

A DEMOCRACIA BRASILEIRA COLONIZADA E A ASFIXIA DOS ATOS POPULARES

THE COLONIZED BRAZILIAN DEMOCRACY AND THE SUFFOCATION OF THE POPULAR ACTS

Grazielly Alessandra Baggenstoss*

RESUMO

A proposta do presente trabalho é contextualizar a democracia brasileira nas experiências históricas e políticas e confrontá-la com os atos de protestos ocorridos no Brasil em 2013. Para tanto, traça-se breve abordagem da democracia, a partir do Estado de Direito, considerando o reflexo social da representação no Estado. Apresentam-se, então, as variadas teorias democráticas, que oscilam em seu conteúdo, de acordo com suas contingências de historicidade. Com destaque, têm-se a democracia concorrencial e o elitismo democrático, que fundam a democracia brasileira atual, a democracia procedimentalista de Jürgen Habermas, que estrutura a democracia de modo formal. É com esta que se tem o início dos atos populares legitimatórios da democracia no Brasil do século XXI.

Palavras-chave: Democracia; Política procedimentalista; Jürgen Habermas; Elitismo democrático; Protestos brasileiros em 2013.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to contextualize the Brazilian democracy in historical and political experiences and confront it with acts of protest occurred in Brazil in 2013. So, explains a brief overview of democracy from the rule of law, considering the reflection of social representation in the State. Then shows the various democratic theories, ranging in content according to their contingencies of history city. Prominently, there is the competitive democracy and democratic elitism, that found

* Professora Assistente-A do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Coordenadora do Projeto de Extensão Sociedade de Debates da Universidade Federal de Santa Catarina – SdDUFSC; Doutora em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Advogada (OAB/SC 34.428). Correspondência para/ *Correspondence to:* Universidade Federal de Santa Catarina – Campus Universitário (Centro de Ciências Jurídicas – Departamento de Direito) – Trindade, Florianópolis/SC, 88040-900. E-mail: grazielly.baggenstoss@gmail.com.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

the current Brazilian democracy, and proceduralist democracy of Jürgen Habermas, that structure democracy formally, from the communication. And it is with the communication that has the start of the popular acts of democracy in Brazil of the XXI century.

Keywords: Democracy; Proceduralist politic; Jürgen Habermas; Democratic elitism; Brazilian protests in 2013.

INTRODUÇÃO

A perquirição acerca do significado de *democracia* já se inicia dificultosa em razão das variadas concepções que lhe são destinadas. Por isso, definir tal termo é tarefa árdua, em razão da diversidade conotativa dessas propostas¹.

As inúmeras acepções dessa palavra são resultado do dinamismo político-social, no decorrer dos séculos, desde o seu surgimento, na Grécia, até os dias atuais. Nessas acepções, flexibilizam-se os mais diversos modos de expressão do poder político, variando em sua organização político-social e nas formas de se alcançarem decisões políticas, o que tem causado significativas divergências com relação à conceituação do tema:

14

[...] o [...] fato de a democracia possuir uma história extensa de cerca de vinte e cinco séculos acabou por contribuir para a confusão e o desacordo, visto que, nesse período, a democracia significou coisas diversas, cada época a redefiniu. Durante longo tempo desapareceu na prática, sobrevivendo apenas como uma ideia, mais como objeto de debate filosófico do que sistema político real².

A raiz etimológica do termo, de origem grega (*demos* – povo e *kraiten* – governar), também é problemática quanto às diversas derivações em relação ao seu conteúdo. Dela, pode-se desdobrar esquemática definição literal de democracia, como a administração do poder por todos aqueles considerados cidadãos de um Estado. Pode-se asseverar, ainda, que é forma de regime de poder que molda a organização da sociedade. Desse ponto, por sorte, é possível a colheita de conteúdo norteador: para exercício desse regime de poder, faz-se necessário que aos

¹ Essa imensa gama de conceitos pode ser dividida em modelos descritivos, que perfazem um diagnóstico sobre sua factibilidade, e em modelos prescritivos, que indicam as balizas para que sua existência corresponda à sua significação literal e à sua efetividade. Os modelos descritivos pautam-se pela realidade sociopolítica de determinada sociedade, enquanto os prescritivos projetam a instalação de métodos que viabilizem condições satisfatórias para o desenvolvimento do grupo social e, especialmente, do ser humano. Não obstante sua diferenciação, ambas as classificações apresentam como mote, por óbvio, a forma de gestão do poder político dentro de um grupo social.

² CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. *O diálogo democrático*: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2011. p. 290.

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

indivíduos sejam garantidas, precipuamente, a igualdade e a liberdade, a fim de que todos possam decidir sobre seus objetivos e motivações.

De tal linha de pensamento, sobrevêm conectivos sócio-organizacionais que não indicam diretamente conteúdo, mas se interligam ao termo democracia, dando-lhe um sutil delineamento: são os conceitos operacionais **Direito**, **Estado** e **Legitimidade**. O primeiro significa o conjunto de normas estabilizadoras das expectativas sociais³; o segundo, o ente atribuído de poder de organização, de sanção e de execução de tais normas, “[...] porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados”⁴; e o último, a correspondência entre a norma e os valores sociais equivalentes, sendo medida “pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa”⁵.

Esses conectivos, incansavelmente debatidos nas mais diversas esferas acadêmicas, representam, de acordo com sua configuração histórica, o *modus vivendi* de uma época determinada, configurando a maneira pela qual os indivíduos se organizam em sua forma coletiva. No entorno desses termos e dando-lhes causa e objetivo, vê-se que a democracia abrange a condição humana da pluralidade, que é a condição de todos os indivíduos, de conviverem. Por isso, é possível afirmar que tratar de democracia implica examinar amplamente a socialização e a convivência dos indivíduos de determinada época e em dado espaço territorial institucionalizado.

Neste trabalho, então, debruça-se sobre a configuração da sociedade com o viés no Estado de Direito, que fora instituído a partir do valor liberdade e para confrontar o Estado Absolutista, no qual se constatava a dissociação entre a titularidade e o exercício do poder, concretizado na forma representativa. Em seguida, com a configuração do Estado Constitucional de Direito, são expostas as teorias democráticas contemporâneas, em que se confrontam o minimalismo democrático (que justifica o regime de governo da maioria dos Estados ocidentais) e a democracia deliberativa (que sustenta a necessidade de mudanças institucionais no modo de participação política).

³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II, p. 269. Sobre o tema, expressa Jürgen Habermas: “Características importantes do direito positivo tornam-se compreensíveis, quando concebemos o direito a partir do ponto de vista do equilíbrio das fraquezas de uma mora autônoma. Expectativas de comportamento, institucionalizadas juridicamente, ganham uma *força obrigatória* através do seu acooplamento a um potencial estatal de sanção”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Piaget, 1992. p. 61.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. I, p. 171.

⁵ HABERMAS, 2003, p. 50.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

Por fim, observando-se a contextualização contemporânea ocidental, apresenta-se a política procedimentalista de Jürgen Habermas e faz-se a vinculação com os protestos ocorridos no Brasil em 2013, que demonstram que, apesar de constituírem revoltas sociais amorfas, refletem a necessidade de ser considerado o diálogo na estrutura estatal.

TEORIAS DEMOCRÁTICAS A PARTIR DO ESTADO DE DIREITO

Atualmente, são três as grandes tradições do pensamento político acerca da democracia: a teoria clássica, a teoria medieval e a teoria moderna⁶. Para este estudo, parte-se da teoria moderna, originada sob a égide do Estado de Direito, momento em que ideais democráticos foram institucionalizados em uma Constituição e em que se consolidou juridicamente o povo como um conjunto de cidadãos iguais em direitos e deveres e como titular do poder político.

Com tal base institucional, apresentam-se breve remissão histórica da Idade Moderna e seu discurso respectivo acerca da democracia.

Teoria democrática moderna

O Estado de Direito tem seu limiar na Idade Moderna, por volta do século XVIII, período de significativas transformações político-sociais que resultaram na mudança organizacional das sociedades modernas do ocidente.

16

Ao contrário do discurso dominante no Medievo e do pensamento hobbesiano⁷, preponderou modernamente a ideia, desenvolvida por John Locke em sua obra *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, de que “a satisfação das necessidades, a autoconservação, longe de traduzir-se necessariamente na heterodestruição, pode ser controlada pela razão e consumada na forma da propriedade”⁸. Assim, dominou, à época, o discurso de cunho liberal, de uma ordem de direitos marcada pela liberdade e pela propriedade, firmada antes da instituição do Estado, que deve condicionar a titularidade e o exercício do poder político.

Esse discurso inseriu assertivas de controle sociopolítico para se garantir a prevalência desse pensamento. Configurou-se, então, o sistema representativo, já no Medievo, como mecanismo adequado para o exercício do poder político, selecionando critérios que indiquem quais são os sujeitos, portadores de direitos políticos, que moveriam a representação. Fez-se dominante, assim, na opinião pública dos séculos XVIII e XIX, o pensamento de que a propriedade é o resultado incontestável de racionalidade, da responsabilidade, da ética, da completude

⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Editora da UnB, 1998. v. I, p. 319.

⁷ Pensamento em que o ser humano tenderia, por natureza, ao conflito.

⁸ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 140.

A democracia brasileira colonizada e a asfíxia dos atos populares

humana do indivíduo, e que a pobreza, de outro lado, é o produto de uma incapacidade de autodisciplina e de planejamento. Nas palavras de Pietro Costa:

A propriedade, então, é expressão e condição de autonomia, da independência, em suma, da liberdade do indivíduo e, justo por isso, é condição necessária para o gozo dos direitos políticos. Se o direito de voto é expressão formalizada do consenso do sujeito (do consenso que é a condição de legitimidade da ordem), ele pode ser atribuído somente a um sujeito plenamente independente⁹.

Como o primeiro critério para a atribuição dos direitos políticos era a propriedade, o outro critério, por consequência, era o gênero, considerando que o discurso moderno afirmava que mulher carecia do requisito de independência, que constitui a condição de titular de direitos políticos¹⁰.

Esses valores liberais consubstanciaram-se em mola propulsora para movimentos políticos sociais ocorridos entre os séculos XVII e XVIII: a Revolução Inglesa (1689) (influenciada pelo ideal democrático representativo de John Locke), a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789) (impulsionadas pela teoria de Jean-Jacques Rousseau¹¹)¹².

Nesse trilhar, também afloraram os ideais de soberania popular, de divisão dos poderes, de limitação dos governantes, por meio de Constituição, e declaração e garantia dos direitos individuais¹³. Refletia tal panorama, obviamente, os interesses da burguesia e, portanto, sua atenção era voltada à propriedade, à liberdade de iniciativa econômica e à segurança pessoal, sem as quais se tornariam impossíveis o exercício da propriedade e a própria defesa da classe¹⁴.

17

⁹ COSTA, 2010, p. 173.

¹⁰ Sobre o tema: “É a propriedade que torna possível a independência do sujeito, a não ser que intervenha algum fato objetivamente, naturalmente, desabilitador: o pertencimento ao gênero feminino. O gênero é o segundo, fundamental, critério de seleção dos sujeitos (podemos dizer) autorizados a autorizar [...]. A sua relação com a *civitas* é necessariamente mediada pelo pai-marido, que representa a totalidade da família como parte eminente, segundo a antiga lógica identitária”. Id.

¹¹ Jean-Jacques Rousseau propunha um sistema de democracia direta, ao afirmar que a soberania só existe se for plena, pois “[...] é a de todo um povo ou de uma parte dele. No primeiro caso, esta vontade declarada é um ato de soberania e faz lei, no segundo, é simplesmente uma vontade particular, um ato de magistratura ou, quando muito, um decreto”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. São Paulo: Hemus, [s.d.]. p. 30.

¹² A Revolução Americana e a Revolução Francesa constituem o fundo histórico do surgimento formal do constitucionalismo moderno por meio da Declaração de Virgínia (1776) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em que se estabelecem duas características marcantes: a organização do Estado e a limitação do poder estatal, com a previsão de direitos e garantias fundamentais.

¹³ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 26. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1941. p. 218-219.

¹⁴ GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. 15. ed. Porto Alegre: L&PM, 2000. p. 15-16.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

As mudanças estruturais da sociedade acarretaram, por conseguinte, transformações na relação do Estado com o sujeito, visto que este deixa de ser tratado como súdito para ser tratado como cidadão. Além disso, impulsionada pelos contratualistas citados, firmou-se a visão da teoria do contrato social como base teórica legitimante da constituição do Estado e da ordem jurídica.

Contudo, como o discurso em torno de tais institutos era baseado na defesa da liberdade, mormente a liberdade econômica, com a imposição de abstenção ativa do Estado no setor da economia e da propriedade, havia o favorecimento da classe dominante, em detrimento do valor igualdade.

Jürgen Habermas descreve os efeitos desse pensamento no âmbito da sociedade:

Como aparecimento de uma esfera livre do Estado, de comércio entre proprietários privados autônomos de mercadorias, isto é, com a industrialização de independentes estados de mercados de bens, capitais e trabalhos e o estabelecimento do comércio mundial, a “sociedade civil” é diferenciada a partir do sistema político-econômico. Isto significa uma despolitização do relacionamento de classe e uma anonimização da dominação de classe¹⁵.

18 O núcleo social, portanto, passou a diferenciar-se da esfera política e do sistema econômico. Aquela, por sua vez, lançou mão da ordem legal com o objetivo de regulamentar o privilégio de disposição dos meios de produção e o exercício estratégico de poder¹⁶.

Isso favoreceu a legitimação do instituto da propriedade privada e, por consequência, o escalonamento de classes na sociedade – o que, num primeiro momento, mesmo aceito pacificamente, representou um conflito potencial que eclodiria com a perda da legitimação dessa ideologia. Nas palavras de Jürgen Habermas, esse conflito representa “lutas de classe [que] ameaçam a integração social e podem levar a uma derrubada do sistema político e a novos fundamentos da legitimação, isto é, a uma nova identidade de grupo”¹⁷.

