do crescimento econômico dos países em desenvolvimento. Esses fenômenos sinalizam modificações estruturais no sistema econômico e político internacional, configurando novas relações estatais e o fortalecimento de outros projetos integracionistas, dentre os quais avultam em importância o MERCOSUL e, mais recentemente o PROSUL, ambos na América do Sul.

Diversos temas servem de desafio à efetividade da democracia e do constitucionalismo na América do Sul, especialmente as deficiências na educação, o caos no acesso à saúde, a problemática ambiental, as violações estatais e não-estatais aos direitos humanos, a necessidade de combate ao narcotráfico e à violência endêmica, dentre outras questões fundamentais para o desenvolvimento da região.

Desde a morte de Hugo Chávez ocorrida em 2013, a Venezuela vive inegável processo de crise econômica, política e social. O vazio de poder se acentuou com a pouca efetividade de Nicolás Maduro e com a baixa do preço do petróleo no mercado internacional, uma vez que o País está bastante suscetível às baixas do preço do petróleo no mercado internacional por não ter conseguido se industrializar e criar uma infraestrutura.

Com o agravamento da crise econômica, o governo de Nicolás Maduro aumentou a repressão exercida contra seus opositores, as detenções arbitrárias,

* Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UFC. Professor Adjunto I do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da UFC de Direito Civil II (Direito das Obrigações) e Direito Civil V (Direito das Coisas). Coordenador da Graduação em Direito da UFC (2014 a 2017). Assessor de Legislação e Normas da Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas da UFC. Foi Advogado Júnior da ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos), de 2008 a 2011. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. *E-mail*: williamarques.jr@gmail.com

violações sistemáticas aos direitos humanos, a falta de eleições livres e o cerceamento das liberdades individuais, inclusive com a questionável eleição de uma nova Assembleia Nacional Constituinte.

Em dezembro de 2016, a Venezuela foi suspensa do MERCOSUL, sob o argumento jurídico que o país deixou de cumprir com os compromissos assumidos na sua adesão ao Bloco e, portanto, perdeu todos os direitos de participação. Em 2019, o Grupo de Lima, requereu ao Tribunal Penal Internacional (TPI) que investigue Nicolás Maduro, considerando a grave situação humanitária na Venezuela, a violência do regime de Maduro contra a população civil e a rejeição de assistência internacional, que, segundo manifestação do Grupo de Lima, constituem “crime contra a humanidade”.

Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos internacionais e da legislação. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

1. Panorama da democracia e do constitucionalismo na América do Sul

Na Ciência Política, constitucionalismo e democracia representam conceitos distintos. Um pode existir sem o outro. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus aportes iniciais nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI em virtude do papel protagonista desempenhado pela Constituição em um mundo complexo e globalizado. A realidade contemporânea demonstra que a relação entre a democracia e a Constituição se revela como constante necessidade. O escopo do constitucionalismo no contexto da contemporaneidade é a introdução de mecanismos combativos às mudanças que impliquem retrocesso político e social. No contexto do modelo imanente ao Neoconstitucionalismo europeu-continentar, o valor democrático é materializado por meio da democracia representativa e majoritária.

Consoante Karl Loewenstein²⁵, o poder encerra em si mesmo a semente de sua própria degeneração. Isto quer dizer que quando não está limitado, o poder se transforma em tirania e em arbitrário despotismo. Daí que o poder sem controle adquire um aspecto moral negativo que revela o demoníaco no elemento do poder e o patológico no processo do poder.

²⁵ LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Traducción: Alfredo Gallego Anabitarte. Segunda Edición. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 28. Tradução livre.

Essa realidade é verificada historicamente nos países da América do Sul, que apresentavam uma organização de perpetuação do *status quo* por meio de ditaduras civis ou militares, com um viés marcadamente excludente. A discussão atual do reconhecimento dos direitos humanos nos países da região perpassa necessariamente pela adoção do regime efetivamente (e não apenas nominalmente) democrático.

No segundo quartel do século XX advieram os governos autoritários, quando os países latino-americanos submeteram-se à instalação de regimes ditatoriais-militares e liberticidas, ressaltando mais ainda a forma antidemocrática de poder e descomprometida com a eficácia dos direitos humanos, com instituições nitidamente descompromissadas com a democracia. A tomada do poder pelos militares gerou não só uma crise político-institucional com a perseguição dos opositores e diversos cometimentos de violações aos direitos humanos, fatores estes que culminaram em uma crônica instabilidade político-institucional regional, exacerbando ainda mais a existência de políticas públicas excludentes e personalistas.

No contexto da decadência dos regimes ditatoriais na América do Sul observa-se o surgimento de diversas organizações compostas por familiares de presos e desaparecidos políticos paralelamente com a organização de movimentos pela anistia que denunciaram as violações de Direitos Humanos perpetradas pelos regimes autoritários. A composição de tais movimentos era bastante variada, apesar de terem uma postura apolítica, entre outros motivos, para neutralizar a repressão, havia no interior dessas organizações a participação principalmente de jovens, professores, intelectuais e estudantes universitários.

Um ponto convergente nos movimentos populares para a redemocratização dos países da América do Sul foi a bandeira de luta pelos direitos humanos. As populações dos países da região mostraram-se extremamente descontentes com a exclusão no gozo de seus direitos fundamentais (em especial os atrelados à liberdade).

Na década de 1980, as sucessivas crises econômicas, a constante restrição de liberdades individuais, os diversos crimes de violação dos Direitos Humanos e as perseguições e assassinatos por razões político-ideológicas conduziram ao colapso dos regimes militares, em graduais processos de redemocratização. Neste sentido observa-se na primeira metade da década de 1980 que começou a redemocratização nos países da América do Sul, que culminou com as eleições dos presidentes Raúl

Alfonsín, em 1983, e Tancredo Neves, em 1985, encerrando, respectivamente, as ditaduras argentina e brasileira.

Conforme assevera Boris Fausto²⁶, a transição do regime militar para a democracia insere-se em um contexto mais amplo, abrangendo quase todos os países da América do Sul. O Brasil saiu na frente, com relação a seus vizinhos mais importantes. A ditadura argentina caiu bruscamente em 1983, como consequência da desastrosa Guerra das Malvinas. No Chile, o fim do regime Pinochet ocorreria em 1987-1988. Pela possibilidade de ocorrência de agudos conflitos sociais nesses países, eles pareciam exemplos a serem evitados pelo Brasil. Tanto os promotores da abertura no interior do governo quanto muitas figuras da oposição buscavam um modelo de transição concertada, não em países da América Latina, mas na Espanha.

No contexto das ditaduras latino-americanas observa-se que a perseguição política, métodos de tortura e a censura às liberdades individuais foram integralmente incorporadas a esses governos autoritários que se estabeleceram pelo uso da força, sem nenhuma legitimidade democrática. Dessa forma, os clamores por justiça social que ganhavam espaço no continente foram brutalmente cerceados nessa nova conjuntura.

Tradicionalmente os países da América do Sul apresentam uma instabilidade institucional com diversos fatores contributivos, tais como: (1) a fragmentação do sistema político-partidário, em prejuízo da governabilidade democrática; (2) corrupção no sistema político, que implica na perda da legitimidade das instituições junto à sociedade e, como conseqüência (3) a instabilidade político- institucional e a desconfiança social como descrédito para seu bom funcionamento.

A presença de um sistema político-institucional corrupto nos países da região acarreta na perda da legitimidade das instituições perante a sociedade. A profunda desigualdade sócio- econômica nos países da América do Sul é um dos fatores que compromete a democracia.

Em um plano mais voltado ao acesso à justiça observa-se uma maior abertura do Poder Judiciário aos direitos humanos outrora violados. Busca-se uma cultura judiciária plural, cidadã e aberta às demandas de grupos historicamente colocados à margem do processo decisório.

²⁶ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 2ª- edição. 3ª- reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, págs. 289 e 290.

Vislumbra-se, portanto, um repensar o Direito para albergar o direito não estatal, reconhecendo e fomentando novas práticas no exercício da cidadania, em busca de uma democracia pluralista e global.

Para Norberto Bobbio²⁷, o alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas pela integração da democracia representativa com a democracia direta, mas, também, e sobretudo, por via da extensão da democratização- entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos.

A construção de uma democracia pluralista e inclusiva visa fomentar a participação social, o exercício pleno e efetivo da cidadania, destacando, não os direitos, mas o dever da sociedade e de cada grupo indistintamente de trabalhar em prol da concretização dos direitos fundamentais de todos, reverberando no fortalecimento do constitucionalismo.

Por seu turno, Luigi Ferrajoli²⁸ assevera que os direitos e garantias fundamentais constituem condições jurídicas de democracia. Obviamente, a democracia depende das condições pragmáticas - políticas, econômicas, sociais e culturais, em grande parte, independentes do Direito.

Na visão de Chantal Mouffe²⁹, sobre a compreensão no papel central que desempenha o pluralismo na democracia moderna, uma vez que o pluralismo está relacionado ao abandono de uma visão substancial e única de bem comum e de eudemonia, constitutiva da modernidade. Se fala no centro da visão do mundo que deveria chamar-se “liberal” e por esta razão pela qual se caracteriza a democracia moderna como forma política de sociedade é a articulação entre liberalismo e democracia.

Assiste razão o ensinamento de Konrad Hesse³⁰ ao dispor que, a Constituição converter-se-á em força ativa aso se façam presentes, na consciência geral –

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 1ª- edição. 17ª- Reimpressão. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011, págs. 155 e 156.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luís Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 746/747. Tradução livre.

²⁹ MOUFFE, Chantal. El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Barcelona: Paidós, 1999, p. 165. Tradução livre.

³⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pág. 19.

particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional-, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

Nos regimes democráticos, as vontades predominantes são das maiorias, no entanto, no atendimento de tais interesses, não podem ser oprimidos os clamores dos grupos minoritários. A realidade contemporânea demonstra que as minorias exercem uma função política relevante e decisiva, de oposição institucional. A verdadeira democracia é aquela na qual são asseguradas a oitiva das minorias, com garantia institucional do direito de dissensão, crítica e veiculação de sua pregação. O escopo fundamental da oposição é a formulação de propostas alternativas às ideias e políticas públicas do governo da maioria que o sustenta. Deve ter a liberdade de criticar, fiscalizar, apontar falhas, censurar a maioria e propor um modelo diverso para a opinião pública, bem como para o constitucionalismo.

Consoante preleciona Paulo Bonavides³¹, a vontade popular, as correntes de opinião, a presença organizada ou difusa dos grupos e seus interesses em confronto, completam com uma atuação contínua aquele quadro da realidade infra-estrutural, que repercute sobre as instituições políticas, até formar a espécie de constituinte permanente que ninguém convocou, mas que compõe a vontade profunda e decisiva da sociedade quando ela se manifesta com os governantes ou apesar dos governantes. O poder constitucional formal cede lugar assim a outro poder constituinte, mais real, mais eficaz, mais político e social, embora menos jurídico, que não está nos parlamentos senão na sociedade mesma.

A análise da situação contemporânea revela profunda influência do valor democrático e do constitucionalismo que se qualificam como genuínos agentes diplomáticos, capazes de modificar o cenário internacional nos quais se inserem, uma vez que suas ações objetivam, primeiramente, estimular o espírito de reivindicação da sociedade civil, em quase todas as regiões do Planeta.

Muitas das manifestações populares tiveram como primeira e, indubitavelmente, mais expressiva razão a crise econômica surgida a partir de 2008, cujas consequências negativas, foram sentidas especialmente nos países europeus. Como exemplo, deve-se destacar o fato de que a crise na Espanha desencadeou um quadro de altas taxas de desemprego, especialmente na população mais jovem, e um aumento exorbitante no preço dos imóveis, o que produziu sérios problemas sociais.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 319.

Nesse contexto de expansão das reivindicações sociais, fortalecendo a agenda da democratização das relações sociais, em 2013, desenvolve-se uma série de manifestações populares nas ruas de centenas de grandes e médias cidades brasileiras. Tendo inicialmente como pauta a redução das tarifas do transporte coletivo, as manifestações ampliaram-se, ganhando um número imensamente maior de pessoas e também novas reivindicações (tais como saúde, educação, segurança pública, maior participação política, prestação dos serviços públicos com qualidade desejada pelos cidadãos). As autoridades ficaram atônitas e não conseguiram responder aos anseios de forma adequada.

Para Ferdinand Lassale³², onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.

Não se pode ignorar a força viva emergente dos movimentos populares para a exata compreensão do poder constituinte, sob pena de forjar-se uma ordem descomprometida que inevitavelmente soçobrará ante a organização do povo que reivindica com voz ativa nos reclamos institucionais. Neste sentido observa-se que o governo de Nicolás Maduro tem sido acusado de agir com truculência e autoritarismo com seus opositores.

Esclarece Peter Häberle³³ que “povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania. Dessa forma, os direitos fundamentais são parte da base da legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes. Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição.

³² LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005, pág. 45.

³³ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. 1ª- edição. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.002, págs. 37 e 38.

Segundo estabelece Miguel Carbonell³⁴, atualmente a soberania continuou a ser uma desculpa para realizar os mais miseráveis violações da dignidade humana, ainda funciona como um escudo e tiranos genocidas, embora há muitos anos, se rendeu aos encantos da globalização econômica.

2. A América do Sul como espaço de debate para a democracia e para o constitucionalismo e seus reflexos na integração regional

Esclarece Hans Kelsen³⁵ que o princípio de uma separação de poderes, compreendido literalmente ou interpretado como um princípio de divisão de poderes, não é essencialmente democrático. Ao contrário, correspondente à ideia de democracia é a noção de que todo o poder deve estar concentrado no povo, e, onde não é possível a democracia direta, mas apenas a indireta, que todo o poder deve ser exercido por um órgão colegiado cujos membros sejam eleitos pelo povo e juridicamente responsáveis para com o povo. Caso esse órgão tenha apenas funções legislativas, os outros órgãos que têm de executar as normas emitidas pelo órgão legislativo devem ser responsáveis para com ele, mesmo que também tenham sido eleitos pelo povo.

O fortalecimento e a consolidação das ainda frágeis instituições nas democracias latino-americanas não devem passar por líderes personalistas carismáticos, caso contrário, estar-se-iam reavivando o populismo e a autocracia. O caminho correto a ser seguido é outro: mediante a participação madura e ativa dos cidadãos, com instituições fortalecidas, legítimas, transparentes e eficazes; com a existência de um sistema de freios e contrapesos entre os poderes, com lideranças democráticas e uma sólida estrutura cívica.

Sobre a necessidade de fortalecimento do valor democrático na América Latina para o futuro ante o passado problemático vaticina o historiador mexicano Enrique Krauze³⁶:

El siglo XIX latinoamericano fue el del caudillismo militarista. El siglo XX sufrió el redentorismo iluminado. Ambos siglos padecieron a los hombres 'necesarios'. Tal vez en el siglo XXI despunte un amanecer

³⁴ CARBONELL, Miguel. **Los derechos humanos en la actualidad: una visión desde México**. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2001, pág. 30.

³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 4ª-edição. São Paulo: Martins Fontes, 2.005, pág. 403.

³⁶ KRAUZE, Enrique. **El fin del redentorismo iluminado**. Disponível em: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12671436>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

distinto, plenamente democrático, donde no haya hombres 'necesarios', donde los únicos necesarios seamos los ciudadanos actuando libremente en el marco de las leyes y las instituciones.

As iniciativas de fortalecimento do protagonismo popular, por meio da incorporação de mecanismos de democracia direta e autogestão na América do Sul, são usurpadas pela predominância do Executivo como elemento recorrente na tradição política do País, caracterizada pelo hiperpresidencialismo e, em especial, nos casos equatoriano, boliviano e venezuelano pelo personalismo, nas figuras de Rafael Correa, Evo Morales e Hugo Chávez.

A herança econômica de décadas de inflação galopante com políticas legitimadas para combatê-la provocou um desmantelamento do Estado, produzindo um desarranjo na vida da camada mais pobre da população latino-americana. As reformas adotadas pelo Estado como estabilização monetária, interferência do Estado e certos mecanismos da política, economia e adoção de programas sociais norteados por critérios de eficiência, priorizaram os setores mais pobres da população. Por outro lado, o modelo estatizante de nacionalismo arraigado com o Estado assumindo o protagonismo no setor econômico, mobilizando apoio popular com política assistencialista, asfixiou o Estado que empreendeu um regime destinado à perpetuação no poder político.

Os problemas relacionados à América Latina estão concentrados na impossibilidade de garantia de bem-estar social compreendidos na sociedade de consumo, por sua vez, vulnerável às tentações do neopopulismo ideológico. O grande desafio é construir o arcabouço de um projeto que venha a garantir ampla expressão individual a ser outorgada pelo Estado primando pela autonomia cidadã não apenas na perspectiva existencial, mas também ideológica.

Na proposta de Bernardo Sorj e Danilo Martuccelli³⁷, a política democrática se constrói sempre ao redor de um projeto de nação dentro do qual os indivíduos e os grupos sociais encontram valores comuns; de um Estado que propõe as regras do jogo com as quais os cidadãos se identificam e que permitem criar o sentimento de ser parte de um destino comum, e de uma comunidade nacional, produzindo sentimentos de dignidade e de auto-conhecimento. Diante desse imperativo iniludível da coesão social, o principal déficit do reformismo-tecnocrático foi não haver investido recursos suficientes na construção de sua legitimidade simbólica.

³⁷ SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. **O desafio latino-americano: coesão social e democracia**. Tradução: Renata Telles. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, pág. 266.

A democracia representativa informativa do Neoconstitucionalismo, na América do Sul, vive uma crise de legitimidade, na medida em que muitos cidadãos não se sentem representados pelo sistema político, tal cenário ficou bastante delineado nas manifestações populares de junho de 2013 ocorridas no Brasil.

No diagnóstico de Rubens Ricupero³⁸, o movimento brasileiro de 2013 foi uma expressão a mais da grave crise mundial da democracia representativa, talvez até algo de mais grave, um profundo mal-estar com a baixa qualidade de vida produzida pelo desenvolvimento selvagem do país. Em todos os níveis- federal, estadual e municipal-, o governo mostrou que não havia entendido o sentido real dos protestos e, pelo seu comportamento imediatista, confirmou as piores expectativas das manifestações. Acuados por fenômeno que não compreendiam, os governos tiveram apenas um objetivo de curto prazo: esvaziar de novo as ruas e as praças, comprar de qualquer modo a volta à normalidade.

Ao tratar do interesse dos pobres com a democracia e com os direitos políticos aduz Amartya Sen³⁹: “No momento em que de certa forma houve um teste da proposição de que os pobres em geral não se importam com direitos civis e políticos, as evidências foram inteiramente contrárias a essa afirmação”.

3. A complexa realidade contemporânea na Venezuela como desafio imposto à democracia e ao constitucionalismo na América do Sul

No início do Século XXI, as populações em quase toda a América do Sul, decepcionadas com as reformas estruturais neoliberais e com o desempenho social da democracia, depositaram suas esperanças elegendo novos líderes e conduzindo ao poder forças políticas aparentemente mais preocupadas com a defesa dos interesses nacionais e com questões referentes à pobreza e à desigualdade, segundo o escrutínio dos próprios eleitores.

Neste contexto, a lista dos novos presidentes foi grande: Hugo Chávez (Venezuela, 1998); Ricardo Lagos (Chile, 1999); Lula (Brasil, 2002); Néstor Kirchner (Argentina, 2003); Tabaré Vázquez (Uruguai, 2004); Evo Morales (Bolívia, 2005); Michelle Bachelet (Chile, 2006) e Alan Garcia (Peru, 2006).

³⁸ RICUPERO, Rubens. **A diplomacia na construção do Brasil: 1750-2016**. 1ª- edição. Rio de Janeiro: Versal Editores, 2017, pág. 678.

³⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pág. 200.

Conforme notícia Alejandro Mendible⁴⁰, Hugo Chavez morreu em Caracas na terça – feira, dia 5 de março de 2013, e uma nova realidade política está emergindo na Venezuela, contando com um novo quadro, o MERCOSUL.

Desde a morte de Hugo Chávez, a Venezuela vive inegável processo de crise econômica, política e social. O vazio de poder se acentuou com a conduta errática de Nicolás Maduro e com a baixa do preço do petróleo no mercado internacional, uma vez que o País está bastante suscetível às baixas do preço do petróleo no mercado internacional por não ter conseguido se industrializar e criar uma infraestrutura.

A situação política do governo Nicolás Maduro na Venezuela indica intensa instabilidade social, política e econômica, com prejuízos para a democracia. O País passa por um profundo processo de crise econômica com filas que se formam ao redor dos supermercados ainda na madrugada, a falta de produtos básicos (alimentos e de higiene pessoal), bem como a escassez de remédios nas prateleiras são problemas comuns. O país ostenta os maiores índices inflacionários e o maior déficit fiscal do mundo. A queda no valor do petróleo no mercado internacional por volta de 50% entre 2014 e 2015 impactou ainda mais o enfraquecimento da economia, uma vez que essa *commodity* corresponde à quase totalidade das receitas das exportações do País. Desse modo, o custo de vida aumenta rapidamente para a população, a incapacidade de importar enseja escassez, a dívida do País cresce rapidamente e a arrecadação do Governo é insuficiente para sustentar a continuidade de seus programas sociais.

O Presidente reagiu com radicalização por meio das prisões arbitrárias de diversos opositores políticos. Em 2015, foi aprovada a Resolução que autoriza o uso da força para a contenção de manifestações. As supostas arbitrariedades e abusos cometidos pelo Governo venezuelano merecem um tratamento cuidadoso e atento pelos demais governos sul-americanos para que os países da região não protagonizem o déficit democrático.

Neste sentido, observa-se que os países da América do Sul devem buscar a articulação e a coordenação de múltiplas culturas, bem como o respeito às diferenças, em vez da igualdade em homogeneização na perspectiva democrática.

A análise da situação atual da América Latina revela que os movimentos de oposição não tendem para soluções militares (totalmente anacrônicas com os

⁴⁰ MENDIBLE Z., Alejandro. Venezuela: su tránsito elíptico en el destino histórico sudamericano y el rol moderador del Brasil en el presente. In: CARMO, Corival Alves do (et. al.) **Relações internacionais: olhares cruzados**. Brasília: FUNAG, 2013, pág. 275.

avanços da democracia na região), mas para a dominação política de líderes neopopulistas que se apresentam como alheios ao poder tradicional e prometem perspectivas inovadoras, tal qual ocorreu na Era de Hugo Chávez na Venezuela, iniciada com sua posse em 1998 até a sua morte em 2013.

A ascensão de Nicolás Maduro ao poder em 2013, a queda contínua e expressiva do valor pago ao barril do petróleo (principal produto da economia local), desencadeou uma grave e profunda crise econômica na Venezuela, as instabilidades são transpostas igualmente para os aspectos políticos. A intensidade da crise provocou a escassez de produtos e serviços básicos no país, como alimentos, água, medicamentos, utensílios de higiene pessoal e energia elétrica.

Na América do Sul existe o compromisso com a democracia firmado desde a década de 1990 pelos países que compõem o MERCOSUL. Os Chefes dos Estados do Bloco do MERCOSUL firmaram, em 1997, a Declaração de Defesa da Democracia, com o escopo de preservação e fortalecimento da democracia representativa, valor compartilhado por todos os subscritores, constituindo-se em compromisso para os Estados signatários.

Em outubro de 2016, o Poder Judiciário Venezuelano, por meio do Tribunal Supremo, controlado pelas forças governamentais, interviu no Parlamento de maioria opositora, assim como declarou nulas todas as suas medidas. Na subsequente escalada de obstruções mútuas, o mesmo tribunal emitiu em fins de março de 2017 uma decisão na qual despojava a Assembleia Nacional de suas faculdades legislativas para transmiti-las ao presidente Nicolás Maduro. Essa medida, foi denunciada pela oposição como sendo um golpe de Estado e deu lugar a quatro meses de intensos protestos populares, sendo desafiada pela então Procuradora Geral, Luisa Ortega Díaz, que qualificou as manobras governamentais como interrupção da ordem constitucional estabelecida pela Constituição Venezuelana de 1999, delineada sob a influência de Hugo Chávez.

Desde abril de 2017, a Venezuela vive o acirramento de manifestações populares a favor e contra o governo, muitas delas violentas e que já deixaram centenas de mortos, milhares de feridos e muitos opositores encarcerados. O governo do presidente Nicolás Maduro deu posse, no dia 04 de agosto de 2017, a uma nova Assembleia Nacional Constituinte, iniciativa criticada pelo MERCOSUL porque é composta quase exclusivamente por representantes simpatizantes do governo de Nicolás Maduro (incluindo sua mulher, seu filho e seu principal apoiador no chavismo, Diosdado Cabello), eleitos sob fortes suspeitas de fraudes. Neste

sentido, vale ressaltar que todos os membros da Assembleia Nacional Constituinte ratificaram Maduro como presidente da Venezuela por unanimidade.

Tendo por supedâneo razões de diversas ordens (técnicas, políticas e econômicas), os países fundadores do bloco econômico sul-americano (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), decidiram pela suspensão da Venezuela do MERCOSUL no final de 2016.

Com as suspensões impostas à Venezuela pelo MERCOSUL, o direcionamento diplomático revela-se uma tentativa de demonstrar respaldo àqueles que tem lutado por forças democráticas dentro da Venezuela, especialmente a oposição.

O agravamento das crises social, política e econômica na Venezuela também reverberam no incremento do fluxo de venezuelanos para os países fronteiriços, especialmente Brasil, Peru e Colômbia.

Em abril de 2019, o líder opositor Juan Guaidó, presidente autoproclamado, liderou uma fracassada tentativa de derrubada de Maduro. A tensão política resultou no ostensivo apoio das forças armadas ao governo Nicolás Maduro e na libertação do líder opositor Leopoldo López que foi libertado da sua prisão domiciliar por militares dissidentes.

Entre 2018 e 2019 a legitimidade de Maduro na Presidência vem sendo cada vez mais questionada pela comunidade internacional. Um amplo e crescente grupo de países, liderado pelos EUA e incluindo o Brasil, exige a saída de Maduro do poder e sua substituição imediata pelo autoproclamado presidente, Juan Guaidó (líder opositor, presidente da Assembleia Nacional). Maduro tem o apoio da China e da Rússia.

Em janeiro de 2019, a resolução da oposição em retirar Maduro do poder e realizar novas eleições permanece intacta, esse fato motivou Juan Guaidó a autodeclarar-se presidente. Entretanto, os militares em sua maioria continuaram a apoiar Maduro, dificultando o papel projetado pela oposição.

O governo russo apoia o governo Maduro, sendo uma importante fonte de apoio financeiro ao país, fornecendo bilhões de dólares em empréstimos, garantidos por operações futuras de entrega de petróleo, isso aumenta a preocupação com a rápida escalada do conflito e da constante troca de provocações entre os governos russo e estadunidense.

Ao longo dos mais de 20 anos de chavismo, o poder público aumentou consideravelmente sua participação na economia, ampliando as oportunidades para

burocratas públicos corruptos. Muitas das estatais venezuelanas foram criadas dos governos de Chávez e Maduro.

A Venezuela, muito rica em recursos naturais é detentora das maiores reservas petrolíferas do mundo. Diversas administrações sufocaram o desenvolvimento agrícola e industrial para privilegiar a exploração petrolífera, que responde pela quase totalidade das exportações do país.

Com o agravamento da crise econômica, política, social e humanitária, a Venezuela se transformou no país de onde saiu a maior quantidade de exilados do planeta, ultrapassando países em guerra, tais como: Afeganistão, Síria e Iraque. Todos os anos milhares de venezuelanos solicitam asilo, especialmente nos demais países da América do Sul. Com isso, Peru e Brasil entraram na lista global dos que mais acolhem o fluxo de solicitação de países dos que deixaram sua terra de origem. Conforme dados divulgados pela ONU/ACNUR⁴¹, cerca de 4 milhões de venezuelanos já saíram de seu país desde 2015, tornando essa uma das mais recentes e maiores crises de deslocamento forçado do planeta.

O governo de Maduro não tem dado nenhum tipo de sinalização de que realmente deseja estabelecer um diálogo com a oposição. Esse isolamento tanto em âmbito político, quanto em âmbito relacional dificulta uma saída conciliatória dentro da própria Venezuela, piora a situação econômica, bem como impõe ainda mais sacrifícios ao povo.

Na obra de ficção inspirada em fatos reais: "Noite em Caracas", a autora Karina Sainz Borgo⁴² ajuda a elucidar as vicissitudes de quem nem consegue sobreviver, tampouco fugir da decadência e da violência reinante em todos os níveis na Venezuela, revelando o período obscuro que o país atravessa:

Agora tudo transborda: a sujeira, o medo, a pólvora, a fome. Durante a sua agonia, o país enlouqueceu. Para viver, tivemos que fazer coisas que jamais imaginamos que seríamos capazes de fazer: roubar ou calar, voar no pescoço de alguém ou fingir olhar para o outro lado.

Para um futuro emancipatório e inclusivo para a Venezuela propõe-se mais diálogo, uma democracia aberta à participação cidadã e um governo atento, acessível e sensível aos clamores sociais.

⁴¹ Número de pessoas deslocadas no mundo chega a 70,8 milhões, diz ACNUR. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/numero-de-pessoas-deslocadas-no-mundo-chega-a-708-milhoes-diz-acnur/> >. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

⁴² BORGÓ, Karina Sainz. **Noite em Caracas**. Tradução de Livia Deorsola. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, pág. 195.

Para Daniela Mesquita de Leutchuk de Cademartori⁴³ justamente por recusarem-se a reconhecer as existências autônomas da sociedade civil e política, os regimes totalitários impedem a formação de atores econômicos e culturais independentes, capazes de promover as inovações necessárias, transformando-se em um obstáculo ao desenvolvimento auto-sustentado.

A evolução histórica dos países da América do Sul enquadra-se nesta colocação, na medida em que seus regimes ditatoriais apresentaram-se totalmente antitéticos às noções indissociáveis de desenvolvimento socioeconômico e democracia inclusiva.

Assiste razão o ensinamento de Konrad Hesse⁴⁴ ao dispor que não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos.

Não se pode olvidar, contudo, que vários dos movimentos sociais libertários ocorridos ao longo da evolução da história venezuelana, revelaram-se em verdadeiros movimentos constituintes reivindicadores de pleno gozo dos direitos humanos fundamentais. Neste jaez, tem-se a legitimidade dos movimentos sociais libertários no país, na medida em que refletem os anseios políticos, institucionais, jurídicos e econômicos daquelas sociedades, tradicionalmente excluídas do acesso à mais rudimentar democracia cidadã e dos direitos humanos.

A democracia pluralista não se coaduna com a ideologia da unanimidade. Seu maior desiderato é a promoção de uma institucionalização da divergência, ou seja, a permissão que representantes dos diferentes interesses gozem de liberdade para defender institucionalmente seus interesses, desde que estes se relacionem com os meios legais e participativos. Essa é a recomendação ideal para a superação dos problemas ora em andamento na Venezuela.

Para Gregorio Robles⁴⁵, se o pluralismo originalmente exigia a convivência no âmbito da democracia formal, hoje exige o desenvolvimento de uma democracia material (substantiva), estabelecida portanto não só em liberdades 'vazias', mas

⁴³ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Curitiba: Juruá, 2.006, pág. 97.

⁴⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pág. 32.

⁴⁵ ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Reimpresión Revisada. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 153. Tradução livre.

também em critérios de política positiva que, do ponto de vista ético, não pode encontrar um assento na idéia individualista, mas na ideia da solidariedade e da responsabilidade.

Observa-se também que o “imperativo democrático” progressivamente toma lugar entre as prioridades da ONU, interpretado como um princípio de legitimidade democrática entre os direitos da coletividade e os direitos individuais civis e políticos. Por isso, vários comunicados foram expedidos pelo alto comissário de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas pedindo à Venezuela que abdique da violência e do assédio contra integrantes da oposição ao governo Nicolás Maduro.

Decerto o constructo democrático e garantista nos países acometidos pelos movimentos sociais libertários, na América do Sul, amoldam-se à constatação de Amartya Sen⁴⁶ consoante a qual: a liberdade democrática pode certamente ser usada para promover a justiça social e favorecer uma política melhor e mais justa. O processo, entretanto, não é automático e exige um ativismo por parte dos cidadãos politicamente engajados.

Considerações Finais

Constitucionalismo e democracia representam conceitos distintos. Um pode existir sem o outro. A realidade contemporânea demonstra que a relação entre a democracia e a Constituição se revela como constante necessidade. O escopo fundamental da constituição moderna é a introdução de mecanismos reativos às mudanças não permitidas. No contexto do modelo imanente ao neoconstitucionalismo europeu-continental, o valor democrático é materializado por meio da democracia representativa e majoritária.

A atual conjuntura dos países da América do Sul demonstra que as mudanças estruturais jurídicas, sociais, políticas e institucionais são contagiosas, trata-se de um caminho irreversível na busca de novos paradigmas democráticos e inclusivos, comprometidos com a implementação do constitucionalismo inclusivo e da democracia na construção do Estado de Direito.

O resgate da democracia representará a redenção dos povos sul-americanos, cada vez mais envolvidos em discussões atreladas à legitimidade popular, promovidos pelo clamor do povo em resposta aos anseios de uma elite que busca de

⁴⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2.011, pág. 236.

forma desenfreada a maximização e perpetuação de seus benefícios econômicos e políticos.

O governo de Nicolás Maduro não tem dado nenhum tipo de sinalização de que realmente deseja estabelecer um diálogo com a oposição. Esse isolamento tanto em âmbito político, quanto em âmbito relacional dificulta uma saída conciliatória na Venezuela, piora a situação econômica, bem como impõe ainda mais sacrifícios à população, gerando um sério problema humanitário relativo aos refugiados.

A crise só se aprofundou fazendo com que, todos os anos milhares de venezuelanos solicitem asilo, especialmente nos demais países da América do Sul, implicando, segundo a ONU que o número de refugiados ultrapasse o de países em guerra, tais como: Afeganistão, Síria e Iraque.

Para um futuro emancipatório e inclusivo para a Venezuela propõe-se mais diálogo, uma democracia aberta à participação cidadã e um governo atento, acessível e sensível às diferenças e aos clamores sociais.

Referência das fontes citadas

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 1ª- edição. 17ª- Reimpressão. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGO, Karina Sainz. **Noite em Caracas**. Tradução de Livia Deorsola. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Curitiba: Juruá, 2.006.

CARBONELL, Miguel. **Los derechos humanos en la actualidad: una visión desde México**. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luís Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 2ª- edição. 3ª- reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. 1ª- edição. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.002.

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

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 4ª- edição. São Paulo: Martins Fontes, 2.005.

KRAUZE, Enrique. **El fin del redentorismo iluminado**. Disponível em: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12671436>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Traducción: Alfredo Gallego Anabitarte. Segunda Edición. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MENDIBLE Z., Alejandro. Venezuela: su tránsito elíptico en el destino histórico sudamericano y el rol moderador del Brasil en el presente. In: CARMO, Corival Alves do (et. al.) **Relações internacionais: olhares cruzados**. Brasília: FUNAG, 2013.

MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical**. Barcelona: Paidós, 1999.

RICUPERO, Rubens. **A diplomacia na construção do Brasil: 1750-2016**. 1ª- edição. Rio de Janeiro: Versal Editores, 2017.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual**. Reimpresión Revisada. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2.011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. **O desafio latino-americano: coesão social e democracia**. Tradução: Renata Telles. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

SOBRE A CONCEPÇÃO POLÍTICA DO *DEFENSOR PACIS* DE MARSÍLIO DE PÁDUA: ENTRE A UNIDADE ORGANICISTA DA COMUNIDADE E OS VALORES DEMOCRÁTICOS

Elisandra Riffel Cimadon¹
Felipe Schmidt²

Introdução

No Século XI ganhou relevo a discussão acerca das relações entre o poder temporal (do Imperador) e o poder espiritual (do Papa), tendente a distinguir a cada um sua própria função e autoridade. A obra *O Defensor da Paz* de Marsílio de Pádua insere-se no contexto desse debate, na medida em que, por um lado, defende a unidade organicista da comunidade política e, por outro, sustenta valores que se podem reputar democráticos, concepções que, em tese, conflitam entre si.

É sob esse enfoque que se questiona e se procura responder: qual desses dois aspectos é prevacente no pensamento político de Marsílio de Pádua? Para tanto, inicia-se a primeira fase da pesquisa com a abordagem e a descrição do contexto político da obra *O Defensor da Paz* de Marsílio de Pádua, seguida de reflexões acerca: a) da unidade organicista da comunidade política e sua defesa por meio da lei; b) dos valores democráticos e sua promoção por meio do legislador; c) da concepção das formas de governo e; d) das funções e da limitação do poder político.

Na segunda fase da investigação foram buscadas citações doutrinárias em fontes primárias (a obra *O Defensor da Paz*, de Marsílio de Pádua) e secundárias (comentadores do pensamento político do filósofo paduano), e na terceira fase foram correlacionados os fundamentos obtidos fase de investigação, culminando na quarta fase da pesquisa, qual seja, a de relatório, que examinou o Referente abordado.

Para a formulação deste estudo identificou-se seu principal enfoque como a relação entre a unidade organicista da comunidade política e os valores democráticos no *O Defensor da Paz* de Marsílio de Pádua, de acordo com a base lógica do Método Indutivo.

¹Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Joaçaba, Santa Catarina, Brasil. Advogada da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. E-mail eliscimadon@yahoo.com.br

²Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Chapecó, Santa Catarina, Brasil. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina – MPSC. E-mail: felipeschmidt@mpsc.mp.br

1. O Defensor da Paz de Marsílio de Pádua: contexto político

Na Idade Média Central³, até por volta do século XI, tinha aceitação a concepção de *plenitudo potestatis* papal, entendida por Michel Villey como "soberania total, não apenas 'espiritual', mas também 'temporal', do papa"⁴, pautada, entre outros fundamentos, sobre a alegação de que o Papa era o representante de Deus na terra e por isso seus poderes tinham origem divina e eram incontrastáveis.

Ocorre que, simultaneamente, a monarquia secular também entendia possuir a *plenitudo potestatis*, como ensina Maria Cristina Seixas Vilani:

Toda a máquina do governo estava nas mãos do rei e suas ordens tinham validade em todo o território sob sua jurisdição. Isso significava que, na perspectiva real, todos os assuntos vinculados ao reino, fossem eles de natureza temporal ou religiosa, estavam sob sua autoridade. Como soberano supremo o rei era legislador de todo o reino. [...]. Como porta-voz vivo de Deus, a sua lei era *sacra lex* e se impunha para baixo. A característica do súdito era a submissão à vontade superior. [...]. A ele era confiada a proteção do reino e dos súditos. [...]. A ele cabia decidir sobre a paz e a guerra⁵.

Dessa forma, nas palavras da mesma autora, "a soberania era partilhada por duas monarquias de 'origem divina' - o Papado e o Império"⁶.

Todavia, notadamente a partir do século XI, a atuação do Papado para além da dimensão estritamente religiosa e espiritual começa a ser questionada por pensadores que negavam ao direito divino a extensão que a Igreja, a fim de permitir sua intervenção também no âmbito político e temporal, lhe atribuía, contexto no qual passam a ser discutidas as relações entre o poder temporal (do Imperador) e o poder espiritual (do Papa), de modo a distinguir a cada um sua própria função e autoridade.

Entre os pensadores medievais que se insurgiram contra a teoria da *plenitudo potestatis* papal figura Marsílio de Pádua⁷. Em suma, na obra O Defensor da Paz

³Segundo Hilário Franco Junior (A Idade Média: nascimento do ocidente. 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 204), a Idade Média é dividida em quatro períodos históricos: a primeira Idade Média (princípios do século IV a meados do século VIII), a alta Idade Média (meados do século VIII a fins do século X), a Idade Média central (início do século XI a fins do século XIII) e a baixa Idade Média (início do século XIV a meados do século XVI).

⁴VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 241.

⁵VILANI, Maria Cristina Seixas. **Origens Medievais da Democracia Moderna**. Belo Horizonte, Inédita, 2000. p. 38.

⁶VILANI, Maria Cristina Seixas. **Origens Medievais da Democracia Moderna**. p. 13.

⁷Marsílio Mainardini nasceu por volta de 1285 em Pádua, na Itália, tendo estudado Direito, Filosofia e Medicina. Lecionou Filosofia e foi reitor na Universidade de Paris (1312-1313), sendo sua principal obra "O Defensor da Paz" (*Defensor Pacis*), de 1324. Acusado de herege e excomungado pelo Papa João XXII em razão das ideias políticas defendidas na referida obra,

(1324), com o fito de afastar a discórdia e assegurar a tranquilidade na *civitas*, de modo que a comunidade política pudesse alcançar seus fins, Marsílio de Pádua separa a Igreja e o Império e subordina aquela a este, bem assim o Papa ao Imperador, valendo-se, para tanto, de argumentos de natureza política, extraídos das obras de Aristóteles, e teológica, oriundos da Bíblia.

O paduano assim o faz, em suma, porque considera ser a discórdia causada pela pretensão de plenitude de poder do Papa, que exacerba sua atuação ao se atribuir jurisdição coercitiva universal, não limitada por nenhuma lei humana, sobre todas as coisas e pessoas (mesmo sobre o Príncipe), e ser este, ao revés, a causa eficiente da tranquilidade e o conservador dos benefícios civis, devendo por isso se sobrepor àquele.

O Defensor da Paz estrutura-se em três partes ou *dictios*: a *Prima Dictio* trata da origem e finalidade da *civitas*, da teoria da lei como fundamento do poder político e da teoria das partes da *civitas*, tudo a partir do pensamento aristotélico; na *Secunda Dictio*, valendo-se essencialmente de fundamentos teológicos, Marsílio procura desconstruir o pensamento político eclesiástico, que atribuía a plenitude do poder ao Papa; na *Tertia Dictio*, o autor retoma os principais pontos das duas partes anteriores, resumindo suas reflexões.

Antonio Carlos Wolkmer aduz que "Marsílio de Pádua não foi exatamente um filósofo do Direito, tampouco sua obra mais célebre deve ser considerada um tratado sobre Lei, Direito e Justiça"⁸. Todavia, anota que há na obra "uma teoria da lei como fundamento do Estado" e reconhece que parte da matéria nela abordada "condiz com uma filosofia jurídica"⁹.

Segundo Nelson Saldanha, Marsílio de Pádua figura "entre os autores políticos medievais cuja obra oferece traços de uma teoria constitucional em linhas próximas das concepções modernas"¹⁰. Conforme o mesmo autor, "em Marsílio, toda uma análise dos poderes se apresenta, já perceptivelmente diversa e distante da descrição aristotélica das 'magistraturas'"¹¹.

buscou asilo na corte do Imperador Ludovico da Baviera, a quem serviu como conselheiro até a morte, em torno de 1343.

⁸WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma História das Ideias Jurídicas**. Da Antiguidade Clássica à Modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 70.

⁹WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma História das Ideias Jurídicas**. p. 71.

¹⁰ SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 17.

¹¹SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. p. 17-18.

Ora, no Defensor da Paz se encontra, por um lado, uma defesa da unidade organicista da comunidade política, e, por outro lado, o que se poderia considerar uma defesa de valores democráticos, concepções que, em tese, conflitam entre si. Dessa forma, afigura-se relevante perquirir qual desses dois aspectos é prevaemente no pensamento político de Marsílio de Pádua. Para tanto, há inicialmente que se passar à abordagem de ambos, seguida do exame das formas de governo, das funções e da limitação do poder político, que são matérias correlatas àqueles dois pontos.

2. A Unidade Organicista da Comunidade Política e sua Defesa por meio da Lei

Marsílio de Pádua concebe a sociedade, no Defensor da Paz, “como uma comunidade de seres humanos, universal e naturalmente ordenada, que se constrói pela razão, tendo em vista o 'bem viver'”¹². Dessa forma, “a sociedade é um todo orgânico que tem como causa a tendência natural do homem à socialização; como origem sua vontade racional e como objetivo a felicidade e o bem-estar da comunidade”¹³. Assim, Marsílio parte de uma concepção organicista da comunidade política, na linha de Aristóteles e de toda a reflexão política medieval precedente¹⁴.

Em suma, segundo essa concepção, a comunidade política seria organizada em torno de uma única vontade, como uma unidade, em que os grupos menores (casal, família) dão origem aos maiores (*civitas*). Tão amalgamada está a comunidade política assim concebida que, para Aristóteles, quem vive fora dela só pode ser não um homem, mas um deus ou uma besta¹⁵.

Quanto às funções exercidas no âmbito da cidade, cada parte do agrupamento social desempenhava uma atividade específica e distinta, mas interdependente da dos demais, como se compusessem um verdadeiro organismo vivo. Assim, havia na sociedade do Medievo essencialmente três ordens, cada qual com sua função: os que rezam (*oratores*, clérigos), os que lutam (*bellatores*, cavaleiros) e os que trabalham

¹²VILANI, Maria Cristina Seixas. **Origens Medievais da Democracia Moderna**. p. 46.

¹³VILANI, Maria Cristina Seixas. **Origens Medievais da Democracia Moderna**. p. 46/47.

¹⁴FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la Antigüedad a nuestros días**. Tradução de Manoel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2011. p. 53.

¹⁵ “[...] Ora, aquele que não pode viver em sociedade, ou de nada precisa por basta-se a si próprio, não faz parte do Estado; é um bruto ou um deus. [...]” ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala, 2006. p. 13.

(*laboratores*, camponeses). Estes teriam a responsabilidade de nutrir, esses o encargo de defender e aqueles o mister de zelar pela alma de todo o conjunto¹⁶.

Sobre essa concepção organicista da comunidade política, afirma Maria Cristina Seixas Vilani:

Segundo o autor do *Defensor Pacis*, a organização familiar (*domus*) foi a primeira forma de organização humana e nela imperava o arbítrio do pai. Na vila (*vicus*) – reunião das famílias e, segundo ele, a primeira comunidade humana – quem determinava as normas a serem obedecidas eram os anciãos. Nesse estágio, os homens criaram normas comuns de conduta baseadas nas regras dos mais velhos. A vida civil perfeita só se realiza na Cidade, comunidade natural e autossuficiente que serve à finalidade humana do “bem viver”. Ela emergiu quando os homens se concentraram em um determinado espaço para permutar seus bens e serviços, buscando satisfazer suas necessidades para viver, e viver bem¹⁷.

Nas palavras de Jürgen Miethke, “por ello la vida en sociedad tiene como objetivo principal la *sufficiencia vitae*; la sociedad se define, pues, em función de la necesidad que tiene el hombre de mantener la vida suficiente”¹⁸. Segundo ele, “es también em virtude del estado de necesidad que el hombre hace las leyes y las reglas de su convivência con su semejantes”¹⁹. Com efeito, de modo a preservar a existência e viabilizar a convivência na civitas, exige-se a adoção de um mecanismo para a solução de conflitos, representado pela instituição da lei e sua imposição coercitiva.

Assim, “com o propósito de evitar que surjam dúvidas face aos múltiplos significados ou acepções atribuídos à palavra 'lei'²⁰”, Marsílio apresenta no Capítulo X da *Prima Dictio* do *Defensor da Paz* quatro concepções de lei:

- a) “Um dos significados da palavra 'lei', quer dizer, uma predisposição sensível e natural para determinada ação ou sentimento”;
- b) “Outra acepção da referida palavra, concerne a todo hábito operante, e, em geral, a toda forma de algo produzível, existente na razão, donde, como se se tratasse de um modelo, provém a forma das coisas produzidas, através da habilidade criadora”;
- c) “Num terceiro sentido, o vocábulo 'lei' é considerado como a regra que contém os preceitos estabelecidos para regular os atos humanos direcionados para a recompensa ou para o castigo no outro mundo”;

¹⁶LE GOFF, Jacques. **A Civilização do Ocidente Medieval**. Tradução de Monica Stahel. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 249.

¹⁷VILANI, Maria Cristina Seixas. **Origens Medievais da Democracia Moderna**. p. 48.

¹⁸MIETHKE, Jürgen. **Las ideas políticas de la Edad Media**. Tradução de Francisco Bertelloni. Buenos Aires: Biblos, 1993. p. 150.

¹⁹MIETHKE, Jürgen. *Las ideas políticas de la Edad Media*. p. 150.

²⁰MARSÍLIO DE PÁDUA. **O Defensor da Paz**. Tradução José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 116.

d) "Num quarto sentido, por sinal o mais usual entre todos, o conceito 'lei' indica a ciência, a doutrina ou o julgamento universal acerca do que é útil e justo para a cidade e dos seus contrários"²¹.

Para os fins deste estudo interessa notadamente a última definição, correspondente ao conceito de lei humana (item *d* supra).

Ao analisar a lei humana, o paduano sustenta que seu objetivo principal é concorrer para o bem comum e o que é justo e útil na cidade, ao passo que seu objetivo secundário é conceder segurança e estabilidade governamental. Tal regra é cominada somente para aplicação neste mundo, tanto é que, segundo Walter Ullmann, "para Marsílio, *la ley humana no tenía connotaciones morales ni contribuía a la consecución de la salvación, ni materializaba tampoco verdades eternas*"²². Ao contrário, "la función de las leyes consistía en proporcionar <bienestar> en esta vida y en este mundo; es decir, que tendían al bienestar humano de todos los ciudadanos"²³.

Contudo, Marsílio de Pádua anota que o que é justo e útil para a cidade não é lei se não houver um preceito coercitivo impondo sua observância. Segundo Jürgen Miethke, "Marsílio afirma que *una ley es tal en virtud de la fuerza coactiva que sanciona su cumplimiento. Por más racional que sea un precepto, si carece de fuerza coactiva, nunca será ley*"²⁴.

Daí se infere que Marsílio concebe dois aspectos na lei humana: um aspecto material, de conteúdo (concorrer para o bem comum e o que é justo e útil para a cidade; conceder segurança e estabilidade governamental) e outro formal, de caráter sancionatório (previsão de preceito coercivo para punir eventuais transgressores).

Com efeito, quanto à forma, Marsílio de Pádua aduz que a lei, "em si mesma, enquanto revela somente o que é justo ou injusto, útil ou nocivo [...] é chamada doutrina ou ciência do direito"²⁵. No que toca ao conteúdo, consoante Marsílio de Pádua a lei "considera o que um preceito coercitivo estipulado impõe como recompensa ou castigo a ser atribuído neste mundo, conforme a finalidade do seu cumprimento, ou, ainda, na medida em que é dado mediante tal preceito"²⁶.

²¹MARSÍLIO DE PÁDUA. **O Defensor da Paz**. p. 116-117.

²²ULLMANN, Walter. **Historia del pensamiento político en la Edad Media**. Tradução de Rosa Vilaró Piñol. Barcelona: Ariel, 1999. p. 198.

²³ULLMANN, Walter. *Historia del pensamiento político en Edad Media*. p. 199.

²⁴MIETHKE, Jürgen. *Las ideas políticas de la Edad Media*. p. 150.

²⁵MARSÍLIO DE PÁDUA. **O Defensor da Paz**. p. 117.

²⁶MARSÍLIO DE PÁDUA. **O Defensor da Paz**. p. 117.

Ainda quanto ao conteúdo da lei, exige-se a dimensão exata do que é justo e útil para que a lei seja considerada perfeita. Quando um ponto de vista distorcido sobre o que é justo e útil acaba se tornando lei (porque acrescido de preceito coercitivo quanto a seu cumprimento), não necessariamente tem a condição exigida para que seja lei justa (do que se conclui que a lei humana nem sempre é justa), mas ainda assim será considerada lei, conforme a lição de Jürgen Miethke:

Incluso una ley irracional, si está dotada de coactividad, será ciertamente una ley incompleta, concede Marsilio, pero no por ello será una ley menos válida. (...). Marsilio concede que, en estos casos, no se trata de *leges perfectae*, pero di ninguna manera pone en duda sua validez como leyes²⁷.

Essa concepção organicista da comunidade política, bem assim de sua defesa, por intermédio da lei integrada por um preceito coercitivo, é própria da Antiguidade e do Medievo, e encontra guarida também no pensamento político de Marsílio de Pádua. Todavia, divisa-se que no Defensor da Paz são igualmente invocados pelo paduano valores que se podem considerar democráticos, como a seguir será exposto.

3. Valores democráticos e sua promoção por meio do Legislador

Abordada a concepção organicista da comunidade política, há que se examinar em que medida a obra do paduano abriga valores democráticos e qual o modo de sua promoção. Para tanto, deve-se inicialmente perquirir acerca da gênese da lei humana, o que implica analisar a figura do legislador, com referência específica a qual sua função, quem a titulariza, qual sua autoridade e qual o número dos que a exercem.

No que tange à lei humana, Marsílio de Pádua considera que, para organizar a cidade conforme o justo e o útil e garantir a estabilidade governamental, é necessário legislar. Todavia, como já exposto, o legislador não deve se ocupar em definir apenas o que é justo e útil, do contrário sequer haveria lei. É necessário também prever um preceito coercitivo para punir os transgressores da lei. Assim, legislar corresponde a prescrever, quanto aos atos civis, que algo deve ser feito ou não, sob pena de punição pelo poder temporal.

Quanto à origem do preceito coercitivo, leciona Walter Ullmann:

²⁷MIETHKE, Jurgen. Las ideas políticas de la Edad Media. p. 150.

[...] constituía un axioma que, al ser la ley la fuerza que ordenaba y regulaba a los hombres que vivían en el Estado, eran estos mismos <hombres>, los ciudadanos, quienes conferían su carácter obligatorio a las normas de conducta. De ahí se desprendía que las leyes debían su carácter obligatorio a la voluntad del pueblo. [...]. De ahí que Marsilio denominara al conjunto de todos los ciudadanos <legislador humano>, para distinguirlo claramente de cualquier legislador divino. [...]. Lo que correspondía al conjunto de los ciudadanos (al legislador humano) era la ordenación autónoma de su propia vida por medio de las leyes²⁸.

Nas palavras de Jürgen Miethke, “el poder coactivo corresponde al legislador competente”²⁹ e, segundo ele, Marsílio “sostiene que legislador competente sólo puede ser ‘la totalidad de los ciudadanos o su parte más importante’”³⁰.

Assim, o legislador, para Marsílio de Pádua, é o povo, ou seja, “o conjunto dos cidadãos ou sua parte preponderante (pars valentior ou valentior pars), por meio de sua escolha ou vontade externada verbalmente no seio de sua assembleia geral prescrevendo ou determinando que algo deve ser feito ou não, quanto aos atos civis, sob pena de castigo ou punição temporal.”³¹

Walter Ullmann adverte que

Se llegava a una situación en que la <congregación de los ciudadanos> (*universitas civium*) había assumido su plena autonomia. La antigua congregación de los creyentes (*universitas fidelium*) cedía su lugar al cuerpo mundano, terrestre, de los ciudadanos, el Estado, el único cuerpo público que vivía y de hecho el único que podía vivir segundo sus propias leyes y su propia substancia inherente. (...). El Estado estaba tan sólo compuesto de ciudadanos, sin que importasse si éstos eran o no cristianos. El elemento constitutivo del Estado era el ciudadano puro y simple³².

Já a parte preponderante é identificada a partir da quantidade de pessoas (maioria) e de suas qualidades na comunidade (os predicados dos cidadãos), portanto a partir de elementos quantitativos e qualitativos. Nas palavras do paduano, “quanto à parte preponderante, deve-se entendê-la de conformidade com o costume louvável das sociedades políticas, ou determiná-la segundo a opinião de Aristóteles”³³. Consoante Sérgio Ricardo Strefling, Aristóteles considera como

²⁸ULLMANN, Walter. Historia del pensamiento político en Edad Media. p. 197.

²⁹MIETHKE, Jurgen. Las ideas políticas de la Edad Media. p. 150.

³⁰MIETHKE, Jurgen. Las ideas políticas de la Edad Media. p. 151.

³¹MARSÍLIO DE PÁDUA. **O Defensor da Paz**. p. 130.

³²ULLMANN, Walter. Historia del pensamiento político en Edad Media. p. 196.

³³MARSÍLIO DE PÁDUA. **O Defensor da Paz**. p. 131.

qualidades a liberdade, a riqueza, a educação e a nobreza de estirpe (A Política, 1296 b)³⁴.

Maurizio Fioravanti complementa que

[...] la expresión *pars valentior* es usada por Marsilio tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. En otras palabras, se debe tratar de una parte numéricamente consistente de los ciudadanos y, al mismo tiempo, de una parte <valiosa>, de la que son excluidas las mujeres, los niños, los extranjeros. Lo que importa, en fin, es que sea una *pars* tan amplia y representativa que pueda coincidir con la totalidad, con la *universitas civium*, con la comunidad política en su conjunto³⁵.

Os argumentos empregados por Marsílio de Pádua, na obra O Defensor da Paz, em favor da tese de que o legislador é o conjunto dos cidadãos ou sua parte preponderante são, em suma, os seguintes:

a) dele provirão com exclusividade as melhores leis: o que o conjunto global dos cidadãos aspira por meio de inteligência e sentimento é mais útil e verdadeiro; alguns não acatarão o ponto de vista comum, mas a realização do bem comum não pode ser obstada por uma oposição descabida;

b) um maior número de pessoas pode apontar com mais exatidão alguma falha na proposição legal: a utilidade comum de uma lei é melhor percebida pela totalidade dos indivíduos, porque ninguém se prejudica conscientemente; lei não pode ser promulgada por um ou alguns mais em seu benefício que no bem comum;

c) as leis serão melhor cumpridas ou observadas: uma lei é melhor cumprida se o cidadão julga tê-la imposto a si mesmo (e, se a lei não viesse a ser cumprida, seria inútil promulgá-la);

d) o agir previsto em lei consiste em prover a suficiência comum à maior parte dos cidadãos, de modo que seu estabelecimento inadequado causaria prejuízo comum: como visto, os homens se reuniram em sociedade para obter seus benefícios e vida suficiente e evitar seus opostos; a suficiência consiste em leis estabelecidas corretamente, e seu oposto (servidão, pobreza, opressão) dissolve a sociedade política.

Consoante a lição de Jürgen Miethke, “este punto señala el momento álgido de la teoría política marsiliana. La totalidad, como legislador, está habilitada para atribuir coactividad a la ley, pues de ese modo ella se obliga a si misma”³⁶.

³⁴STREFLING, Sérgio Ricardo. **Igreja e Poder**. Plenitude do Poder e Soberania Popular em Marsílio de Pádua. Coleção Filosofia n. 146. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 137.

³⁵FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la Antigüedad a nuestros días. p. 54.

³⁶MIETHKE, Jürgen. Las ideas políticas de la Edad Media. p. 151.

Quanto à autoridade do legislador, Marsílio de Pádua assinala:

a) é por meio do legislador que as leis e tudo o que se estabelece por eleição deve ser ratificado;

b) é por meio do legislador que as leis recebem acréscimo, supressão, mudança, interpretação ou suspensão, tendo em vista o bem comum;

c) é ao legislador que cabe promulgar e proclamar leis após sua elaboração.

Ainda quanto a esse ponto, conforme Walter Ullmann, para Marsílio

no había nadie por encima del pueblo; el pueblo, el conjunto de los ciudadanos (o el legislador humano), era <superior>, es decir, soberano, puesto que non había otra autoridad por encima o a margen de él. El conjunto de los ciudadanos pasaba a ser superior y soberano de si mismo³⁷.

Segundo Marsílio de Pádua, o legislador atua por si mesmo ou delega suas atribuições a uma ou muitas pessoas, que não são, em absoluto, o próprio legislador, mas só relativamente, vale dizer, por algum tempo e sob a autoridade do primeiro legislador. Em outras palavras, o que se transfere é apenas o exercício, e não a própria titularidade do poder, sendo certo que os cidadãos controlarão os atos do príncipe, podendo julgá-lo e até mesmo destituí-lo se ele transgredir a lei.

No que toca a esse ponto, adverte Jürgen Miethke que “ella [la totalidad como legislador] puede delegar el poder coactivo de la ley a la *pars principans* o parte principal de la sociedad. Esta *pars principans* tiene poder coactivo sólo por delegación del legislador”³⁸.

Entretanto, há que se ter em conta a advertência de Maurizio Fioravanti:

En el legislador de Marsilio, en su *universitas civium*, no se contiene, en efecto, ningún intento constituyente, ninguna voluntad de determinar, en sentido moderno, la forma política. Los ciudadanos de Marsilio saben bien que, como simple unión de individuos, no constituyen un cuerpo político soberano y autosuficiente. Ellos no eligen al gobernante para afirmar su <soberanía>, sino para asegurarse de hecho que aquel gobernante será de verdade la *pars principans*, aquel que sabrá mantener unida a la comunidad política, y junto a ella aquel orden de que él debe formar parte, como cada uno de esos mismos ciudadanos. La elección no es por ello um gesto democrático moderno, que quiere afirmar la <soberanía> de quien lo realiza, sino la práctica que se concibe como más apropiada para mantener unida a la comunidad en todas sus partes, comprendida la del gobernante. La elección no es otra cosa que el modo específico,

³⁷ULLMANN, Walter. Historia del pensamiento político en Edad Media. p. 198.

³⁸MIETHKE, Jurgen. Las ideas políticas de la Edad Media. p. 151.

concebido por Marsilio como el más oportuno, de reafirmar la supremacía medieval de la comunidad política, en pocas palabras, la supremacía del todo sobre las partes³⁹.

No que tange ao número dos que devem exercer a função de legislar, Marsílio sustenta que uma só pessoa não pode ser o legislador, porque por ignorância ou malícia poderia estatuir uma lei iníqua, tendo em vista seu próprio interesse e não o bem comum. Da mesma forma, um pequeno número de cidadãos (oligarquia) também não pode ser o legislador, porque estaria inclinado a atender ao interesse de poucos e não ao interesse geral. Por conseguinte, o conjunto dos cidadãos ou a parte preponderante dele deve ser o legislador.

Outrossim, a elaboração da lei, para Marsílio de Pádua, máxime porque esta tende a perdurar ao longo do tempo, pauta-se pelo seguinte: a) deve se dar a partir da experiência e da constatação dos fatos; b) requer prudência, que se adquire na prática e ao longo do tempo; e c) exige auxílio mútuo para chegar à perfeição, pois o que um homem apenas sabe é irrisório.

Nessa linha, embora todo cidadão possa em tese ter conhecimento do que é justo e útil para a cidade, os mais aptos à elaboração da lei, segundo Marsílio, são os mais velhos e experientes⁴⁰, porque mais prudentes e com mais tempo disponível para fazê-lo, tendo menos aptidão os que desenvolvem atividades manuais, até porque devem se ocupar de produzir os bens indispensáveis ao viver. Portanto, para Marsílio o cidadão participa do governo ou da função deliberativa ou judicativa, que correspondem às três funções do poder, conforme sua posição na comunidade política.

Portanto, as considerações de Marsílio de Pádua sobre povo, cidadão, maioria e representação revelam traços de valores democráticos em sua obra, compondo sua concepção do legislador humano.

Nessa linha, vê-se que tanto o modelo organicista da comunidade política quanto a defesa de valores democráticos têm reflexos sobre a concepção das formas de governo e sobre as funções e limites do poder pelo paduano, como adiante será exposto.

³⁹FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la Antigüedad a nuestros días. p. 54.

⁴⁰Cabe apontar ainda que a condição de cidadão, na concepção de Marsílio, exclui crianças, escravos, estrangeiros e mulheres, sendo certo ademais que, para ele, o cidadão ou o estrangeiro não pode transgredir a lei alegando seu desconhecimento.