Com efeito, a instituição do caráter liberal no Estado de Direito não foi suficiente para resguardar as condições mínimas de (sobre)vida e garantir a satisfação das necessidades vitais humanas, eis que:

[...] o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais [...], desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social¹⁸.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2002. p. 34.

¹⁶ HABERMAS, 2002, p. 32.

¹⁷ HABERMAS, 2002, p. 34.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 115.

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

Passaram a ser reivindicadas, na sequência, prestações positivas do Estado, principalmente por parte de discursos socialistas, com a compreensão de que o Estado deve providenciar recursos mínimos à sociedade, a fim de que sejam superadas suas carências fundamentais.

Observa-se, aqui, nova estratégia, que mantém a liberdade e a propriedade como o núcleo da ordem jurídica, contudo, atribuindo ao Estado novos deveres:

[...] de mediar os conflitos, de intervir em favor dos sujeitos mais frágeis, de agir como um potente fator de integração das classes subalternas; daquelas classes que, se mantidas demasiadamente às margens da sociedade, se deixadas sem qualquer assistência e manutenção, arriscam deflagrar perigosos conflitos para a estabilidade de todo o sistema¹⁹.

Foram delineadas, desse modo, as primeiras marqueses do Estado que se denominou Social, institucionalizado com a Constituição do México (1917) e com a Constituição de Weimar (1919), e que se desenvolveu amplamente ao longo do século XX.

Nesse período, também ganhou relevo a luta pela democracia política, de modo que se fortaleceu a posição ética de que “qualquer critério de seleção dos representados deve ser refutado por comprometer a legitimidade do poder, por violar o princípio da igualdade e por lesionar uma prerrogativa essencial do ser humano”²⁰. Foram contestados os dois critérios de inclusão/exclusão política, a propriedade e o gênero, com a defesa de que o mecanismo representativo deve abranger todos os sujeitos sem exceção. A dinâmica política acarretou, dessa forma, o sufrágio universal e, colocando em perigo a manutenção da ordem político-social, o risco da tirania da maioria²¹.

De um lado, a democracia política continuou a valorizar o princípio da igualdade e o protagonismo do sujeito; de outro, o individualismo passou a ser alvo das críticas éticas, em que se multiplicou a convicção de que o sujeito é dependente das relações sociais, dos grupos e das entidades das quais ele é parte²².

Por consequência desse movimento, “o grupo substitui o indivíduo, e o interesse do grupo toma o lugar da vontade do particular”²³, de modo que os mecanismos eleitorais e a assembleia passam a ser os elos principais do mecanismo representativo.

¹⁹ COSTA, 2010, p. 232.

²⁰ COSTA, 2010, p. 178.

²¹ Alexis de Tocqueville delinea a tirania da maioria considerando “como ímpia e detestável a máxima que diz que, em matéria de governo, a maioria de um povo tem direito a tudo. Ademais, a maioria não é mais do que um indivíduo tomado coletivamente que tem interesses contrários a outro indivíduo, ou minoria. O poder que se nega a um de fazer tudo, não se poderia outorgar à realização de muitos”. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: EDUSP, 1987. p. 52-53.

²² COSTA, 2010, p. 190-191.

²³ COSTA, 2010, p. 192.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

Tais grupos, então, organizaram-se institucionalmente e receberam a denominação de partido, o que deu origem ao Estado dos partidos²⁴, em que:

[...] interrompe-se a fratura qualitativa entre o soberano e os sujeitos, é colocada uma pedra no mecanismo representativo, graças ao qual era possível imputar ao Estado como tal a vontade independente dos sujeitos. No lugar do Estado soberanamente descolado da sociedade, insinuam-se a “policracia” e o “pluralismo”: dominam a cena os “titulares juridicamente autônomos da economia pública” e “uma multiplicidade de complexos de poder estatal, estavelmente organizados, que [...] apropriam-se da formação da vontade estatal”²⁵.

É esse quadro que oferece guarida para as teorias democráticas contemporâneas.

Teorias democráticas contemporâneas

Na Idade Contemporânea, especificamente no final do século XIX e início do século XX, restaram contrapostos dois pensamentos políticos centrais: o pensamento liberal, que insiste no abstencionismo do Estado, e o socialista, que sustenta o dever do Estado de garantir ao seu cidadão o acesso às condições mínimas de vida digna e maior participação do povo na condução da coisa pública.

20

A doutrina democrática liberal trouxe princípios ontológicos acerca da desigualdade humana (já defendidos na Idade Média) para fundamentar convincentemente o regime democrático representativo. A doutrina democrática socialista, em resposta, formulou críticas ao sistema liberal e denunciou a alienação de um poder político liderado por bases liberais, postulando a urgência da participação direta do povo no exercício do poder.

Doutrina democrática liberal

Alexis de Tocqueville, com a obra *A Democracia da América*, e John Stuart Mill²⁶, com *Da Liberdade*, representam, respectivamente, a tradição liberal francesa e inglesa das teorias democráticas liberais e também espelham o pensamento predominante na virada do século XIX para o século XX. O pensamento central de ambos reside na necessidade de manter a liberdade individual a salvo da democracia, evitando-se a tirania da maioria²⁷.

Para tal posicionamento, John Stuart Mill analisa que:

²⁴ COSTA, 2010, p. 198.

²⁵ COSTA, 2010, p. 198.

²⁶ MILL, John Stuart. *Da liberdade*. São Paulo: IBRASA, 1963.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988. p. 57.

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

[...] a única forma de Democracia compatível com o Estado liberal, isto é, com o Estado que reconhece alguns direitos fundamentais, como são os direitos de liberdade de pensamento, de religião, de imprensa, de reunião etc., [é] a Democracia representativa ou parlamentar, onde o dever de fazer leis diz respeito não ao povo reunido em assembleia, mas a um corpo restrito de representantes eleitos por aqueles cidadãos a quem são reconhecidos direitos políticos²⁸.

O processo de democratização, dessa forma, consiste na inserção da soberania popular, como princípio, na estrutura do Estado liberal, entendido como um Estado de garantias²⁹. A noção de soberania popular, então, fundamenta as instituições Direito e Estado e oferece base legitimadora para as normas de participação política do povo de forma representativa. Em outras palavras, a soberania popular é utilizada somente como base para a tese da formação institucional, e não como motivo para maior e constante participação do povo na gerência da coisa pública.

Doutrina política socialista

A doutrina política socialista, por sua vez, difere do liberalismo no modo de compreensão do processo de democratização do Estado:

[...] o aprofundamento do processo de democratização da parte das doutrinas socialistas acontece de dois modos: através da crítica da Democracia apenas representativa e da conseqüente retomada de alguns temas da Democracia direta e através da solicitação de que a participação popular e também o controle a partir de baixo se estenda dos órgãos de decisão política aos de decisão econômica, [...] da sociedade política até a sociedade civil [...]³⁰.

21

A partir da igualdade universal e da conseqüente equivalência dos cidadãos na participação política, seria possível a instauração e efetivação da democracia direta. Esse é o ponto nevrálgico da teoria socialista de Karl Marx.

A teoria de Karl Marx sustenta a precedência da igualdade sobre a liberdade, o que acarreta a dissociação de tais valores. Tal dissociação culmina na separação entre democracia e socialismo, em direção contrária à base teórica socialista, pois socialismo é a própria democracia desde que liberdade e igualdade sejam consideradas valores indissociáveis³¹. Contudo, a postura dissociativa somente fomenta a manutenção da igualdade formal entre cidadãos, o que, de outro norte, caracteriza a permanência da desigualdade substancial.

²⁸ BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 324.

²⁹ MILL, 1963, p. 324.

³⁰ BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 324.

³¹ CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1989. p. 137-162.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

O objetivo de Karl Marx era afirmar a impossibilidade de se alcançar a unidade Estado-sujeito por intermédio da representação e, por isso, o autor tenta superar tal dissociação com a experiência da Comuna de Paris, que “é a reapropriação do poder estatal por parte da sociedade, da qual se torna força viva, ao invés de ser a força que domina e subjuga”³².

Contudo, não tiveram força suficiente os pensamentos socialistas e, com a prevalência do discurso liberal de defesa da representação (de que a superação da cisão Estado-sujeito nunca será alcançada plenamente), toma forma a teoria descritiva do elitismo democrático, com raízes liberais, pretendendo, além da manutenção da ordem sociopolítica, abandonar as utopias democráticas e traçar as bases organizacionais do Estado contemporâneo.

O Estado Democrático de Direito e o elitismo democrático

O Estado Democrático de Direito, ou Estado Democrático Contemporâneo³³, consolidou-se em meados do século XX, com o objetivo de “realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana”³⁴.

Nessa formação de Estado, persistem os ideais liberais no plano econômico no Estado Democrático e a pequena intervenção do Estado no sistema econômico, além de o aparelho estatal voltar seu planejamento para fomentar o mercado financeiro. Por isso, alguns doutrinadores o denominam de Estado Neoliberal³⁵ – é neste ponto que os liberais vão se apoiar para tecer a teoria do elitismo democrático.

Debruçando-se na descrição da democracia vivenciada nos Estados ocidentais, o elitismo democrático assenta que é impossível alcançar condição de

³² MARX, Karl. *Scritti sulla comune di Parigi*. Roma: D'Arcais, Samonà e Savelli, 1971. p. 122.

³³ Como princípios concretizadores do Estado Democrático de Direito, Soares aponta: “– princípio da constitucionalidade, respaldado na supremacia da Constituição, vincula o legislador e todos os atos estatais à Constituição, estabelecendo o princípio da reserva da Constituição e revigorando a força normativa da Constituição; – sistema dos direitos fundamentais – a inserção no texto constitucional dos direitos humanos exige medidas para sua implementação. Esse sistema exerce funções democráticas, sociais e de garantias do Estado Democrático de Direito; – princípio da legalidade da administração (cerne da teoria do ‘Estado de Direito’) – postula dois princípios fundamentais: o da supremacia ou prevalência da lei e o da reserva da lei; – princípio da segurança jurídica – conduz à consecução do princípio de determinabilidade das leis, caracterizando-se como princípio de proteção da confiança dos cidadãos; – princípio da proteção jurídica e das garantias processuais (proteção jurídica individual sem lacunas) – procedimento justo e adequado, de acesso ao direito e de concretização do direito”. SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado*: introdução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 220.

³⁴ SILVA, 2002, p. 117.

³⁵ Com surgimento teórico nas relações jurídicas entre Estado e sociedade advindas das revoluções burguesas anteriormente mencionadas, o Estado Neoliberal configura-se, especificamente, pela ausência de intervenção estatal no mercado e com a mera função de garantir a ordem social nos termos estabelecidos por sua legislação e apoia-se no pensamento liberal-individualista típico do início da Idade Moderna.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 13-48, jul./dez. 2013

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

igualdade, formal ou material, entre os indivíduos. Seus teóricos, conhecidos como teóricos das minorias governamentais, objetivaram, dessa maneira, formular uma crítica científica sobre a democracia³⁶.

A teoria democrática elitista, logo, prega o dogma da impossibilidade da igualdade social, pois parte do pressuposto de que sempre haverá uma classe naturalmente mais capacitada para exercer os cargos de poder. Sobre esse ponto, o termo “natureza” é imprescindível, pois o elitismo considera que a desigualdade é um fato natural e que os cargos públicos devam ser preenchidos por pessoas em razão de “contingências ligadas à estrutura da sociedade seriam recompensados por seus méritos intrínsecos”³⁷.

O grande teórico inicial dessa teoria, na época sem contornos definidos, é Max Weber, que afirma que o único modelo democrático possível é o que contemple a representação.

Max Weber compreendia que a democracia era campo de testes para líderes potenciais ou mecanismo institucional para eliminar os menos capacitados e colocar no poder os mais competentes, na luta por votos e pelo poder³⁸. Nesse sentido, o autor afirma que:

Só uma escolha cabe: ou uma democracia admite como dirigente um verdadeiro chefe e, por consequência, aceita a existência da “máquina”, ou renega os chefes e cai sob o domínio dos “políticos profissionais”, sem vocação [...]³⁹.

23

Após Max Weber, outros teóricos políticos tornaram-se referências interessantes da teoria das elites, por conta da forma como caracterizaram a democracia representativa e o governo das elites. Entre eles, citam-se Friedrich Nietzsche e José Ortega y Gasset⁴⁰.

Dos escritos de Friedrich Nietzsche, extrai-se que todo grupo social é naturalmente dividido entre vencedores e perdedores. Por isso, pensar em democracia representa “decadência ou diminuição” do homem, pois indicaria que a maioria fraca e covarde vai impor sua vontade à minoria forte, cuja vontade deveria triunfar⁴¹. Chega a tachar a democracia de “imoral”, por esta considerar a igualdade de todos, e defende que uma hierarquia social precisa ser respeitada⁴².

³⁶ BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 325.

³⁷ MIGUEL, Luis Felipe. A democracia domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo. *Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, vol. 45, n. 3, 2002. ISSN 0011-5258. Disponível em: <<http://migre.me/6d5PS>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

³⁸ HELD, David. *Modelos de democracia*. Belo Horizonte: Paideia, 1987. p. 143.

³⁹ WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1968. p. 104.

⁴⁰ MIGUEL, 2002.

⁴¹ NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 103.

⁴² MIGUEL, 2002.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

José Ortega y Gasset, ao acreditar, de forma semelhante, na desigualdade natural, defende-a como limitação da democracia e que, uma vez que as diferenças são naturais, devem ser institucionalizadas⁴³.

Friedrich Nietzsche e José Ortega y Gasset são considerados os típicos representantes da formulação dos princípios filosóficos políticos modernos a partir da crença na desigualdade natural. De tais parâmetros, nasce a teoria política das elites, com o objetivo de comprovar, cientificamente, que a dominação das minorias era inevitável e a democracia direta, impossível.

Com pensamento semelhante a este, outros teóricos de destaque são Vilfredo Pareto, Gaetano Mosca e Robert Michels⁴⁴.

Vilfredo Pareto alegava que a existência das elites era sinal da existência da desigualdade natural entre os humanos e que, por isso, a desigualdade social seria apenas consequência da primeira. Por tal razão, seria impossível extinguir a desigualdade. Vilfredo Pareto, então:

[...] introduz uma distinção essencial no seio da elite: a que separa a elite governante, que exerce o poder político, de todo o resto, chamado de elite não governante. A existência de um grupo minoritário que monopoliza o governo é, para ele, uma constante universal das sociedades humanas⁴⁵.

24

Já com o pressuposto de que o domínio da minoria sobre a maioria é uma constante universal⁴⁶, Gaetano Mosca sustenta que a legitimação da minoria é feita pela afirmação de que é qualificadamente superior à maioria, assim, o exercício do poder seria legitimado em diretrizes morais, que seriam universais⁴⁷:

[...] tais princípios mudam historicamente, de acordo com a transformação material na sociedade. Era a valentia, nas sociedades inseguras do passado, quando o gozo da vida e dos bens dependia de força militar própria e os guerreiros governavam. Em seguida, com o aumento da produtividade da terra e a redução da insegurança, a base do poder passa a ser a propriedade rural, e assim por diante. Trata-se de uma perspectiva materialista [...]⁴⁸.

Destaca-se, ainda, Hans Kelsen, que, no intuito de rechaçar as ideologias democráticas dos séculos XIX-XX, considera ilusória a esperança democrática de que representantes e representados podem se corresponder com o progressivo

⁴³ MIGUEL, 2002.

⁴⁴ MIGUEL, 2002.

⁴⁵ MIGUEL, 2002.

⁴⁶ MOSCA, Gaetano. *La clase política*. S.l.: Fondo de Cultura Económica de España, 2009. p. 50.

⁴⁷ MOSCA, 2009, p. 50.

⁴⁸ MIGUEL, 2002.

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

alargamento da base eleitoral. Assim, aponta, como impedimentos à democracia, o peso diferenciado dos titulares dos direitos políticos e o fato de que, no processo eleitoral, uma maioria passiva é condicionada e guiada por uma minoria ativa, que assume um papel condicionante na escolha da classe política⁴⁹.

Os elitistas demonstraram, dessa maneira, que a igualdade dos liberais é meramente formal e causa a desigualdade efetiva. De outro ponto, expôs-se que a forma de organização socialista, material e politicamente igualitária, é orientação utópica.

Rechazando as doutrinas liberais e socialistas, “os elitistas [...] acabaram acertando [...] a democracia, denunciando como fantasista qualquer ideia de governo da maioria”⁵⁰. E, com a negação do valor igualdade, o valor liberdade, por consequência, é também prejudicado pelo fundamento de que a minoria elitista, detentora da capacidade de organização e administração da coisa pública, determinaria a gerência da vida da maioria.

Elitismo democrático e a democracia concorrencial

No limiar do século XX, Joseph Schumpeter, inspirado pelos estudos de Max Weber, aperfeiçoou o elitismo democrático e deu vazão à corrente denominada **democracia concorrencial**.

Com a definição geral de que a “democracia é o método para promover o bem comum através da tomada de decisões pelo próprio povo, com a intermediação de representantes”⁵¹, Joseph Schumpeter sustenta que, para cada cidadão, o bem comum pode representar algo diferente, e pensá-lo em uma esfera coletiva é impossível. Isso porque as pessoas não sabem determinar o que é certo ou errado nos negócios públicos – inexistindo, assim, vontade do cidadão, apenas impulsos vagos, equivocados, desinformados⁵².

Joseph Schumpeter propõe que, no centro da administração do bem público, não está o governo do povo, mas sim a competição entre elites, eis que o “método democrático é aquele acordo institucional para se chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decisão através de uma luta competitiva pelos votos da população”⁵³. Aqui, chega-se à mudança do paradigma de processo eleitoral, que outrora era meio para a concretização da democracia e agora passa a ser a democracia em si. A partir da crença na passividade humana, Joseph Schumpeter conclui sobre a **natureza maléfica do ser humano**,

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Essenza e valore della democrazia*. Bologna: Il Mulino, 1981. *passim*.

⁵⁰ KELSEN, 1981, *passim*.

⁵¹ SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984. p. 313.

⁵² SCHUMPETER, 1984, p. 317.

⁵³ SCHUMPETER, 1984, p. 336.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

afirmando que o humano é egoísta e incapaz de demonstrar preocupação com interesses coletivos e/ou políticos.

Assim, na democracia concorrencial, é inócua a tentativa de mudar as instituições, “já que a causa da apatia e da desinformação não está nelas, mas nos próprios indivíduos”⁵⁴. No entanto, se o indivíduo é ruim, sua soma, “a massa, é pior, cega, age irracionalmente, levada por seus preconceitos”⁵⁵.

Tal é, portanto, o fundamento ontológico conveniente para o enfraquecimento dos valores igualdade e liberdade pelo elitismo democrático, como já observado na seção anterior.

Os parâmetros teóricos da democracia concorrencial influenciaram, dessa maneira, os trabalhos de Anthony Downs e Robert Dahl.

Para Anthony Downs, mantendo o pressuposto da concorrência, um governo é tido como democrático apenas quando se verificam determinadas condições, regidas por regras da economia, quais sejam: a realização de eleições em intervalos periódicos; a existência de dois ou mais partidos competindo pelo controle do governo; a escolha de um único partido para gerenciá-lo e o direito de qualquer partido, que receba o apoio da maioria dos eleitores, de assumir os poderes do governo até a próxima eleição⁵⁶.

26

Robert Dahl, por sua vez, emprega o verbete “poliarquia”, que significa “governo de muitos”, para referir-se aos sistemas políticos com sufrágio amplo e garantia das liberdades e oportunidades individuais⁵⁷.

Assim, Robert Dahl, mesmo com a aceitação da visão de Joseph Schumpeter acerca da democracia como instrumento de seleção de lideranças, rejeita a exclusividade das elites e defende que a política democrática está apoiada em um consenso sobre juízos axiológicos que delineiam os parâmetros da vida política⁵⁸, entre os quais estão o acordo sobre as regras de procedimentos, sobre as opções políticas e sobre o âmbito legítimo da atividade política⁵⁹. Para alguns doutrinadores, por tal motivo, o modelo de Robert Dahl é classificado como pluralista⁶⁰, que enfatiza a atitude coletiva de interesses no processo de competição pelo

⁵⁴ “[...] a incompetência do cidadão comum para a tomada de decisões políticas decorre não de sua irracionalidade, como julga Schumpeter, mas de sua racionalidade. Para ele, o indivíduo racional é aquele que faz o cálculo de custo-benefício em suas ações. Como o peso do voto individual em uma eleição é ínfimo, simplesmente não vale a pena cobrir os custos (em termos de esforço, tempo e mesmo dinheiro) de obter informações. De uma forma ou de outra, ambos chegam à mesma conclusão: o povo não sabe tomar decisões políticas”. In: MIGUEL, 2002.

⁵⁵ MIGUEL, 2002.

⁵⁶ DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 45.

⁵⁷ DOWNS, Anthony. *Análise política moderna*. 2. ed. Brasília: UnB, 1988. p. 145.

⁵⁸ DOWNS, 1988, p. 145.

⁵⁹ DOWNS, 1988, p. 145.

⁶⁰ MIGUEL, 2002.

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

poder, tornando-se, assim, o modelo do “equilíbrio” ou do “elitismo pluralista”⁶¹ – o que o diferencia do modelo elitista de Joseph Schumpeter, que privilegia a concentração de poder nas mãos das elites políticas.

Reação ao elitismo democrático e à democracia concorrencial

Frente à predominância do tipo elitista na práxis política, os teóricos democráticos antielitistas lançaram críticas aos seus teóricos, asseverando que “não são em absoluto teóricos realmente democráticos, e aquilo que a democracia precisa para existir é de uma ampla participação por parte de todo o povo”⁶².

Conforme a crítica de David Held, a democracia concorrencial implica visão antiliberal e antidemocrática⁶³. Na opinião de Lígia Helena Hahn Luchmann, por sua vez:

O modelo elitista, ao conceber a democracia como mecanismo de escolha de líderes políticos pautado na competição entre os partidos através do voto, equipara a dinâmica política ao jogo do mercado. Esta concepção mercadológica da política [...] pautada na relação de oferta e procura que se estabelece entre os políticos-empresários e os cidadãos-consumidores, reduz a democracia a um mecanismo de escolha dos representantes políticos que definirão os rumos, as ações e os programas públicos. A legitimidade do governo é assegurada, aqui, pelo resultado do processo eleitoral⁶⁴.

27

E a autora conclui:

[...] o caráter instrumental, individualista e competitivo deste modelo de democracia tem sido alvo de inúmeras críticas. Além da comparação da democracia ao jogo do mercado, cuja farsa de seu suposto equilíbrio já foi exaustivamente demonstrada, ressalta-se o desprezo aos cidadãos, relegados à apatia e à manipulação. [...] neste modelo, o equilíbrio é o da desigualdade e a soberania, uma ilusão⁶⁵.

As insurgências ao elitismo democrático explicam-se-iam pela divergência de critérios entre os teóricos: enquanto os antielitistas preocupam-se com os

⁶¹ LUCHMANN, Lígia Helena Hahn. Democracia deliberativa: sociedade civil, esfera pública e institucionalidade. *Cadernos de Pesquisa PPGSP – UFSC*, n. 33, nov. 2002, ISSN 1677-7166. Disponível em: <<http://www.sociologia.ufsc.br/cadernos/Cadernos%20PPGSP%2033.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2010.

⁶² OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 182.

⁶³ HELD, 1987, p. 132-139.

⁶⁴ LUCHMANN, 2002.

⁶⁵ LUCHMANN, 2002.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

ideais, os elitistas explicam o modo como as democracias funcionam, ou seja, focam em uma teoria descritiva⁶⁶.

No entanto, nos termos do explicitado anteriormente, a teoria elitista não se consubstancia como descrição isenta de valores; ao contrário, seus pressupostos possuem alta carga valorativa que deprecia ou nulifica a condição humana:

O principal ideal da democracia, a autonomia popular, entendida no sentido preciso da palavra, a produção das próprias regras, foi descartado como quimérico, no lugar da ideia de poder do povo, colocou-se o dogma elitista de que o governo é uma atividade de minorias. A descrença na igualdade entre os seres humanos – igualdade que, tradicionalmente, era vista como um quase-sinônimo da democracia – levou, como corolário natural, ao fim do preceito do rodízio entre governantes e governados⁶⁷.

Sob o prisma de Jürgen Habermas, “Mosca, Pareto e Michels introduziram a teoria da elite de dominação”⁶⁸ como antídoto científico ao idealismo do Direito Natural e “em reação à crítica marxista da democracia burguesa”⁶⁹. Joseph Schumpeter e Max Weber, por sua vez, “juntaram estes elementos numa teoria da democracia de massa”⁷⁰.

28 Para o pensamento habermasiano, demandando antropologia pessimista, “uma nova geração de teóricos declarados de elite” ergueu-se “além do cinismo da autopiedade”⁷¹, adotando Alexis de Tocqueville “como um honrado precursor”⁷² e recomendando “o novo elitismo em boa consciência, como a simples alternativa à negra noite do totalitarismo, no qual todos os gatos são cinzentos”⁷³.

Com essa perspectiva, Jürgen Habermas sustenta que a definição descritiva e atual de democracia:

[...] não é mais determinada pelo conteúdo de uma forma de vida, que leva em conta os interesses generalizados de todos os indivíduos. Agora só conta enquanto o método para selecionar líderes e o engendramento de liderança. Sob “democracia”, as condições pelas quais todos os interesses legítimos podem ser preenchidos através da realização do interesse fundamental na participação da autodeterminação não são mais entendidas⁷⁴.

⁶⁶ CADEMARTORI, 2011, p. 207.

⁶⁷ MIGUEL, 2002.

⁶⁸ HABERMAS, 2002, p. 155.

⁶⁹ HABERMAS, 2002, p. 155.

⁷⁰ HABERMAS, 2002, p. 155.

⁷¹ HABERMAS, 2002, p. 155.

⁷² HABERMAS, 2002, p. 155.

⁷³ HABERMAS, 2002, p. 155.

⁷⁴ HABERMAS, 2002, p. 155.

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

E mais, a democracia, agora sob o ponto de vista habermasiano, “não é apenas uma chave para a distribuição de recompensas, conforme o sistema, isto é, um regulador para satisfação do interesse privado”⁷⁵; a democracia tornou-se a possibilidade de existência de “propriedade sem liberdade”⁷⁶:

Não mais se encontra amarrada à igualdade política, no sentido de uma igual distribuição do poder político, isto é, chances de exercer o poder. Igualdade política agora significa apenas o direito formal de igual oportunidade de acesso ao poder, isto é, “igual elegibilidade para eleições rumo a condições de poder”⁷⁷.

Assim, observa-se que o mecanismo democrático não objetiva mais racionalizar a autoridade por meio da participação dos cidadãos em processos de formação de vontades⁷⁸. Ao contrário: o mecanismo é dirigido “a tornar possíveis acordos entre elites dominantes”^{79,80}.

Como corolário, afirma o autor:

[...] o pluralismo de elites, substituindo a autodeterminação do povo, torna o poder exercido privadamente também independente das pressões de legitimação e o imunizam contra o princípio da formação racional da vontade⁸¹.

O cume desse contexto é a nova teoria da autoridade, cujos pressupostos são: (a) a possibilidade de escolha dos eleitores entre elites competitivas; (b) a ausência de hereditariedade e do acesso de novos grupos sociais rumo a posições de elite; (c) a dependência das elites no que tange à estrutura representativa, de modo que nenhuma forma exclusiva de dominação possa ocorrer; e (d) a dominação das elites se estende a diversas esferas sociais (como educação, arte, negócio) e não pode formar aliança comum⁸².

Desmascara-se, desse modo, que:

[...] por trás das “democracias realmente existentes” de hoje, domesticadas, que aceitam todas as desigualdades sociais e se contentam com

⁷⁵ HABERMAS, 2002, p. 155.

⁷⁶ HABERMAS, 2002, p. 155.

⁷⁷ HABERMAS, 2002, p. 155.