4. A concepção das Formas de Governo

Marsílio de Pádua aborda diversos aspectos das formas de governo, entre as quais ora serão destacadas as características de cada uma delas, a forma de governo mais perfeita, as formas de escolha dos governantes, se estes devem ou não ter sucessão hereditária, quem deve ser escolhido governante, que predicados este deve ter, o número de governantes e a causa eficiente do governo civil.

De início, o paduano classifica os governos ou principados em temperados, nos quais o príncipe governa para o bem comum, conforme a vontade dos súditos, e corrompidos, que não têm tal característica. Por sua vez, cada um desses governos ou principados é classificado em três espécies, partindo da habitual classificação aristotélica das formas de governo⁴¹. Marsílio assim os conceitua: temperado pode ser monarquia real, aristocracia ou república, e o corrompido pode ser monarquia tirânica, oligarquia ou democracia⁴².

Assim, a distinção que Marsílio propõe entre os regimes temperados e corrompidos repousa essencialmente na vontade (ou consenso) dos súditos, que diferencia os regimes temperados dos corrompidos e assemelha entre si as três espécies daqueles e destes.

Em seguida, Marsílio concentra sua análise na monarquia real, por ele reputada a forma de governo temperada mais perfeita. Ele assim o faz em face de seu propósito de se posicionar acerca da disputa entre o Império e o Papado pela *plenitudo potestatis*, uma vez que à época, como visto, o Imperador e o Papa, ambos titulares de monarquias de origem divina, estavam em conflito por conta da soberania nos âmbitos espiritual e temporal.

⁴¹FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la Antigüedad a nuestros días. p. 52.

⁴²A monarquia real é um governo temperado, no qual o governante é um só e governa para o bem comum de acordo com a vontade ou o consenso dos súditos. Ao contrário, a tirania é um governo corrompido, cujo governante é um só, mas exerce o poder em seu próprio benefício, não levando em conta a vontade dos súditos. A aristocracia é um governo temperado no qual governam somente os notáveis, no entanto, para o bem comum, de acordo com a vontade dos súditos e o consenso dos mesmos. A oligarquia, seu oposto, é um governo corrompido, na qual governam alguns ricos ou poderosos, tendo em conta apenas o seu próprio interesse e em desacordo com a vontade dos súditos. A república, embora designe algo de comum a todo gênero ou espécie de governo ou regime, conforme um dos significados desse termo, significa, noutra acepção dessa palavra, uma espécie de governo temperado, na qual todo cidadão pode participar de algum modo das atividades governamentais ou do conselho, conforme sua posição, capacidade ou condição. Visa o bem comum e está de acordo com a vontade ou o consenso dos cidadãos. A democracia, seu oposto, é um governo no qual o vulgo ou a multidão dos pobres determina o regime e governa sozinha, não respeitando a vontade, ou não tendo o consenso dos outros cidadãos, e desconsiderando o bem comum, na devida proporção". In: MARSÍLIO DE PÁDUA. **O Defensor da Paz**. p. 105.

Segundo o paduano, quanto à escolha do monarca, pode ela ser eletiva, na qual o monarca governa mais de acordo com a vontade dos súditos, com base em leis que visam ao bem comum, ou não eletiva, em que os súditos são menos conscientes de seus direitos e as leis não visam ao bem comum. Marsílio considera o governo eletivo superior ao não eletivo, pois entende que pela eleição se obtém o melhor governo, e aduz que as outras espécies de governo temperado que não a monarquia real também são, em sua maioria, instituídas por eleição. Prossegue e indaga se o governo eletivo deve ser instituído com ou sem o direito de legar o poder a descendentes (sucessão hereditária), analisando as vantagens e desvantagens de cada uma das duas hipóteses, inclinando-se, ao final, em favor do modelo que não admite a sucessão hereditária.

Assim, quanto às qualidades do governante, Marsílio de Pádua considera que o governante ideal deve possuir essencialmente duas, quais sejam, prudência e virtude moral (justiça), sendo que a prudência guia a inteligência na ação de governar, isto é, julgar acerca da utilidade das coisas e do cumprimento da justiça, ao passo que por intermédio da virtude moral (justiça) o príncipe se mantém reto.

No que tange à prudência, Marsílio reconhece que o ato a ser praticado nem sempre estará regulamentado pela lei, uma vez que as leis humanas regulamentam os atos humanos civis (esfera do agir), mas não determinam todas as coisas, por sua variação e diversidade em momentos e lugares. Assim, nas omissões da lei, o governante deve ser guiado pela prudência, que rege as deliberações no agir, sendo necessário confiar no arbítrio dos governantes, guiados pela equidade, para julgar dados aspectos das ações humanas civis, que não sejam reguladas pela lei.

Quanto à bondade moral, virtude e justiça, também necessárias ao governante, se este for moralmente corrupto, a sociedade sofrerá as consequências disso, mesmo se informada pelas leis. É que, como visto, sendo certo que as leis não regulam todas as matérias, dados casos serão confiados ao arbítrio do julgador, que, se tiver mal sentimento, pode lesar a sociedade, razão pela qual o príncipe deve ter justiça, além de devotamento especial à sociedade civil e aos cidadãos, para promover o bem comum e o de cada indivíduo.

Até aqui o paduano trata de predicados que se podem considerar intrínsecos ao príncipe, necessários ao bom exercício do governo. Todavia, Marsílio sustenta que o príncipe deve possuir também um organismo extrínseco, correspondente a certo número de soldados, para fazer cumprir suas decisões, usando de força coercitiva contra os desobedientes, do contrário as leis não seriam cumpridas. Para tanto, cabe

à lei fixar o número de soldados e de pessoas que exercem outras atividades civis, e tal número deve ser tal que exceda o poder dos indivíduos e grupos, mas não o de toda a sociedade ou sua parte preponderante, para que não se torne despotismo.

Marsílio de Pádua anota também que, antes de iniciar o governo, o príncipe não deve ter tal força coercitiva (organismo extrínseco) à sua disposição, mas só simultaneamente ao começo do governo, o que não deve ocorrer com suas disposições ou hábitos (predicados intrínsecos, como virtude moral e prudência), os quais devem preexistir ao exercício do poder.

Quanto ao número de governantes, Marsílio entende que deva ser de um ou de poucos, uma vez que se toda a comunidade se envolvesse com o governo estaria inutilmente ocupada e negligenciaria as demais tarefas que lhe são indispensáveis.

Em seguida, o paduano indaga acerca da causa eficiente do governo, que considera ser o legislador ou conjunto dos cidadãos, que podem também representar contra o governante e depô-lo, se isso for útil ao bem comum. Acerca desse ponto, escreve Maurizio Fioravanti que Marsílio confia ao legislador “[...] *la elección del gobierno, de toda forma de gobierno, no sollo de aquellas próprias de los ordenamentos municipales, sino también la del mismo monarca, que él prefiere electivo, en vez de legitimado por la vía dinástica y hereditária.*”⁴³

Ademais, a causa eficiente de outros grupos sociais e ofícios, para Marsílio, é primariamente o legislador, e secundariamente o príncipe, que atua de acordo com a lei elaborada por aquele. Assim, o legislador institui os grupos e ofícios e indica pessoas para integrá-los, ao passo que o governante executa tal determinação e indicação.

Ocorre que, ao estabelecer os grupos sociais e ofícios da cidade, o príncipe deve nomear pessoas com aptidão para exercê-los, pois cada um desempenha funções conforme sua aptidão, não permitindo a ninguém, notadamente aos estrangeiros, assumir por sua própria iniciativa os ofícios na cidade, em especial de o sacerdote (uma vez que o paduano entende deva ter o príncipe controle sobre a igreja) e o de militar (uma vez que, a mando do príncipe, aos soldados cumpre fazer o uso da força coercitiva contra os desobedientes).

⁴³FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la Antigüedad a nuestros días. p. 54.

Assim, o príncipe governa com a aquiescência e determinação legal da comunidade, sendo a lei sua força universal e poder ativo sua autoridade para julgar, ordenar e executar, como se infere da lição de Maurizio Fioravanti:

Marsilio sostiene [...] que la fuerza coactiva de la que el gobernante dispone con la finalidad de poder hacer frente a su deber absoluto de ser auténtico *defensor pacis*, de tener unida la comunidad política, no es inherente a él, no existe en él de manera natural e necesaria. Esta fuerza coactiva para conformarse a su fin, así como quiere toda la reflexión política medieval, debe venir de la comunidad política en su conjunto, que *atribuye* esa fuerza al gobernante. Este último obrará de manera justa y conforme a la ley de la comunidad porque obrará de acuerdo con la *causa primera* [...] ⁴⁴.

A despeito de (ou até por) receber seu poder da comunidade política em seu conjunto, o governante exerce o ofício mais importante para a cidade, sem o qual a comunidade não sobrevive, e, por sua prudência e virtude moral, é mais nobre que os integrantes dos outros grupos sociais da cidade.

Mas ainda assim, conforme Marsílio de Pádua, o príncipe ou governante deve agir conforme a lei, do contrário não atuaria de acordo com a finalidade para a qual foi instituído, qual seja, a conservação da cidade. Nessa linha, Sérgio Ricardo Strefling considera que na obra O Defensor da Paz “o governante está sujeito às leis, cuja causa eficiente é o conjunto dos cidadãos”⁴⁵.

Portanto, não se pode considerar procedente a noção segundo a qual o poder político no medievo tenha sido teoricamente concebido e efetivamente exercido de modo despótico, ou seja, ao talante do príncipe, sem observância de quaisquer limites.

Acerca da matéria, veja-se a lição de Nelson Saldanha:

[A Idade Média] também não foi época de mandos absolutos, nem de poder pessoal ilimitado. A imagem hoje mais aceitável, ao que parece, é a de que na Idade Média o poder foi sempre limitado, controlado, repartido, refratado. E isso por vários motivos: a concepção teocêntrica das coisas, a ideia de que todo o poder vinha de Deus e passava ao rei através do povo, a valorização do costume como expressão da vida na comunidade, a dispersão dos centros de produção e consumo, e a presença de graus e focos de poder nos vários feudos, nas cidades, nos parlamentos, no Império, no Papado, nos reinos. [...]. Para Fritz Kern, por exemplo, a ideia central da monarquia na alta Idade Média era a de uma submissão do rei ao Direito⁴⁶.

⁴⁴FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la Antigüedad a nuestros días. p. 53.

⁴⁵STREFLING, Sérgio Ricardo. **Igreja e Poder**. Plenitude do Poder e Soberania Popular em Marsílio de Pádua. p. 145.

⁴⁶SALDANHA, Nelson. Formação da Teoria Constitucional. p. 17.

Ainda, conforme Marsílio de Pádua o príncipe deve ordenar o que é justo e honesto, aplicando recompensas ou prêmios, e proibir seu contrário, impondo castigos e punições. Com isso, mantém os indivíduos e grupos em suas funções e evita prejuízos e injustiças, reparando-as se preciso. Se não corrigisse os delinquentes, as funções dos grupos e de toda a comunidade política ficariam prejudicadas.

Desse modo, segundo Marsílio de Pádua todos os grupos sociais são subordinados e regulados pelo governante, que ocupa o primeiro lugar na sociedade civil e na vida presente aqui na terra, a fim de viabilizar a convivência em comunidade.

5. Das funções e da limitação do poder político

Em que pese não se possa sustentar propriamente a existência de uma concepção de separação de poderes no Defensor da Paz, na obra Marsílio de Pádua delinea as atribuições de cada uma das funções de poder (qual poder exerce, como o faz, quem o titulariza etc.), quais sejam, a função deliberativa (legislador), a função judicativa (juiz) e a função governativa (governante ou príncipe).

Com efeito, cabe ao legislador, essencialmente, exercer a titularidade do poder (por meio do povo, conjunto dos cidadãos ou de sua parte preponderante), escolher a forma de governo (é a causa eficiente do governo civil) e o governante (Marsílio se inclina pelo governante eleito), elaborar a lei (definir o que é justo e útil para a cidade) e prever o preceito coercitivo para punir seus transgressores (punição temporal), instituir os grupos sociais e os ofícios (primariamente) e fiscalizar os atos do governo e, em caso de transgressão, julgá-lo e depô-lo (consequência da titularidade do poder). Assim, para Marsílio de Pádua o legislador é quem cria a lei (humana) e o Direito e institui e controla os responsáveis por sua aplicação e efetivação.

Ao juiz, por sua vez, cabe promover os julgamentos conforme a lei e não segundo seu próprio arbítrio. Desse modo, como quem elabora a lei é o legislador, este figura acima do juiz, que somente na falta da lei atua segundo a equidade, prudência e justiça. O juiz também aplica o preceito coercitivo, executando os julgamentos e aplicando castigo aos transgressores da lei (conforme a terceira acepção de direito antes exposta), deve fazer justiça, de modo a manter a paz,

alcançar a suficiência comum (conforme a primeira acepção de direito antes exposta) e a restaurar a igualdade ou proporção (conforme a quarta acepção de direito antes exposta).

Quanto ao governante ou príncipe, lhe compete governar (julgar acerca da utilidade das coisas e o cumprimento da justiça, conforme a lei, somente na falta da qual atua conforme a equidade e a prudência), fazer cumprir a lei e suas decisões (usando para tanto de força coercitiva), estabelecer os grupos sociais e ofícios (secundariamente) e ordenar o que é justo e honesto, atribuindo recompensas ou prêmios, e proibindo seu contrário, aplicando castigos e punições.

Todavia, o governante ou o príncipe que não é tirano⁴⁷ governa com a aquiescência e segundo a determinação legal da comunidade, devendo agir conforme a lei para a conservação da cidade, de modo que também figura abaixo do legislador, por quem é eleito e pode ser julgado e destituído. Segundo Antonio Truyol y Serra, "el poder procede inmediatamente del pueblo. Llevando este principio a su lógica consecuencia, establece Marsilio su célebre distinción entre el legislador y el ejecutivo, subordinando éste a aquél"⁴⁸.

Portanto, em que pese discorra, no Defensor da Paz, sobre figuras correlatas à noção de democracia (povo, cidadão, maioria, representação etc.), Marsílio de Pádua não defende propriamente valores democráticos, mas busca, na verdade, promover a unidade organicista da comunidade política. Isso porque os valores democráticos por ele referidos não se apresentam, no contexto de sua obra, como fim em si mesmo, mas como meio para carrear poder às mãos do príncipe ou governante (daí sua predileção pela monarquia real), de modo que este possa contrastar o poder do papa e assim manter a unidade do poder, essencial à sustentação da concepção organicista de comunidade política, modelo aliás mais consentâneo com o pensamento de sua época.

⁴⁷Mas tem poder conferido e limitado pela lei e funções que se podem considerar até instrumentais da vontade do legislador, motivo por que assiste razão a Maurizio Fioravanti quando comenta que "Marsilio no hace otra cosa que retomar, y quizás llevar al extremo, temas y problemas que estaban bien presentes en toda la precedente reflexión política medieval: el temor a la tiranía y a la división de la comunidad política, la supremacía de la ley como expresión de la totalidad de la comunidad" In: FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la Antigüedad a nuestros días. p. 55.

⁴⁸TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado**. 1. De los orígenes a la baja Edad Media. 7. ed. Madrid: Alianza Universidad, 1982. p. 412.

Ademais, divisa-se que Marsílio busca calcar a origem do poder não mais na vontade divina, modelo que atendia aos interesses da Igreja, mas no próprio povo, o que representa, pois, limite ao poder político, mesmo àquele exercido pelo príncipe.

Considerações finais

Por todo o exposto, tem-se que na obra *O Defensor da Paz* Marsílio de Pádua busca promover a unidade organicista da comunidade política, pois os valores democráticos por ele referidos não se apresentam, no contexto de sua obra, como um fim em si mesmo, mas como um meio para manter a unidade do poder político, cuja origem não estaria mais na vontade divina, mas no povo, o que representa limite ao exercício daquele poder, mesmo pelo príncipe.

Pode-se elencar diversos fundamentos para essa conclusão, quais sejam:

a) Marsílio separa a Igreja e o Império e subordina aquela a este, bem assim o Papa ao Imperador, valendo-se, para tanto, de argumentos de natureza política, extraídos das obras de Aristóteles, e teológica, oriundos da Bíblia, com o fito de assegurar a paz na *civitas*;

b) Marsílio parte de uma concepção organicista da sociedade, sustentando que a primeira forma de organização humana foi a família, sob o poder do pai, seguida da vila, composta pela união de famílias e disciplinada pelos anciãos, sucedida pela cidade, comunidade humana que busca o bem viver, que tem seus conflitos solucionados pela lei e sua imposição coercitiva, sendo que dos quatro sentidos atribuídos por Marsílio à lei, destaca-se o de lei humana, compreendida como a ciência, a doutrina ou o julgamento universal acerca do que é útil e justo para a cidade e dos seus contrários;

c) Marsílio sustenta que o objetivo principal da lei humana é concorrer para o bem comum e o que é justo e útil na cidade, ao passo que seu objetivo secundário é conceder segurança e estabilidade governamental (aspecto material da lei), mas não é lei se não houver um preceito coercitivo impondo sua observância e punindo seus transgressores (aspecto formal da lei);

d) Marsílio entende que o legislador é o povo, o conjunto dos cidadãos ou sua parte preponderante (*pars valentior* ou *valentior pars*), identificada a partir da quantidade de pessoas (maioria) e de suas qualidades na comunidade (os predicados dos cidadãos). Já o legislador atua por si mesmo ou delega suas atribuições a uma

ou muitas pessoas, que não são, em absoluto, o próprio legislador, mas só relativamente, vale dizer, por algum tempo e sob a autoridade daquele.

e) Marsílio reputa o governo eletivo superior ao não eletivo, pois entende que pela eleição se obtém o melhor governo, e se inclina em favor de um governo que não admita a sucessão hereditária; quanto às qualidades do governante ideal, considera que deve possuir essencialmente prudência e virtude moral (justiça).

f) Marsílio considera ser a causa eficiente do governo o legislador ou conjunto dos cidadãos, em também que o príncipe governa com a aquiescência e determinação legal da comunidade, sendo a lei sua força universal e poder ativo sua autoridade para julgar, ordenar e executar.

g) Marsílio entende que o legislador é quem cria a lei (humana) e o Direito e institui e controla o julgador e o governante ou príncipe, se sobrepondo a ambos, como ele responsáveis por sua aplicação e efetivação, cada qual desempenhando atribuições específicas para esse fim.

Dessa forma, a concepção política albergada no *Defensor Pacis* de Marsílio de Pádua tende à promoção da unidade organicista da comunidade, e é a serviço dessa concepção que naquela obra são invocados valores democráticos, considerados elementos que conduzem à manutenção da unidade do poder.

Referências das Fontes Citadas

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manoel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2011.

FRANCO JUNIOR, Hilário. **A Idade Média**: nascimento do ocidente. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

LE GOFF, Jacques. **A Civilização do Ocidente Medieval**. Tradução de Monica Stahel. Petrópolis: Vozes, 2016.

MARSÍLIO DE PÁDUA. **O Defensor da Paz**. Tradução de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1997.

MIETHKE, Jürgen. **Las ideas políticas de la Edad Media**. Tradução de Francisco Bertelloni. Buenos Aires: Biblos, 1993.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

STREFLING, Sérgio Ricardo. **Igreja e Poder. Plenitude do Poder e Soberania Popular em Marsílio de Pádua**. Coleção Filosofia n. 146. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado**. 1. De los orígenes a la baja Edad Media. 7. ed. Madrid: Alianza Universidad, 1982.

ULLMANN, Walter. **Historia del pensamiento político en la Edad Media**. Tradução de Rosa Vilaró Piñol. Barcelona: Ariel, 1999.

VILANI, Maria Cristina Seixas. **Origens Medievais da Democracia Moderna**. Belo Horizonte, Inédita, 2000.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma História das Ideias Jurídicas. Da Antiguidade Clássica à Modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

SUSTENTABILIDADE E SUA POSSÍVEL E NECESSÁRIA RELAÇÃO COM O DIREITO

**Francine Cansi
Paulo Márcio Cruz**

Introdução

O estudo ora proposto tem como objeto abordar a Sustentabilidade como novo paradigma indutor do direito na pós-modernidade. O que justifica a proposta é a necessidade de sistematização, em produtos científicos, das teorias contemporâneas que tratam da emergência de um novo paradigma para a o Direito que, ao contrário do paradigma moderno, que sustentou a “civilização dos contratos e da propriedade privada individualista” da modernidade, possa privilegiar o socioambientalismo, ser promotor da inclusão social e da distribuição de riquezas e que privilegie a justiça social e a igualdade de condições de vida.

A partir de teses e teorias contemporâneas, empreende-se sobre a emergência de novos cenários globalizados e transnacionais e do esgotamento do paradigma do direito da modernidade, é de se estabelecer alguns elementos científicos e teóricos sobre a necessidade de se considerar o surgimento de um novo paradigma para o Direito.

O novo ambiente global e seus reflexos exigem das instituições de pesquisa descrições científicas e formulações teóricas que possam trabalhar o Direito para essa transição. Para tanto o método empregado é o dedutivo, a pesquisa parte da convicção, sustentada pela realidade mundial atual e pelos trabalhos científicos sobre o tema elaborados de que na pós-modernidade, a Sustentabilidade deverá consolidar-se como o novo paradigma indutor do Direito, coabitando com a liberdade, pois, além da sua vocação para ser aplicado em escala planetária, apresenta destacada flexibilidade e operacionalidade para comportar a dialética das várias forças sociais, articulando numa via discursiva harmonizadora os mais diversos valores e interesses legítimos

Não se alcança o novo sem compilar e publicar ideias e teorias acerca das transformações do Direito que são necessárias à discussão sobre a possibilidade da implementação da Sustentabilidade em espaços transnacionais. Assim necessário revisar as críticas contemporâneas às teorias modernas sobre Direito Transnacional e Sustentabilidade; bem como analisar as mudanças jurídico-constitucionais vividas pelo Estado Contemporâneo a partir da hegemonização capitalista transnacional

efetivada pela globalização; para então através da pesquisa contribuir doutrinariamente para a afirmação da Sustentabilidade como novo paradigma e sua possível e necessária relação com o Direito na pós-modernidade.

2. Sustentabilidade e sua possível e necessária relação com o direito

A sustentabilidade como novo paradigma indutor do direito na pós-modernidade é tema de extrema importância no atual momento das sociedades mundiais, tanto no aspecto científico quanto no que tange às suas implicações práticas no cotidiano das relações intersubjetivas, interestatais, negociais, sociais e culturais, eis que a mundialização e a progressiva interdependência das relações entre Estados está configurando, de fato, a formação de um novo âmbito de interesse geral, que se situa em fronteiras transnacionais e que, agora, começam a se concretizar de maneira muito intensa na defesa dos direitos humanos. Só será viável a universalidade dos direitos humanos a partir da superação dos limites estatais modernos da Democracia¹, da concepção puramente individualista dos bens jurídicos.

Assim, a relevância do tema está na necessidade de criação/adaptação de novas teorias contemporâneas sobre a emergência de novos cenários globalizados e transnacionais e do esgotamento do individualismo e da liberdade enquanto paradigma do direito da modernidade, além de se estabelecer alguns elementos científicos e teóricos sobre a necessidade de se considerar o surgimento de um novo paradigma para o Direito, assentado em categorias como solidariedade e participação.

A necessidade de sistematização das teorias contemporâneas que tratam da emergência de um novo paradigma para a Ciência Jurídica, privilegiando o socioambientalismo, promovendo a inclusão social e a distribuição de riquezas, proporcionando a justiça social e a igualdade de condições de vida, diz respeito à emergência de novos cenários globalizados e transnacionais e do esgotamento do paradigma do direito da modernidade, objetivando estabelecer alguns elementos científicos e teóricos sobre a necessidade de se considerar o surgimento de um novo paradigma para o Direito. O novo ambiente global e seus reflexos exigem das

¹ CRUZ, Paulo Márcio FERRER, G. R. Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica - Barcelona - Espanha. V-Lex Revista, v. 5, p. 12-24, 2010. p. 22.

instituições de pesquisa descrições científicas e formulações teóricas que possam trabalhar o Direito para essa transição.²

Abordar o presente tema é de extrema importância no atual momento das sociedades mundiais, tanto no aspecto científico quanto no que tange às suas implicações práticas no cotidiano das relações intersubjetivas, interestatais, negociais, sociais e culturais, eis que a mundialização e a progressiva interdependência das relações entre Estados está configurando, de fato, a formação de um novo âmbito de interesse geral, que se situa em fronteiras transnacionais e que, agora, começam a se concretizar de maneira muito intensa na defesa dos direitos humanos. Só será viável a universalidade dos direitos humanos a partir da superação dos limites estatais modernos da Democracia³, da concepção puramente individualista dos bens jurídicos.

Assim, a relevância do tema está na necessidade de criação/adaptação de novas teorias contemporâneas sobre a emergência de novos cenários globalizados e transnacionais e do esgotamento do individualismo e da liberdade enquanto paradigma do direito da modernidade, além de se estabelecer alguns elementos científicos e teóricos sobre a necessidade de se considerar o surgimento de um novo paradigma para o Direito, assentado em categorias como solidariedade e participação.

2.1 A necessidade de construção de um novo paradigma

A Sociedade de Risco contemporânea contesta, de forma difusa e muitas vezes sem a necessária consistência argumentativa, é bem verdade, os paradoxos gerados pelo capitalismo desterritorializado e os efeitos ambientais, econômicos e sociais do capitalismo globalizado.

A preocupação com o ambiente e com todos os impactos neles já causados, assim como os que serão futuramente causados é cada vez mais intensa e cada vez mais se torna importante discutir acerca da base valorativa das diversas ciências. Muito embora lentamente, as sociedades de todo planeta dão-se conta de que o liberalismo moderno, o capitalismo e as manifestações antagônicas surgidas para se

² CRUZ, PAULO MÁRCIO. BODNAR, Z. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade** - Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011

³ CRUZ, Paulo Márcio FERRER, G. R. Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica - Barcelona - Espanha. V-Lex Revista, v. 5, p. 12-24, 2010. p. 22.

confrontar a eles são insuficientes como modelos teóricos capazes de dar respostas às demandas geradas pelo mundo novo transformado pela tecnologia.

Como é consabido, o paradigma moderno, a Liberdade, começou a influenciar o direito com o iluminismo. Antes deste modelo, a matriz disciplinar ocidental era a da teologia da Idade Média, que remetia ao transcendente e à metafísica a explicação de tudo. A modernidade jurídica, que começou com as revoluções burguesas, teve e tem como paradigma a liberdade em seu sentido polissêmico, pois a mesma pode ser entendida de várias maneiras. Mas, assim como fatores pré-modernos determinaram a superação do feudalismo e do absolutismo, vários fatores pré-pós-modernos conjugados estão determinando a consolidação de um novo paradigma para o direito pós-moderno⁴.

Importante ressaltar que para o escopo da presente proposta, concebe-se a relação entre o paradigma moderno e pós-moderno, a seguir discutidos, não como de substituição imediata, mas como de coabitação ou de convivência, se preferirem, com gradual substituição.

O novo paradigma que surge se justifica pela necessidade vital da preservação da vida no planeta. Isso implica, evidentemente, a adoção de um novo paradigma geral para as ciências e, por consequência, para o direito. Afinal, a liberdade justificou a desigualdade material da modernidade, sendo notória a degradação ambiental produzida pela pobreza e pela miséria resultante dessas desigualdades, e pelo uso desenfreado e insustentável dos recursos naturais.

Segundo ensinamentos de Cruz e Bodnar, até a década de 60 do século passado, alcançar níveis superiores de liberdade era o máximo almejado pelo ocidente capitalista liberal com sua lógica judaico-cristã. Dentre os fatores que determinaram a crise da era da liberdade, da modernidade, foi o fenecimento do modelo de Estado – e de direito – pautado pelas fronteiras nacionais. O fim do contraponto socialista com o desaparecimento da União Soviética, e a hegemonização do capitalismo liberal erodiram sua principal característica, ou seja, a soberania territorial herdada da paz da Westfália. A partir da década de 80 do século XX, o homem começou a dar-se conta, pela primeira vez, que poderia destruir

⁴ CRUZ, PAULO MÁRCIO. BODNAR, Z. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade - Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011.

o planeta. Esse fato, junto com o fenômeno da globalização, acabou por criar uma nova realidade que se convencionou denominar de transnacional⁵.

Constata-se desse modo que a era moderna entrou em exaustão quando seu paradigma, baseado na liberdade, deixou de ser o valor fundamental de orientação ao modo de vida do ocidente. Isso aconteceu como consequência do surgimento de novos poderes e riscos agora globais⁶. Estes riscos, disseminados globalmente, também apresentam como características distintivas do momento histórico anterior a invisibilidade (científica e sensorial) e “transtemporalidade” (efeitos retardados).

A liberdade foi perdendo espaço, enquanto paradigma, desde a implantação do Estado Social de Direito, principal legado da disputa capitalismo x comunismo protagonizada durante a Guerra Fria. Mas o auge desse processo de relativização da liberdade foi o avanço da questão ambiental, fermentado pelos novos cenários transnacionais típicos da sociedade de risco.⁷

Dessa forma, passou a ganhar consistência a emergência de um novo paradigma que indica a sobreposição de valores, acompanhando o surgimento de uma nova era, pautada pela preservação da vida no planeta, o que se convencionou chamar de questão vital ambiental⁸.

O cenário transnacional da atualidade pode ser caracterizado como uma complexa teia de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, no qual emergem novos atores, interesses e conflitos, os quais demandam respostas eficazes do Direito. Estas respostas dependem de um novo paradigma do Direito que melhor oriente e harmonize as diversas dimensões implicadas.

A partir desse contexto de insuficiência da liberdade, enquanto paradigma do direito moderno para o enfrentamento dos novos riscos globais, o que se propõe é a análise da Sustentabilidade enquanto novo paradigma indutor do direito na pós-modernidade em coabitação temporária com a liberdade.

⁵ CRUZ, PAULO MÁRCIO. BODNAR, Z. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade - Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011.

⁶ Sobre a questão do risco global sugere-se a leitura do artigo: BODNAR, Zenildo e CRUZ, Paulo Márcio. PENSAR GLOBLAMENTE Y ACTUAR LOCALMENTE: el Estado Transnacional Ambiental en Ulrich Beck. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, n. 1, Alicante, Espanha, p. 51-59, 2008.

⁷ CRUZ, PAULO MÁRCIO. BODNAR, Z. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade** - Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011.

⁸ Sobre esse tema ver CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. La Transnacionalidad y la Emergencia del Estado y del Derecho Transnacionales - Barcelona. **Revista V-Lex**, v. 4, 2009.

Importante destacar que os valores fundamentais da liberdade não estão em questão. Entretanto, para o desenvolvimento ambiental, social e econômico sustentável, determinados critérios de “liberdade” deverão ser relativizados. Um bom exemplo é a relação do direito de propriedade com o direito ao meio ambiente saudável. A liberdade de dispor dos recursos naturais está limitada ao interesse difuso da sociedade na preservação do meio ambiente.

A modernidade foi construída a partir da busca por liberdade. Portanto, é lógico que seus vértices econômicos, sociais e jurídicos acompanhassem essa concepção original, o que foi, registre-se, um grande avanço para a humanidade.

Naquela época não se falava sobre preservação do ambiente e, muito menos, sobre os possíveis riscos que a destruição do mesmo poderia causar. A Revolução Industrial representou o início da utilização, em grande escala, dos recursos naturais. Nessa evolução surgiu o uso do petróleo como fonte de energia substitutiva do vapor, o que levou a modernidade a ficar conhecida como a “civilização do petróleo”. Há que se ter em conta que a exaustão dessa matriz energética, quer seja pela sua finitude ou pelo elevado potencial poluidor, acompanha a crise da própria modernidade.