⁷⁸ HABERMAS, 2002, p. 155.

⁷⁹ HABERMAS, 2002, p. 155.

⁸⁰ Para Jürgen Habermas, “[...] a substância da teoria democrática clássica finalmente sucumbiu. Não mais todas as decisões politicamente consequentes e sim apenas aquelas decisões de governo ainda definidas enquanto políticas devem se sujeitar aos preceitos da formação democrática de vontade”. HABERMAS, 2002, p. 155.

⁸¹ HABERMAS, 2002, p. 155.

⁸² HABERMAS, 2002, p. 155-156.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

um papel secundário diante do ordenamento capitalista da sociedade, o ideal democrático continua exibindo seu caráter subversivo⁸³.

Tal é o molde da democracia elitista. Em resposta a esse panorama, favorecido pelas teorias democráticas de conceito decisionista, surgem as teorias democráticas pluralistas, que incorporam o método argumentativo de deliberação, distanciando a prática democrática do simples momento no qual ocorre o processo de tomada de decisão e aproximando-a da noção de processo, no qual se ponderam as razões necessárias para determinada decisão afeta à coisa pública.

Teorias democráticas pluralistas

A livre-competitividade do elitismo, com visão individualista, é confrontada pelo ideal pluralista a partir de meados do século XX, com novos modelos de teoria democrática, baseados na correspondência entre exercício de poder político e titularidade da soberania. São os modelos republicano, participativo e deliberativo.

O modelo democrático republicano pauta-se na defesa da ampla participação dos cidadãos nos assuntos de interesse público. É inspirado no modelo rousseaiano de soberania popular e enfatiza o poder do povo nas decisões sobre negócios coletivos. De acordo com David Held:

30

[...] na versão de Rousseau, a ideia de autogoverno é apresentada como um fim em si mesmo; segundo ele, uma ordem política que oferece oportunidades para a participação na elaboração dos negócios públicos não deveria apenas ser um Estado, mas um novo tipo de sociedade⁸⁴.

No entendimento de José Rubio Carracedo, para a verificação do modelo republicano, denominado pelo autor de republicanism populista,

[...] sólo un fuerte movimiento popular, impulsado y guiado por un líder carismático, puede acabar con un régimen de partidos en descomposición, incapaz de regenerarse, para construir seguidamente un nuevo orden político basado en la justicia, controlado por un poder unificado, discrecional y populista⁸⁵.

O tipo republicano, logo, requer não só nova constituição de Estado, mas novo formato de sociedade, centralizada em um líder populista, o que pode

⁸³ MIGUEL, 2002.

⁸⁴ HELD, 1987, p. 68.

⁸⁵ CARRACEDO, José Rubio. Por un modelo democrático liberal-republicano: retos pendientes en ética y política. In: CARRADERO, José Rubio; ROSALES, José Maria; TOSCANO, Manuel (Eds.). Suplemento 5 (2000) de Contrates. *Revista Interdisciplinar de Filosofía*. ISSN 1136-9922, p. 105-120. p. 115.

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

acarretar na formação de um Estado totalitário e antidemocrático, razão pela qual possui poucos adeptos⁸⁶.

A democracia participativa, por sua vez, supõe a participação dos cidadãos nas decisões coletivas⁸⁷. Seus principais teóricos são Nicos Poulantzas, Crawford Macpherson e Carole Pateman.

A teoria participativa de Nicos Poulantzas defende a articulação entre a transformação do Estado e o desenvolvimento da democracia direta na base, o que supõe o aparato decisivo e contínuo de movimento sustentado em amplas alianças populares⁸⁸. Em Crawford Macpherson, por sua vez, há a miscelânea da teoria de Nicos Poulantzas em um sistema que combine partidos competitivos com organizações de democracia direta. Para Carole Pateman, por fim, a participação tem finalidade educativa e promove, por meio de processo de conscientização (individual e coletiva), o desenvolvimento da cidadania, já que:

[...] somente se o indivíduo tiver a oportunidade de participar de modo direto no processo de decisão e na escolha de representantes [...] é que, nas modernas circunstâncias, ele pode esperar ter controle sobre sua vida ou sobre o desenvolvimento do ambiente em que ele vive⁸⁹.

Para sua efetivação, é preciso que haja, inicialmente, a educação do povo para o exercício da cidadania e, posteriormente, a participação direta dos cidadãos na regulação das instituições vitais da sociedade⁹⁰.

No modelo democrático deliberativo, introduz-se a importância do valor da argumentação ao processo político. Esse modelo também é conhecido como “democracia com argumentação” e tem em John Rawls e Jürgen Habermas seus principais teóricos.

John Rawls oscila entre a concepção decisionista e a concepção argumentativa em suas obras. Especialmente no livro *Teoria da Justiça*, o autor trabalha com a noção decisionista:

Parece razoável e geralmente aceitável que ninguém deva ser favorecido ou desfavorecido pela sorte natural ou por circunstâncias sociais em

⁸⁶ CARRACEDO, 2000, p. 116.

⁸⁷ OLIVEIRA, Heloisa Maria José de. A democracia em suas versões elitista e participativa e o modelo da autonomia democrática. *Revista Katálisis*, UFSC, Florianópolis, v. 6, n. 1, 2003. ISSN 1982-0259. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/7176>>. Acesso em: 02 ago. 2011.

⁸⁸ POULANTZAS, Nicos. *Estado, o poder, o socialismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra-Graal, 1990. p. 302-303.

⁸⁹ PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. São Paulo: Paz e Terra-Graal, 1992. p. 145-146.

⁹⁰ CARRACEDO, 2000, passim.

decorrência da escolha de princípios. Também parece haver amplo consenso sobre o fato de que seria impossível adaptar princípios às condições de um caso pessoal. Mais ainda, devemos garantir que inclinações e aspirações particulares e concepções individuais sobre o bem não afetarão os princípios adotados. [...] Por exemplo, se um homem soubesse que era rico, ele poderia achar racional defender o princípio de que vários impostos em favor do bem-estar social fossem considerados injustos; se ele soubesse que era pobre, com grande probabilidade proporia o princípio contrário. Para representar as restrições desejadas, imagina-se uma situação na qual todos estejam privados desse tipo de informação⁹¹.

Em outras obras, John Rawls defende que o pluralismo cultural imprescindível da argumentação e da deliberação, por considerar que há “discordâncias razoáveis entre indivíduos razoáveis”⁹² e que tais diferenciações servem para “balancear os diversos fins [públicos]”⁹³.

Em ambos os momentos, sua proposta se resume em qual a melhor decisão a ser tomada, e não em como se tomar a melhor decisão, que é o que se percebe na teoria habermasiana.

32

Na obra de Jürgen Habermas, vê-se a intenção de introduzir, em etapa anterior ao processo político, forma de debate argumentativo e equânime no manejo dos negócios públicos. Isso porque o autor entende que “a paridade sob a qual a autoridade do melhor argumento pode prevalecer contra a hierarquia social e no final se tornar vitoriosa significou, no pensamento daquele momento, [é] a paridade da condição humana comum”⁹⁴.

A proposta de Jürgen Habermas, então, prima pela defesa da igualdade universal e da liberdade do indivíduo no meio social e intenta alcançar a socialização por meio do discurso.

Para tanto, Jürgen Habermas, em sua extensa obra, lança mão de diversos conceitos operacionais para fomentar a estruturação de sua proposta deliberativa, os quais se integram às expressões-chave citadas no início do trabalho: Direito, Estado, Legitimidade.

Segundo sua teoria, portanto, quando os membros de um grupo social, dotados de interesse de comunicação, pretendem alcançar a legitimidade, forma-se um sistema de normas, qualificado como Direito. Entre tais normas,

⁹¹ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 20-21.

⁹² RAWLS, John. *Liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 55.

⁹³ RAWLS, John, 2000. p. 55.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 36.

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

há as que são consideradas essenciais – são os direitos fundamentais, que contêm em si:

[...] poder de sanção de uma organização, a qual dispõe de meios para o emprego legítimo da coerção, a fim de impor o respeito às normas jurídicas. Neste ponto, surge o Estado [...] a fim de “garantir” seu poder de comando⁹⁵.

O Estado, nas palavras de Jürgen Habermas:

[...] é necessário como poder de organização, de sanção, e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados⁹⁶.

Para se alcançar a legitimidade após a instituição do Direito, as decisões estatais devem apresentar correspondência jurídica tanto em relação à forma quanto ao conteúdo do que fora estatuído por seus membros, eis que “só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade”⁹⁷.

Pelo exposto, a participação política proposta por Jürgen Habermas não se restringe ao momento decisionista das eleições, mas igualmente ao momento da legislação, que representa poder comunicativo no Estado e, por isso, exercício da autonomia política dos cidadãos no Estado.

Desse modo:

[...] é possível desenvolver a ideia do Estado de Direito com o auxílio de princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado⁹⁸.

A proposta da deliberação democrática habermasiana envolve, portanto, “uma soberania popular procedimentalizada e um sistema político ligados a redes periféricas de uma esfera pública política”⁹⁹ que parte da aplicação da comunicação à política contemporânea, explicitada na seção a seguir.

⁹⁵ HABERMAS, 2010, p. 170.

⁹⁶ HABERMAS, 2010, p. 171.

⁹⁷ HABERMAS, 2010, p. 172.

⁹⁸ HABERMAS, 2010, p. 212.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. Três modelos de democracia. *Sobre el concepto de una política deliberativa*. Texto apresentado no seminário “Teoria da Democracia”, Universidade de Valência, 15 out. 1991. Tradução de Gabriel Cohn e Álvaro de Vita. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

O PANORAMA DA SOCIEDADE OCIDENTAL ATUAL E A PROPOSTA PROCEDIMENTALISTA DE JÜRGEN HABERMAS

Antes de apresentar a proposta procedimentalista de Jürgen Habermas, é preciso traçar algumas linhas gerais sobre a visão do autor em relação à sociedade atual e seu funcionamento sistemático básico¹⁰⁰.

Segundo Jürgen Habermas, as sociedades atuais podem ser definidas como conjunto sistemático hipercomplexo, que apresenta constantes alterações em seus elementos sistêmicos e/ou nos valores-meta (“em que estão interligadas as definições culturais de vida social e os imperativos da sobrevivência que podem ser reconstruídos em teorias de sistema”¹⁰¹), com o objetivo de que sejam mantidos em um nível de controle flexível à faticidade¹⁰². Para tanto, a margem de tolerância do sistema, dentro da qual os valores-meta podem variar sem pôr em perigo crítico sua existência contínua ou sem perder sua identidade, deve ser mantida por meio do respeito às estruturas normativas do sistema, quais sejam, as que permitem a sua identidade. Assim, mantêm-se a coesão e a adequação de seus subsistemas ao conjunto sistêmico.

A complexidade das sociedades atuais engloba, básica e analiticamente, os seguintes subsistemas: o subsistema sociocultural, o subsistema político e o subsistema econômico. O subsistema sociocultural possui, como estruturas normativas, sistemas de *status* e formas subculturais de vida e apresenta distribuição de recompensas disponíveis privadamente e direitos de dispor. O subsistema político, por sua vez, apresenta as estruturas normativas, que são as instituições políticas do Estado e as categorias de substrato, que são a distribuição do poder legítimo, respectiva força estrutural e racionalidade organizacional disponível. Por fim, o subsistema econômico tem as instituições econômicas (problemas de produção), como estruturas normativas, a distribuição de poder econômico, força estrutural e forças disponíveis de produção¹⁰³.

Nesse esquema da sociedade complexa¹⁰⁴, “o sistema político, enquanto centro de controle separado, assume uma condição subordinante diante de sistemas socioculturais e econômicos”¹⁰⁵. Contudo, o subsistema político

34

¹⁰⁰ Destaca-se que não se pretende o aprofundamento do tema, mas apenas o delineamento dos fatores-chave para a compreensão da teoria democrática de Jürgen Habermas.

¹⁰¹ Os valores-meta dos sistemas sociais são produtos, de um lado, dos valores culturais da tradição constitutiva e, do outro lado, dos requisitos não normativos da integração sistêmica. HABERMAS, 2002, p. 18-19.

¹⁰² HABERMAS, 2002, p. 18.

¹⁰³ HABERMAS, 2002, p. 18.

¹⁰⁴ Como sistema que apresenta estruturas normativas dentro de sua linguagem, em que cada sistema social é definido segundo o ponto de vista de seu centro de controle.

¹⁰⁵ HABERMAS, 2002, p. 16.

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

distanciou-se do subsistema sociocultural com o advento de uma esfera livre do Estado, a partir do Estado de Direito e a política liberal, e aproximou-se do subsistema econômico.

Não obstante a separação entre o social e o político e a aproximação entre este e o econômico, o subsistema de mercado permanecia dependente da oferta de legitimação do subsistema sociocultural. Apenas relativa desconexão do sistema econômico perante o político é capaz de instalar uma esfera emergida da sociedade burguesa que seja livre dos laços socioculturais e transferir a legitimação para as orientações de ação estratégica utilitária dos participantes do mercado. Com esse escopo, portanto, “empresários competidores então tomam suas decisões de acordo com níveis de competição orientada ao lucro e substituem a ação orientada por valores por ações guiadas por interesses”¹⁰⁶.

Com o Estado Democrático de Direito e a solidificação do capitalismo, sobrevém a anonimização política da dominação de classe, que acarreta não só a libertação do sistema econômico em relação ao sistema político (com as legitimações de subsistemas integrativos socialmente), mas a sua capacitação, ao longo das suas tarefas integrativas sistêmicas, de trazer contribuição para a integração social¹⁰⁷. Assim, o sistema social torna-se sensivelmente suscetível ao sistema econômico, e os problemas de condução do sistema social tornam-se ameaçadores de identidade.

No plano estratégico de substituição de valores por interesse, é empregado o método científico, que, além de ser bem-sucedido na dominação da natureza, proporciona êxito, igualmente, na apresentação de instrumentos de dominação eficientes do homem entre os homens. Denuncia Jürgen Habermas que:

Hoje, a dominação eterniza-se e amplia-se não só mediante a tecnologia, mas como tecnologia; e esta proporciona a grande legitimação ao poder político expansivo, que assume a si todas as esferas da cultura. Neste universo, a tecnologia proporciona igualmente a grande racionalização da falta de liberdade do homem e demonstra a impossibilidade técnica de ser autônomo, de determinar pessoalmente a sua vida¹⁰⁸.

E tal falta de liberdade não é irracional ou política, mas é resultado da sujeição do ser humano ao aparelho técnico que amplia a comodidade da vida e intensifica a produtividade do trabalho. “A racionalidade tecnológica protege, assim, antes a legalidade da dominação em vez de a eliminar, e o horizonte instrumentalista da razão abre-se a uma sociedade totalitária de base racional.”¹⁰⁹

¹⁰⁶ HABERMAS, 2002, p. 35.

¹⁰⁷ HABERMAS, 2002, p. 37.

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. *Tecnologia e ciência como “ideologia”*. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 49.

¹⁰⁹ HABERMAS, 2009, p. 49.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

Portanto, com a independência do subsistema econômico, o que antes representava a condução social por meio da dominação política do poder social, que estava imediatamente na base da relação entre capitalistas e assalariados¹¹⁰, hoje, com a dominação apolítica de classe, legítima a despolitização das massas pela consciência tecnocrática, que é a ideologia estruturada por privilégios de oportunidades imediatas da vida, acessíveis por intermédio do progresso técnico-científico¹¹¹.

Diante de tal estrutura sistêmica, segundo o autor:

[...] a lealdade das massas só pode obter-se por meio de compensações destinadas à satisfação de necessidades privatizadas. A interpretação das realizações pelas quais se justifica o sistema não pode, em princípio, ser política: refere-se imediatamente a distribuições neutras quanto à sua aplicação de dinheiro e tempo livre e, mediamente, à justificação tecnocrática da exclusão das questões práticas. Por isso, a nova ideologia distingue-se das antigas pelo facto de separar os critérios de justificação da organização da convivência, portanto, das regulações normativas da interacção em geral e, nesse sentido, os despolitizar e, em vez disso, os vincular às funções de um suposto sistema de acção racional dirigida a fins¹¹².

36

Assim, dentro do domínio público estruturalmente despolitizado, a legitimação é sintetizada por dois fatores: o privatismo cívico, ou seja, “abstinência política combinada a uma orientação para a carreira, o lazer e o consumo, que promove a expectativa de adequadas recompensas dentro do sistema (dinheiro, lazer e segurança)”¹¹³; e a justificação da própria despolitização estrutural, fornecida por pensamentos de elite democrática, conforme os de Schumpeter e Max Weber, e por construções teóricas tecnocráticas, com resgate do institucionalismo da década de 20¹¹⁴.

Se houvesse, nas sociedades complexas ocidentais, participação efetiva dos cidadãos nos processos de formação de vontade política (a democracia substantiva), tornar-se-ia possível a conscientização dos membros sociais acerca das contradições entre a produção socializada administrativamente, a contínua apropriação privada e o uso privado da mais-valia¹¹⁵.

¹¹⁰ HABERMAS, 2009, p. 81.

¹¹¹ HABERMAS, 2009, p. 78-81, passim.

¹¹² HABERMAS, 2009, p. 81.

¹¹³ Segundo Jürgen Habermas (2009, p. 52), “esse privatismo é levado em consideração por programas substitutivos do Estado previdenciário, que também incorpora elementos de uma ideologia de realização transferida para o sistema educacional”.

¹¹⁴ HABERMAS, 2009, p. 52.

¹¹⁵ HABERMAS, 2009, p. 51-52.

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

No entanto, para proteger a fachada distributiva compensadora, a dominação política, no capitalismo de regulação estatal, incorporou estruturas pseudo-legitimantes na sociedade, para prevenir dos perigos que ameaçam o sistema¹¹⁶.

Assim, com o fito de manter esta contradição longe de ser objeto de discussão, o aparato administrativo do subsistema político formata-se de modo suficientemente independente da formação da vontade legitimante. Segundo Habermas:

A montagem das instituições formais democráticas em seus processos permite divisões administrativas a serem feitas largamente independente de motivações específicas dos cidadãos. Isto ocorre através de um processo de legitimação que elide motivações generalizadas, isto é, difunde a lealdade das massas, mas evita participação. [...] gera instituições e processos que são democráticos na forma, enquanto a cidadania, no meio de uma sociedade politicamente objetiva, goza do *status* de cidadãos passivos, apenas com direito de embargar a aclamação. As decisões privadas autônomas de investimentos têm, pois, sua necessária complementação no privatismo cívico da sociedade civil¹¹⁷.

Além de a despolitização das massas legitimar a consciência tecnocrática e o abstencionismo cívico, ela também causa “uma autoprojecção dos homens em categorias [...]: os modelos coisificados das ciências transmigram para um mundo sociocultural da vida e obtêm ali um poder objectivo sobre a autoconsciência”¹¹⁸, em que os indivíduos, motivados pelos benefícios e satisfação de interesses advindos das técnicas estratégicas e instrumentais, abandonam os meios comunicativos de obtenção de recompensas pela interação social.

Então, o contexto político atual viola a linguagem ou, especificamente, a forma da socialização e individualização determinada pela comunicação mediante a linguagem comum, que é interesse inerente a uma das duas condições fundamentais da existência cultural humana. Segundo Jürgen Habermas, “este interesse estende-se tanto à manutenção de uma intersubjectividade da compreensão como ao estabelecimento de uma comunicação liberta da dominação”¹¹⁹. A dominação apolítica atual resulta no desaparecimento dessa característica por conta do interesse pela ampliação do poder de disposição técnica¹²⁰.

¹¹⁶ HABERMAS, 2009, p. 78.

¹¹⁷ HABERMAS, 2002, p. 51-52.

¹¹⁸ HABERMAS, 2009, p. 82.

¹¹⁹ HABERMAS, 2009, p. 82.

¹²⁰ HABERMAS, 2009, p. 82.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

Tipologia democrática em Jürgen Habermas e a teoria da democracia procedimentalista ou política deliberativa

Ante a violação do interesse inerente à espécie humana e partindo dos pressupostos de que a identidade do sistema político não mais deriva da sociedade e de que a sociedade não reconhece mais a dominação política em forma pessoal, Jürgen Habermas, após promover sua própria classificação das teorias democráticas vigentes e a diferenciação entre as concepções liberal e republicana, oferta a sua proposta de adequação das instituições estatais aos valores da sociedade civil.

Para Habermas, a concepção liberal do processo democrático é:

[...] a tarefa de programar o Estado para que se volte ao interesse da sociedade. Imagina-se o Estado como aparato da administração pública, e a sociedade como sistema de circulação de pessoas em particular e do trabalho social dessas pessoas, estruturada segundo leis de mercado¹²¹.

Por consequência, nessa concepção, a política, como formação da vontade dos cidadãos, tem finalidade mediadora: a reunião e a imposição de interesses particulares mediante o aparelho estatal, que se formou para o uso do poder para finalidades coletivas¹²².

38

Segundo a sua concepção republicana, entretanto, a política é forma de reflexão sobre contexto de vida ético, diz o autor, e permite que:

[...] os integrantes de comunidades solidárias se conscientizem de sua interdependência mútua e, como cidadãos, deem forma e prosseguimento às relações preexistentes de reconhecimento mútuo, transformando-as de forma voluntária e consciente em uma associação de jurisconsortes livres e iguais¹²³.

Nesse raciocínio, Jürgen Habermas afirma que:

[...] ao lado da instância hierárquica reguladora do poder soberano estatal e da instância reguladora descentralizada do mercado, ou seja, ao lado do poder administrativo e dos interesses próprios, surge também a *solidariedade* como *terceira fonte* de integração social¹²⁴.

Para tanto, o autor lembra que, para que seja possível a autodeterminação por parte dos cidadãos na esfera do Estado, é pressuposta:

¹²¹ HABERMAS, 2003, p. 270.

¹²² HABERMAS, 2003, p. 270.

¹²³ HABERMAS, 2009, p. 270.

¹²⁴ Grifo do autor. HABERMAS, 2009, p. 270.

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

[...] uma base social autônoma que independa da administração pública e da mobilidade socioeconômica privada, e que impeça a comunicação política de ser tragada pelo Estado e assimilada pela estrutura de mercado¹²⁵.

Tal conjuntura só é possível quando o processo de formação da vontade e de opiniões políticas dá-se por meio da comunicação entre os cidadãos.

As concepções liberal e republicana e conceituações do cidadão do Estado, do direito em si e da natureza do processo político

Entre as diferenciações conceituais advindas dessa classificação habermasiana, destacam-se as diferenças entre a concepção de cidadão do Estado, do conceito de direito em si mesmo e o dissenso teórico referente à natureza do processo político.

Com relação à delimitação conceitual de cidadão do Estado, a concepção liberal determina o *status* de cidadão de acordo com os direitos individuais de que o sujeito dispõe em face do Estado e dos outros cidadãos. Esses direitos são subjetivos e representam direitos negativos que, segundo o autor:

[...] oferecem aos cidadãos a possibilidade de conferir validação a seus interesses particulares, de maneira que esses possam ser agregados a outros interesses privados (por meio de cotações, formação de corporações parlamentares e composições de governos) e afinal transformados em uma vontade política que exerça influência sobre a administração¹²⁶.

A concepção republicana, por sua vez, declara que os direitos dos cidadãos são positivos e garantem a participação em práxis comum dos “sujeitos politicamente responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais”¹²⁷. Logo, o processo político não se constitui em mera função mediadora entre Estado e sociedade, mas surge “do poder gerado comunicativamente em meio à práxis de autodeterminação dos cidadãos do Estado e legitima-se pelo fato de defender essa mesma práxis através da institucionalização da liberdade pública”¹²⁸.

Também é diverso o sentido da ordem jurídica, segundo discriminado por Jürgen Habermas. Na liberal, caracteriza a verificação de quais direitos individuais correspondem a um caso específico; na republicana, os direitos individuais encontram-se em ordem jurídica objetiva, que estabelece o convívio equitativo, autônomo e fundamentado sobre o respeito mútuo¹²⁹.

¹²⁵ HABERMAS, 2009, p. 270.

¹²⁶ HABERMAS, 2003, p. 271.

¹²⁷ HABERMAS, 2009, p. 272.

¹²⁸ HABERMAS, 2009, p. 272.

¹²⁹ HABERMAS, 2003, p. 273.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

Por fim, a política, para a concepção liberal, refere-se tão somente à luta por posições que permitam dispor do poder administrativo, cujos atores agem estrategicamente para a conquista ou para a manutenção do poder – concorrência esta que determina o processo de formação da vontade e da opinião política. Na concepção republicana, ao contrário:

[...] a formação de opinião e vontade política em meio à opinião pública e no parlamento não obedece às estruturas de processos de mercado, mas às renitentes estruturas de uma comunicação pública orientada ao entendimento mútuo¹³⁰.

Elucida Jürgen Habermas que:

[...] o embate de opiniões ocorrido na arena política tem força legitimadora não apenas no sentido de uma autorização para que se ocupem posições de poder; mais que isso, o discurso político ocorrido continuamente também apresenta força vinculativa diante desse tipo de exercício de dominação política¹³¹.

40 Como corolário, a concepção liberal defende que a formação democrática da vontade tem exclusivamente a função de legitimar o exercício do poder político, enquanto a concepção republicana sustenta que a formação democrática da vontade tem a função, essencialmente mais forte, de constituir a sociedade enquanto coletividade política e de manter viva, a cada eleição, a lembrança desse ato fundador¹³².

Frente a tal embate, Jürgen Habermas propõe a concepção procedimentalista, ou política deliberativa, colhendo elementos da concepção liberal e da concepção republicana.

Concepção procedimental habermasiana

Integrando as concepções transcritas anteriormente em conceito que o autor considera como procedimento ideal para o aconselhamento e a tomada de decisões¹³³, Jürgen Habermas propõe procedimento democrático que:

[...] cria uma coesão interna entre negociações, discursos de autoentendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos¹³⁴.

¹³⁰ HABERMAS, 2009, p. 275.

¹³¹ HABERMAS, 2009, p. 275-276.

¹³² HABERMAS, 2009, p. 281.

¹³³ HABERMAS, 2003, p. 278.

¹³⁴ HABERMAS, 2003, p. 278.

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

Assim, em contraponto à interpretação liberal (em que a formação democrática da vontade tem como função única a legitimação do exercício do poder político) e à interpretação republicana (cuja formação democrática tem função muito mais importante, que é a de constituir a sociedade como comunidade política e manter viva, em cada eleição, a recordação desse ato fundador), observa-se outro pensamento na teoria deliberativa habermasiana:

[...] processos e pressupostos comunicativos de formação democrática da opinião e da vontade funcionam como a comporta mais importante para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração vinculados ao direito e à lei. [...] O poder disponível administrativamente modifica sua composição durante o tempo em que fica ligado a uma formação democrática de opinião e da vontade, a qual programa, de certa forma, o exercício do poder político¹³⁵.

A ideia de soberania popular, portanto, em seu prisma procedimentalista, atenta para condições sociais periféricas, “que possibilitam a auto-organização de uma comunidade jurídica sem, no entanto, encontrar-se simplesmente à mercê da vontade dos cidadãos”¹³⁶.

Para tanto, faz-se necessário que exista autocompreensão normativa da política deliberativa, a fim de que seja possível a promoção de um modo discursivo de socialização da comunidade, o que favorece o exame das questões públicas sob a ótica ética, política e moral.

O processo democrático procedimentalista é obtido, então, com as descrições estruturais de um princípio do discurso. Tendo como base a ideia de que o consenso é o *telos* da linguagem, e que o sucesso da comunicação depende de o destinatário da mensagem incorporar o ponto de vista do seu emitente, o discurso, na democracia habermasiana, defende a necessidade da relação intersubjetiva para a realização dos processos de entendimento mútuo, configurados na instituição de aconselhamento, em corporações parlamentares e na rede comunicativa formada pela opinião pública de cunho político.