A liberdade, enquanto paradigma do direito moderno é produto de um conjunto especial de relações políticas que emergiu na Europa. Aquela liberdade, encontrada no ambiente burguês, foi teorizada em forma de liberalismo num primeiro momento, e como liberalismo democrático num segundo momento, e também ficou compreendido que aquela liberdade só poderia ser real e permanente caso fosse traduzida em normas jurídicas por intermédio do Direito.

Mais adiante, a liberdade como paradigma do direito moderno, durante sua fase de consolidação, ganhou muitas caracterizações. Talvez a mais emblemática seja aquela expressa pelo inglês John Stuart Mill⁹, em sua obra “Sobre a Liberdade”, de 1859. Para ele, a liberdade individual deveria ser exaustivamente perseguida e só poderia ser permitida a intervenção da sociedade na liberdade de outrem em caso de autoproteção, ou seja, quando houvesse a invasão dos âmbitos de liberdade de outrem.

A liberdade moderna foi uma conquista do liberalismo preocupado, enquanto corrente doutrinária, com a limitação do poder e com o grau de interferência dos outros e do Estado na vida das pessoas, como, aliás, ressalta Celso Lafer, citando Benjamin Constant, na apresentação da obra de Mill acima citada.

⁹ MILL, John Stuart Mill. **Sobre a liberdade**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p.13-14 e 23-24.

A liberdade, enquanto direito à diversidade, sustentada por Mill, seria compatível com o seu critério de igualdade formal moderna, ou da igualdade dos pontos de partida almejada pela doutrina liberal, com fundamento na capacidade.

Portanto, onde não houvesse direito à diversidade, não haveria liberdade. A liberdade, como paradigma do direito moderno, passou a consistir em não estar sujeito à restrição e à violência por parte de outras pessoas, o que não pode ocorrer quando não há Estado de Direito em sua concepção Kantiana, que agrega o “democrático” ao termo¹⁰.

A modernidade pode ser compreendida, por este diapasão, como diferenciação racional entre a religião, a política, a moral e o direito, com este último sendo o garantidor dos âmbitos de liberdade.

Importante enfatizar que o liberalismo – e a liberdade como paradigma do direito – como concepção político-ideológica dessa corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII e que ensejou a modernidade jurídica, caracterizou-se por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro. Passou-se a postular uma filosofia tolerante da vida como modelo social que conseguisse substituir o antigo regime e cujos conteúdos se constituíram em fundamento jurídico e político das constituições democráticas¹¹. A criação do Direito Público, pelos modernos, é a sua maior prova, já que se constitui num grande leque de proteção com relação ao Estado.

O liberalismo ganhou força social de modo gradual na medida em que as zonas mais desenvolvidas da Europa Ocidental e suas colônias passaram a orientar suas estratégias econômicas em direção à economia de mercado e a necessitar de uma nova concepção do mundo que não criasse obstáculos à nova realidade socioeconômica emergente. Dito de outra forma, a liberdade em seus diversos aspectos. Para isso, o Direito, e a Liberdade como seu paradigma, foram fundamentais¹².

Por consequência, com a afirmação das ideias de liberdade burguesas, principalmente durante o século XIX, ocorrem mudanças significativas nos valores

¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá. 2003.p. 121.

¹¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá. 2003. p. 89.

¹² CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá. 2003. p. 89-90.

sociais dominantes até então. O cidadão, e não outra entidade qualquer, passou a ser o centro das atenções. As propriedades privadas, individuais, operavam como um símbolo de prosperidade, com os pobres representando os incapazes, que não conseguiam aproveitar as inúmeras oportunidades oferecidas pela livre iniciativa.

O liberalismo se consolidou como uma filosofia de progresso econômico, social e técnico, ao propor, essencialmente, uma liberação total das potencialidades dos indivíduos, com suas premissas básicas assentadas na liberdade como paradigma do Direito, como anota Jean Touchard¹³, e na individualidade, com uma visão positiva e otimista do homem, que era visto como um ser individualmente autônomo, materialista e dotado de razão. Razão essa que lhe permitiria lograr sua meta principal, ou seja, a de ser feliz na medida em que pudesse desenvolver suas capacidades individuais sem obstáculos que o intimidassem.

Claro que, baseados nestas premissas, os liberais repudiavam qualquer tipo de privilégio e defendiam, em contrapartida, a igualdade para todos os homens livres perante a lei. Liberdade para atuar no mercado capitalista e ser possuidor de bens que garantissem a sua liberdade. Todos seriam formalmente, e não materialmente, iguais porque o homem possui alguns direitos naturais indiscutíveis. Cada homem poderia fazer de sua vida privada o que bem entendesse ou pudesse. Inclusive admitindo e estimulando a alienação, por contrato de trabalho, de parte de sua liberdade, em troca de recompensa pecuniária¹⁴.

Com o Direito Moderno, os ordenamentos jurídicos passaram a atuar como instrumento de coerção legitimados pelo seu paradigma: **a liberdade**, e combater quaisquer tentativas de limitação dessa liberdade. Portanto, de forma natural, pela própria história, toda produção do Direito, na modernidade, foi orientada pelo paradigma liberdade.

Os autores liberais contemporâneos, pertencentes às correntes mais avançadas do liberalismo, passaram a defender que o objetivo da liberdade é o de se alcançar uma autêntica igualdade de oportunidades ou chances vitais para cada indivíduo, já numa concepção muito próxima do Estado de Bem-Estar visto através da lente neoliberal¹⁵.

¹³ TOUCHARD, Jean. **La historia e edeas politicas**. Tradução de J. Pradera. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2013. p. 116.

¹⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá. 2003.p. 126.

¹⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá. 2003.p. 126

É dessa mudança no objetivo do paradigma do direito moderno que começam a surgir as teses sobre a possibilidade de limitação do exercício da liberdade em função de valores novos, como é o caso da questão vital ambiental, emblemática para as discussões nesse sentido, e que permite inferir a coabitação de valores paradigmáticos indutores do direito, principalmente nas últimas décadas do século XX e nas primeiras décadas do século XXI.

2.2 Crise da Liberdade como paradigma da modernidade

Como pode-se observar, as ciências, tanto naturais como sociais, desenvolveram-se historicamente a partir de determinados paradigmas. A expressão “paradigma”, não possui um conceito unívoco e, no âmbito das ciências sociais, como é o caso do Direito, também sofre influências ideológicas e até mesmo socioculturais.

A primeira vez que o termo foi utilizado com maior cuidado e rigor científico, foi em 1962, por Thomas Kuhn, no livro “A Estrutura das Revoluções Científicas”. Nesta obra, o autor defendeu que as revoluções científicas constituem episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível no todo ou em parte com o anterior¹⁶. O uso da expressão paradigma surge em substituição ao termo “verdade”, tendo em vista a grande dificuldade em definir o que pode ser considerado cientificamente como verdadeiro.

Nesta obra, Thomas Kuhn caracteriza paradigma como sendo aquilo que os membros de uma comunidade partilham. Reconhece que a ciência é um discurso que se legitima pela aceitação do grupo. Quanto à ideia de paradigma, defende que este, enquanto modelo compartilhado, segue uma matriz composta por: a) generalizações simbólicas; b) crenças em determinados modelos heurísticos; e c) valores exemplares¹⁷.

Apesar das dificuldades conceituais, no âmbito das ciências sociais, a noção de paradigma é fundamental, pois como afirma Edgar Morin, possui o mérito de se sobrepôr ou dominar as teorias. Para Morin, no âmbito das ciências sociais, um paradigma deve conter, para todos os discursos realizados em seu âmbito, os conceitos fundamentais e as categorias mestras de inteligibilidade, assim como as

¹⁶ KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 125.

¹⁷ KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 142 e ss.

relações lógicas existentes entre esses conceitos e categorias¹⁸. Exatamente como acontece com a evolução da “cientificização” da categoria Sustentabilidade.

Especificamente no campo da Ciência Jurídica, com o Direito como seu objeto, por paradigma pode-se entender o critério de racionalidade epistemológica reflexiva que predomina, informa, orienta e direciona a resolução dos problemas, desafios, conflitos e o próprio funcionamento da sociedade. Trata-se de um possível referente a ser seguido e que pode inspirar a produção e aplicação do Direito.

A crise da liberdade como paradigma do direito moderno se iniciou com as lutas pelo Estado Social, no final do Século XIX e no começo do Século XX. Foram as ideias e as ações socialistas que pressionaram as sociedades europeias a admitir a flexibilização dos paradigmas do Estado Liberal e do direito moderno¹⁹. As sociedades ocidentais passaram a conferir um evidente equilíbrio entre os dois conceitos: Estado de Liberdade e Estado de Igualdade ou Estado Liberal e Estado Social.

A liberdade passou a ser inconcebível sem um elevado grau de solidariedade e de igualdade social e, por outro lado, o progresso social, o combate às desigualdades, o desenvolvimento econômico e a proteção das classes mais desfavorecidas, fundam-se no respeito aos novos valores emergentes, que já apontavam também para uma nova dimensão de direitos difusos²⁰. Neste momento, observam-se os primeiros movimentos por solidariedade.

Porém, a crise da liberdade como paradigma da modernidade se localizou no tratamento “contrário” dos valores fundamentais que passaram a duelar a partir da consolidação das concepções socialistas: a liberdade individual e a igualdade social. Foi formada então uma das maiores díades da sociedade ocidental, com o liberalismo e o socialismo representando suas expressões ideológicas, que impulsionava e legitimava as mudanças nas concepções de Sociedade e de Estado.

O Estado Social passou a desenvolver ações acompanhadas de uma crescente inclusão nas Constituições, não só de previsões de regulação estatal das relações contratuais, mas também de comandos aos poderes públicos para que passassem a prover ou financiar uma série de prestações de serviços, em geral públicos e

¹⁸ MORIN, Edgar. **O método 4: as ideias**. 3. Ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2002, p. 261.

¹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990. p. 26.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2015 p. 394.

gratuitos, aos cidadãos²¹. Os esforços para garantir a igualdade de oportunidades e certa distribuição de renda, derivada de algumas ações do próprio Estado, completaram esta nova dimensão do Direito que este modelo ideológico de Estado passou a representar, criando profunda erosão na condição da liberdade moderna como seu paradigma.

A mundialização e a progressiva interdependência das relações estão configurando, de fato, a formação de um novo âmbito de interesse geral, que se situa em fronteiras transnacionais e que, agora, começam a se concretizar de maneira muito intensa na defesa dos direitos humanos. Só será viável a universalidade dos direitos humanos a partir da superação dos limites estatais modernos da Democracia²².

Sendo válido pensar numa ordem pós-capitalista liberal, também é válido refletir sobre uma ordem pós direito Moderno: as incertezas e justificativas morais coincidem, tanto empiricamente – sendo o Direito moderno agente do capitalismo – quanto filosoficamente – sendo o modelo estatal advindo do Direito o signo da hierarquização entre os homens. Se o que se necessita é um caminho jurídico mais seguro em direção a um novo tempo, é fundamental pensar na consolidação de um novo paradigma que possa coabitar com – e posteriormente provavelmente superar - o paradigma do direito moderno²³.

Em busca da aptidão a uma nova compreensão do Direito que possa fornecer uma resposta ao novo conjunto de demandas ligadas aos novos cenários transnacionais, é preciso superar a construção teórica da modernidade liberal, apesar de se saber que o período que virá conviverá com o atual.

O Direito que adviria de um ambiente político-jurídico transnacional seria forjado, muito provavelmente, com base em princípios de inclusão social e proteção ao meio ambiente²⁴. A Sustentabilidade e a Solidariedade passariam a ser dois dos principais itens do debate jurídico.

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 186.

²² CRUZ, Paulo Márcio FERRER, G. R. **Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica** - Barcelona - Espanha. **V-Lex Revista**, v. 5, p. 12-24, 2010. p. 22.

²³ CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Z. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade** - Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011.

²⁴ RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática**. La carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis. Barcelona: Paidós, 2010. p. 29.

A constatação de que a preservação e recuperação do ambiente e sua utilização racional, o que geraria a necessária Sustentabilidade, sugere a reinvenção da tensão entre Direito e liberalismo capitalista. Isso para que uma nova concepção de Direito possa contribuir para que o mundo seja cada vez menos confortável para o capitalismo predatório e que um dia se possa ter uma alternativa ou, ao menos, um capitalismo sustentável. Boaventura de Sousa Santos²⁵ chega a dizer que se tivesse hoje em dia que definir o socialismo seria a Sustentabilidade no seu conceito mais amplo.

Conhece-se perfeitamente das assimetrias existentes entre as regiões do nosso planeta e entre os países que as formam. Isso indica a necessidade de coabitação entre o paradigma moderno e o pós-moderno do Direito, entre a busca por âmbitos cada vez mais amplos de liberdade e a limitação desta mesma liberdade em função de se promover a Sustentabilidade. É, *mutatis mutandis*, o que chamamos de “republicanização da globalização”²⁶, com uma efetiva busca pela distribuição da riqueza e reequilíbrio ambiental. O grande desafio do ser humano será provar que conseguirá evoluir do individualismo liberal, passando pelas experiências de igualdade relativa dos estados de bem-estar e alcançar Sustentabilidade. Provar que não é um elemento estranho e inadaptável ao planeta Terra, mas que pode não só conviver em harmonia como melhorar as condições gerais de vida.

Atualmente não é mais suficiente o desenvolvimento de teorias jurídicas complexas e sofisticadas em relação a temas e institutos setoriais do complexo fenômeno da convivência humana.

Desta forma, com o cenário transnacional atual surge a necessidade da emergência e da consolidação de um novo paradigma do Direito que deve ser mais dúctil e operacionalmente adequado para a produção dialética e democrática de um repertório de argumentos mais densos e legítimos no atual contexto de complexidade.

A Sustentabilidade emerge, naturalmente, como grande potencial axiológico para ser aplicada e reconhecida na centralidade desta nova ordem jurídica altamente complexa, plural e transnacionalizada.

²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalización y democracia**. Bogotá: Palestra, sem data.

²⁶ BODNAR, Zenildo e CRUZ, Paulo Márcio. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós Copenhague 2009. *In*: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). **Direito da União Europeia e Transnacionalidade**. Quid Juris: Lisboa, 2010. p. 380.

2.3 A Sustentabilidade como novo paradigma

Na gênese da construção jurídica da Sustentabilidade está a ideia de que o modelo de desenvolvimento, escolhido/reforçado para o mundo na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992 (ECO 92) e preconizado pelo protocolo de Kyoto, objetivou compatibilizar a proteção do ambiente com o desenvolvimento econômico e social²⁷. Este ideal de desenvolvimento com Sustentabilidade, entretanto, encontra oposição em setores da economia que preferem as antigas práticas do lucro a qualquer preço.

A nota qualitativa da Sustentabilidade, preconizada também como intento motivador da Eco-92, ainda não foi viabilizada na sua integralidade, pois o paradigma de desenvolvimento vigente em escala global está pautado muito mais na lógica da maximização dos lucros do que na preocupação ética de distribuição geral e equitativa dos benefícios gerados pelo desenvolvimento e a consequente preservação e recuperação do ambiente.

Este quadro desafiante impõe a necessidade não apenas de ações locais ou nacionais isoladas, mas também de uma intensa sensibilização transnacional, que contribua com novas práticas e atitudes, principalmente nas ações dos Estados no plano mundial. Necessita-se de novas estratégias de governança transnacional ambiental²⁸ para que seja possível a construção de um compromisso solidário e global em prol do ambiente para assegurar, inclusive de maneira preventiva, a melhora contínua das relações entre os seres humanos e a natureza. E, claro, ações científico-acadêmicas, como a que se está propondo, para o necessário debate dessa nova realidade global.

A crise ecológica é ainda mais agravada pela insuficiência de planejamento e políticas amplas e de longo prazo, pois as pessoas e os governantes que elaboram e executam importantes políticas públicas ainda não conseguem pensar globalmente os problemas ambientais. A pauta de preocupações ainda está restrita aos problemas visíveis, relacionados aos fatos concretos e ocorridos no entorno próximo. Falta uma

²⁷ BODNAR, Zenildo e CRUZ, Paulo Márcio. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós Copenhague 2009. In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). **Direito da União Europeia e Transnacionalidade**. Quid Juris: Lisboa, 2010. p. 380.

²⁸ Sobre este tema ver: BODNAR, Zenildo e CRUZ, Paulo Márcio. Pensar globalmente y actuar localmente: El Estado transnacional ambiental em Ulrich Bech. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, v. 1, p. 51 a 59, (Espanha), 2008 e BODNAR, Zenildo; Neste trabalho, propõe-se a consolidação de um 'Estado Transnacional' de proteção do meio ambiente, estruturado como uma grande teia de proteção do planeta, regido por princípios ecológicos e que assegure alternativas e oportunidades democráticas mais inclusivas, participativas e emancipatórias e tenha como preocupação garantir um mundo melhor para as futuras gerações.

sensibilização adequada das pessoas para a real dimensão da crise ecológica e da sua real ameaça à garantia da vida no planeta²⁹.

Para situar a gravidade da atual crise ecológica global, Canotilho adota a ideia de uma segunda geração de problemas ecológicos, não mais preocupada apenas com os problemas de âmbito local, mas também com os seus efeitos combinados por vários fatores e com as suas implicações globais e duradouras, como ocorre, por exemplo, no caso da destruição da camada de ozônio e do aquecimento global. Estes desafios exigem uma especial sensibilidade ecológica da comunidade global para que não sejam comprometidos de forma irreversível os legítimos interesses das futuras gerações³⁰.

Ao estudar os postulados jurídico-analíticos para a compreensão dos problemas ambientais e o papel dos Estados, Canotilho³¹ destaca a importância do postulado globalista que para ele significa que a proteção do ambiente não deve ser feita apenas no âmbito dos sistemas jurídicos estatais isolados, mas sim no dos sistemas jurídico-políticos transnacionais, de forma a que se alcance um *standard* ecológico ambiental razoável em todo planeta e, ao mesmo tempo, estruturando uma responsabilidade global, de Estados, organizações e grupos, quanto às exigências de Sustentabilidade ambiental.

Nessa mesma linha de raciocínio Henrique Leff³² explica que hoje o conceito de ambiente se defronta necessariamente com estratégias de globalização e que a reinvenção de novo mundo, conformado por uma diversidade de mundos, pressupõe que se abra o cerco da ordem econômica-ecológica globalizada. Ele destaca ainda que o princípio da Sustentabilidade surge como uma resposta à fratura da razão modernizadora e como uma condição para construir uma nova racionalidade

²⁹ Cf. BODNAR e CRUZ este quadro aponta para a necessidade do estabelecimento de novas estratégias democráticas de governança da regulação climática para o acesso e a adequada gestão dos bens ambientais e o compartilhamento solidário de responsabilidade enquanto grande desafio do milênio. BODNAR, Zenildo e CRUZ, Paulo Márcio. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós Copenhague 2009. *In*: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). **Direito da União Européia e Transnacionalidade**. Quid Juris: Lisboa, 2010, p. 384.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional Português. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 27.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. *In* FERREIRA, Helini Silvini. LEITE, José Rubens Morato. **Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 05 e 06.

³² LEFF, Henrique. **Saber Ambiental: Sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder**. Tradução de Lúcia M. E, Horth. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2006, p. 31.

produtiva, fundada no potencial ecológico e em novos sentidos de civilização³³ a partir da diversidade cultural do gênero humano.

A colaboração e a solidariedade transnacionais também são as palavras de ordem para a Sustentabilidade global. A intensificação do fenômeno da globalização apresenta desafios importantes aos Estados e exige uma readequação qualitativa e estratégica do Direito, pois este, enquanto instrumento de controle social estatal emanado de um ente soberanamente isolado no planeta, já não produz mais respostas minimamente eficazes para assegurar um futuro com Sustentabilidade progressiva para toda a comunidade de vida e em escala global.

Necessita-se da construção e consolidação de uma nova concepção de Sustentabilidade Global, que possa atuar como um paradigma de aproximação entre os povos e culturas, na participação do cidadão de forma consciente e reflexiva na gestão política, econômica, social e tecnológica.

Dessa forma, a Sustentabilidade deve ser construída a partir de múltiplas dimensões que incluam as variáveis ecológica, social, econômica e tecnológica, tendo como base forte o meio ambiente. Na perspectiva jurídica todas estas dimensões apresentam identificação com a base de vários direitos fundamentais, aí incluídos o meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direitos prestacionais sociais, dentre outros, cada qual com as suas peculiaridades e riscos. Pela importância e centralidade na ordem política atual, é possível afirmar, assim, que a Sustentabilidade pode ser compreendida como impulsionadora do processo de consolidação de uma nova base axiológica ao Direito.³⁴

Sobre a amplitude da Sustentabilidade, Piñar Mañas³⁵ explica que a mesma consiste na: a) conservação e recuperação quando esta seja necessária, do adequado capital natural para promover uma política qualitativa de desenvolvimento; b) inclusão de critérios ambientais, culturais, sociais e econômicos no planejamento e na implementação das decisões sobre desenvolvimento. No atual contexto da sociedade do conhecimento, defende-se também a variável tecnológica como elemento de possível ampliação da Sustentabilidade.

³³ HUNTINGTON, Samuel P. **Choque de civilizaciones?** Texto crítico de Pedro Martinez Montávez. Madrid: Tecnos, 2002, p. 63 e seguintes.

³⁴ CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Z. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade** - Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011.

Uma das dimensões mais importantes, pela sua fragilidade e pela conexão direta e como pressuposto da tutela do ambiente, é exatamente a dimensão social. A socióloga Mercedes Pardo³⁶ defende que os problemas relacionados ao meio ambiente são problemas de organização social e que o desenvolvimento sustentável inclui três concepções: social, econômica e ecológica, e que a Sustentabilidade ambiental pressupõe a social³⁷.

Um dos objetivos mais importantes de qualquer projeto de futuro com Sustentabilidade é a busca constante pela melhoria das condições sociais das populações mais fragilizadas socialmente. Isso porque os problemas sociais e ambientais estão necessariamente interligados e somente será possível tutelar adequadamente o meio ambiente com a melhora das condições gerais destas populações³⁸. Boaventura de Souza Santos³⁹ indica que a crise ambiental decorre diretamente da transnacionalização da pobreza, da miséria e da fome e inclui ainda a degradação ambiental dentre os principais problemas na relação social mundial.

Na perspectiva econômica, hoje também há plena conscientização da importância da consolidação da Sustentabilidade, que também importa em transformação social, sendo conceito integrador e unificante, e isso implica a celebração da unidade homem/natureza, na origem e no destino comum. O que ajuda a se pressupor um novo paradigma, portanto.

A preocupação da geração atual não deve ser a de apenas garantir às futuras gerações a mesma quantidade de bens e recursos ambientais. O capitalismo sem controle e as precárias condições de vida de muitos seres humanos geraram um desenvolvimento historicamente insustentável e já levaram a atual geração a uma situação de crise pela clara limitação de muitos bens primordiais para a vida plena. Assim, é fundamental que toda a inteligência coletiva e que todo o conhecimento

³⁶ PIÑAR MAÑAS, José Luis. *El desarrollo sostenible como principio jurídico*. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis. **Desarrollo Sostenible y protección del medio ambiente**. Madrid: Civitas, 2002. p. 24.

³⁷ PARDO, Mercedes. *El desarrollo*. In: BALESTEROS Jesús e PÉRES ADÁN, José (edit.). **Sociedad y medio ambiente**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 31 e ss.

³⁸ Para Amartya Sen o desenvolvimento real e pleno, somente será alcançado com a expansão dos âmbitos das liberdades solidárias em coabitação com a sustentabilidade. Para ele "desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente (...) assim, com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros". In: SEN Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 10, 26.

³⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2001. p. 42 e ss.

científico acumulado esteja também a serviço da melhoria das condições de toda a comunidade de vida futura e não apenas a serviço do ser humano.

Loporena Rota⁴⁰, neste mesmo sentido, defende que é falsa a concepção que sugere que um determinado desenvolvimento social exige um pouco de sacrifício ambiental e acrescenta que sacrificar o meio ambiente para lograr um maior desenvolvimento econômico é decisão própria de quem não conhece a problemática ambiental. Para ele não há contradições entre economia e meio ambiente. Podem caminhar juntos. Nesta linha, Martín Mateo⁴¹ sustenta que os postulados da economia e da ecologia não são necessariamente contrapostos, já que podem formar uma integração harmoniosa.

Isso é de extrema relevância porque no modelo atual da globalização, com repercussão nos ordenamentos jurídicos, é o mercado que atua com enorme força, fluidez e liberdade, praticamente impondo as regras do jogo. O protagonismo não é mais da sociedade e nem dos Estados. Essa lógica de submissão exclui ou sufoca outras dimensões fundamentais para a Sustentabilidade como a ecologia e o imprescindível controle político e social⁴². Diante desse cenário, é válido sustentar que o Direito possa ganhar novo impulso e força a partir de um novo paradigma para influenciar positivamente os destinos da vida comunitária e os destinos da humanidade, a sustentabilidade.

Considerações Finais

Ponderando a solidificação de um Estado supranacional, dada a queda das fronteiras culturais, econômicas, sociais decorrentes da Globalização e da Transnacionalização, que não respeita fronteiras entre países, e, ponderando com as teorias democráticas sobre a substituição da liberdade e do individualismo como paradigma moderno da Ciência Jurídica pelo provável paradigma pós-moderno – a Sustentabilidade – a partir da Transnacionalidade e das novas formas de participação democrática, a concepção a que aqui se sustenta é amparada por autores como

⁴⁰ LOPORENA ROTA, Demétrio. **El derecho al desarrollo sostenible**. In: EMBID IRUJO, Antônio (Dir.). *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Madrid: Iustel, 2008. p. 73.

⁴¹ MARTÍN MATEO, Ramón. *La revolución ambiental pendiente*. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis. **Desarrollo Sostenible y protección del medio ambiente**. Madrid: Civitas, 2002. p. 55

⁴² Ao abordar este tema Ulrich Beck denomina este efeito da globalização de globalismo, e o caracteriza esta uma "ideologia do império do mercado mundial". In: BECK, Ulrich. **O que é globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 22.

Klaus Bosselmann⁴³ sobre Sustentabilidade, que defende enfaticamente a necessidade da sua aplicação enquanto valor jurídico basilar da ordem jurídica geral.

Argumenta que a Sustentabilidade deve contribuir com a ecologização dos demais princípios e, desde que devidamente impulsionado pela força real da sociedade civil, servirá também como caminho para uma governança com Sustentabilidade ecológica e social.

Dos estudos até aqui realizados referimo-nos que a Sustentabilidade pode se consolidar como o novo paradigma indutor no Direito na pós-modernidade, pois funciona atualmente como uma espécie de “meta-princípio”, com vocação de aplicabilidade em escala global. Deve-se destacar que apresenta também incontestável flexibilidade e a aplicabilidade necessária para comportar a dialética discursiva das mais diversas forças sociais, podendo mesclar os demais valores e interesses legítimos da nova civilização empática como sugere Rifkin⁴⁴.

A principal hipótese concebida para este estudo foi a de que a liberdade, enquanto paradigma do direito moderno, a partir dos consabidos acontecimentos do final do século XX, entrou em crise com sinais claros de insuficiência. Essa constatação permitiu, portanto, o surgimento de um novo paradigma no qual coabitem, numa fase de transição, âmbitos de liberdade e Sustentabilidade.

Importante destacar, que a presente proposta leva em conta a “assimetria de liberdade” existente no planeta, ou seja, que algumas nações evoluíram muito enquanto outras não alcançaram sequer a modernidade.

Nesse diapasão, não faz sentido o ser humano insistir que pode simplesmente continuar sua evolução, enclausurado nos dogmas do capitalismo liberal e da globalização. Todos sabem que a modernidade, apesar de ter representado significativo avanço para a humanidade, acabou sendo todo um sistema teórico de justificação de desigualdades.

As desigualdades em seu sentido mais amplo: social, econômica, cultural e tecnológica, constituem um dos fatores de maior agressão ao ambiente. Estima-se que a miséria e a pobreza respondam por um terço de toda degradação ambiental no planeta.

⁴³ BOSSELMANN, Klaus. **The principle of sustainability**: Transforming law and Governance. New Zealand: ASHAGATE, 2008. p. 79 e ss.

⁴⁴ RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática**: La carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis. Paidós, 2010. p. 76

O surgimento do Direito Ambiental e das Declarações de Estocolmo (1972) e do Rio (1992) representou fundamental avanço em direção à Sustentabilidade. Mas não conseguirão construir a nova realidade necessária à preservação da vida na terra sem que o valor indutor do Direito deixe de ser apenas o da liberdade e suas concessões contemporâneas, representadas pelas democracias sociais e pelo Estado Social ou de Bem-Estar.

Em síntese, a compreensão da Sustentabilidade como novo paradigma indutor do Direito resulta também da contribuição cognitiva fornecida pela sociologia, economia e também pela filosofia. Resta à Ciência Jurídica, a importante função de apropriar esta pauta axiológica comum humanitária, captar as realidades sociais, os seus desvios e riscos e promover estratégias objetivando mitigá-los e controlá-los para a realização plena do bem comum.

A partir das reflexões expostas, pode-se entender a Sustentabilidade como um imperativo ético tridimensional que deve ser tratado em solidariedade sincrônica⁴⁵ com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações, e em sintonia com a natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e dos elementos abióticos que lhe dão sustentação. Nessa concepção, é adequado defender que o Direito possa ganhar novo impulso e força a partir de um novo paradigma, influenciando de forma positiva os destinos da humanidade e da vida em comunidade, a sustentabilidade.

Referência das fontes citadas

BECK, Ulrich. **Qué es la globalización: falácias del globalismo, respuestas a la globalización.** Tradução de Bernardo Moreno y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2004.

. **La sociedad del riesgo global: amor, violencia y guerra.** 2 ed. Madrid: Siglo XXI, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** Trad. Carmo Rodrigues. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

BODNAR, Zenildo e CRUZ, Paulo Márcio. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós Copenhague 2009. *In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). **Direito da União Européia e Transnacionalidade.** Quid Juris: Lisboa, 2010.*

⁴⁵ CRUZ, Paulo Márcio; Bodnar, Zenildo . **A Governança Transnacional Ambiental na Rio + 20** - Caxias do Sul/RS. Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha, v. 1, p. 197.

_____. **Governança transnacional ambiental.** Revista Internacional de Direito Ambiental, v. 1, p. 311-327, 2012.

_____; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática.** Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI) (Cessou em 2007. Cont. ISSN 2175-0491 Novos Estudos Jurídicos (Online)), v. 15, p. 432-446, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOSELNANN, Klaus. **The principle of sustainability: transforming law and governance.** New Zealand: ASHAGATE, 2008.

CANOTILHO, J.J.; Gomes & MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. **Direito constitucional.** 12 ed. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. *In:* FERREIRA, Helini Silvini. LEITE, José Rubens Morato. **Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CHOMSKY, Noam. **El beneficio es lo que cuenta: neoliberalismo y orden global.** Madrid: Dersa, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **La transnacionalidad y la emergencia del estado y del derecho transnacionales** (Barcelona - Revista V-Lex). Revista V-Lex, v. 4, 2009.

_____. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.** 3 ed. Curitiba: Juruá. 2003.

_____; Bodnar, Zenildo. **A governança transnacional ambiental na Rio + 20** - Caxias do Sul/RS. Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha, v. 1, p. 197. 2017.

_____; BODNAR, Z. **El clima como necesidad de gobernanza transnacional: Reflexiones Póst-Copenhague 2009** - Barcelona - Espanha. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, v. 19, p. 221-232, 2011.

_____; BODNAR, Z. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade** - Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** 10 ed. Madrid: Trotta, 2013.

FERRER. Gabriel Real. CRUZ, Paulo Márcio. GLASENAPP. Maikon Cristiano. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 4 - Edição Especial 2014. Disponível em: www.univali.br/periodicos**

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional.** Tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo: LITTERA MUNDI, 2007.

_____. **Teoria da ação comunicativa.** Tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo: LITTERA MUNDI, 2007.

HUNTINGTON, Samuel. *¿Choque de civilizaciones?* Madrid: Tecnos, 2002.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LEFF, Henrique. **Saber Ambiental:** Sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder. Tradução de Lúcia M. E. Horth. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2006.

LOPORENA ROTA, Demétrio. **El derecho al desarrollo sostenible.** In: EMBID IRUJO, Antônio (Dir.). El derecho a un medio ambiente adecuado. Madrid: Iustel, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Teoria política en el estado de bien-estar.** Madrid: Alianza, 1993.

MIIL, John Stuart. **Sobre a liberdade.** 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

MORIN, Edgar. **O método 4:** as ideias. 3ª. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2002.

PARDO, Mercedes. El desarrollo. In: BALESTEROS Jesús e PÉRES ADÁN, José (edit.). **Sociedad y medio ambiente.** Madrid: Editorial Trotta, 2000.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo.** 3 ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. El desarrollo sostenible como principio jurídico. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis. **Desarrollo Sostenible y protección del medio ambiente.** Madrid: Civitas, 2002.

RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática.** Barcelona: Paidós, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STELZER, Joana. **Transnacionalização:** o emergente cenário do comércio mundial. Revista portuária Economia & Negócios. Disponível em <http://www.revistaportuaria.com.br/site/?home=artigos&n=CCNU&t=transnacionalizacao-emergente-cenario-comercio-mundial>. Acesso em 20.07.2019.

TOUCHARD, Jean. **La historia de las ideas políticas.** Tradução de J. Pradera 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2013.

TRANSNACIONALIDADE, RECONHECIMENTO E SOCIEDADE SUSTENTÁVEL

Tarcísio Meneghetti¹
Josemar Soares²

Introdução

O **objetivo** do presente artigo é explorar a noção hegeliana de reconhecimento como condição de efetividade de uma sociedade sustentável em dimensões transnacionais.

O problema de pesquisa é: pode a noção hegeliana de reconhecimento contribuir para efetivação de uma sociedade sustentável em dimensões transnacionais?

A hipótese é: a noção hegeliana de reconhecimento pode contribuir para efetivação de uma sociedade sustentável em dimensões transnacionais, pois parte da relação eu-outro como busca por igualdade nas relações de obrigações.

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

O mundo globalizado, sempre mais marcado pela emergência de fenômenos transnacionais, entre eles as migrações, revela crescente multiculturalismo e pluralismo nas sociedades modernas. A expansiva diversidade, para ser integrada e respeitada dentro de uma lógica comunitária, depende da dialética de reconhecimento. Portanto, vislumbra-se esta abordagem como contribuição teórica aos estudos sobre pluralismo jurídico em espaços transnacionais.

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em programa de Dupla Titulação pela Università Degli Studi di Perugia. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor no curso de graduação em Direito da UNIVALI. E-mail: tmeneghetti@univali.br.

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

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.³

As citações de Hegel utilizam as fontes em alemão e traduções nacionais de Paulo Meneses.

1. Transnacionalidade, Estado e Sociedade

Inicia-se este estudo esboçando a relação entre Estado e dialéticas entre indivíduos.

O positivismo jurídico, em suas diversas correntes, sobretudo a kelseniana, parte da ideia de que o Estado é uma entidade abstrata concebida para resolver os vínculos normativos a partir de indivíduos atomizados, conforme argumenta Heller:

Se a unidade do Estado só nos fosse dada realmente 'pela ciência jurídica' (Kelsen, *Staatsbegriff*, p. 8), seria evidentemente inconcebível como realidade. A união normativa interindividual que se dá na ordem jurídica entre vontades individuais que na realidade estão dissociadas, não basta para explicar a existência do Estado. A unificação volitiva, em virtude da qual nasce no indivíduo a vontade eficaz para o coletivo, produz-se, sobretudo, como um processo de ordenação e acomodação dentro de cada indivíduo, que se vê pressionado em cada momento pela conveniência social e em quem a educação de numerosas gerações gerou o estado habitual de uma consciência de nós mais ou menos clara e firme.⁴

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

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

⁴ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968. p. 279.

O Estado, ainda que entendido em acepção meramente jusnormativa, depende primeiramente da natureza social do homem, pois as normas abstratas formuladas para regulamentar o corpo de cidadãos não é a razão de vínculo entre os cidadãos, mas um instrumento para organização de uma dada Sociedade já construída historicamente, culturalmente, socialmente. Primeiro determinadas pessoas passam a conviver e seguir certas regras, costumes, e apenas depois tais regras passam a se tornar mais complexas e abstratas. Em algumas Sociedades o nível de complexidade alcança patamares tão elevados que requer-se a instituição do Estado.⁵ Mas tal instituição, como lembra Sacco, não é obrigatória nem presente na maioria das Sociedades humanas.

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

Também León Duguit lembra que a ideia de indivíduo atomizado não existe na realidade e não pode ser comprovada empiricamente por nenhum método.⁶

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

⁵ "A instituição estatal justifica-se, pois, pelo fato de que em uma determinada etapa da divisão do trabalho e do intercâmbio social a certeza de sentido e de execução do direito tornam-se necessárias ao Estado. Do mesmo modo que o aumento do tráfego urbano até um certo grau reclama uma regulação do mesmo, e inclusive órgãos de polícia de tráfego, assim também o desenvolvimento da civilização torna precisa uma organização estatal cada vez mais diferenciada para o estabelecimento, aplicação e execução do direito. A instituição do Estado aparece, deste modo, justificada pelo fato de ser uma organização de segurança jurídica, e só por isso." HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 267. Fundamental a ênfase na expressão 'segurança jurídica', pois o Estado é a instituição que põe as regras concebidas pela sociedade, bem como as regras que permitem a alteração das anteriores, ou seja, cria as condições jurídicas para que as forças internas possam agir sem recorrer aos meios violentos. Se há regras que explicam o funcionamento interno daquela sociedade haverá também a estipulação dos meios de modificar tais regras, não aceitando que determinados grupos tentem impor suas vontades por violência física, bem como se defina limites mínimos de proteção à sociedade em geral. A instituição do Estado (prevalecendo sobre outras instituições sociais, como a família, as corporações, etc.) parece ser resultado da progressiva complexificação das sociedades modernas.

⁶ DUGUIT, Leon. **Souveraineté et liberté**: leçons faites à l'Université Colombia, New York 1920-21. Paris: Librairie Alcan, 1922.

se alimentar e resistir às dificuldades impostas pela natureza. O ser humano é, desde o início, dependente de outro ser humano.

Não é apenas o conceito de Estado que deriva da natureza social do homem, mas também o de comunidade, de nação, de povo, de tribo, de família, e, podemos alargar, ao de qualquer instituição moderna, como a empresa e os partidos políticos. Todas estas instituições seriam conexas à ideia de dialética do reconhecimento, para utilizar terminologia hegeliana. O fundamento das instituições e da vida comunitária (incluindo o Estado) está na natureza social do ser humano.⁷

Com isso não se pretende dizer que o homem é primeiramente um ser coletivo e só depois individual. É evidente que cada ser humano existe em si mesmo. O que busca-se enfatizar é que o ser humano é um ente relacional, que vive a partir de relações intersubjetivas. Isto é bastante diferente de afirmar que o coletivo é superior ao indivíduo. Mesmo o livre mercado, instituição que consagra a necessidade egoísta (no sentido positivo de buscar a própria satisfação e felicidade e não de exploração do outro) do homem, depende das relações intersubjetivas para ser efetivado.⁸

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

⁷ Importante neste ponto acrescentar o argumento de Heller, demonstrando que o Estado expressa sempre a realidade social e cultural de seu povo, justificando assim a precedência da Sociedade em relação ao Estado: O Estado, porém, não pode ser concebido nem como sociedade nem como comunidade exclusivamente. A sua lei decisiva de formação é certamente a organização; pois não só por meio dela cresce consideravelmente o seu valor de efetividade social, mas sem ela não tem, em geral, existência. Mas, por outra parte, não deve ser considerada em nenhum caso como mero produto da técnica organizadora, como acontece na sociedade anônima; o indivíduo aparece sempre inserido no Estado, voluntária e involuntariamente, segundo zonas vitalmente importantes do seu ser. A organização da sociedade anônima pode ser completamente independente da maneira de ser dos acionistas. Em compensação, a organização estatal penetra profundamente na vida pessoal do homem formando assim o seu ser, ao mesmo tempo em que, por seu lado, os membros influem decisivamente sobre ela. Por isso dizemos que o Estado é uma forma organizada de vida cuja Constituição se caracteriza, não só pela conduta normada e juridicamente organizada dos seus membros, mas ainda pela conduta não normada, embora normalizada, dos mesmos". HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 297. Nas sociedades anônimas é possível que suas culturas e atividades apresentem estilos totalmente diversos à personalidade dos seus acionistas, pois não necessariamente há vínculo direto entre eles. Tal cisão existencial é impossível no Estado, pois este ao mesmo tempo em que imprime o modo de viver aos indivíduos recebe destes as condutas que tendem a ser normalizadas e normatizadas futuramente. O Estado expressa a sociedade e a sociedade expressa o Estado, embora sejam conceitos distintos.

⁸ Hegel introduz o conceito de *Mitglied*, do indivíduo como membro da comunidade, no sentido de desta realidade integrar a própria condição humana. HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982 (Werke in zwanzig Bänden 7) [mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

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

A opção pelo Estado, seguindo a teoria de Heller, parece ser consequência da própria história moderna ocidental, pois em determinados territórios conviviam diversas etnias, culturas religiosas e inclusive de línguas distintas, e que ainda precisavam se defender militarmente de agrupamentos humanos externos. Como, por exemplo, reunir sob a mesma bandeira a diversidade de povos, línguas e culturas que conviviam no mesmo espaço onde hoje é a Espanha, a França ou a Itália?⁹ O Estado, dessa forma, surgiu como opção viável e inteligente para tentar resolver tal paradigma.

O Estado, para Heller, é uma unidade de vontade e de ação, resultante da pluralidade de vontades e não subordinada a nenhuma outra unidade política decisória superior. Assim, sempre que se fala em soberania do Estado, se vincula, de alguma forma, a soberania do povo. A unificação das vontades se dá pelo princípio majoritário e pela representação, meios técnicos que possibilitam ao povo, como unidade, dominar ao povo como pluralidade, permitindo, assim, que o povo seja o sujeito da soberania.¹⁰

⁹ Adverte Habermas: "A concepção republicana naturalmente não exclui que comunidades étnicas possam conferir-se uma constituição democrática e possam se estabelecer como Estados soberanos, na medida em que essa independência se legitime a partir do direito individual de cada cidadão a viver em liberdade, de acordo com as leis. Porém, via de regra, os Estados nacionais não se desenvolvem de modo pacífico, a partir de etnias individuais, que vivem de forma isolada. Com muito maior frequência eles se expandem para regiões, tribos, subculturas e comunidades linguísticas e religiosas vizinhas. Os novos Estados nacionais surgem geralmente à custa de 'povos inferiores' assimilados, oprimidos ou marginalizados. A formação de Estados nacionais sob o signo do etnonacionalismo foi quase sempre acompanhada de sangrentos rituais de limpeza e sempre submeteu novas minorias a novas repressões". HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** - estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 168.

¹⁰ BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, Martonio Mont `Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006. p. 337.

O Estado é a unidade na pluralidade, no sentido de que dá forma e ordem às divergências internas, às contradições que permeiam a pluralidade real na vida moderna. Sem o Estado há inúmeras instituições disputando por espaço na vida social, com o Estado há a possibilidade da totalidade de indivíduos, ainda que de realidades distintas, dialogarem tendo em vista o bem comum. É a unidade que ordena a pluralidade de atores.

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

Obviamente, o pluralismo engloba fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos ou culturais, uma formulação teórica e prática da pluralidade no direito. Ora, o pluralismo no direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o direito, abrindo escopo para uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários. Sem adentrar em uma discussão sobre as variantes de pluralismo jurídico, seja do paradigma 'desde cima', transnacional e globalizado, seja do modelo 'desde baixo', das práticas sociais emancipadoras e dos movimentos sociais, importa sublinhar a proposição de um constitucionalismo pluralista, comunitário e intercultural. Daí a aproximação e integração entre constituição e pluralismo democrático, projetando a perspectiva de um novo Estado de Direito. De uma constituição que consagre e reafirme o pluralismo como um de seus princípios basilares, prescrevendo não só um modelo de Estado pluridimensional, mas, sobretudo, como projeto para uma sociedade intercultural.¹¹

A modernidade monopolizou toda a produção e aplicação jurídica na instituição do Estado, simplificando a complexidade da vida social, pois ignora a realidade social como sendo de natureza pluralista. O monismo estatal hoje é atacado tanto de cima como de baixo. De cima pelas forças transnacionais e globalistas, que

¹¹ WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano**. Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 21.

defendem a realidade supranacional e supraestatal, no sentido de que o Estado-Nação já não consegue ser eficiente como regulamentador das relações cada vez mais difusas e transnacionais no século XXI. Os que atacam o monismo estatal de cima citam o comércio internacional, o meio ambiente, a proteção aos direitos humanos e o combate ao crime organizado como exemplos de matérias em que o Estado-Nação parece incapaz de conferir soluções eficazes. Já os que atacam o monismo estatal de baixo alertam para o fato de que monismo simplificou a realidade social, padronizando as relações sociais, econômicas e jurídicas apenas no viés liberal-burguês, marginalizando parcelas consideráveis da Sociedade a não se verem refletidas na realidade estatal.

É necessário salientar que o pluralismo jurídico é compatível com a Constituição, pois reconhecer a diversidade de ordenamentos jurídicos, conforme o entendimento de Santi Romano, não significa, necessariamente, ser contrário à submissão à Constituição como unidade que ordena a pluralidade. A Constituição não é apenas expressão da realidade estatal, mas da própria Sociedade, sendo assim a própria Constituição tem poder para reconhecer a pluralidade de instâncias que permeiam a diversidade social, conferindo a esta diversidade a competência para regulamentarem a si mesmas. O reconhecimento de tais realidades na Constituição permitiria inclusive a criação de métodos de resolução de conflitos entre tais instâncias. A Constituição, documento oficial que integra e harmoniza as reivindicações das várias camadas sociais, poderia se tornar a pedra fundamental da qual emanam diversos ordenamentos jurídicos dentro da própria nação.¹²

O direito moderno e liberal encontra sérias dificuldades para lidar com o pluralismo, tendo em vista que reduz quase todas as dialéticas sociais àquela Indivíduo-Estado, ignorando as instituições intermediárias. O ser humano é indivíduo, mas também é membro de diversos grupos sociais, além do Estado. Um dos grandes desafios para a Ciência Jurídica contemporânea é justamente conseguir abarcar a pluralidade de relações humanas em um ordenamento ou conjunto de ordenamentos jurídicos em harmonia.

A situação se torna mais densa quando se enfrenta a problemática da transnacionalidade na contemporaneidade, esta sempre mais fragmentada, menos dependente do centralismo na instituição do Estado.

¹² 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. p. 22-24.

É possível vislumbrar na contemporaneidade a emergência de um certo espaço jurídico global, uma arena de interesses, conflitos, que recebem a participação de múltiplos atores, dos Estados nacionais a empresas, passando por organizações não-governamentais, indivíduos, instituições supranacionais como ONU, UNESCO, entre outras. O pluralismo abordado até aqui se reforça na transnacionalidade.

O que é fundamental destacar é que a sociedade contemporânea apresenta realidade sempre mais transnacional, uma série de fenômenos comerciais, culturais, sociais, que se desenvolvem para além das fronteiras estatais, mas que condicionam a realidade estatal. Se, como já visto com Perez-Luño e outros, é difícil convergir a pluralidade moderna à lógica estatista constitucional, o desafio de fazer convergir o pluralismo transnacional a uma ordem jurídica transnacional exige da ciência jurídica atividade racional ainda mais intensa. Neste sentido o presente artigo apresenta a dialética de reconhecimento como movimento essencial para melhor compreensão do pluralismo, sobretudo na dimensão transnacional.

Na sequência apresentam-se elementos da filosofia política hegeliana, uma das primeiras abordagens modernas a tentar enfrentar a questão da pluralidade de relações humanas internas ao Estado. Daí que a análise do pensamento hegeliano pode oferecer interessantes subsídios para compreender a situação contemporânea, lançando base para uma Sociedade Sustentável em dimensões transnacionais

2. Reconhecimento, Transnacionalidade e Sociedade Sustentável

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

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

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

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

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

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

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

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

No espírito subjetivo temos a divisão em antropologia, fenomenologia, estudada mais profundamente na obra *Fenomenologia do Espírito (1807)*¹³ e psicologia. Aqui se analisa o Indivíduo enquanto consciência, enquanto singularidade em seus aspectos internos e na sua relação com os demais. Trata-se de um estudo eminentemente existencial e, por vezes, inclusive psicológico. O espírito nesse momento é subjetivo justamente por explorar os aspectos da subjetividade humana, a qual se apresenta em cada consciência, porém em cada uma de modo diferente. Dois sujeitos possuem dilemas, complexidades e aspectos internos sempre distintos.

Depois da realidade singular do homem passa-se ao estudo da realidade objetiva e concreta, que é o mundo externo. Este trabalho se concentrará no estudo dessa parte, pois é aqui que se fazem presentes as relações sociais, jurídicas, políticas, morais entre as pessoas. Com efeito, é nesse momento que se pode estudar a relação entre o Indivíduo e as Instituições. O espírito é então objetivo porque explora questões que envolvem todos os Indivíduos da mesma maneira, numa universalidade. É na universalidade que se estuda o direito, a ética e a política, pois essas dimensões são criadas visando o universal, ainda que esse deva conter o particular. O espírito objetivo se desdobra no direito abstrato, na moralidade e na eticidade, Instituições que serão analisadas mais profundamente neste trabalho. Também o direito integra o mundo da eticidade.

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

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

Hegel inicia a exposição da Eticidade no § 142:

A eticidade é a *ideia da liberdade*, enquanto Bem vivente, que tem na autoconsciência seu saber, seu querer, e pelo agir dessa, sua

¹³ HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito**. Tradução de Paulo Meneses Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. Petrópolis: Vozes, 2005; HEGEL, G. W. F. **Phänomenologie des Geistes**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 (Werke in zwanzig Bänden, 3) auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

efetividade, assim como essa tem, no ser ético, seu fundamento sendo em si e para si e seu fim motor, - [a eticidade é] o *conceito da liberdade que se tornou mundo presente e natureza da autoconsciência*.¹⁴

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

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

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

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

Isto não significa que Hegel autoriza considerar qualquer Estado como livre e manifestação da eticidade. A eticidade é um processo espiritual e histórico, e que nasce apenas de uma série de dialéticas fenomenológicas e históricas efetuadas pelo indivíduo e pela humanidade, de tal forma que para Hegel seria possível somente na modernidade¹⁵.

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

A eticidade seria aquele momento de convivência social onde os indivíduos sabem ser membros efetivos de uma totalidade maior, seja ela o Estado ou a

¹⁴ HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982 (Werke in zwanzig Bänden 7) [mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel. p. 292.

¹⁵ Embora possua relação, a eticidade da *Filosofia do Direito* não é a mesma eticidade da *Fenomenologia do Espírito*, que se refere ao mundo grego. O vínculo entre ambos é a Harmonia, imediata no mundo grego e mediatizada na modernidade.

comunidade em geral, e respeita a Constituição e as normas emanadas pelo Poder Público não por atitude de obrigação mas por vontade livre.

Por outro lado, a substância ética, suas leis e suas potências, não passam, para o sujeito, como algo de estranho, mas, tem o testemunho de constituir em si mesma sua própria essência, onde tem o seu sentimento e nele vive como um elemento não diferente de si. Trata-se de uma relação imediata, que é mais idêntica que na fé e na *confiança*.¹⁶

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

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

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

Na dialética do reconhecimento hegeliana a consciência precisa sair de si e reconhecer o outro como a si mesmo. Como já salientado, Hegel substituiu o amor pela luta/conflito, portanto não se trata de exigir das pessoas o amor, o sentimento genuíno pela humanidade, como queria Fromm, e como foi tão salientada na filosofia cristã, mas apenas um sentimento de respeito mútuo pelo outro, de reconhecimento de seu valor e humanidade, de entender que o outro é igual a ele mesmo, então

¹⁶ HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982 (Werke in zwanzig Bänden 7) [mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel. p. 295.

ambos membros de um mesmo projeto social maior. Amor seria uma etapa ainda mais evoluída desse processo.

O que se coloca em questão é se uma consciência que não reconhece o outro pode reconhecer a si mesma. Como afirmava Hegel, reconhecimento é necessariamente mútuo. Ser pessoa implica em ser reconhecido por outros como pessoa, da mesma forma que ser proprietário de um bem implica em reconhecer o outro também como proprietário de um bem. Não há real dicotomia entre direitos e deveres. Exercer o direito responsabiliza o sujeito no dever de respeitar o direito alheio. A partir desta ótica é possível pensar uma Sociedade Sustentável, na qual reconhecimento condiciona a busca por qualidade de vida para todos os envolvidos, inclusive em dimensões transnacionais.

Trazendo a discussão sobre pluralismo e transnacionalidade verifica-se a contribuição do argumento do reconhecimento como compreensão das dinâmicas intersubjetivas em espaços transnacionais. Se o Estado moderno tentou fazer convergir os diversos atores (sujeitos e instituições) para dentro da sua órbita, deve agora a ciência jurídica pensar a transnacionalidade com nova perspectiva de racionalidade, vez que muitos fenômenos se manifestam para além do Estado (não são reconhecidos nem reconhecem efetivamente a exclusividade estatal como centro produtor do direito. Ou seja, é preciso novo processo de reconhecimento dos indivíduos no interior do Estado e dos novos fenômenos transnacionais, de modo que se sintam membros efetivos destas dimensões. A instituição encontra permanência e efetividade histórica na medida em que os indivíduos agem como membros, reconhecem suas normas, tal como explicitado por Hegel. O indivíduo como membro do Estado, como membro de uma sociedade civil global, das corporações, de um mercado de alcance transnacional, um indivíduo que por ser membro se sinta responsável efetivo perante os direitos ambientes, humanos, sociais. O reconhecimento hoje precisa ser feito na dimensão global, diante do pluralismo de fenômenos transnacionais.

Considerações finais

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

A comunidade ordenada é aquela em que os interesses individuais estão em harmonia com as necessidades coletivas, gerando o bem comum, benefícios universais aos membros envolvidos. Para Hegel este seria o sistema da vida ética, da eticidade.

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

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

Desse modo a reflexão hegeliana se torna importante na compreensão das dinâmicas de como é possível construir uma Sociedade Sustentável em dimensões transnacionais, partindo da ideia de que a Eticidade se elabora na perspectiva de que o indivíduo busca reconhecer o outro visando o bem comum, aquilo que é universal e objetivo. Daí é possível a projeção de instituições, regras jurídicas em dimensões transnacionais, utilizando a dialética de reconhecimento para além das fronteiras nacionais. Ora, pensar o reconhecimento universal em dimensões transnacionais implica buscar realizar uma Sociedade Sustentável na perspectiva transnacional.

Referências das fontes citadas

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, Martonio Mont` Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores).

Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006.

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

HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** - estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo

Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004. Título original: Die Einbeziehung des Anderen- Studien zur politischen Theorie.

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

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

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

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

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

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

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

EMPODERAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRENTE À GOVERNANÇA POR NÚMEROS

Guilherme Kirtschig¹
Ana Carolina Lopes Olsen²

Introdução

O Supremo Tribunal Federal, fortalecido por arranjos institucionais da Constituição de 1988, e mesmo da Emenda Constitucional n. 45/2004, entendeu por lançar mão da Inteligência Artificial para acelerar a execução de parte de suas funções. Ocorre que, no contexto da revolução da tecnologia da informação e do capitalismo cognitivo, de amplitude global, tais ferramentas servem como instrumentos de captura de instituições dos Estados nacionais por interesses nem sempre compatíveis com as finalidades propostas em suas constituições - algo especialmente gravoso no caso brasileiro, no qual a accountability do STF é especialmente limitada.

O presente artigo propõe-se a examinar criticamente o uso da Inteligência Artificial no âmbito jurídico em geral e pelo STF em particular, analisando os seus objetivos e consequências, bem como a sua inserção no contexto geral do capitalismo cognitivo e da Governança por Números; e demonstrar a necessidade de transparência e controle, por instituições políticas representativas, acerca do funcionamento de tais instrumentos, assim evitando ou mesmo mitigando a colonização da jurisdição constitucional brasileira pelo capitalismo transnacional.

Para tais finalidades, o presente estudo lança mão do método indutivo, com auxílio das técnicas da categoria, do conceito operacional, do referente e da pesquisa bibliográfica.

1. Empoderamento e independência do Supremo Tribunal Federal do Brasil

O processo de democratização pelo qual o Brasil passou após a ditadura de 21 anos demonstrou inequívoca preocupação com o fortalecimento e a independência

¹ Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Atualmente é Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho - Procuradoria Regional do Trabalho da 12ª Região.

² Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na linha de pesquisa Justiça, Direitos Humanos e Democracia. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

do Judiciário. Na esteira das democracias do século XX, consolidou-se a noção de que a realização do ideal democrático exige um Judiciário independente³, e, de fato, no desenho institucional oriundo da

Assembleia Constituinte, juízes foram dotados de garantias que promovessem tal independência, como vitaliciedade, irredutibilidade salarial, inamovibilidade⁴. Tratava-se da implementação do que Hirschl batizou de “juristocracia”.⁵

No caso brasileiro, Vieira⁶ cunhou o termo “supremocracia” para designar o poder do Supremo Tribunal Federal em relação às demais instâncias do Judiciário, e também na relação da corte superior com os demais poderes, na medida em que passa a tomar o espaço da discussão política para definir ou legitimar questões substantivas relacionadas à própria identidade constitucional brasileira. Em grande parte, esse fortalecimento se deveu às aspirações abrangentes da Constituição Federal de 1988. Como coloca Vieira, “[...] se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno”⁷.

Todavia, em alguma medida, o fortalecimento do Judiciário chegou ao ponto em que ele se colocou alguns passos além da lei⁸, de modo que sua interpretação por vezes evolutiva testou os limites do texto. O quadro passou a ser chamado no Brasil de ativismo judicial, focando na autonomia dos agentes judiciais em seu processo decisório a fim de preencher os espaços entre o panorama fático e o sistema jurídico⁹. No caso brasileiro, o ativismo assumia particularidades na medida em que praticado pelas mais diversas instâncias judiciais¹⁰, em virtude do modelo de controle difuso de constitucionalidade. Juízes estaduais e regionais demonstravam ampla independência frente ao controle uniformizador do Supremo Tribunal Federal.

Diante desse quadro, em 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45. A medida, chamada de reforma do judiciário, introduziu diversas alterações significativas no texto constitucional a fim de fortalecer o Supremo Tribunal Federal,

³ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. New York: Harvard University Press, 2004. p. 1

⁴ SANTISO, Carlos. *Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: balancing independence with accountability*. In: *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, 8, Panamá, 28-31 Oct. 2003. p. 3 e 4.

⁵ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. p.1.

⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 483 a 502. p. 487 e 488.

⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. p. 489.

⁸ SANTISO, Carlos. *Economic Reform and Judicial Governance in Brazil*. p. 13.

⁹ KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. In: *Novos Estudos*, n. 96, julho 2013, p. 69 a 85. p. 71.

¹⁰ SANTISO, Carlos. *Economic Reform and Judicial Governance in Brazil*. p. 9 e 10.

como a instituição das Súmulas Vinculantes, de um lado, e da repercussão geral no recurso extraordinário, de outro¹¹. Ainda, a partir dessa Emenda, ampliou-se e fortaleceu-se sua função de corte constitucional em razão da diversificação das vias de acesso, e o significativo aumento de processos. Todo o novo arranjo estrutural fortaleceu a independência do STF¹⁰.

Para fins do presente artigo, reputa-se pertinente examinar essa independência sob o prisma da accountability, entendida como “necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados [...]”¹², estando sujeita a sanções em decorrência de sua atuação¹³.

Levando em consideração as diversas formas de investidura dos cargos públicos, e da forma como seus detentores agem no equilíbrio do exercício do poder, O’Donnell concebeu duas formas diferenciadas de accountability: a vertical e a horizontal. A primeira se materializa através dos processos eleitorais, em que o povo chancela ou reprova através do sufrágio a legitimidade dos atos praticados por seus representantes políticos¹⁴.

A accountability horizontal, por sua vez, também chamada de institucional, diz respeito à atuação de órgãos estatais dotados de competência e autonomia para controlar atos praticados por outros agentes públicos, o que importa a fiscalização e até mesmo a responsabilização capaz de gerar a perda do cargo em caso de práticas configuradas como delituosas¹⁵.

No caso do Judiciário brasileiro, os mecanismos de accountability são notadamente institucionais – seja porque seus membros não se submetem a processos eleitorais populares, seja porque mesmo críticas populares precisariam ser

¹¹ BRASIL. Emenda Constitucional n. 45 (2004). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> Acesso em 17.jul.2019. ¹⁰ RUSSEL, Peter H; O’BRIEN, David M. Toward a General Theory of Judicial Independence. In: Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World. Virginia, USA: University Press, 2001, p.1 a 25. p. 17.

¹² TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e Independência Judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Revista de Sociologia e Política v. 21, n. 45, mar. 2013, p. 29 a 46. p. 30.

¹³ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e Independência Judiciais p. 30.

¹⁴ O’DONNELL, Guillermo. 1998. Accountability horizontal e novas poliarquias. Tradução de Clarice Cohn e

Álvaro Augusto Comin. Lua Nova, São Paulo, n. 44, p. 27 a 54. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44>>. Acesso em: 17 .jul 2019. Título original: Horizontal Accountability and New Poliarquies. p. 28.

¹⁵ O’DONNELL, Guillermo. 1998. Accountability horizontal e novas poliarquias. p. 40-42.

veiculadas através dos mecanismos institucionais a fim de efetivamente desencadear efetiva prestação de contas. Nessa seara, destaca-se como mecanismo de accountability horizontal do Judiciário o controle exercido pelo Conselho Nacional de Justiça.

No caso específico do STF, seu desenho constitucional garantiu-lhe especial independência, seja a partir de suas competências como órgão responsável pela accountability horizontal dos demais órgãos públicos, seja em função do extenso rol de garantias institucionais e de garantias funcionais, o que garante especial independência no processo decisório e mesmo no uso das prerrogativas institucionais¹⁶. Nessa seara, Tomio e Robl identificam quatro espécies de accountability judicial: decisional; comportamental; institucional; e legal¹⁷.

A accountability judicial legal, entendida como “[...] fornecimento de informações e justificações sobre o cumprimento da lei, além da sanção no caso de sua violação”¹⁸, demanda dos magistrados uma fundamentação racional em suas decisões, como forma de justificação da posição adotada. Em se tratando de Supremo Tribunal Federal, ainda que se questione os argumentos jurídicos que fundamentam as decisões adotadas, é preciso reconhecer que existe uma preocupação razoável da Corte de demonstrar suas razões de decidir.

No tocante à accountability institucional¹⁹ e comportamental²⁰, estudos demonstram que a criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional n. 45/2004 possibilitou um canal institucional competente e autônomo para controle das práticas adotadas pelos magistrados brasileiros²¹. Contudo, o STF não é alcançado pelo Conselho Nacional de Justiça, e parece imune à accountability decisional, a qual “[...] significa a possibilidade de requerer informações e

¹⁶ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e Independência Judiciais. p. 37

¹⁷ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e Independência Judiciais. p. 30.

¹⁸ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e Independência Judiciais. p. 30.

¹⁹ “[...] que diz respeito às informações e às justificações sobre ações institucionais não jurisdicionais (administração, orçamento e relações com outros poderes), assim como a sanção pela realização de processos institucionais inadequados”. Cf. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e Independência Judiciais. p. 30.