Desse modo, a política deliberativa possibilita relação interna entre os contextos de universo de vida cooperativo e racionalizado, eis que se desenvolve em conformidade com os procedimentos convencionais da formação institucionalizada da opinião e da vontade, ou de modo informal, nas redes de opinião pública¹³⁷.

Com isso, a legitimidade das decisões e instituições democráticas, segundo a concepção procedimentalista de Jürgen Habermas, somente será alcançada se

¹³⁵ HABERMAS, 2003, p. 23.

¹³⁶ HABERMAS, 2003, p. 25.

¹³⁷ HABERMAS, 2003, p. 284.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

o aparato estatal for elaborado a partir de processos comunicativos livres de coação do aparato administrativo estatal e dos sistemas econômicos.

A ILEGITIMIDADE DA DEMOCRACIA BRASILEIRA E OS ATOS POPULARES LEGITIMATÓRIOS EM 2013

Hodiernamente, os instrumentos midiáticos da internet favorecem a consolidação do mundo compartilhado da vida, em que os indivíduos vinculam-se em redes e em torno de interesses em comum, nos termos anunciados por Jürgen Habermas.

Contudo, isso não significa diretamente que esse mundo compartilhado da vida ecoará as estruturas políticas institucionalizadas, ou, se sim, não indica que o refletirá de modo fiel, aliado à sua constituição legal. Isso ocorre porque a população está envolta em um domínio público estruturalmente despolitizado, cujas marcas são: (a) a abstinência política combinada à preocupação com indicativos individuais fragmentados, como a carreira, a aquisição de bens, o desfrute de lazer (como se dissociados do coletivo), caracterizando as recompensas do sistema social (dinheiro, lazer e segurança); (b) o fundamento da própria despolitização estrutural, fornecida pelas teorias elitistas e tecnocráticas, que amparam a divisão empírica entre minoria e maioria e o conto fantasioso do contratualismo.

42

Tal panorama é resultado, conforme mencionado, do distanciamento do sistema político do subsistema sociocultural e da aproximação daquele ao sistema econômico, isso tudo a partir do advento de uma esfera livre do Estado, com o Estado de Direito e a política liberal.

Diante disso, o sistema político é pautado por valores defendidos pelo sistema econômico, tendo em vista que a conexão do sistema econômico perante o político é capaz de instalar uma esfera emergida da classe econômica que seja livre dos laços socioculturais e de transferir a legitimação para as orientações de ação estratégica utilitária dos participantes do mercado.

É por isso que, hoje, é comum, na democracia concorrencial, a presença da competição entre empresários que jogam e tomam suas decisões orientados ao lucro e substituem a ação orientada por valores por ações guiadas por interesses econômicos. Assim, a importância maior de um país com essa característica é com o produto interno bruto, com índices de importação e exportação, alianças mercadológicas e isenções para a instalação de grandes empresas em solo nacional, em detrimento de oferecer o mínimo de dignidade para estruturas de saúde e educação, por exemplo.

É assim que, dentro do sistema político, o econômico legitima-se e o sistema sociocultural é relegado a segundo plano e ignorante ao funcionamento da política.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 13-48, jul./dez. 2013

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

Com a fragmentação do sistema social nesses subsistemas, não são considerados (de modo displicente ou consciente) os riscos da especialização e preferência sistêmica: para a base de boa economia, é imprescindível educação e saúde dos indivíduos. Todavia, enquanto a classe de elite pode usufruir de bons estudos e de hospitais de qualidade, a maioria continua marginalizada à sobrevivência da miséria.

Com os efeitos resultantes desse contexto, as manifestações de 2013 em solo brasileiro espelham que as pessoas, antes dirigidas a desafios individuais, estão se aliançando em interesses que transbordam os particularismos e invadem a gestão administrativa do Estado, dando origem a inédita cultura política nacional.

Apenas no dia 20 de junho de 2013, contabilizaram-se aproximadamente 1 milhão de pessoas em protesto nas ruas de vários municípios brasileiros. A grande manifestação, impulsionada com o aumento de tarifa do transporte urbano na cidade de São Paulo, SP, desencadeou onda de atos populares no país, motivados por diversos temas cujo cerne reside na insatisfação da sociedade civil na gerência da administração do Estado brasileiro.

Tais protestos são fator necessário à democracia, a qual, no entendimento de Marilena Chauí, de modo atemporal, deve constituir-se de conflito, abertura e rotatividade¹³⁸.

O conflito é representado pela existência de pensamento divergente na democracia, que deve favorecer os múltiplos discursos e admitir heterogeneidade essencial. Por isso, o conflito é inevitável. Se os conflitos existem, evitá-los é permitir que persistam, degenerem em mera oposição ou sejam camuflados. Uma sociedade, para ter um caráter pluralista, deve trabalhar o conflito e, a partir da discussão, encontrar possibilidade de superá-lo.

A abertura significa que o conhecimento deve circular livremente e que a cultura não deve ser privilégio de minoria. Importante destacar que a circulação não se reduz ao mero consumo de informação e cultura, mas significa produção de cultura.

A rotatividade determina que o poder deve ser lugar vazio, sem privilégio de um grupo ou classe, a fim de que todos os setores da sociedade possam ser legitimamente representados.

Para tanto, é imprescindível que a sociedade apresente mecanismos que permitam a extensão da educação, a ampliação dos espaços públicos de consumo e produção de cultura e a independência dos partidos políticos em relação ao poder econômico¹³⁹.

¹³⁸ CHAUI, 1989, p. 156.

¹³⁹ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando*: introdução à filosofia. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1993. p. 183.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

Os atos de protesto referidos, portanto, são essenciais à democracia: são atos que legitimam a sociedade democrática e que pretendem incentivar o diálogo público.

Contudo, se a estrutura estatal brasileira, ainda formatada no elitismo democrático e na democracia concorrencial, não sabe assimilar divergências, quem dirá gerenciar, de modo eficaz, os conflitos. Na realidade, a organização política brasileira atual não apresenta condições para que as reivindicações contrárias ao *status* atual possam ser incorporadas em sua pauta de variáveis. Além disso, ao que se percebe, não há interesse político em incorporar os anseios populares, e o próprio Estado está blindado contra os protestos.

Ademais, como característica do elitismo democrático, não há abertura política mínima à população da própria formatação do Estado, que é informação necessária para que a população reivindicante possa utilizar os instrumentos institucionalizados a seu favor – porque a maioria não é considerada em mesmo patamar que a minoria, isso quando não é mencionada inferioridade intelectual. A própria cultura do povo é-lhe negada à produção; é-lhe permitido somente o consumo.

44

O lugar de poder do Estado brasileiro, mais do que ocupado por classes elitistas que apenas se alternam em nome, mas não em ideais, é desabrigado do seu titular formal determinado no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal. O poder e seu exercício restam nas mãos de interesses particulares, a partir das elites concorrenciais, que blindam o próprio Estado contra o povo.

O que se viu, então, por parte das classes representantes da sociedade, é que o elitismo que não permite a manifestação da maioria, visto que é consultada apenas de forma simbólica, em termos periódicos, serve para legitimar a falácia do poder emanado do povo.

Todavia, por mais vendados que estejam, os insatisfeitos não estão amordaçados: entendem, conforme a democracia procedimentalista de Jürgen Habermas, que o fluxo das informações isentas de particularismos e a comunicação em um mundo compartilhado de vida é o início adequado para a efetivação de melhorias.

Os protestos ocorridos no Brasil demonstram que essa maioria rejeita a exclusividade das elites e os valores que tal classe defende. Requer-se, com isso, consenso sobre valores que estipulam os parâmetros da vida política e que esta esteja de acordo com as necessidades da população.

Ademais, assim como a participação política proposta por Jürgen Habermas, deduz-se das manifestações populares que o interesse da sociedade em participar do Estado não se restringe ao momento decisionista das eleições, mas intenta a participação ao momento da legislação, que representa poder comunicativo no Estado e, por isso, exercício da autonomia política dos cidadãos.

A comunicação, conforme referido, a maioria já descobriu. Só lhe resta saber como continuar, na contramão da força ideológica elitista.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 13-48, jul./dez. 2013

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O termo *democracia* possui acepção aberta, não obstante a referência e a reivindicação datadas de milênios. Contudo, de sua vaga expressão é possível deduzir a tentativa de se assegurar a liberdade e a igualdade entre os sujeitos de um determinado grupo social.

A vagueza de definição do termo, também, mostrou-se conveniente aos modos de exercício do poder vinculados aos discursos sociopolíticos dominantes expostos, que integram os valores do igual e do livre para justificar seu comportamento e suas metas nem sempre declaradas.

Os meandros políticos democráticos de gerência do poder contam com discursos que variam conforme o momento histórico e as reivindicações dos membros da sociedade, como foi o caso da exclusão social originada pelo uso do critério da propriedade e do gênero para a escolha dos representantes do povo. Satisfazendo a reivindicação social de forma temporária, sedimenta-se a titularidade efetiva do poder com a manutenção arditosa da seleção elitista para a gerência da coisa pública.

Em que pese tal manipulação das instituições estatais para a sedimentação de uma configuração sociopolítica de conveniência, a sua base de justificação fortalece-se, sobremaneira, com a aceitação dos sujeitos atingidos com os efeitos do discurso político. Obtém-se, assim, o consenso entre os participantes de um dado mundo da vida; por consequência, tem-se a verdade compartilhada de determinado grupo social, ratificando a forma com a qual é conduzida a coisa pública.

Essa noção pragmática da democracia foi decisiva para Jürgen Habermas na elaboração da política procedimentalista, que se pauta, não no conteúdo da forma política da democracia, mas sim em sua estrutura, o que explica a nomenclatura de sua teoria.

Na configuração de seu modelo político, Jürgen Habermas, utilizando metaconceitos que ele próprio elaborara e englobara em seu sistema teórico, construiu uma hipótese democrática baseada na formação discursiva de opinião e de vontade. Isso se deve ao fato de que, segundo seus ensinamentos, há, inicialmente, a configuração de um núcleo social e somente após se observa a configuração de um Estado e de um Direito, os quais devem garantir a convivência social. Nessa sequência, a democracia, antes de tudo, revela-se em formato de socialização e convivência, em que se definem, especialmente, qual a movimentação e o exercício do poder político dentro da sociedade, a partir do mundo compartilhado da vida formado por seus membros, que fornecem, consciente ou levianamente, os valores-guia do convívio entre eles.

O mundo compartilhado da vida é edificado pelas tradições, instituições e identidades, criadas a partir dos processos de socialização, e define o contexto fenomenológico vivido intersubjetivamente pelos sujeitos.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

É no convívio entre os indivíduos pertencentes a um mesmo grupo social que se faz possível, considerando que todos os participantes são titulares e capazes de juízos de valor, o autoentendimento e, por conseguinte, a formação estrutural de um Estado que, por intermédio do Direito, satisfaça os interesses da sociedade – ditados pelo consenso havido entre seus membros.

Nesses termos, os processos comunicativos de formação democrática da opinião e da vontade representam a origem e a chancela para o discurso das decisões de um governo e de uma administração vinculados ao Direito. E isso é feito a partir do poder comunicativo existente na sociedade civil, o qual define os valores existentes no bojo social, unido ao poder administrativo, poder instrumental titularizado pelo Estado.

No entanto, os protestos ocorridos no Brasil, em 2013, demonstraram que a sociedade civil ainda não tem conhecimento de como manejar o aparato estatal, que está disponível no ordenamento jurídico, a seu favor.

Por parte do Estado, por sua vez, houve a tentativa de minimizar os ecos das ruas com promessas de reforma política (já descartada) e de modificações pontuais na contraprestação de transporte público (cujas despesas, a serem arcadas pelos contribuintes, foram somente remanejadas) – além de outras ditas “vitórias”, como o impedimento à PEC n. 37.

46

As reivindicações, que são sistêmicas e não superficiais, foram abafadas e desistidas, temporariamente. Sabe-se que não é no berro que as estruturas podem ser modificadas, mas esse é a única via que restou à população. Na verdade, é o único caminho que se mostrou aberto, porque os indivíduos envolvidos nos protestos desconhecem os meios institucionais necessários para manifestar as suas insatisfações de modo eficaz.

Todavia, percebeu-se que a maioria, contraposta à minoria elitista, tem conhecimento de que esta não legitima as pretensões do bem comum da população – ao contrário do mito de que a tal democracia seria um método para promover o bem comum através da tomada de decisões pelo próprio povo, com a intermediação de representantes.

Observou-se, das manifestações populares, que seus promotores têm conhecimento de que as decisões tomadas por seus representantes estão dissociadas de suas próprias escolhas e que aquelas são pautadas por um sistema de mercado que se apresenta desumano – cujos parâmetros, adotados pelo sistema político, conduzirão à sua autodestruição do Estado, iniciando pela míngua de condições de vida ofertadas, a custos, à maioria.

Contra esses efeitos que se insurgiu a população brasileira. Consoante afirmado, o processo se iniciou a partir da comunicação, em similaridade à democracia procedimentalista habermasiana. Nessa comunicação, compreendeu-se que o mundo da vida não é algo acabado e imposto pelo Estado, mas sim uma

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 13-48, jul./dez. 2013

A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares

estrutura orgânica em construção, a ser aperfeiçoada de acordo com o consenso havido entre as pessoas e melhorada a partir de vontades solidárias.

Assim, resta saber como – e se é possível – a maioria pode resgatar os sistemas de sua sociedade e buscar a legitimação dos atos políticos a partir de suas reivindicações.

REFERÊNCIAS

- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1993.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 26. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1941.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Editora da UnB, 1998. v. I.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. *O diálogo democrático*: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2011.
- CARRACEDO, José Rubio. Por un modelo democrático liberal-republicano: retos pendientes en ética y política. In: CARRADERO, José Rubio; ROSALES, José María; TOSCANO, Manuel (Ed.). Suplemento 5 (2000) de Contrates. *Revista Interdisciplinar de Filosofía*. ISSN 1136-9922. p. 105-120.
- CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1989.
- COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.
- DOWNS, Anthony. *Análise política moderna*. 2. ed. Brasília: UnB, 1988.
- DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: EDUSP, 1999.
- GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*: as concepções de estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. 15. ed. Porto Alegre: L&PM, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. I.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.
- HABERMAS, Jürgen. *Tecnologia e ciência como “ideologia”*. Lisboa: Edições 70, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. Três modelos de democracia. *Sobre el concepto de una política deliberativa*. Texto apresentado no seminário “Teoria da Democracia”, Universidade de Valência, 15 out. 1991. Tradução de Gabriel Cohn e Álvaro de Vita. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>> Acesso em: 24 ago. 2011.
- HELD, David. *Modelos de democracia*. Belo Horizonte: Paideia, 1987.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

KELSEN, Hans. *Essenza e valore della democrazia*. Bologna: Il Mulino, 1981.

LUCHMANN, Lúgia Helena Hahn. Democracia deliberativa: sociedade civil, esfera pública e institucionalidade. *Cadernos de Pesquisa PPGSP – UFSC*, n. 33, nov. 2002, ISSN 1677-7166. Disponível em: <<http://www.sociologia.ufsc.br/cadernos/Cadernos%20PPGSP%2033.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2010.

MARX, Karl. *Scritti sulla comune di Parigi*. Roma: D'Arcais, Samonà e Savelli, 1971.

MIGUEL, Luis Felipe. A democracia domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo. *Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, vol. 45, n. 3, 2002. ISSN 0011-5258. Disponível em: <<http://migre.me/6d5PS>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

MILL, John Stuart. *Da liberdade*. São Paulo: IBRASA, 1963.

MOSCA, Gaetano. *La clase política*. S.l.: Fondo de Cultura Económica de España, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

OLIVEIRA, Heloisa Maria José de. A democracia em suas versões elitista e participativa e o modelo da autonomia democrática. *Revista Katálysis*, UFSC, Florianópolis, v. 6, n. 1, 2003. ISSN 1982-0259. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/7176>>. Acesso em: 02 ago. 2011.

OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

48

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. São Paulo: Paz e Terra-Graal, 1992.

POULANTZAS, Nicos. *Estado, o poder, o socialismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra-Graal, 1990.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. São Paulo: Hemus, [s.d.].

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: introdução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: EDUSP, 1987.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1968.

Data de recebimento: 25/12/2013

Data de aprovação: 07/05/2014

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 13-48, jul./dez. 2013

A DEMOCRACIA SOB A PERSPECTIVA DE UM DIREITO DA TEORIA DA QUARTA DIMENSÃO

DEMOCRACY IN THE RIGHT PERSPECTIVE ON THE THEORY OF THE FOURTH DIMENSION

*Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina**

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar a teoria da quarta dimensão do Direito, qual seja a Democracia, como sistema político ideal para a materialização e eficácia dos direitos fundamentais aos seres humanos de forma indistinta, em virtude de seu modelo político, que permite um contato direto e imediato com a sociedade, por meio de garantias constitucionais: sufrágio universal permite ao povo eleger seus representantes; ação civil pública permite à sociedade uma direta forma de expressão com o Estado; ação civil pública; mandato de injunção; mandato de segurança; ação direta de inconstitucionalidade; entre inúmeras outras prerrogativas, garantidas por este modelo como forma de proteção à repressão estatal e meio de efetivação de direitos. O método utilizado foi o de pesquisas bibliográficas. O estudo baseou-se em afirmativa histórica sobre os direitos fundamentais, de maneira a expressar as principais mudanças ocorridas no decorrer do tempo, incluindo, assim, a passagem do Estado Absoluto de Direito para o atual modelo de Estado Democrático de Direito, que é considerado, pelo respectivo texto, como padrão para todos os países, com vistas na efetivação da dignidade da pessoa humana, conforme será exposto.

Palavras-chave: Estado democrático de direito; Direitos fundamentais; Dimensões ou gerações de direito; Democracia; Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This paper aims to present the theory of the fourth dimension of law, namely democracy, as being ideal for the realization and effectiveness of the fundamental human rights without distinction on account of his

* Graduada em Direito pela Unoesc/Chapecó; Autora do blog Direito em Estudo; Pesquisadora da área de Direitos Fundamentais, Políticas Públicas, área Militar e Ambiental. Correspondência para/Correspondence to: Rua Pedro Balerini, n. 981-E, Vila Páscoa, Bairro Efapi, Chapecó/SC, 89809-882. E-mail: linny.mendes@hotmail.com e aline.mendes.de.medeiros@gmail.com.

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina

political model political system which allows a direct and immediate contact with society through constitutionality guarantees, such as universal suffrage, which allows the people to elect their representatives as well as civil action, which allows the company, a direct form of expression with the state, as well as other measures, the civil action, the mandate of injunction, mandate safety, direct action of unconstitutionality, among numerous other privileges secured by this model as a way of protecting state repression and effective means of rights. Thus, the method used was the literature searches. The study was based on a historical statement on fundamental rights in order to express the main changes over time, as well, including the passage of absolute state of law, for the current model democratic state, whose it is deemed, by its text, as the standard for all countries, aiming at realization of the dignity of the human person, as will be discussed through the manuscript under discussion.

Keywords: Rule of law; Fundamental rights; Generations of law or dimensions; Democracy; Dignity of the human person.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

50 O presente estudo tem por escopo abordar a teoria da quarta dimensão dos direitos fundamentais, ou seja, a teoria que define a democracia como sistema político ideal para a completa efetivação dos direitos fundamentais na sociedade. Por conseguinte, propõe-se, por intermédio desta teoria, fundamentar a compatibilidade entre este modelo político e sua função de concretização do bem comum, com vistas na efetivação dos direitos inerentes ao ser humano, alicerçado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em razão de que este princípio ideológico e político-constitucional não se baseia em simples viver, mas sim em viver com dignidade, tendo ao menos um mínimo existencial de direitos protegidos e efetivados.

O objetivo proposto neste trabalho será realizado pelo método de pesquisas bibliográficas, de maneira a discorrer acerca dos principais tópicos que concernem à temática, sob o prisma dos mais prestigiados doutrinadores, de forma a fundamentar a teoria da democracia, como modelo para alcançar a materialização e efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, será efetuada abordagem histórica dos direitos fundamentais, com vistas a visualizar as mudanças que ocorreram na sociedade, estas foram obtidas por meio de transformações ideológicas e culturais, de maneira a embasar a conclusão de que as leis acompanham o desenvolvimento da sociedade, isto é, são as leis que estão à disposição das pessoas, e não estas que estão à disposição das leis. Ou seja, o ordenamento jurídico apenas existe como meio de garantir e efetivar os direitos indispensáveis à convivência do ser humano em sociedade.

Feita a análise histórica acerca dos direitos fundamentais, abordar-se-á a questão do Estado Absoluto de Direito e sua gradativa conversão para Estado

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

A democracia sob a perspectiva de um direito da teoria da quarta dimensão

Democrático de Direito, com vistas a demonstrar a necessidade do ser humano de evoluir e modificar sua existência, por meio de novas ideologias e concepções de direitos que necessitavam ser protegidos por um Estado garantidor. Consequentemente, ao longo desta transmutação de necessidades, ideologias e culturas, emergiu o que a doutrina denomina *geração* ou *dimensão de direitos*, ou seja, conforme a realidade e a necessidade da época em que se encontravam os seres humanos afluíam a imprescindibilidade de novas garantias jurídicas, cujo propósito consistia na proteção e garantia de uma vida digna.

Desta forma, surgiram, com a teoria original de Karel Vasak, as denominadas *gerações de direitos*, que, originalmente, compreendiam três gerações, porém, no decorrer do tempo, a doutrina entrou em discordância no que diz respeito ao termo *geração*, sob a premissa de que poderia estar sendo interpretado de forma equivocada, denominando-se, assim, *dimensão de direitos*. Esta questão será exposta de forma mais específica no item 4 do respectivo trabalho.

A modificação do termo denominativo não foi à única transformação que ocorreu no transcorrer do tempo, visto que, devido ao fato de a sociedade ter evoluído, com ela, também, modificaram-se as prerrogativas dos seres humanos, resultando no que alguns doutrinadores sustentam como as novas *gerações ou dimensões de direitos*. Bonavides (2004) abarca uma possível quarta geração, na qual se encontra a Democracia; neste sentido o referido autor, em conformidade com outros autores renomados, sustenta ainda a existência de quinta, sexta e até mesmo de uma sétima dimensão de direitos.

No entanto, o peculiar trabalho ater-se-á apenas às teorias que retratam até a quinta geração, as quais são defendidas pela maioria da doutrina, com enfoque especial à questão da democracia (quarta geração), posto que nesta geração reside o objetivo principal do referido documento.

Na conclusão, serão apresentados os argumentos favoráveis ao sistema democrático de direito, considerando tal sistema político como modelo ideal de concretização da Carta Maior, portanto, o conjunto Ideal para garantir o melhor convívio social e a efetivação dos direitos inerentes aos seres humanos.

AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na concepção de Sarlet (2009), em citação a Stern, o reconhecimento histórico dos direitos fundamentais ocorreu em três etapas, *in verbis*:

(...) a) uma **pré-história**, que se estende até o século XVI; b) uma **fase intermediária**, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jus naturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a **fase de constitucionalização**, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos. (Grifos do original).

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina

Neste sentido, complementa Moraes (2013), os direitos individuais do homem tiveram origem no terceiro milênio a.C., no antigo Egito e Mesopotâmia, onde eram configurados mecanismos individuais de proteção relacionados ao Estado. O pioneiro em consagrar expressamente “um rol de direitos comuns a todos os homens” foi o Código de Hamurabi.

Destarte, em 500 a.C., Buda, por sua vez, difundiu os direitos do homem, por via de sua influência religiosa. Posteriormente eclodiram na Grécia diversos estudos coordenados, a respeito da necessidade de igualdade e liberdade entre os homens, com enfoque na democracia direta de Péricles, que, em 441 a.C., pela obra *Antígona*, em expressão às ideologias sofistas e estoicas, faz emergir a crença de “um direito natural anterior e superior às leis escritas”, denominado *Jus-naturalismo*, conforme denota Moraes (2013). Nesse entendimento segue Sófocles, defendendo a existência de prerrogativas não escritas e imutáveis, inerentes a todos os homens.

No entanto, foi em virtude do Direito romano que teve afirmação a tutela dos direitos individuais contra os arbítrios estatais, por via da *Lei das doze tábuas*. A este respeito, congrega Marmelstein (2013) que “a noção de direitos do homem é tão antiga quanto à própria sociedade”, visto que tal ideologia se mostrou presente desde os primórdios em todas as culturas, seja em maior ou em menor intensidade.

52

Por consequência, salienta Moraes (obra citada) que a certificação dos direitos fundamentais sofreu influência direta do Cristianismo, que trouxe preceitos indispensáveis para a asseveração da dignidade da pessoa humana, tal como a igualdade entre os homens, independente de sexo, raça ou credo.

Desta forma, elucida Comparato (2010) que “tudo gira, assim, em torno do homem e de sua eminente posição no mundo”, pois a dignidade da pessoa humana tomou forma, primeiramente por meio da religião, seguida da filosofia e findando-se pela ciência.

Neste enfoque, por intermédio da fé monoteísta, a religião justificou a superioridade do ser humano, uma vez que, nesta concepção, tudo fora criado por Deus (expressão da Bíblia) “único e transcendente”, o qual cedeu poder ao homem, para que predominasse sobre tudo que existe na Terra (Gênesis 1, 26).

Posteriormente, a tese acerca da hierarquia do homem tornou-se justificável com a ascensão da ideia de racionalidade humana, difundida por poetas e filósofos gregos, que consideravam tal característica como atributo exclusivamente humano. No campo científico, esta valoração se justificou com a descoberta do processo evolutivo dos seres vivos, já que “a própria dinâmica da evolução vital se organiza em função do homem”, conforme expressa Comparato (obra citada).

No que concerne à consolidação histórica, durante a Idade Média, diversos documentos foram redigidos reconhecendo os direitos fundamentais como predominantes frente ao poder estatal, conforme discorre Moraes (obra supracitada).

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

A democracia sob a perspectiva de um direito da teoria da quarta dimensão

A partir do século XVIII, ocorreu desenvolvimento contundente acerca das declarações de direitos fundamentais, em que se acentuam, como importantes referências históricas, países como a Inglaterra, com a *Magna Charta Libertatum*, consentida por João Sem-Terra, em 15 de junho de 1215. Sobre ela, destaca Marmelstein (obra supramencionada) que originalmente redigida em latim, apenas a classe privilegiada dominava tal linguagem, logo, tal documento teve pouca utilidade para a população carente.

Ainda na vertente histórica, encontrar-se-á, como referência, a *Petition of Right*, de 1628, que consagrou a liberdade de agir, bem como o *Habeas Corpus*, de 1679, cuja definição oficial, segundo Comparato (2010), consistia em “uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões no ultramar”. Foi instituída para regulamentar a *Petition of Right*, de maneira a conferir significativas modificações ao instituto, com o objetivo de efetivar melhorias em sua eficácia jurídica.

Moraes (obra citada) enumera como marcos histórico: o *Bill of Rights*, de 1689, que trouxe diversas restrições ao poder estatal, no entanto, em contrapartida, promulgou expressamente a negação da liberdade religiosa; o *Act of Settlement*, de 12 de junho de 1701, que se consolidou como uma normativa reafirmadora “do princípio da legalidade e da responsabilização política dos agentes públicos”; a *Declaração de Direitos da Virgínia*, de 16 de junho de 1776, proclamando o direito à vida, à liberdade e à propriedade; a *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*, de 4 de julho de 1776, elaborada por Thomas Jefferson, frisando a limitação do poder estatal; e a *Constituição dos Estados Unidos*, de 17 de setembro de 1787, que estabeleceu a separação dos poderes estatais e os direitos humanos fundamentais, com o fim de limitar o poder estatal.

No entanto, foi a França a consagradora, de forma indiscutível, dos direitos fundamentais, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26 de agosto de 1789, que veio a positivizar os direitos naturais disponíveis a todos os homens, indistintamente.