²⁰ “[...] que significa receber informações e justificações sobre o comportamento dos magistrados (honestidade, integridade, produtividade, entre outros), também sendo autorizada a atribuição de sanção”. Cf. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e Independência Judiciais. p. 30.

²¹ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e Independência Judiciais. p. 36.

justificações dos magistrados pelas decisões judiciais, além de aplicar uma sanção por essas decisões”²².

Admite-se, com razão, que essa modalidade de controle seja especialmente fraca em um Estado de Direito que preza pela independência de seus magistrados, os quais não podem sentir-se temerosos ou acuados em razão das posições jurídicas adotadas. É particularmente temerário admitir que a independência judicial decisional seja violada quando julgamentos não atendem interesses ou perspectivas de certos grupos sociais, pois situações como essas admitem que esses setores da sociedade utilizem seu poder político para retirar direitos constitucionais e legais de grupos fracos ou minorias²³. De fato, há que se resguardar a independência judicial decisional a fim de implementar uma aplicação igualitária das leis vigentes, garantindo a supremacia da constituição em face de normas inconstitucionais criadas pelo Legislativo e sancionadas pelo Executivo²⁴.

Assim, no caso do STF, o alcance da accountability judicial decisional é pequeno frente à independência quase absoluta de que o órgão goza para decidir questões jurídicas e políticas. Suas decisões não estão sujeitas a recurso – senão recursos de esclarecimentos que são encaminhados ao próprio tribunal; e seus membros gozam de vitaliciedade não podendo ser removidos ou punidos pelo conteúdo de suas decisões. O STF acaba por definir suas próprias competências, e delas atuar como fiel guardião.

Todavia, se essa independência é fruto do próprio amadurecimento da democracia e do Estado de Direito, garantindo que o STF funcione, ele próprio, como órgão competente para a accountability horizontal dos atos governamentais e legislativos, há também que se reconhecer que ela não representa um bem em si. As garantias que promovem essa independência só se justificam se for possível esperar julgamentos imparciais, capazes de defender os mesmos valores presentes na democracia constitucional em um dado Estado. Nem sempre, contudo, os magistrados aproveitam sua independência para decidir em conformidade com os

²² TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e Independência Judiciais. p. 30.

²³ BRODY, David. C. The Use of Judicial Performance Evaluation to Enhance Judicial Accountability, Judicial Independence and Public Trust. Denver University Law Review, Denver, v. 86, n. 1, p. 1 a 42, 2008. Disponível em: < http://www.law.du.edu/documents/denver-university-law-eview/v86_i1_brody.pdf> . Acesso em: 17.jul. 2019. p. 9.

²⁴ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e Independência Judiciais. p. 34.

valores constitucionais²⁵, e, nesses momentos, sua legitimidade pode ser questionada. Nessa linha, vale observar o alerta lançado por Ferejohn, com especial atenção voltada para a realidade brasileira: "an insulated Supreme Court could damage the normative balance of the democratic impulses. If we look into Brazil's reality, maybe this balance has already been broken"²⁶.

Possivelmente, a única forma de accountability decisional que logre, de algum modo, exigir a responsabilidade dos Ministros do STF para com suas decisões seria a possibilidade de discussão crítica dos julgados pela doutrina e sociedade civil, a qual se encontra garantida pela liberdade de expressão e pensamento²⁷. Esse canal aberto de interação, aliado às mudanças na composição da Corte, pode efetivamente gerar novos resultados decisoriais. Paralelamente à intensa discussão e produção doutrinária, é necessário encontrar magistrados sensíveis à mudança, o que geralmente depende da configuração de novos quadros dentro da Corte.

A accountability judicial decisional representa grandes desafios, os quais não podem ser simplesmente negligenciados, na medida em que, no exercício do poder, nenhum órgão estatal deveria estar completamente imune ao controle de suas decisões.

A problemática ganha especiais contornos, à luz de desenvolvimentos recentes na relação entre aplicação do Direito e tecnologia, com potencial de atingir precisamente o âmbito da independência decisional dos tribunais em geral e do STF em particular. Diante do quadro de empoderamento da Corte, descrito acima, essa "força das coisas"²⁸ encontra a democracia brasileira em situação vulnerável à instrumentalização do Direito para fins distintos daqueles contemplados na sua Constituição.

²⁵ FERREJOHN, John. Independent Judges, Dependent Judiciary: explaining judicial independence. Southern California Law Review, v. 72, 1999. Disponível em: <<http://www-bcf.usc.edu/~uscslrev/pdf/072303.pdf>>. Acesso em: 17.jul.2019. p. 353.

²⁶ "Uma Corte Suprema isolada pode prejudicar o equilíbrio normativo dos impulsos democráticos. Se olharmos para a realidade brasileira, talvez esse balanço já tenha se rompido." FERREJOHN, John. Independent Judges, Dependent Judiciary. p. 362.

²⁷ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e Independência Judiciais. p. 38.

²⁸ Expressão utilizada por Jânia Maria Lopes Saldanha, Rafaela da Cruz Mello e Têmis Limberger para denominar o fenômeno através do qual uma representação dominante do mundo, em determinada época, altera a realidade política, social e econômica, e acaba por atingir o Direito. Cf. SALDANHA, Jânia; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). Revista de Direito Internacional, Vol. 13, nº 3, 2016, p. 338 a 355. p. 346.

2. Governança por Números, Inteligência Artificial e o STF

A emergência de um novo paradigma tecnológico, organizado em torno das tecnologias da informação, processamento e comunicação, impactou profundamente a sociedade a partir do fim do século XX, penetrando em todos os campos da atividade humana, e tornando-se o tecido no qual grande parte dela é executada²⁹. Castells aponta que tal fenômeno consiste em uma revolução, que denomina “revolução da tecnologia da informação”³⁰. Klaus Schwab ressalta a estreita conexão e interação entre as modificações, emergentes da aplicação das novas tecnologias aos processos produtivos, e a reconfiguração das relações sociais, em um contexto que denomina de “Quarta Revolução Industrial”³¹.

Diante desse cenário, destaca-se o surgimento e evolução do denominado capitalismo cognitivo, com a valorização da “[...] acumulação de conhecimentos em base de dados, a busca da informação, a mobilização imediata de qualquer saber e a qualquer momento [...]”³².

Uma das características centrais desse arranjo econômico é a denominada Governança por Números, distinta do governo por leis, típico do capitalismo industrial e de sua relação com o Estado³³. Nessa sistemática, normas técnicas e procedimentais destinadas à construção de standards, indicadores e objetivos, por parte de especialistas de diversas áreas, hibridizam-se com as normas jurídicas, influenciando sua efetividade ou, até mesmo, convertendo-se em normas jurídicas propriamente ditas, com papel central na esfera política³⁴.

A sistemática de Governança por Números distribui-se horizontal e verticalmente pelos mais diversos âmbitos do tecido social, desde aqueles mais

²⁹ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Volume I. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2002. Título original: The rise of the network society. p. 67 e 68.

³⁰ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. p. 69.

³¹ SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. Título original: The fourth industrial revolution. p. 12 e 13. O autor menciona, como exemplos das novidades tecnológicas que integram o contexto da revolução que descreve, a inteligência artificial, a robótica, a internet das coisas, os veículos autônomos, a impressão em 3D, a nanotecnologia, a biotecnologia, e a computação quântica; todas desenvolvendo-se de modo convergente, construindo e amplificando umas às outras.

³² LEME, Ana Carolina Reis Paes. Da máquina à nuvem. Caminhos para acesso à justiça pela via dos direitos dos motoristas da Uber. São Paulo: LTr, 2019. p. 65.

³³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números. p. 344.

³⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números. p. 347.

específicos, como as relações individuais de trabalho³⁵ e os afetos e emoções dos indivíduos³⁶, até o os mais amplos, como a configuração de sistemas jurídicos inteiros sob sua lógica³⁷.

Nesse último caso, é visível o empoderamento de atores transnacionais, especialmente empresas detentoras de alta tecnologia³⁸, a induzir a concorrência entre Estados nacionais, e a consequente avaliação de performance de seus sistemas jurídicos segundo critérios mercadológicos, especialmente através de doutrinas como a Law and Economics³⁹. Os standards usados para avaliação dos sistemas jurídicos dos vários Estados nacionais são uniformes, e permitem comparar as vantagens de cada um deles, para efeitos de viabilizar e otimizar o exercício de atividades econômicas, sem considerações quanto às peculiaridades locais⁴⁰. Em resposta, os Estados buscam estruturar-se para não conturbar o comércio internacional e oferecer boas performances nessa competição, as quais incluem modificações não apenas nos seus sistemas normativos, mas também nos jurisdicionais, sujeitos a rankings e standards⁴¹.

É precisamente nesse contexto que o Supremo Tribunal Federal noticia o lançamento de um projeto de Inteligência Artificial, denominado Victor, cujo objetivo inicial é a criação de modelos de aprendizado de máquina destinados a automatizar a análise textual de peças processuais, para fins de aquilatar o cumprimento dos requisitos de repercussão geral⁴², justamente um dos elementos que compõem o quadro de fortalecimento do Tribunal, exposto no item 1.

A preocupação com a performatividade da Corte é uma das principais tônica do projeto, enfatizando-se a aceleração dos trâmites, a velocidade nos julgamentos, a redução do número de processos acumulados, e a diminuição de gastos com o

³⁵ SUPIOT, Alain. *La gouvernance par les nombres*. Cours au Collège de France (2012-2014). Paris: Fayard, 2015. p. 264 a 287.

³⁶ MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, José Luís Bolzan de. Análises computacionais preditivas como um novo biopoder: modificações do tempo na sociedade dos sensores. *Revista Novos Estudos Jurídicos – eletrônica*, Vol. 24, n. 3, p. 1129 a 1154, set-dez. 2018. p. 1141 a 1144.

³⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números. p. 344.

³⁸ MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, José Luís Bolzan de. Análises computacionais preditivas como um novo biopoder. p. 1151 e 1152.

³⁹ SUPIOT, Alain. *La gouvernance par les nombres*. p. 156 e 157.

⁴⁰ SUPIOT, Alain. *La gouvernance par les nombres*. p. 157 e 158.

⁴¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números. p. 345.

⁴² MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. *Revista Direito e Garantias Fundamentais, Vitória (ES)*, v. 19, n. 3, p. 219 a 238, set-dez 2018. p. 226.

Poder Judiciário⁴³. Conquanto inicialmente o robô deverá dedicar-se a atuar na repercussão geral, o próprio Supremo Tribunal Federal, através dos seus canais de divulgação de informações, expõe que o projeto não irá limitar-se a esse objetivo⁴⁴. Maia Filho e Junquillo observam grande potencial de seu uso para aprimoramento do sistema de jurisdição constitucional brasileiro, inclusive de forma preditiva, integrando-se a um sistema de governança⁴⁵.

Como se pode perceber, o uso da Inteligência Artificial no STF associa-se à busca dos objetivos vislumbrados pela sistemática de Governança por Números, ou seja, induzir uma resposta competitiva dos Estados nacionais face standards uniformes de desempenho. Como bem apontam João Paulo Kulczynski Forster, Daniella Bitencourt e José Eduardo A. Previdelli, o uso de juízes robôs coaduna-se com as características de um novo padrão normativo, afinado com a racionalidade da globalização econômica e da revolução tecnológica.⁴⁶

A consonância entre essas sistemáticas decorre, entre outros fatores, do modus operandi do elemento essencial da Inteligência Artificial: o algoritmo.

Em um sentido bastante amplo e transversal, um algoritmo é um procedimento codificado para transformar dados de entrada em resultados desejados, baseado em cálculos específicos⁴⁷. O procedimento aponta um problema, e indica os passos para resolvê-lo⁴⁸. Na seara específica da computação e da Inteligência Artificial, Jordi Nieva Fenoll explica que o algoritmo consiste no “[...]”

⁴³ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor. p. 221, 222 226, 227 e 230; BRASIL. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>> Acesso em 17.jul.2019; BRASIL. Inteligência artificial: Trabalho judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522>> Acesso em 17.jul. 2019; TEIXEIRA, Mateus. STF investe em inteligência artificial para dar celeridade a processos. Disponível em <https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/stf-aposta-inteligencia-artificialceleridade-processos-11122018> Acesso em 17.jul. 2019; BRAZ, N. et al. Document classification using a Bi-LSTM to unclog Brazil's supreme court. NIPS 2018 Workshop on Machine Learning for the Developing World (ML4D). Disponível em <<https://arxiv.org/abs/1811.11569>> Acesso em 17.jul.2019.

⁴⁴ BRASIL. Projeto VICTOR do STF é apresentado em congresso internacional sobre tecnologia.; BRASIL. Inteligência artificial: Trabalho judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos.

⁴⁵ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor. p. 222 a 224.

⁴⁶ FORSTER, João Paulo Kulczynski; BITENCOURT, Daniella; PREVIDELLI, José Eduardo A. Pode o “juiz natural” ser uma máquina? Revista Direito e Garantias Fundamentais, Vitória (ES), v. 19, n. 3, p. 181 a 200, set-dez 2018. p. 189.

⁴⁷ GILLESPIE, Tarleton. The relevance of algorithms. In: GILLESPIE, Tarleton; BOCZKOWSKI, Pablo; FOOT, Kirsten (org). Media Technologies. Essays on communication, materiality and society. Cambridge: MIT Press, 2014, p. 167 a 193. p. 167.

⁴⁸ GILLESPIE, Tarleton. The relevance of algorithms. p. 167.

esquema ejecutivo de la máquina, almacenando todas las opciones de decisión em función de los datos que se vayan conociendo”⁴⁹

Embora o algoritmo não deva necessariamente ser associado à computação, certo é que os computadores são máquinas algorítmicas, e que, no contexto da revolução da tecnologia da informação, ferramentas computacionais são o meio primário de expressão humana⁵⁰. Desse modo, uma vez acoplado às ciências da computação, espalhou-se para todos os campos da ação humana, sujeitando o discurso e o conhecimento humanos à lógica sobre a qual se estrutura a atividade computacional⁵¹.

Nessa toada, Rodrigo de Lacerda Carelli aponta que o procedimento algorítmico se trasladou para a disposição metódica dos recursos materiais e humanos das organizações empresariais, constituindo o que denominou de empresas algorítmicas⁵². Nas atividades desempenhadas no seu âmbito, esquemas e protocolos pré-definidos vão sendo selecionados e adotados, conforme novos dados são agregados acerca da situação em curso⁵³. O algoritmo “programa” os recursos materiais e humanos desses empreendimentos para a execução de tais protocolos, para fins de atingimento de determinados objetivos, e o seu desempenho é posteriormente avaliado⁵⁴. Para a modulação fina da conduta, utilizam-se incentivos e punições⁵⁵.

Como se percebe, no contexto da revolução da informação, o binômio fixação de objetivos/avaliação, entremeado pelos incentivos e punições, típico da Governança por Números, é operacionalizado através do algoritmo. A tecnologia da informação provê a interface entre os operadores e a máquina, proporcionando os sensores destinados a transmitir os dados necessários tanto à fixação e calibração dos objetivos, quanto à mobilização dos operadores para atingi-los, quanto ainda à

⁴⁹ “[...] esquema executivo da máquina, armazenando todas as opções de decisão em função dos dados que se vão conhecendo.” Cf. NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 21.

⁵⁰ GILLESPIE, Tarleton. *The relevance of algorithms*. p. 167 e 168.

⁵¹ GILLESPIE, Tarleton. *The relevance of algorithms*. p. 168.

⁵² CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *O caso Uber e o controle por programação: de carona para o século XIX*.

In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de

Resende (Coord.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2016, p. 131 a 165. p. 140.

⁵³ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *O caso Uber e o controle por programação*. p. 140 e 141.

⁵⁴ SUPLOT, Alain. *La gouvernance par les nombres*. p. 266.

⁵⁵ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *O caso Uber e o controle por programação*. p. 141.

avaliação de seu cumprimento. Trata-se do Controle por Programação, ou seja, a utilização do operador como longa manus do algoritmo, cuja estrutura de comando, nas palavras de Andrew Goffey, o habilita a fazer as coisas acontecerem⁵⁶. Há um entrelaçamento entre os algoritmos e as práticas executadas pelos seus usuários⁵⁷.

Embora seja intuitiva a concepção dessa natureza de controle no âmbito empresarial, ela de modo algum se restringe a uma determinada categoria de usuários. Saldanha e outras observam que Estados nacionais inteiros, com suas instituições, podem ser submetidos ao Controle por Programação no âmbito da sistemática de Governança por Números, e que isso ocorre inclusive por meio do Direito⁵⁸.

Nada impede, portanto, que também um tribunal possa ser submetido ao Controle por Programação. O quadro ganha novas dimensões, quando se trata da Corte Suprema de um Estado nacional, e mais ainda no caso brasileiro, no qual o STF encontra-se sobremaneira empoderado, e sujeito a incidência apenas de formas brandas de accountability, como apontado no item 1. A problemática do controle, nesse caso, torna-se ineludível.

3. Algoritmos - controle, transparência e regulação

A ideia de controle é inerente ao algoritmo⁵⁹, e o controle algorítmico está disseminado pela sociedade em sua configuração atual, moldada pelas tecnologias de comunicação e informação⁶⁰. Todavia, como bem aponta Carelli, não há possibilidade de interação do usuário com o algoritmo fora dos limites preestabelecidos⁶¹. É necessário ir além do algoritmo, portanto, para efetivamente identificar o detentor do poder de controle, ou seja, como diz Gillespie, desembrulhar as escolhas quentes, humanas e institucionais, atrás desse mecanismo frio⁶².

⁵⁶ Apud GILLESPIE, Tarleton. The relevance of algorithms. p. 167.

⁵⁷ GILLESPIE, Tarleton. The relevance of algorithms. p. 183 e 184.

⁵⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números. p. 346 a 352. As autoras denominam esse fenômeno de "legislação-programação". Elas observam a ocorrência desse fenômeno na adaptação dos Estados a diretrizes de performance do Banco Mundial, com seu relatório Doing Business, e, de um modo mais amplo, em tratados comerciais internacionais como o TISA (Trade in Service Agreement).

⁵⁹ LESSIG, Lawrence. Code is law. On liberty in cyberspace.
Disponível em

<<https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>> Acesso em 17.jul.2019.

⁶⁰ MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, José Luís Bolzan de. Análises computacionais preditivas como um novo biopoder. p. 1146 a 1152.

⁶¹ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O caso Uber e o controle por programação. p. 141.

⁶² GILLESPIE, Tarleton. The relevance of algorithms. p. 169.

O elemento estruturador do algoritmo é o seu código-fonte, correspondente “[...] a um sistema de símbolos utilizados para codificar o programa-fonte em uma determinada linguagem de programação”⁶³. Por meio dele, o programa-fonte “[...] é convertido na linguagem de máquina, uma receita de comandos que o computador é capaz de entender”⁶⁴.

Portanto, considerando-se que o código-fonte define o comportamento da máquina para um conjunto de dados produzidos, o real titular do poder, no mundo algorítmico, é quem possa definir a sua arquitetura, fornecendo a receita de comandos que o computador irá executar e transmitir. Como bem afirma Lessig, é essa arquitetura que estabelece os termos sob os quais a vida no ciberespaço é experimentada⁶⁴.

Para Menezes e Bolzan de Moraes, a tendência na conformação social atual é que o poder migre dos Estados soberanos para as grandes potências e empresas detentoras de tecnologia de informação⁶⁵, os quais têm acesso à arquitetura de algoritmos importantes nas atuais configurações da sociedade global, tratando-se de informação compartilhada muito parcimoniosa e seletivamente⁶⁶. Astrid Mager, por seu turno, aduz que o design dos algoritmos das ferramentas de busca destina-se a estabilizar práticas sociais capitalistas⁶⁷⁶⁸⁶⁹.

Forster e outros apontam a pouca familiaridade dos juízes com temas ligados à programação, e questiona quem poderia ser responsável pela arquitetura dos sistemas utilizados na aplicação do Direito. Como bem assentam os autores, “[...] alguém teria que fornecer respostas ao autômato”⁷⁰.

⁶³ SILVA, Tiago Falchetto. O elemento regulador do ciberespaço, o código-fonte, e-discovery e o contratorealidade virtual na sociedade da informação. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.). Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2016, p. 323 a 329. p. 324.

⁶⁴ SILVA, Tiago Falchetto. O elemento regulador do ciberespaço, o código-fonte, e-discovery e o contratorealidade virtual na sociedade da informação. p. 324. ⁶⁴ LESSIG, Lawrence. Code is law. On liberty in cyberspace.

⁶⁵ MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, José Luís Bolzan de. Análises computacionais preditivas como um novo biopoder. p. 1151 e 1152.

⁶⁶ GILLESPIE, Tarleton. The relevance of algorithms. p. 185.

⁶⁷ MAGER, Astrid. Algorithmic ideology. Revista Information, communication and society, Vol. 15, issue 5, p.

⁶⁸ -787, abr. 2012. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/233012096_Algorithmic_ideology/download>. Acesso em

⁶⁹ .jul.2019.

⁷⁰ FORSTER, João Paulo Kulczynski; BITENCOURT, Daniella; PREVIDELLI, José Eduardo A. Pode o “juiz natural” ser uma máquina? p. 191.

Saldanha e outras observam a vulnerabilidade do Direito em face da ciência e tecnologia, que se tornaram essenciais na esfera política, e não mais objetos aleatórios ou adjacentes⁷¹. Essas autoras sustentam que tal quadro desafia a racionalidade jurídica construída na modernidade, e empodera sobremaneira os especialistas não ligados à ciência jurídica⁷².

De fato, o projeto Victor, por exemplo, vem sendo desenvolvido através de parceria com a Universidade de Brasília (UnB), a qual reuniu um grupo de pesquisa multidisciplinar composto por membros das áreas de engenharia de software, administração, análise de sistemas, engenharia da computação, dentre outras, além da área jurídica⁷³. Tratando do projeto, Maia e Junquillo apontam que a Inteligência Artificial não prescinde da participação do ator humano, pois ele é quem controla a entrada de dados e avalia as respostas do sistema⁷⁴.

Qual ator humano, porém? Como bem exposto por Gillespie, a maior parte dos usuários de algoritmos não reflete sobre os critérios utilizados em seu funcionamento, tratando-os como ferramentas não problemáticas, a serviço de uma outra atividade⁷⁵. O autor traz à luz um fenômeno que denomina de "objetividade algorítmica", ou seja, a confiança dos usuários, no sentido de que os algoritmos sejam ferramentas livres de subjetividade e erro, acurados e intocados por influências e intervenções indevidas⁷⁶. Segundo ele, trata-se de uma ficção cuidadosamente construída, pois os algoritmos são ajustados constantemente para responder a demandas diversas, inclusive de natureza comercial⁷⁷.

Ocorre que a disseminada confiança algorítmica pode representar séria ameaça a direitos fundamentais. Para Nieva, a fronteira entre o uso da ferramenta como auxiliar do juiz para decidir, e a decisão a respeito pelo próprio programa, é borrada quando a decisão firmada pelo juiz contém, em sua fundamentação, unicamente a referência ao resultado trazido pelo algoritmo⁷⁸. Já de plano surgem,

⁷¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números. p. 347.

⁷² SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números.p. 340 a 343 e 347.

⁷³ Conforme pode ser observado no sítio da internet dedicado ao projeto, disponível em <http://gpam.unb.br/victor/>.

⁷⁴ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor. p. 224.

⁷⁵ GILLESPIE, Tarleton. The relevance of algorithms. p. 178.

⁷⁶ GILLESPIE, Tarleton. The relevance of algorithms. p. 179.

⁷⁷ GILLESPIE, Tarleton. The relevance of algorithms. p. 179. O autor exemplifica o argumento, afirmando que uma pesquisa em um provedor de busca não mostrará, na França, resultados que promovam o nazismo, ou, na China, a dissidência política.

⁷⁸ NIEVA FENOLL, Jordi. Inteligencia artificial y proceso judicial. p. 72 e 73.

nesses casos, questões relevantes acerca do direito à fundamentação das decisões e ao devido processo legal. O autor, no entanto, aprofunda a análise ao tratar de programas específicos, concluindo que alguns deles apresentam, resultados claramente discriminatórios, e até mesmo racistas⁷⁹.

No caso do Victor, embora o STF enfatize que a máquina não irá tomar decisões, mas apenas auxiliar o trabalho jurisdicional da Corte⁸⁰; registra-se também que ela irá devolver automaticamente aos Tribunais de origem os processos que se enquadrarem em algum dos temas de repercussão geral.⁸¹ Trata-se de decidir o destino de Recursos Extraordinários, atividade jurisdicional típica que, embora possa estar fundamentada no enquadramento do recurso em tema de repercussão geral, na realidade consistirá em referendar uma constatação nesse sentido, alcançada pelo algoritmo.

O rol de problemas mencionado revela, porém, que a simples referência ao algoritmo não é suficiente para que se possam considerar atendidos os requisitos atinentes à accountability a que está sujeita o judiciário. Recorde-se que, como exposto supra, no caso do STF, a mais efetiva modalidade de accountability decisional reside justamente na possibilidade de debate público acerca do conteúdo das decisões, de modo a influenciar a configuração futura da Corte. Se a fundamentação resulta, ainda que parcialmente, da atividade de uma máquina, é importante saber como ela decide.

Como bem observa Ferejohn, a independência judicial decisional corresponde a um meio para a realização de outros fins, como o Estado de Direito ou valores constitucionais⁸². Assim sendo, o uso de ferramentas de Inteligência Artificial não pode estar vinculado apenas a um desiderato de performatividade, mas deve adequar-se às finalidades constitucionais que a atividade jurisdicional em geral, e o STF em particular, deve perseguir.

Do contrário, tais tecnologias servirão de interface para a colonização e captura do sistema judiciário brasileiro pela Governança por Números transnacional, ligada a fins que nem sempre serão coincidentes com aqueles, vislumbrados pelo sistema constitucional brasileiro. Conforme apontam Saldanha e outras, há um déficit democrático na Governança por Números, que modifica o Direito sem participação

⁷⁹ NIEVA FENOLL, Jordi. Inteligencia artificial y proceso judicial. p. 68 e 69.

⁸⁰ BRASIL. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF.

⁸¹ TEIXEIRA, Mateus. STF investe em inteligência artificial para dar celeridade a processos.

⁸² FEREJOHN, John. Independent Judges, Dependent Judiciary: explaining judicial independence. p. 353.

parlamentar ou de outras instâncias representativas⁸³. Em outras palavras, o STF poderá ser tragado pela “força das coisas”, sem que haja instrumentos institucionais aptos a evitar que isso ocorra.

A solução para a questão, portanto, pode ser a transparência na arquitetura das soluções de inteligência artificial utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, no desempenho de sua atividade finalística, possibilitando amplos debates a respeito, e mesmo a intervenção de órgãos de representação política. O algoritmo, seu funcionamento e arquitetura, ao integrar a fundamentação das decisões, deve ser inserido na accountability da Corte, em todas as suas dimensões.

Gillespie sustenta que, em tempos de revolução informacional, o conhecimento dos algoritmos e da arquitetura de seus códigos é uma das principais fontes de poder (econômico, político, social), e vislumbra a possibilidade de mudanças no equilíbrio desse poder através do crescente interesse de órgãos de representação política no assunto⁸⁴. Lessig, ao tratar da possibilidade de intervenção estatal sobre as arquiteturas dos códigos-fonte, aponta que não há uma verdadeira escolha entre regulação e não regulação, já que algoritmos consistem, por sua própria natureza, em regulação – a escolha, portanto, é se será pública ou privada⁸⁵.

Nieva, por seu turno, adverte que, na atuação jurisdicional, não podem haver “caixas pretas”⁸⁶. Apesar de reconhecer vasto campo para sua aplicabilidade no processo judicial, ele aponta que os direitos fundamentais somente poderão ser garantidos se o funcionamento interno dos algoritmos for conhecido, e os jurisdicionados souberem como a máquina decide⁸⁷. Como afirma o autor, “es imprescindible esa nueva publicidad de los tiempos modernos”⁸⁶.

Considerações finais

Ao longo dos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal ganhou força enquanto corte constitucional, adotando uma conduta proativa na interpretação das normas constitucionais, por vezes inclusive a alterar o sentido original previsto pelo constituinte. Sua estrutura institucional favorece essa adoção, na medida em que

⁸³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números.p. 345, 347 e 348.

⁸⁴ GILLESPIE, Tarleton. The relevance of algorithms. p. 185.

⁸⁵ LESSIG, Lawrence. Code is law.

⁸⁶ “É imprescindível essa nova publicidade dos tempos modernos”. Cf. NIEVA FENOLL, Jordi. Inteligencia artificial y proceso judicial. p. 142.

⁸⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. Inteligencia artificial y proceso judicial. p. 140 a 144. ⁸⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. Inteligencia artificial y proceso judicial. p. 143.

garantias de independência logram mantê-la de certa forma protegida das influências políticas advindas do Executivo e do Legislativo; mas, por outro lado, mantem a Corte relativamente isenta da accountability inerente a qualquer estrutura estatal democrática.

Nesse contexto, revela-se preocupante a adoção de ferramentas de Inteligência Artificial com propósitos unicamente performativos, já que, no âmbito da revolução da tecnologia da informação e do capitalismo cognitivo global, tais instrumentos servem como abertura para a captura da Corte pelas estruturas de Governança por Números, instâncias de poder de origem não democrática, e vinculadas a interesses de índole diversa daqueles, aos quais estão jungidos os Estados Democráticos de Direito e suas instituições. A fragilidade da accountability à qual está sujeito o STF dificulta sobremaneira a constatação, o controle e a eventual reversão de colonizações dessa natureza.

Assim, faz-se necessária a transparência do conteúdo e modo de funcionamento das ferramentas de Inteligência Artificial aos órgãos estatais de representação política, para que procedam à regulação, acompanhamento e controle de seu uso, para verificação de sua compatibilidade com os objetivos fixados na Constituição, e determinação de eventual correção de rumos.

Referências das fontes citadas

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45 (2004). Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>

BRASIL. Inteligência artificial: Trabalho judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos. Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522>

BRASIL. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>

BRAZ, N. et al. Document classification using a Bi-LSTM to unclog Brazil's supreme court. NIPS 2018 Workshop on Machine Learning for the Developing World (ML4D). Disponível em <https://arxiv.org/abs/1811.11569>

BRODY, David. C. The Use of Judicial Performance Evaluation to Enhance

Judicial Accountability, Judicial Independence and Public Trust. Denver University Law Review, Denver, v. 86, n. 1, p. 1 a 42, 2008. Disponível em: <
http://www.law.du.edu/documents/denver-university-law-view/v86_i1_brody.pdf>

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O caso Uber e o controle por programação: de carona para o século XIX. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.).

Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2016, p. 131 a 165.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Volume I. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2002. Título original: The rise of the network society.

FEREJOHN, John. Independent Judges, Dependent Judiciary: explaining judicial independence. Southern California Law Review, v. 72, 1999. Disponível em: <<http://www-bcf.usc.edu/~usclrev/pdf/072303.pdf>>

FORSTER, João Paulo Kulczynski; BITENCOURT, Daniella; PREVIDELLI, José Eduardo A. Pode o "juiz natural" ser uma máquina? Revista Direito e Garantias Fundamentais, Vitória (ES), v. 19, n. 3, p. 181 a 200, set-dez 2018.

HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. New York: Harvard University Press, 2004.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. In: Novos Estudos, n. 96, julho 2013, p. 69 a 85.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. Da máquina à nuvem. Caminhos para acesso à justiça pela via dos direitos dos motoristas da Uber. São Paulo: LTr, 2019.

LESSIG, Lawrence. Code is law. On liberty in cyberspace. Disponível em <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>> Acesso em 19.jun.2019.

MAGER, Astrid. Algorithmic ideology. Information, communication and society, Vol. 15, issue 5, p. 769-787, abr. 2012. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/233012096_Algorithmic_ideology/download

MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. Revista Direito e Garantias Fundamentais, Vitória (ES), v. 19, n. 3, p. 219 a 238, set-dez 2018.

MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, José Luís Bolzan de. Análises computacionais preditivas como um novo biopoder: modificações do tempo na sociedade dos sensores. Revista Novos Estudos Jurídicos – eletrônica, Vol. 24, n. 3, p. 1129 a 1154, set-dez. 2018.

NIEVA FENOLL, Jordi. Inteligencia artificial y proceso judicial. Madrid: Marcial Pons, 2018.

O'DONNELL, Guillermo. 1998. Accountability horizontal e novas poliarquias. Tradução de Clarice Cohn e Álvaro Augusto Comin. Lua Nova, São Paulo, n. 44, p. 27 a 54. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44>>. Acesso em: 17.jul.2019. Título original: Horizontal Accountability and New Poliarquies.

RUSSEL, Peter H; O'BRIEN, David M. Toward a General Theory of Judicial Independence. In: *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*. Virginia, USA: University Press, 2001, p.1 25.

SALDANHA, Jânia; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). *Revista de Direito Internacional*, Vol. 13, nº 3, 2016, p. 338 a 355.

SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: balancing independence with accountability. In: *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, 8, Panamá, 28-31 Oct. 2003.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. Título original: *The fourth industrial revolution*.

SILVA, Tiago Falchetto. O elemento regulador do ciberespaço, o código-fonte, ediscovery e o contrato-realidade virtual na sociedade da informação. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2016, p. 323 a 329.

SUPIOT, Alain. *La gouvernance par les nombres*. Cours au Collège de France (2012-2014). Paris: Fayard, 2015.

TEIXEIRA, Mateus. STF investe em inteligência artificial para dar celeridade a processos. Disponível em <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inovacao/stf-aposta-inteligencia-artificial-celeridade-processos-11122018>

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e Independência Judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Revista de Sociologia e Política* v. 21, n. 45, mar. 2013, p. 29 a 46.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 483 a 502.

USO DE AGROTÓXICOS E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DEMOCRÁTICOS: PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, DIREITO À INFORMAÇÃO E CONTROLE SOCIAL

Cristiane Rosália Maestri Böell¹
Nelson Alex Lorenz²

Introdução

A implementação e a execução de políticas agrícolas fundadas no uso de agrotóxicos (*pesticides*)³ requerem o cumprimento da obrigação de irrestrita publicidade de interesse público a processos de regulação normativa, a projetos legislativos e a atos administrativos vinculados, que tenham por objeto o registro e a liberação desses produtos tóxicos, qualquer que seja a finalidade empregada na produção de alimentos, combate a endemias ou outras situações de aplicação.

São compromissos do Estado Democrático de Direito fomentar o acesso aos canais de comunicação pública, abertos e digitais, e ampliar o conhecimento da população a respeito dos agrotóxicos, para propiciar a efetividade do controle das políticas públicas, as quais, obrigatoriamente, destinam-se à promoção da vida, da biodiversidade e da sustentabilidade.

Não é razoável concordar, após a odisséia da construção jurídico-político de diplomas protetivos dos direitos humanos fundamentais e universais – conquistados sob intensos embates no curso da história da humanidade –, que o Estado, com todo o seu poderio legal, administrativo e discricionário, tome a iniciativa de estimular a exposição indiscriminada dos seres cientes, sencientes e dos organismos vivos em geral a produtos tóxicos, que causam a degradação do solo, água e ar, para benefício preponderantemente econômico.

Os princípios constitucionais, tão caros à vivência democrática e sustentável, devem nortear a legislação infraconstitucional e a conformidade das ações

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho. Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera.

³ Cfr. a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (EFSA), o termo *pesticides* é comumente usado como sinônimo de produtos fitofarmacêuticos. *Pesticides* é um termo mais amplo que também abrange produtos como biocidas, que são destinados a usos não-vegetais para controlar pragas e portadores de doenças, como insetos, ratos e camundongos, e não se enquadram no âmbito da EFSA. **Pesticides**. Tradução dos autores. Disponível em: <http://www.efsa.europa.eu/en/topics/topic/pesticides>. Acesso em: 20 jun. 2019.

executivas. Indispensável a conscientização popular frente aos fatores de exposição humana e dos ecossistemas aos efeitos nocivos dos agrotóxicos, que negam o exercício de direitos fundamentais como os da saúde e da ambiência sustentável.

Ao considerarmos que a democratização se estende a diversos aspectos de vivência cidadã, dentre ele o ambiental, e para que haja a participação ativa do cidadão nos debates e tomadas de decisões tocante ao tema sustentabilidade, imprescindível que os princípios constitucionais sejam concretizados, como a publicidade dos respectivos atos administrativos que ensejaram a liberação de tal quantidade de agrotóxicos, do acesso à informação aos mesmos e da participação social.

Para se atingir as metas propostas, desenvolveu-se este artigo em três capítulos: sustentabilidade e uso de agrotóxicos; constitucionalismo, democracia e sustentabilidade política; e a observância aos princípios da publicidade, direito à informação e participação popular no âmbito da Administração Pública. Quanto à metodologia, no presente trabalho, utilizou-se o método indutivo e foram adotadas técnicas do referente e da pesquisa bibliográfica.

1. Sustentabilidade e Uso de Agrotóxicos

Relatório⁴ do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) indica que, desde 2005, foram registrados 2.940 agrotóxicos e afins permitidos para uso na agricultura – enquadrados como tal pela Lei dos Agrotóxicos – Lei Federal n. 7.802, de 11 de julho de 1989³. Dados anteriores a 2005 não são informados.

Nos primeiros sete meses de 2019, o Governo do Brasil aprovou 262 produtos agrotóxicos, conforme o citado relatório⁵. Nele, verifica-se acentuada expansão de aprovações nos últimos cinco anos: 139 (2015); 277 (2016), 405 (2017), 450 (2018) e 262 (até julho de 2019). Há indicativo de que já seriam 290 autorizações de agrotóxicos no atual Governo, segundo divulgado na mídia⁶.

⁴ BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). **Registros concedidos** - 2005-2019 - atualizado em 22/07/2019. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/assuntos/insumos-agropecuarios/insumosagricolas/agrotoxicos/informacoes-tecnicas>. Acesso em: 29 jul. 2019.

⁵ BRASIL. MAPA. **Registros concedidos** [...]

⁶ AGÊNCIA PÚBLICA. **Conheça o Robotox**, um robô que tuíta sempre que o Governo Federal libera um novo registro de agrotóxico. Disponível em: <https://portrasdoalimento.info/2019/05/14/conheca-o-robotox-um- robo-que-tuita-sempre-queo-governo-federal-libera-um-novo-agrotoxico/>. Acesso em: 27 jul. 2019.

O total geral de agrotóxicos no mercado agrícola brasileiro é impreciso. Enquanto o MAPA anota 2.940 registros, recente reclassificação toxicológica⁷ publicada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) aponta 2.300 agrotóxicos registrados. Por sua vez, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) traz números distintos no Boletim⁸, referente a 2017, com base em dados fornecidos pelas empresas:

Em 2017, 126 empresas titulares de registro de produtos “Químicos e Bioquímicos” encaminharam relatórios semestrais de agrotóxicos em atendimento ao artigo 41 do Decreto n. 4.074/2002. Foram recebidos 6.356 relatórios: 2.465 de produtos técnicos (PT) e 3.891 de formulados (PF). Houve um aumento no número de relatórios recebidos em 2017 em comparação a 2016 em razão de novos registros concedidos. Calcula-se que em 2017 tenham sido registrados 259 novos produtos formulados, de acordo com dados extraídos do Sistema de Agrotóxicos do Ibama.

A imprecisão e a fragmentação dos dados oficiais é, por si só, indicador do descompasso em termos de publicidade, direito à informação e controle dos agrotóxicos e afins. Tal cenário também tem despertado a preocupação das organizações ambientais e até dos países aos quais o Brasil exporta alimentos, considerando os efeitos presentes e futuros dos agrotóxicos nas lavouras.

Além disso, não se tem plena clareza dos fundamentos que estão a impulsionar as referidas autoridades competentes nessa direção liberalizante, posto que a Lei dos Agrotóxicos⁹ permanece inalterada desde 2000, assim como o seu regulamento, o Decreto Federal n. 4.074, de 4 de janeiro de 2002¹⁰.

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 6.299/2002¹¹ – denominado pelos seus opositores de “PL do Veneno –”, que tem por finalidade alterar por completo o sistema regulatório vigente, a pretexto de flexibilizar o processo de

⁷ BRASIL. Diário Oficial da União – DOU. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 294, de **29 de julho de 2019**, que dispõe sobre os critérios para avaliação e classificação toxicológica, priorização da análise e comparação da ação toxicológica de agrotóxicos, componentes, afins e preservativos de madeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-da-diretoria-colegiada-rdc-n-294-de-29-de-julho-de-2019-207941987>. Acesso em: 3 ago. 2019.

⁸ BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). Relatórios de comercialização de agrotóxicos. **Boletim 2017**. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/agrotoxicos/relatorios-de-comercializacao-deagrotoxicos#sobreosrelatorios>. Acesso em: 3 ago. 2019.

⁹ BRASIL. Lei Federal n. 7.802/1989.

¹⁰ BRASIL. **Decreto Federal n. 4.074, de 4 de janeiro de 2002**, que regulamenta a Lei n. 7.802/1989. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4074.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6299/2002**. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46249>. Acesso em: 30 jun. 2018.

registro, entre outras revisões igualmente relevantes. A ideia central do PL é engendrar uma nova sistemática administrativa para abreviar o registro de agrotóxicos, o que, de fato, já vem ocorrendo com suporte na atual norma.

No lado oposto ao “PL do Veneno”, levantam-se fortes críticas das organizações civis e de muitos órgãos públicos contra a destruição da atual regulação, justamente a mesma que agora chancela os novos registros. Até então, a norma vigente era considerada restritiva e ambientalmente adequada ao se acreditar que vedava, por exemplo, a liberação de moléculas mais tóxicas.

Além de institucionalizar a expressão “agrotóxicos” aos produtos químicos tóxicos agrícolas, Caroline Franco e Victor Pelaez¹² destacam pontos positivos da Lei Federal n. 7.802/1989:

A Lei instituiu avanços com relação à proteção à saúde e à preservação do meio ambiente, tais como: a possibilidade de impugnação ou cancelamento do registro do produto por solicitação de entidades representativas da sociedade civil, hipótese que remonta à participação popular e à democracia como formas de controle do uso de agrotóxicos; a proibição do registro, caso o Brasil não disponha de métodos de desativação da ação dos componentes tóxicos sobre o homem e o meio ambiente; a proibição do registro de novos agrotóxicos, caso a ação tóxica dele não seja igual ou menor do que a de outros produtos já existentes destinados a um mesmo fim; o cadastro compulsório de produtores, comerciantes e aplicadores dos produtos nos órgãos competentes dos Estados ou Municípios, no intuito de maior rastreabilidade das infrações causadas pelos agrotóxicos; a criação de normas e padrões das embalagens, assim como as normas, padrões, e instruções dos rótulos dos produtos; a atribuição de responsabilidades administrativas por qualquer dano causado pelos agrotóxicos; e a obrigatoriedade do receituário agrônomo para a venda de agrotóxicos, até então disposta apenas por normas de alguns Estados.

Para essa corrente opositora, a Lei dos Agrotóxicos alinhava-se ao princípio da prevenção e, em alguns dispositivos, flertava com o princípio da precaução. O novo enfoque governamental aplicado à norma por intermédio da reinterpretção dos seus dispositivos pelos órgãos competentes (MAPA, Ibama e Anvisa) desmonta esse entendimento.

Diante da realidade difusa sob a vigência do mesmo comando legal, cabe trazer ao debate a Constituição, que tem também a função de balizar os movimentos

¹² FRANCO, Caroline da Rocha; PELAEZ, Victor. **A (des)construção da agenda política de controle dos agrotóxicos no Brasil**. Ambiente. soc. São Paulo, v. 19, n. 3, p. 213230. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1809-4422ASOC143673V1932016>. Acesso em 4 ago. 2019.

pendulares dos governos que se sucedem no poder e dos respectivos atos executivos sujeitos às vicissitudes de quem governa.

A título de exemplo, o MAPA ostenta em seu portal de Internet e em praticamente todas as suas publicações oficiais a expressão “defensivos agrícolas” para se referir aos agrotóxicos, contrariando a Constituição e a legislação infraconstitucional.

Assim, a desenfreada liberação de agrotóxicos, com amparo na lei vigente, causa perplexidade e temor em razão da, até o momento, obscura ou incompleta exposição dos fundamentos técnicos e científicos que devem lhe dar sustentação jurídico-administrativa e, também, face à arraigada inclinação do principal órgão da agricultura a difundir conceitos equivocados à população.

Nesse horizonte tenebroso, requer-se impreterivelmente a (re)condução, pelo Estado, de questões relativas à preservação dos ecossistemas e de seus impactos na existência humana por meio de uma gestão ética, eficiente e transparente, como elemento essencial e legitimador o engajamento de toda a sociedade com vistas a um desenvolvimento sustentável, garantindo-se um ambiente ecologicamente equilibrado.

A Organização das Nações Unidas (ONU)¹³ alerta que nos últimos 50 anos a população dobrou e o produto interno global aumentou quatro vezes. “A extração global anual de materiais cresceu de 27 bilhões para 92 bilhões de toneladas (até 2017). Isso dobrará novamente até 2060 nas tendências atuais”, prevendo-se maior demanda por alimentos e água, portanto, de intensificação da pulverização de agrotóxicos e da poluição do ambiente.

A menos que se desmaterialize num acidente de proporções cósmicas, o planeta continuará a existir, com ou sem vida. Todavia, a espécie humana terá de encontrar meios para não colapsar ou não se auto envenenar por completo. A sobrecarga global¹⁴ em razão da extração de recursos naturais é cada vez mais precoce, devendo chegar à exaustão no atual século se não forem alterados os hábitos de consumo e a dinâmica exploratória irracional.

¹³ ONU. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. **Global Resources Outlook 2019**. Tradução dos autores. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/news-and-stories/pressrelease/un-calls-urgent-rethink-resource-use-skyrockets>. Acesso em: 25 jul. 2019.

¹⁴ Global Footprint Network. **Dia da sobrecarga do planeta é 29 de julho**. Tradução dos autores. Disponível em: <https://www.overshootday.org/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

A despeito desse cenário trágico, de dimensão incomparável em qualquer período da história humana, os governos brasileiros continuam a optar pela matriz química tóxica como principal estratégia ao atendimento da expansão da demanda mundial por bens agrícolas primários – liderados pela soja, cana-deaçúcar para fabricação do etanol, café, carne bovina, fumo e milho, entre outras *commodities*. Dessa lista, poucos são alimentos de verdade.

Ao mesmo tempo em que se projeta o rápido esgotamento dos recursos minerais, avançam os danos irreparáveis da poluição às riquezas naturais do planeta, consequência em larga medida da adoção de políticas públicas alheias aos impactos ambientais, como a que estimula o uso de agrotóxicos.

O Relatório Brundtland elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento¹⁵, de 1987, definiu o desenvolvimento sustentável como aquele apto a suprir as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade de satisfação daquelas das gerações futuras.

Como pontua Juarez Freitas¹⁶, trata-se de avanço histórico expressivo, mas que precisa de aperfeiçoamento. Além dos elementos básicos constituidores daquele conceito (o desenvolvimento, a atenção às necessidades das gerações presentes, sem comprometimento das gerações futuras), apresenta-se imprescindível que o desenvolvimento seja visto pela sua nova reconfiguração, calcada na ética, podendo-se afirmar que “todo e qualquer desenvolvimento que se tornar, em longo prazo, negador da dignidade dos seres vivos em geral ainda que pague elevados tributos, será tido como insustentável”.

Pela concepção do pesquisador, a sustentabilidade possui natureza multidimensional e apresenta, além do clássico tripé, social, ambiental e econômico, também as dimensões ética e jurídico-política, porque, primeiro “a sustentabilidade é uma questão de inteligência sistêmica e de equilíbrio ecológico, no sentido amplo”¹⁷; segundo, porque com a crise ambiental vivenciada, ecossistemas inteiros são afetados, estabelecendo-se umnexo causal direto entre as adversidades ambientais e a visão antropocêntrica da dignidade.

Nesse contexto se insere a questão da fabricação, aquisição, uso e, por que não dizer, consumo de agrotóxicos no Brasil, autorizados por lei e regulamentados

¹⁵ ONU. Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral. **Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 96^a. Reunião Plenária, de 11 de dezembro de

¹⁶ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. p. 50.

¹⁷ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. p. 59.

por instrumentos administrativos, que, sem o resguardo da essência das ideias democráticas, nega observância aos princípios constitucionais da publicidade, transparência e participação popular, impedindo o amplo debate pela sociedade acerca das implicações e consequências da presença dos agrotóxicos para a saúde humana, como reflexos em todo ecossistema, como a contaminação do ar, das águas, além do comprometimento da preservação das demais espécies domésticas e silvestres.

O Estado Constitucional moderno tão questionado por sua ineficiência e incapacidade de exercer seu papel de guardião desta e das futuras gerações,

A complexidade do estabelecimento, pelo Estado, de uma rede proteção dos princípios constitucionais, face à realidade econômica globalizada é indiscutível, dificultando, sobremaneira, a determinação de estratégias para efetivação de políticas voltadas à sustentabilidade. É preciso, assim, engendrar um novo movimento, livrando-se das amarras do patrimonialismo, assumindo suas responsabilidades como administrador, controlador, fiscalizador e garantidor dos direitos fundamentais, para enfrentamento dos desafios de uma gestão pública ética solidária e sustentável.

Uma administração eficaz e eficiente, emerge do cumprimento de suas obrigações com transparência, motivação, imparcialidade, moralidade e atenção à participação social. Nas palavras de Freitas, a meta é a Constitucionalização das relações administrativas objetivando a aproximação dos princípios constitucionais à realidade fática. "Constitucionalização, no sentido de conferir pronunciada expansão eficaz ao direito à gestão pública sustentável."¹⁸

Nesse cenário é que se insere a preocupação com o uso de agrotóxicos no Brasil: resultados imediatos como maior produção agrícola e maiores lucros, mas muitas vezes com altos custos à vida e ao equilíbrio ecológico.

2. Constitucionalismo, Democracia e Sustentabilidade Política

A consolidação do princípio constitucional da sustentabilidade, diretamente vinculante (CF, art. 225, 3º, 170, VI, entre outros) requer transformações nos costumes e práticas de pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, mas para que tal possa ocorrer, necessário o acesso ao conhecimento das políticas estatais e o estabelecimento de mecanismos de conscientização, com vistas ao estabelecimento

¹⁸ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. p. 209

de participação cidadã nos debates e nas decisões que envolvem o direito a um ambiente sustentável e ao bem-estar social.

A Carta Constitucional de 1988 consagra a democracia como o centro do Estado Democrático de Direito e o seu art. 3º apresenta direitos legitimadores de uma democracia material, substancial, que em sintonia com as disposições do art. 225 da Constituição Cidadã, nos remete a uma visão da sustentabilidade como valor e princípio¹⁹ e levam a introdução de um novo paradigma, que vai além da responsabilização objetiva do Estado na mitigação e compensação por danos ambientais, mas sim perpassa pela ação antecipatória de responsabilidade (prevenção e precaução).

O dever do Estado de fazer valer a participação social torna-se um instrumento primordial para o funcionamento do Estado Democrático, como ensina J.J. Gomes Canotilho²⁰, que vai além de sistemas de representação:

O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um método ou técnica de governos escolherem os governados, pois, como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade.

Para Canotilho, só se consegue explicar a importância dos vários elementos que as teorias clássicas procurar transformar unilateralmente em *ratio* e *ethos* da democracia, quando as várias dimensões do princípio democrático forem visualizadas e consideradas, com vistas a formulação de um princípio democrático complexo, acolhendo os mais importantes postulados da teoria democrática representativa (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralidade de partidos políticos e separação de poderes).

Referido princípio democrático complexo importa na construção de processos que, segundo Canotilho, ofertem aos cidadãos possibilidades efetivas de "apreender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer o controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos."²⁰

A participação, como direito fundamental e elemento constitutivo do Estado Democrático de Direito, no contexto do constitucionalismo substancial, apresentam-se com *status ativo*, ao usufruir o cidadão de competência para influenciar sobre a vontade Estatal.

¹⁹ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. p. 17

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 287.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 288.

Não obstante a definição primeira de participação política, que se limitava ao direito de votar e ser votado, a participação democrática e, sempre que possível, direta, implica impreterivelmente em contribuir com conhecimentos e posicionamentos, na tomada de decisões político-administrativas.

Ao analisar esse ambiente, Jose Luiz Serrano Moreno²¹ afirma que quanto mais cresce o catálogo de direitos e os relacionados deveres públicos, maior é o desnível entre a eficácia e validade, entre a legitimidade e a ilegitimidade do sistema jurídico-político. Mas é exatamente esta dicotomia, essa contradição que traz o equilíbrio e é nessa seara que a participação popular faz o contraponto:

Por esto la aportación de la Ecología política a la evolución del Estado de derecho y de la democracia sustancial no está tanto en el crecimiento de las promesas como en el desarrollo de nuevas formas de garantía capaces de realizarlas. No está en la superación de la aporía, sino, al contrario, en su conservación y cuidado. El cuidado del desnivel entre los valores ecológicos y su realización operativa por el Estado es la principal fuerza ofrecida por la Ecología política a los titulares de derechos proclamados pero insatisfechos. En la medida en que tales derechos estén insatisfechos pueden -gracias precisamente a sus garantías- deslegitimar los poderes, invalidar las acciones o las omisiones, exigir las prestaciones correspondientes [...] Los deseos insatisfechos sirven para deslegitimar la realidad. La realidad incumplida sirve para fortalecer los derechos. En este sentido, el Estado de derecho como modelo de Ecología política es caracterizable como el modelo de ordenamiento que consiente no sólo la legitimación sino, sobre todo, la deslegitimación jurídica o interna del funcionamiento de los poderes públicos y de las normas por ellos producidas o dejadas de producir.

A Carta Constitucional brasileira, por seu art. 1º, parágrafo único, estabelece como mecanismo de consolidação do sistema democrático a participação ativa do cidadão, agregando ao elemento representação a participação: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Canotilho discorre sobre a justificação do princípio democrático, apresentando a democracia com processo dinâmico, inerente a uma sociedade aberta e ativa, propiciando aos cidadãos liberdade de participação crítica no processo político. Na democracia, a soberania popular não se pauta somente na satisfação dos direitos políticos, sem que haja a inclusão dos direitos de liberdade, posto que a participação na vida pública requer formação de vontade consciente, que só se concretiza mediante a participação da comunidade na vida política.

²¹ MORENO, Jose Luis Serrano. *Ecologia, Estado de Derecho y Democracia*. p. 167.

Além do mais, leciona Luigi Ferrajoli²², “los derechos de libertad serán tanto más efectivos cuanto más apuntalados estén a su vez por la garantía de los derechos a la subsistencia y a la salud y, todavía más obviamente, del derecho a la educación y a la información.”

Importante lembrar, conforme Robert A. Dahl²³, que o exercício da cidadania requer educação cívica, posto que “um critério essencial para o processo democrático é a compreensão esclarecida: dentro de razoáveis limites de tempo, cada cidadão deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre políticas alternativas pertinentes e suas prováveis consequências.”

Integrado ao direito de participação política, anda o princípio democrático de acesso à informação, o qual, nas palavras de Canotilho²⁴, constitui princípio informador do Estado e da Sociedade de mãos dadas com os princípios constitucionais da publicidade dos atos político-administrativos e da participação política do cidadão. Só haverá concretização do sistema democrático, se a população tiver acesso à informação para participação nas deliberações e escolhas a serem realizadas pelo aparato Estatal.

O Estado Constitucional moderno tão questionado por sua ineficiência e incapacidade de exercer seu papel de guardião desta e das futuras gerações, apresenta-se frágil e incapaz de absorver e irradiar o princípio constitucional da sustentabilidade em seu sistema jurídico-político.

3. Publicidade, Direito à Informação e Participação Popular

A Constituição de 1988, no seu Título III, determina que a Administração Pública direta e indireta aplique obrigatoriamente, além dos preceitos que lhe são expressos, os princípios insculpidos no art. 37, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A Administração Pública pode ser definida objetivamente como uma atividade concreta e imediata, desenvolvida pelo Estado para a efetivação dos direitos coletivos e difusos, enquanto que numa definição subjetiva é o aparato estatal a lei atribui o exercício da função administrativa.

²² FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris Teoria del Diritto e della democrazia, p. 12.

²³ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. p. 204.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 289.

Alexandre de Moraes explica, citando Maurice Hauriou, que o poder político-jurídico do regime administrativo situa-se entre a lei e a decisão judicial, visando o cumprimento da lei em todos os procedimentos não contenciosos, por meio de regulação própria.²⁵

O princípio da publicidade dos atos administrativos tem por escopo o conhecimento de seu conteúdo, para controle pelos cidadãos, como também tem sido visto como requisito de eficácia, posto que a ausência do conhecimento pelos administrados que estão sujeitos ao ato, impede a exigência do seu cumprimento.

Tauã Lima Verdan Rangel²⁶ leciona a respeito:

A participação da sociedade civil na esfera administrativa visa a conferir legitimidade aos atos praticados, conquanto, de maneira incidental, possa desdobrar-se no controle de legitimidade. Extrai-se, em tal lógica, a existência de uma dupla função da participação, a saber: uma função legitimadora, que visa a assegurar uma maior legitimidade políticodemocrática às decisões da Administração Pública e ao exercício da função administrativa; e uma função corretiva, ou seja, o objetivo traduz-se em ampliar a correção das decisões administrativas, a partir do ponto de vista técnico-funcional e sob o prisma de sua justiça interna.

Para que o Direito Administrativo se constitucionalize, as relações de administração pressupõem o “controle de qualidade decisória (já na fase interna) e de execução, em termos organizacionais, em conformidade com as metas transparentemente estabelecidas, acima dos mandatos”²⁷, conforme Freitas, apresentando-se como um dos princípios de regência:

O princípio da publicidade ou da máxima transparência possível (não somente mecânica divulgação oficial), em conjunto com o princípio da sustentabilidade, consagra o direito fundamental à boa informação e viabiliza o escrutínio social da qualidade multidimensional das decisões administrativas.²⁸

A Lei Federal n. 12.527/2001 de Acesso à Informação²⁹ – LAI, regulando o direito à obtenção de informações e estabelecendo os procedimentos a serem

²⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, p. 303.

²⁶ RANGEL, Tauã Lima Verdan. **A participação da sociedade civil como instrumento de fiscalização dos contratos públicos**: penas reflexões aos princípios da eficiência, da publicidade e da audiência pública como paradigma de controle. Revista Síntese: Direito Administrativo, p. 28.

²⁷ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. p. 210.

²⁸ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. p. 212.

²⁹ BRASIL. **Lei Federal n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**, regula o acesso a informações previsto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 28 jul. 2019.

observados por todas as esferas e níveis de Governo, trouxe maior garantia de acesso a informações previsto na Constituição³⁰, no inc. XXXIII do art. 5º.

Trata-se do direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, ou coletivo ou geral, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado).

A Constituição ainda estabelece, no inciso II do § 3º do art. 37, a forma de participação e acesso a registros administrativos e a informações sobre atos de governo a ser disciplinada em lei, e no § 2º do art. 216, a universalização de acesso aos bens e serviços culturais.

Certo é que a LAI é um instrumento indispensável para a incorporação da transparência dos atos praticados pelas instituições públicas e tem apresentado resultados para tornar o Poder Executivo Federal menos obscuro. A Controladoria-Geral da União (CGU)³¹, órgão de controle interno do próprio

Governo, professa que “a gestão pública transparente permite à sociedade, com informações, colaborar no controle das ações de seus governantes, com intuito de checar se os recursos públicos estão sendo usados como deveriam”.

Segundo a CGU, em sete anos de vigência da LAI foram registrados 745 mil pedidos de informações, sendo que foi concedido acesso total ou parcialmente em 555 mil (74,58% do total).³² No entanto, cerca de 60 mil pedidos tiveram o acesso à informação negado, sob fundamento de se tratarem de dados pessoais (30%), informação sigilosa de acordo com legislação específica (15%), pedido genérico (14%), pedido incompreensível (10%) e necessidade de tratamento adicional de dados (9%), além de outras negativas.

Percebe-se que ainda é preciso disponibilizar à população maior divulgação e simplificação do sistema de solicitações e, principalmente, dos portais informacionais mantidos pelos órgãos a respeito das suas próprias atribuições e fundamentos das decisões, alcançando, sobretudo, as esferas do Poder Executivo, para que ofereçam acesso a sistemas de consulta.

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2019.

³¹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Transparência Pública**. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica>. Acesso em: 28 jul. 2019.

³² BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). **Controladoria Geral da União divulga balanço de sete anos da Lei de Acesso à Informação no Governo Federal**. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/noticias/2019/05/cgu-divulga-balanco-de-sete-anos-da-lei-de-acesso-ainformacao-no-governo-federal>. Acesso em: 22 jul. 2019.

Ademais, para que haja interesse dos cidadãos e cidadãs, principalmente pela informação acerca de demandas coletivas, a divulgação de projetos de lei, regulamentos específicos, ações e atos administrativos, deve ser uma prática efetivamente transparente, clara e precisa, para que se possa fomentar e oportunizar a participação da sociedade civil nos debates e decisões. E o essencial de tudo: saber o que irá lhe afetar no plano individual em termos de direitos humanos fundamentais.

Outra forma de acesso a informações de interesse da coletividade ou de interesse difuso, além da criação de serviço de informação ao cidadão, é a realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação – conforme art. 9º, II, da LAI.

Todo processo estatal que conduz à decisão que envolve questões ambientais deve estar ancorado na participação popular e no estímulo ao debate pela sociedade, tendo a LAI trazido em seu art 9º, II, de forma mais abrangente, o valioso instituto da audiência pública.

Novo momento cívico e democrático surge com a legalização deste e de outros instrumentos de participação popular³³. A audiência pública, que tem como características, a ampla publicidade, ampla participação e formalidade (procedimento simplificado e marcado pela oralidade) e por ser em geral facultativa, deve, conforme ensina Alessandro Ramos Machado³⁴, “ser fomentada, continuamente buscada e não devem ser impostas barreiras à sua operacionalização”, até porque, diante da ainda insuficiente cultura democrática, não raras vezes não há interação dos presentes ou não há receptividade pelo Estado, esvaindo-se o caráter público e democrático do ato.

Então, conclui-se que a prática da democracia participativa, por seus instrumentos, precisa ser abraçada pela sociedade quando envolvidas questões ambientais, no âmbito de todos os poderes. No entanto, visando acompanhar o desenvolvimento da atuação estatal, verifica-se que muitas seriam as formas de participação da sociedade civil.

³³ No Executivo, o acesso à informação surgiu primeiramente restrita aos casos de necessidade de Estudo Ambiental, pela Resolução do CONAMA 1, de 23.01.1986. A Constituição Federal de 1988 também trouxe o instituto, prevendo a possibilidade de sua realização pelas comissões com a sociedade. A partir de então outras previsões legais a respeito do instrumento foram promulgadas, como no Novo Código de Processo Civil de 2015.

³⁴ MACHADO, Alessandro Ramos. Ministério Público em tempo de crise: audiência pública como instrumento de legitimação. Curitiba: Juruá, 2018.

Para a pretendida inclusão da sociedade nesse debate no Brasil, nas suas unidades federadas e também a partir dos países que adquirem os alimentos cultivados à base de agrotóxicos, indispensável a revisão e convergência de todas as fontes oficiais de informação pública, digital ou por meios impressos, para que se tenha transparência da matéria regulada, condição que não está sendo cumprida na atualidade.

A transparência também deve se fazer presente por meio de mecanismos mais claros e autênticos de participação popular no processo decisório legislativo e executivo, em qualquer esfera do Poder Público, com estrita observância das premissas constitucionais democráticas, para o exercício da cidadania a partir de informações acessíveis, fidedignas e completas.

A política agrícola amparada no largo uso de ingredientes ativos de elevada toxicidade tem afetado a vida e a saúde de centena de milhões de habitantes no espaço nacional e internacional, contribuindo desmedidamente para a poluição ambiental das fontes naturais que são primordiais para o própria manutenção do cultivo de alimentos no planeta, em especial no Brasil, por seu potencial territorial como pretense celeiro do mundo. Espera-se que não venha a se tornar a lixeira tóxica dele.

Considerações Finais

A concretização de uma democracia substancial passa pela incorporação pelo Estado de elementos indispensáveis como a transparência e a participação popular, a serem rigorosamente observados, em todas as esferas de poder, forte nos princípios constitucionais da soberania popular, da publicidade e do direito ao acesso à informação.

Afinal, as normas jurídicas não se sustentam apenas pela atenção aos aspectos formais pronunciados nos textos constitucionais, mas precisam guardar convergência material, em atenção à sua essência, às funções social, política, jurídica e ambiental, próprias do Estado Constitucional de Direito. Esta concepção do constitucionalismo contemporâneo abarca o trato das questões ambientais, rumo ao exercício de uma cidadania ativa.

Para que o princípio constitucional da sustentabilidade política melhor possa irradiar seus efeitos e obtermos a mudança de paradigma que almejamos, requer-se transformações nos costumes e práticas dos entes públicos e da sociedade, mediante o necessário acesso ao conhecimento do que o Estado planeja, com

repercussão, por vezes, além fronteiras nacionais, com vistas a conscientização e participação cidadã nas discussões e decisões, exercendo-se o direito e dever de controle [de qualidade] dos atos administrativos.

Palco em que o debate sobre a fabricação, uso e por que não admitir, consumo de agrotóxicos precisa ser intensificado e fortalecido. Para tanto, a transparência dos atos estatais e a educação para o exercício da democracia são requisitos fundamentais ao estabelecimento da necessária participação consciente e responsável dos cidadãos, rumo a uma administração austera, requisito para proteção do equilíbrio ecológico e consecução do bem-estar das gerações presentes e futuras.

Referências das Fontes Citadas

AGÊNCIA PÚBLICA. **Conheça o Robotox**, um robô que tuíta sempre que o Governo Federal libera um novo registro de agrotóxico. Disponível em: <https://portrasdoalimento.info/2019/05/14/conheca-o-robotox-um-robo-que-tuitasempre-que-o-governo-federal-libera-um-novo-agrotoxico/>. Acesso em: 27 jul. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6299/2002**. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46249>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2019.

_____. Controladoria-Geral da União. **Transparência Pública**. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica>. Acesso em: 28 jul. 2019.

_____. Controladoria-Geral da União. **Controladoria Geral da União divulga balanço de sete anos da Lei de Acesso à Informação no Governo Federal**. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2019/05/cgu-divulga-balanco-desete-anos-da-lei-de-acesso-a-informacao-no-governo-federal>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

_____. **Decreto Federal n. 4.074, de 4 de janeiro de 2002**, regulamenta a Lei n. 7.802, de 11 de julho de 1989. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4074.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

_____. Diário Oficial da União – DOU. **Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 294, de 29 de julho de 2019**, que dispõe sobre os critérios para avaliação e classificação toxicológica, priorização da análise e comparação da ação toxicológica de agrotóxicos, componentes, afins e preservativos de madeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-da-diretoria-colegiada-rdc-n-294-de29-de-julho-de-2019-207941987>. Acesso em: 3 ago. 2019.

_____. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). Relatórios de comercialização de agrotóxicos. **Boletim 2017**. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/agrotoxicos/relatorios-decomercializacao-de-agrotoxicos#sobreosrelatorios>. Acesso em: 3 ago. 2019.

_____. **Lei Federal n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal, e outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 28 jul. 2019.

_____. **Lei Federal n. 7.802, de 11 de julho de 1989**, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7802.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

_____. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). **Registros concedidos - 2005-2019 - atualizado em 22/07/2019**. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/assuntos/insumos-agropecuarios/insumosagricolas/agrotoxicos/informacoes-tecnicas>. Acesso em: 29 jul. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed, Almedina, Coimbra, 2002.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de: Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2016. Título original: On democracy.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia 2: teoría de la democracia**. Traducción de: Perfecto Andrade Ibañes et al. Madrid: Trotta, 2011. Título original: Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia 2: teoria della democrazia.

FRANCO, Caroline da Rocha; PELAEZ, Victor. **A (des)construção da agenda política de controle dos agrotóxicos no Brasil**. Ambiente. soc. São Paulo, v. 19, n. 3, p. 213-230. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/18094422ASOC143673V1932016>. Acesso em: 4 ago. 2019.

FREITAS, Juarez, **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Global Footprint Network. **Dia da sobrecarga do planeta é 29 de julho**. Tradução dos autores. Disponível em: <https://www.overshootday.org/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

MACHADO, Alessandro Ramos. **Ministério Público em tempo de crise: audiência pública como instrumento de legitimação**. Curitiba: Juruá, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 20.ed. São Paulo, Atlas, 2006.

MORENO, Jose Luis Serrano. **Ecologia, Estado de Derecho y Democracia**.
Anuario de Filosofia Del Derecho X (1993). Disponível em
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142256.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral. **Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 96ª. Reunião Plenária, de 11 de dezembro de 1987. Disponível em:
<https://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. **Global Resources Outlook 2019**. Tradução dos autores. Disponível em:
<https://www.unenvironment.org/news-and-stories/press-release/un-calls-urgentrethink-resource-use-skyrockets>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **A participação da sociedade civil como instrumento de fiscalização dos contratos públicos**: penas reflexões aos princípios da eficiência, da publicidade e da audiência pública como paradigma de controle. Revista Síntese: Direito Administrativo, São Paulo, v. 13, n.146, fev. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (EFSA). **Pesticidas**. Tradução pelos autores. Disponível em:
<http://www.efsa.europa.eu/en/topics/topic/pesticides>. Acesso em: 20 jun. 2019.

DA APLICAÇÃO PRÉVIA DE DIRETIVAS NÃO TRANSPOSTAS PELOS ESTADOS-MEMBROS EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE DO DIREITO SANCIONATÓRIO DA UNIÃO EUROPEIA

**Christian Coelho Martins¹
Thiago Luiz Gesser Cesca²**

Introdução

Objetiva-se com o presente trabalho discorrer acerca do princípio da não culpabilidade (ou presunção de inocência), analisando desde sua previsão legislativa como também quanto a sua evolução e aplicação.

Para tanto, principia-se apresentando alguns lineamentos acerca da das

Convenção Europeia de Direito do Homem (CEDH) e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), além de outros apontamentos pertinentes como diretivas, acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), reunindo-se ainda exemplos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do princípio da presunção de inocência, descrito no Pacto de San José da Costa Rica e da Convenção Americana de direitos Humanos art. 8º, nº2).

Ao reunir tais enunciados e dispositivos, pode-se verificar que a proteção do direito fundamental a liberdade é uníssono no sentido de proteger o cidadão contra limitações arbitrárias de sua liberdade. Notadamente, em todos os ordenamentos verificados há casos de prisão preventiva, cautelar ou antecipada, todavia, para estes casos, aplica-se (ou ao menos dever-se-ia aplicar) a exceção a regra, ou seja, a privação de liberdade antes da condenação transitada em julgada deverá ocorrer apenas sob razoáveis e fundamentados indícios materiais que justifiquem tal privação.

Para elucidar o estudo, utilizou-se o caso do processo penal contra Emil Milev, sob nº C-439/16 PPU, em que se discutia a aplicação da lei no tempo, de uma diretiva apresentada ainda no ano de 2016 pelo Parlamento Europeu, sendo, naquele caso, a

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e Mestrando em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho em Portugal. Atua como Advogado.

² Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialização em Prática Jurídica pela Fundação Universidade Regional de Blumenau. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí.

legislação do Estado-Membro encontrava-se incompatível não apenas com a diretiva em si, mas também com as Convenção Europeia de Direito do Homem (CEDH) e Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Neste sentido, perceber-se-á que ainda que as Diretivas tenham prazo fixado para a sua transposição pelos respectivos Estados-membros, não se pode perder de vista a sua imediata conexão com o mundo jurídico da União Europeia, que passará a analisar os litígios com base nas novas bases legais e que culminará ao final com a atividade política de transposição.

É com certeza inegável que os Estados individuais abriram mão de vários dos atributos tradicionais da soberania e que o conceito de soberania em si tornou-se, em certa medida, desconectado das suas associações originais com os direitos dos Estados individuais. Ainda assim, os Estados líderes no mundo mantêm-se como os principais atores no palco internacional, e o ideal de intervenção humanitária ainda não foi invocado de maneira a contestar a soberania de algum dos maiores Estados. Além disso, estes Estados ainda são, de longe, os atores políticos de maior relevância dentro de seus respectivos territórios. Eles se tornaram mais agressivos ultimamente, patrulhando as fronteiras com atenção crescente e mantendo um nível sem paralelos de vigilância sobre seus próprios cidadãos. Eles também se tornaram mais intervencionistas, e face ao colapso de seus sistemas bancários, eles inclusive demonstraram interesse em se apresentar como credores em última instância. Enquanto isso, eles continuam a imprimir dinheiro, a impor tributos, a garantir contratos, a se engajar em guerras, a aprisionar e penalizar seus cidadãos erráticos e a legislar com um grau inigualável de complexidade.³

Buscou-se, portanto, com base nos ensinamentos doutrinários e legislativos, demonstrar a previsão, importância e a atual aplicação do princípio da não culpabilidade. Quanto à **metodologia** para o relato utilizou-se a base lógica indutiva com base nas pesquisas bibliográficas encontradas.

1. O Princípio da Não Culpabilidade e o Direito à Liberdade e Segurança

O princípio da não culpabilidade na Idade Moderna nasceu com o desenvolvimento do movimento iluminista, na França do Século XVIII, em que o conceito de absolutismo passou a ter a oposição de uma filosofia, em que a população não mais estaria à mercê dos interesses da nobreza e do clero, mas que era possível a mobilidade social, baseada numa ideia de igualdade de classes.

E foi após o auge da Revolução Francesa, com a queda da Bastilha, que culminou na elaboração, em 1789, da Declaração dos Direitos do Homem e do

³ SKINNER, Quentin. **A genealogy of the modern state**. Proceedings of the British Academy, 162. London: The British Academy. 2009. p. 361

Cidadão, que surgiu em forma de norma o princípio da presunção da inocência, bem como, foram codificados conceitos como o direito à liberdade⁴.

Outro marco para o tema foi a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948⁵, elaborada após o fim da II Guerra Mundial, quando foi oficialmente formada a Organização das Nações Unidas (ONU).

Naquela ocasião, trouxe a classificação do princípio da presunção de inocência como um direito, que depende do cumprimento de uma série de requisitos prescritos para a sua garantia, como o processo público e a legitimidade processual.

Na mesma esteira de acontecimentos, foi elaborada a Convenção

Europeia de Direito do Homem (CEDH), em 1950, e mais tarde a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), que previam uma nova sistemática de proteção aos já citados direitos do homem e sua liberdade por meio do ativismo judicial, tratado de forma mais aprofundada à seguir.

Igualmente, deve-se destacar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, que trouxe o princípio como uma garantia processual e um direito individual a serem respeitados.

No contexto do Brasil, também houve momentos em que os hoje conhecidos direitos fundamentais não existiam e o poder era centralizado na Monarquia.

Todavia, desde a primeira constituição imperial, de 1824, o princípio da presunção da inocência já possuía algum respaldo, na medida que o artigo 179, VIII, previa que "Ninguém poderá ser preso sem **culpa formada**, excepto nos casos declarados na Lei"⁶, dando margem à várias interpretações do sentido possível a tal expressão.

Tal raciocínio jurídico sofreu poucas alterações nas Constituições de sobretudo se considerado que o país passou por uma série de alterações de poder, com as Cartas de 1891 (com o afastamento da Monarquia), 1934 (influenciada pela

⁴ **DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso 17/7/19.

⁵ Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso 17/7/2019.

⁶ BRASIL. **Constituição Política Do Império Do Brazil (De 25 De Março De 1824)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso 17/7/2019.

Revolução Constitucionalista), 1937 (Estado Novo), 1946 e 1967 (Governo Militar), em que o princípio da presunção a inocência era suprimido e retornava, conforme o interesse político vigente.

Foi na última Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988⁷, que o princípio da não culpabilidade passou a ter maior importância no cenário jurídico nacional, constando expressamente no capítulo relacionado aos direitos e deveres individuais e coletivos.

Para Aury Lopes Júnior, o princípio da não culpabilidade (ou presunção de inocência) pode ainda ser considerado como um “dever de tratamento” e aprofunda-se afirmando que este dever subdivide-se em duas dimensões, sendo a dimensão interna e externa do processo.⁸ Sobre a dever de tratamento de dimensão interna, podemos apontar o dever de o juiz e acusador de não considerarem o réu culpado antes do trânsito em julgado, desta forma, medidas cautelares que afrontem o princípio da presunção de inocência não devem ser tomadas. Já na dimensão externa, esta impõe limites à publicidade do caso, buscando evitar que o réu seja considerado culpado pela população antes mesmo de sua efetiva condenação.⁹ Todavia, tanto na dimensão interna quanto na externa existem transgressões, a exemplificar, as ocorrências de prisões preventivas sem fundamento plausível, meramente pelo réu possuir antecedentes criminais. No plano externo, é oportuno citar os casos de manipulação e sensacionalismo midiático que visam manipular a opinião pública sobre determinado crime, invertendo o raciocínio pela emoção, levando a sociedade a condenar o réu antes mesmo de seu julgamento.

O estudo que agora se desenvolve debruça-se sobre a apreciação legislativa da Convenção Europeia de Direito do Homem (CEDH) e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), além de outros apontamentos pertinentes como diretivas e acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

A CEDH assinada Roma em 4 de novembro de 1950, estabelece em seu artigo 5º, que “Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança” e também, de que “Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal.”¹⁰, ou ainda, de que ninguém será considerado culpado

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17/7/2019.

⁸ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva. 11º ed. 2014. P 427.

⁹ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. P 427

¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 22/11/2018.

até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, salvo sob fundada precaução, tal qual é evidenciada pelo alínea c) do mesmo artigo 5º, senão veja-se:

Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

[...]

Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infracção ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido.

Ainda em comento sobre o art.5º, verifica-se que este apresenta um rol taxativo para “as possibilidades” de prisão preventiva (ou antecipada) do acusado, “em conformidade com os processos previstos na lei”.

Doravante, há também que se apresentar o disposto no artigo 6º da

CDFUE que diz que “Toda pessoa tem Direito à liberdade e segurança.”¹¹, conteúdo normativo de proteção, ou seja, visa a proteção contra atos arbitrários de prisão ou de detenção praticados pelo Estado. O que leva-se a compreensão de que o indivíduo não deve, salvo fundamentada necessidade, ser privado de sua liberdade, advindo daí inteligência do princípio da não culpabilidade, que nestas legislações encontrava-se de forma implícita e que atualmente foi apresentado de forma expressa na diretiva 2016/343, conforme se observará mais adiante.

Este princípio aplica-se no intento de impedir a outorga de consequências jurídicas sobre o acusado antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, a entender, por exemplo, a impossibilidade de se lançar o nome do réu no rol de culpados.

Ainda se tratando de sua aplicabilidade, é comum a confusão comparativa entre a prisão cautelar e antecipação da pena. Sobre o assunto, Mendes esclarece que a decretação de uma prisão cautelar para determinado acusado, não necessariamente significaria uma antecipação da pena, por se tratar basicamente dos pressupostos comuns da persecução criminal. Da mesma forma que medidas de carácter investigatório como a interceptação telefônica são consideradas legítimas¹². Ou ainda, como afirma Range, o que se presume não é a inocência, mas sim declara que ninguém será considerado culpado (e privado de sua liberdade) até o trânsito

¹¹ CANOTILHO, Mariana. SILVEIRA, Alessandra. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. Coimbra. Almedina. 2013. p 91

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, ed. 17, 2012, p 621

em julgado da sentença penal condenatória. "Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa."¹³

Sobre o princípio da não culpabilidade, podemos aferir que o réu não poderá sofrer antecipações da pena e nem medidas cautelares descabidas, por ser, a priori, inocente das acusações que lhe são imputadas. Sobre este tema, além da já comentada previsão legal dos art. 5º da CEDH e do art. 6º da CDFUE, o princípio da não culpabilidade pode ser encontrado também na

Convenção Americana de Direito Humanos em seu artigo 8º, 2, que assim diz

"Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa."¹⁴, ou mesmo o artigo 5º, LVII da Constituição Federal da República Federativa do Brasil nos traz a seguinte descrição "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"¹⁵.

É clara a intenção do legislador, tratando-se de matéria de garantias e liberdades individuais deve sempre prevalecer aquela mais benéfica para o indivíduo, independente de ser proveniente de tratados internacionais ou do ordenamento interno. Na lição de Antônio Augusto Cançado Trindade:

Desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno.¹⁴

Portanto, é evidente que os princípios da não culpabilidade concretiza a prática de considerar culpado apenas aquele que passar por todas as instâncias de sua eventual defesa, para somente então, após o trânsito em julgado, ser de fato considerado culpado e conseqüentemente sofrer as privações de liberdade determinadas na condenação do mesmo.

Nada obstante, ainda que as previsões legais dos art. 5º da CEDH e do art. 6º da CDFUE sejam claras e apresentem, como no caso do art. 5º, um rol taxativo

¹³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 24.

¹⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 22/11/2018, p. 1.

¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 22/11/2018, p. 1. 14

de possibilidades de privação da liberdade do acusado, em 2016 o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, visando garantir o cumprimento das medidas referidas na Convenção, o Conselho da União Europeia passou a buscar meios para tornar mais efetivas as garantias processuais das vítimas, suspeitos e acusados em processo penal.

Assim, foram estabelecidos parâmetros para a aplicação do processual do princípio da presunção de inocência, a partir do roteiro aprovado em 30 de novembro de 2009, o qual foi sendo aperfeiçoado por meio das diretivas 2010/64/UE, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal; 2012/13/UE, que se refere ao direito à informação em processo penal; e a 2013/48/UE, que estabelece ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares.

Foi então que, em 9 de março de 2016, sobreveio a Diretiva 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, que busca reforçar de certos aspetos da presunção de inocência (Princípio da não culpabilidade) e do direito de comparecer em julgamento em processo penal, conforme disposto no “considerando 9” que diz que:

A presente diretiva tem por objeto reforçar o direito a um processo equitativo em processo penal, estabelecendo normas mínimas comuns relativas a certos aspetos da presunção de inocência e ao direito de comparecer em julgamento.¹⁶

Ainda que tal direito não seja absoluto, como apontado no “considerando 35”, que diz que:

O direito do suspeito e do arguido de comparecerem no próprio julgamento não tem caráter absoluto. Em determinadas condições, o suspeito e o arguido deverão poder renunciar a esse direito, expressa ou tacitamente, mas de forma inequívoca.¹⁷

Dentre outras disposições, o principal enunciado de interesse ao estudo apresentava os seguintes termos:

[...]

¹⁶ EUR-LEX. **Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>. Acesso em 22/11/2018.

¹⁷ EUR-LEX. **Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>. Acesso em 22/11/2018.

Nos termos do artigo 3.o da Diretiva 2016/343, sob a epígrafe Presunção de inocência:

Os Estados-Membros asseguram que o suspeito ou o arguido se presume inocente enquanto a sua culpa não for provada nos termos da lei.

O artigo 6.o desta diretiva, sob a epígrafe Ónus da prova, enuncia:

Os Estados-Membros asseguram que recai sobre a acusação o ónus da prova da culpa do suspeito ou do arguido, sem prejuízo da obrigação que incumbe ao juiz ou ao tribunal competente de procurarem elementos de prova, tanto incriminatórios como ilibatórios, e do direito da defesa de apresentar provas em conformidade com o direito nacional aplicável.

Os Estados-Membros asseguram que toda e qualquer dúvida quanto à questão da culpa deve beneficiar o suspeito ou o arguido, mesmo quando o tribunal aprecia se a pessoa em causa deve ser absolvida.¹⁸

Com efeito, a referida Diretiva serve de complemento ao texto legal proposto pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pela Carta dos Direitos Fundamentais na medida em que aprimora temas como o reconhecimento mútuo de decisões em matéria penal e a presunção de inocência do acusado, além buscar contribuir para a supressão dos obstáculos à livre circulação de cidadãos no território dos Estados-Membros (considerando 10¹⁹) e assegurar o direito ao silêncio (considerando 24²⁰) e o direito de não autoincriminação (considerando 25²¹).

Adiante, no que se refere especificamente ao princípio da presunção de inocência (não culpabilidade), a referida Diretiva estabelece em seu artigo 3º

que "Os Estados - Membros asseguram que o suspeito ou o arguido se presume inocente enquanto a sua culpa não for provada nos termos da lei".²²²³ De modo que, resta inegável o interesse do Parlamento Europeu a proteção das liberdades individuais, cabendo aos Estados Membros incorporarem tais lógicas

¹⁸ EUR-LEX. **Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>. Acesso em 22/11/2018.

¹⁹ Ao estabelecer normas mínimas comuns sobre a proteção dos direitos processuais dos suspeitos e arguidos, a presente diretiva visa reforçar a confiança nos sistemas de justiça penal entre os Estados-Membros e, deste modo, facilitar o reconhecimento mútuo de decisões em matéria penal. Estas regras mínimas comuns podem também contribuir para a supressão dos obstáculos à livre circulação de cidadãos no território dos Estados-Membros.

²⁰ O direito de guardar silêncio é um aspeto importante da presunção de inocência e deverá servir como proteção contra a autoincriminação.

²¹ O direito de não se autoincriminar também é um aspeto importante do princípio da presunção de inocência. O suspeito ou o arguido, quando solicitados a fazer um depoimento ou a responder a perguntas, não deverão ser obrigados a apresentar provas ou documentos, ou a fornecer informações suscetíveis de levar à autoincriminação.

²² EUR-LEX. **Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>. Acesso em

²³ /11/2018

político jurídicas em seus ordenamentos não apenas no campo formal, mas principalmente na atuação diária de suas instituições internas.

2. Aplicação da Lei Sancionatória no Tempo: Caso Emil Milev – Processo C-439/2016 PPU

A atualização da legislação vigente faz parte da evolução do processo político-jurídico existente no Estado de direito democrático moderno e visa adequar as diversas diretrizes outrora fixadas conforme as mudanças da sociedade no tempo.

Na forma organizacional definido para o Direito da União Europeia em relação aos seus Estados-membros, o Parlamento Europeu pode editar, conforme artigo 288 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres.

Conforme o texto legal, portanto, uma diretiva²⁴ “[...] vincula o EstadoMembro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”.

Deste modo, as diretivas são um ato vinculante a todos os Estadosmembros, mas dependem da sua obrigatória transposição ao direito interno para terem aplicabilidade plena, o que pode gerar uma série de impasses quando da realização desta atividade legislativa pelos Parlamentos nacionais, gerando uma demora na efetiva aplicação das normas²⁵ e, no caso de haver prejuízos aos demais Estados-membro, gerar inclusive a proposição de uma ação por Incumprimento.

Como visto, a Comissão da União Europeia não mediu esforços em discutir e aprimorar os parâmetros de aplicação do princípio da presunção de inocência e de garantia dos direitos das partes no processo penal, formulando diversas Diretivas que culminaram na aprovação da Diretiva 2016/343/UE, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal.

Ocorre que o processo legislativo per si não é suficientemente veloz e ao mesmo tempo não tem condição de considerar todas as hipóteses de aplicação da legislação analisada, o que reforça a necessidade de um premente ativismo pelo

²⁴ Comissão das Comunidades Europeias. **Tratado de Funcionamento da União Europeia**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> Acesso em: 23/6/2019.

²⁵ EUR-LEX. **Diretivas da União Europeia**. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A14527> Acesso em 16/7/2019

Tribunal de Justiça da União Europeia em propiciar o avanço legal pelo preenchimento de lacunas e resolvendo litígios formados por um meio em constante construção e que não poderiam ser dirimidas apenas por Leis frias.

De outro lado, ao se partir da ideia que a Lei, no caso de caráter penal, em regra não deva retroagir no tempo, impõe-se a análise caso-a-caso pelo Julgador, de modo a se avaliar adequadamente a correta aplicação da legislação vigente nos processos já em curso.

Um bom exemplo se retira do Acórdão do TJUE C-439/16²⁶, que se refere ao processo penal contra Emil Milev e cujo pedido de decisão prejudicial foi apresentado pelo Spetsializiran nakazatelen sad ²⁷, de um Reenvio prejudicial, em regime de Tramitação prejudicial urgente, em Cooperação judiciária em matéria penal sobre a Diretiva (UE) 2016/343 nos Artigos 3º e 6º.

No processo referido, se pretendia questionar a aplicação da Lei penal local menos benéfica e alegadamente contrária aos artigos 3º e 6º da Diretiva 2016/343/UE quando esta se encontrava no período de transposição pelo Estado-membro.

Foi que, de forma clara, os Juízes do TJUE afirmaram:

[...]

No entanto, os Estados Membros devem abster se, durante o prazo de transposição de uma diretiva, de adotar disposições suscetíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito por essa diretiva (v. acórdãos de 18 de dezembro de 1997, *Inter Environnement Wallonie*, C 129/96, EU:C:1997:628, n.o 45, e de 2 de junho de 2016, *Pizzo*, C 27/15, EU:C:2016:404, n.o 32). Pouco importa, a este respeito, que essas disposições do direito nacional, adotadas após a entrada em vigor da diretiva em causa, visem ou não a transposição desta última

Daqui decorre que, a partir da data em que uma diretiva entra em vigor, os tribunais dos Estados Membros devem abster se, na medida do possível, de interpretar o direito interno de

²⁶ EUR-LEX. Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 27 de outubro de 2016. Processo penal contra Emil Milev. Processo C-439/16. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0439>. Acesso em 22/11/2018

²⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 27 de outubro de 2016. Processo penal contra Emil Milev. Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Spetsializiran nakazatelen sad. Reenvio prejudicial — Tramitação prejudicial urgente — Cooperação judiciária em matéria penal — Diretiva (UE) 2016/343 — Artigos 3.º e 6.º — Aplicação no tempo — Fiscalização jurisdicional da prisão preventiva de um arguido — Regulamentação nacional que proíbe, durante a fase contenciosa do processo, que se investigue se há suspeitas razoáveis de que o arguido cometeu uma infração — Incompatibilidade com o artigo 5.º, n.º 1, alínea c), e n.º 4, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais — Margem de apreciação deixada pela jurisprudência nacional aos órgãos jurisdicionais nacionais para decidirem aplicar ou não a referida Convenção. Processo C-439/16 PPU.

modo suscetível de comprometer seriamente, depois do termo do prazo de transposição, o objetivo prosseguido por essa diretiva.²⁸

Como visto, a lei Búlgara impedia a fiscalização jurisdicional da prisão preventiva de um arguido por conta de uma regulamentação nacional que proíbe, durante a fase contenciosa do processo, que o magistrado investigue se há suspeitas razoáveis de que o arguido cometeu uma infração que justifique sua prisão preventiva.

Tal regulamento nacional Búlgaro não só estava incompatível com o artigo 5º, nº 1, alínea c), e nº 4, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, como também estava em direta contradição à diretiva 2016/343.

No caso, a dúvida sequer era sobre a razoabilidade das provas que fundamentavam a prisão, mas ainda mais grave, o que se discutia era se o judiciário Búlgaro poderia fiscalizar e procurar provas que justificassem a privação da liberdade do acusado.

Desde modo, a decisão no TJUE não poderia ser diferente, tendo se manifestado de que os próprios tribunais nacionais, a partir da data em que uma diretiva entra em vigor " [...] devem abster se, na medida do possível, de interpretar o direito interno de modo suscetível de comprometer seriamente".

Portanto, ainda que as Diretivas tenham prazo fixado para a sua transposição pelos respectivos Estados-membros, não se pode perder de vista a sua imediata conexão com o mundo jurídico da União Europeia, que passará a analisar os litígios com base nas novas bases legais e que culminará ao final com a atividade política de transposição.

Considerações Finais

No presente estudo encontra-se demonstrada a imprescindibilidade da aplicação do princípio da não culpabilidade nos processos penais, ainda que fundamentadas em diretivas não transpostas, eis que torna sólida a base de um processo penal em que as garantias do indivíduo devem se encontrar presentes.

²⁸ EUR-LEX. Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 27 de outubro de 2016. Processo penal contra Emil Milev. Processo C-439/16. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0439>. Acesso em 22/11/2018

Assim, sobretudo as privações de liberdade antes do o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória devem ser reputadas como exceções, se justificando apenas nas situações em que o caso concreto as tornar imprescindível e ainda, se dentro dos motivos dos art. 5º da CEDH.

Portanto, como abordado acima, o ativismo jurídico-político dos diversos Estados-membros da União Europeia deve caminhar para o constante aprimoramento dos meios de garantia das liberdades individuais, e não o contrário, afinal, o judiciário nacional detém a capacidade e o dever de analisar o caso concreto e as evoluções legislativas do Parlamento Europeu para melhor aplicação da jurisdição.

Conclui-se que a aplicação da lei penal no tempo, principalmente quando mais benéfica ao acusado, especificamente no caso da diretiva 2016/343 sob estudo, passa a surtir efeitos jurídicos antes mesmo de ser efetivamente transposta pelo Estado-Membro.

No fim, é fato que o instituto continua a percorrer seu caminho de perfeita aplicação utópica. Resta, contudo, um longo caminho a ser percorrido em busca de um direito penal e processual penal perfeito. Mas como nos lembra Norberto Bobbio, “a única razão para ter esperança é que a história conhece tempos longos e tempos breves. A história dos direitos do homem, é melhor não se iludir, é a dos tempos longos. [...] os profetas dos tempos felizes olham para longe”²⁹.

Referência das Fontes Citadas

BARBOSA, Aline. **O princípio da presunção de inocência nas constituições brasileiras até o julgamento do habeas corpus 126.292**. Disponível em:

<https://juridicocerto.com/p/correspondentealineb/artigos/o-principio-dapresuncao-de-inocencia-nas-constituicoes-brasileiras-ate-o-julgamento-dohabeas-corpus-126-292-3541> Acesso 17/7/2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 2004. Título original: *L'età dei diritti*.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 22/11/2018.

BRASIL. Constituição política do imperio do Brazil (de 25 de março de **1824**). **Disponível em:**

²⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era Dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 2004. Título original: *L'età dei diritti*, p. 210.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso 17/7/2019.

Comissão das Comunidades Europeias. **Tratado de Funcionamento da União Europeia**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> Acesso em: 23/6/2019.

Convenção Americana de Direitos Humanos. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 22/11/2018.

CANOTILHO, Mariana. SILVEIRA, Alessandra. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. Coimbra. Almedina. 2013.

DIREITOS HUMANOS. DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO **CIDADÃO**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso 17/7/19.

EUR-LEX. **Acórdão do Tribunal de Justiça. Processo penal contra Emil Milev. Processo C-439/16**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0439>. Acesso em 22/11/2018

EUR-LEX. **Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>. Acesso em 22/11/2018. EUR-LEX. **Diretivas da União Europeia**. Disponível em <https://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3AI14527> Acesso em 16/7/2019

JUNIOR, Aury Lopes. **DIREITO PROCESSUAL PENAL**. São Paulo: Saraiva. 11º ed. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, ed. 17, 2012.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso 17/7/2019

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SKINNER, Quentin. A genealogy of the modern state. **Proceedings of the British Academy, 162**. London: The British Academy. 2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras**, San José de Costa Rica/Brasília, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992. União Europeia. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 22/11/2018.