De forma ampla, estes são os pontos históricos indispensáveis para um estudo acerca da efetivação dos direitos fundamentais, sendo sucedidos, porém, por inúmeras outras afirmações importantes, as quais não serão abordadas de forma específica no presente estudo, pois não se enquadram no artigo de forma contributiva. Assim, segue-se como significativo momento histórico que consistiu na transmutação do Estado Absolutista para o Estado Democrático de Direito.

DO ABSOLUTISMO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em relação ao sistema absolutista, segundo entendimento de Bodin (1992), a soberania neste momento histórico se traduzia em um poder absoluto e perpétuo, ocupado pelo rei, porque consistia na necessidade de uma base rígida e

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina

inalterável de poder político. No entanto, Hobbes (2003) preleciona que os contratos, sem a força, não possuem poder de coerção suficiente para transmitir segurança ao ser humano; desta maneira, o Estado precisaria principalmente do elemento coercitivo para garantir a expressão de seus dizeres.

Destarte, o Absolutismo, resultado de mudanças europeias, apresentava-se como o sistema político ideal para proteger o homem de si mesmo, modelo este que predominou no *Antigo Regime*, entre os séculos XV e XVIII, legalizando ao Estado soberania indiscriminada, já que, em suas mãos, concentravam-se os três poderes.

Neste sentido, Hobbes (2003) dispõe que “enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo que queira, a condição de guerra será constante para todos”, tendo-se em vista que, para o ele, o homem seria essencialmente mau e egoísta, com ambição crescente por poder, a qual apenas cessaria com sua morte, encontrando-se, dessa forma, a justificativa da necessidade de um poder soberano, comparado pelo autor ao Leviatã, o monstro marinho mencionado pela Bíblia, o qual somente Deus controlaria.

Estatui Hobbes (apud MARMELSTEIN, 2013) que “o soberano deveria possuir um poder absoluto, sem qualquer limitação jurídica ou política. Nada que o soberano fizesse poderia ser considerado injusto (...), o soberano podia tudo e somente prestava contas a Deus”.

54

Em prosseguimento, Maquiavel (2007) defendia a legitimidade de qualquer meio para que o soberano, em defesa dos negócios públicos, se mantivesse no poder, fosse por meio de lei ou em virtude da força; para ele, não havia limites no que concerne aos alcances de seus objetivos, *in verbis*:

Quem num mundo cheio de perversos pretende seguir em tudo os princípios da bondade, caminha para a própria perdição. Daí se conclui que o príncipe desejoso de manter-se no poder tem de aprender os meios de não ser bom e a fazer uso ou não deles, conforme as necessidades.

Para Marmelstein (obra citada), o corolário destes dois pensadores era que deveria haver um “Estado forte (Leviatã), absoluto, sem limites e sem escrúpulos, onde o soberano poderia cometer as maiores atrocidades para se manter no poder (...), posto que a vontade do soberano estaria acima de qualquer concepção jurídica”. Assim, entre os Estados Absolutistas, destacam-se Portugal, França, Inglaterra e Itália.

Salienta-se que foram dois os eventos históricos que contribuíram para a ruína do absolutismo, a Revolução Gloriosa, 1688-1689, ocorrida na Inglaterra, e a Revolução Francesa, em 1689, tendo como ideário o Iluminismo.

Um dos pioneiros a questionar este sistema foi Johannes Althusius, em sua obra intitulada *Política*, mencionado por Marmelstein (obra citada), na qual o

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

A democracia sob a perspectiva de um direito da teoria da quarta dimensão

autor questiona o poder absoluto e desenfreado do rei; para o questionador “todo o poder está atado às leis, aos direitos e à equidade”. Tal ideia, originária de 1603, somente foi rediscutida em 1690, por Locke, por meio de seu *Segundo tratado sobre o governo* (2003):

O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da vida civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela.

Nessa acepção, Locke (obra citada) defendia que as pessoas se uniam de maneira voluntária com o fim de viverem em sociedade, relegando, então, sua liberdade inerente para a comunidade ao aquiescerem em respeitar as leis, que seriam pactuadas por todos os membros da sociedade, emergindo, nesse momento, a base teórica para o Estado Democrático de Direito.

Locke (obra citada) acreditava na indispensabilidade da separação de poderes, em decorrência de que “poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os mesmos que detenham a missão de elaborar leis, também, tenham nas mãos o poder de executá-las”.

Destarte, o magistrado Charles-Louis de Secondat, popularmente denominado Barão de Montesquieu (apud MARMELSTEIN, 2013), dispõe que “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele”, então, “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”. Nesse sentido:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado, apenas, estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente (...). Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Para tanto, Marmelstein (obra citada) acentua a sincronia existente entre a técnica da separação do poder e os direitos fundamentais, intrínsecos na formação do Estado democrático de Direito. Nessa orientação, citar-se-á o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que preleciona a imprescritibilidade da existência do reconhecimento dos direitos fundamentais, bem como a necessidade da separação dos poderes, para que possa existir verdadeira Constituição.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina

Em decorrência, subentende-se que, para um país ser democrático, necessita da existência de mecanismos de controle da opressão estatal; assim, este método político, mesmo na atualidade, se torna perfeitamente eficaz, visto que boas partes dos países ocidentais adotam tal sistema, em que o povo elege seus governantes, que se obrigam a prestar obediência às leis, também provindas da sociedade, tendo suas funções estatais subdivididas em diferentes órgãos, quais sejam, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Conforme se pôde constatar, “os direitos fundamentais foram criados, como instrumentos de limitação do poder estatal” como dispõe Marmelstein (obra citada), assim, “eles surgiram como barreira ou escudo de proteção dos cidadãos contra a intromissão indevida do Estado, em sua vida privada e contra o abuso de poder”.

Dessa forma, a finalidade do Estado é a busca efetiva do bem comum, e o governo provém do povo e trabalha em função deste; nesse contexto, este modelo político (a Democracia) é o único sistema que permite alterações sociais, sem a necessidade de violência, como bem coloca Marmelstein (supracitado), consentindo em um modelo a ser seguido por todos os países, cujos ideais buscados são eficazes para a concretização da Constituição na sociedade e assim ao convívio harmônico dos seres humanos. Porém, convém salientar que, como o governo é efetuado por homens, existe a possibilidade de que venham a ocorrer desvios de conduta neste sistema, passando uma ideia equivocada de ineficácia deste modelo político, ideia esta que será descortinada no decorrer do trabalho.

56

Então, transcorrido este percurso histórico, segue-se para as *dimensões do direito*, transpostas no tópico a seguir.

Dimensões do direito: efetividade e conteúdo

No que reporta aos direitos fundamentais, Marmelstein (obra citada) defende que eles compreendem valores “que acompanham a evolução cultural da própria sociedade. Desse modo, é natural que o conteúdo ético dos direitos fundamentais também se modifique ao longo do tempo”, nesse sentido também se posiciona Bobbio (2004). Por conseguinte, no que se refere às dimensões dos direitos, Karel Vasak desenvolveu uma teoria que culminou na aceitação internacional, inclusive no Brasil, sendo proferida por decisões do STF, como forma de fundamentar seus raciocínios. Tal teoria foi elaborada em homenagem à Revolução Francesa, na qual cada princípio fundamenta uma cor da bandeira da França, sendo denominada *teoria das gerações de direito*. Neste sentido, Marmelstein (devidamente citado), salienta:

- a) A primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas;

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

A democracia sob a perspectiva de um direito da teoria da quarta dimensão

- b) A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por elas causados;
- c) Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial, o direito ao desenvolvimento, a paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente, após a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948.

Neste escopo, Cunha Junior (apud MARMELSTEIN 2013) orienta que “as gerações dos direitos revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção das carências dos seres humanos, nascidas em função de mudanças nas condições sociais”. Desta forma, *a priori*, destaca-se breve comentário acerca da terminologia utilizada, para, então, fazer especificação acerca de cada geração. Ao que deslinda Marmelstein (obra citada), *in verbis*:

A expressão *geração de direitos* tem sofrido várias críticas por meio da doutrina nacional e estrangeira, pois o uso do termo *geração* pode dar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, o que é um erro, já que, por exemplo, os direitos da liberdade não desaparecem ou não deveriam desaparecer quando surgem os direitos sociais e assim por diante. Na verdade, todo o Estado Democrático de Direito é alicerçado nos direitos de primeira geração, de modo que seria inconcebível que eles cedessem lugar aos de segunda geração. O processo é de acumulação e não de sujeição. (Grifos do original).

57

Assim, Perez-Luño (apud MARMELSTEIN, 2013) acrescenta:

Vale advertir que as gerações de direitos humanos não representam um processo meramente cronológico e linear. No curso de sua trajetória, produzem-se constantes avanços, retrocessos e contradições. De outro lado, as gerações de direitos humanos não implicam na substituição global de um catálogo de direitos por outro, já que em algumas ocasiões surgem novos direitos como resposta a novas necessidades históricas; outras vezes, exigem o redimensionamento ou redefinição de direitos anteriores para adaptá-los aos novos contextos em que devem ser aplicados.

Por consequência, em decorrência desta discrepância terminológica, Guerra Filho (1999), Sarlet (2009), Bonavides (2004), entre outros doutrinadores, aderiram ao termo *dimensões* em lugar de *gerações*. Ademais, incorre em erro, também, aquele que procurar classificar determinados direitos, como se eles fizessem parte de apenas uma dimensão, posto que o correto seria analisá-los, sob todas as perspectivas, devido ao fato de que eles se complementam de forma indivisível e interdependente.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina

Nas palavras de Marmelstein (obra citada), “não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais”. Em conformidade, assevera Sarlet (obra citada), para o qual:

Com efeito, não há como negar que *o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância*, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais. (Grifos do original).

Em extensão, Marmelstein (obra citada) salienta a importância de se considerar esses direitos como valores “indivisíveis e interdependentes”, de maneira que “de nada adianta a liberdade, sem que sejam concedidas as condições materiais e espirituais mínimas para a fruição desse direito”. Desta forma, os respectivos autores não verificam possibilidades em se “falar em liberdade, sem um mínimo de igualdade, nem de igualdade sem as liberdades básicas”. A busca pela efetivação desses direitos deve ser abarcada em conjunto, dado que um possui tanta importância quanto o outro, a ponto de complementarem-se. Nessa direção, considera Bonavides (obra citada):

58

Se hoje esses direitos parecem já pacificados na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória, que parte com frequência de mero reconhecimento formal, para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática de poder.

Findo este aspecto, segue-se para as dimensões, de forma individualizada, como maneira de apresentar um entendimento mais abrangente acerca da matéria.

Teoria da primeira, segunda e terceira dimensões de direito

Influenciados pela forte opressão estatal vivenciada pela sociedade, os direitos protegidos nas declarações pioneiras seguiam o pensamento iluminista.

Portanto, neste momento histórico, foi reconhecido o direito da liberdade, bem como os direitos políticos, objetivando materializar a democracia, pela participação do povo na iniciativa de decisões políticas, por intermédio do voto, do direito a filiação partidária, entre outros. Com efeito, Bobbio (2004) define tais direitos como direitos individuais, de natureza civil e política, cujo objetivo consiste na proteção da sociedade de opressões estatais, por via da tutela das liberdades públicas.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

A democracia sob a perspectiva de um direito da teoria da quarta dimensão

Nesse enfoque, Canotilho (apud MARMELSTEIN, 2013) denota na área jurídica objetiva que os direitos civis e políticos (direitos de liberdade) teriam competência negativa aos poderes públicos, uma vez que proíbem a intervenção do Estado, no âmbito jurídico individual, em respeito à dignidade da pessoa humana. Esses direitos se estendem a todos os seres humanos, indistintamente, pelo simples fato de serem inerentes a pessoa humana, sem que, para fazer parte dessa tutela, a pessoa precise de caráter especial, e são reconhecidos como *direitos da primeira geração*.

Desta feita, o excesso de liberdade da primeira dimensão resultou em desequilíbrio social, que urgiu por reparação, por meio da queda do Estado Liberal e do nascimento do Estado-providência, para os franceses, e do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), para os americanos, modelo no qual o Estado, ainda inserido no paradigma capitalista, compromete-se a promover igualdade social e a garantir as condições básicas para uma vida com dignidade. Nasceram, então, os direitos de segunda dimensão, isto é, os *direitos sociais, culturais e econômicos*, ou seja, são os direitos da *igualdade* entre os homens. Ocorre, porém, que, como bem sustenta, Marmelstein (obra citada):

Apesar do espírito humanitário que inspirou as declarações liberais de direito e do grande salto que foi dado na direção da limitação do poder estatal e da participação do povo nos negócios públicos, o certo é que essas declarações não protegiam a todos. Muitos setores da sociedade, sobretudo os mais carentes, ainda não estavam totalmente satisfeitos apenas com essa liberdade de “faz de conta”. Eles queriam mais. A igualdade meramente formal, da boca para fora, que não saía do papel, era o mesmo que nada. Por isso, eles pretendiam e reivindicaram também um pouco mais de igualdade e inclusão social.

59

Esse momento histórico contou com o apoio, inclusive, da Igreja Católica, que até então se mantinha neutra, por meio da encíclica *Rerum novarum*, do Papa Leão XIII, em 15 de maio de 1891, documento este que criticava as condições sociais dos trabalhadores e pedia o reconhecimento dos direitos trabalhistas.

Nesse instante, guiado pelas condições de fragilidade do trabalhador e pelo clamor social, o legislador criou direitos mínimos à classe, com estabelecimento delimites na atuação do empregador, tais como o direito a um salário mínimo, o direito de greve, entre outros.

Em concordância, Fabre (2003), destaca:

(...) ao longo da evolução do espírito democrático, os Estados modernos compreenderam que o valor dos direitos do homem decorre antes de sua eficácia, que de sua idealidade e que o importante é transformar seu dever-ser num dever-fazer aplicado e obedecido. Mas o preço a pagar por essa transformação é pesado: o Estado-Providência transforma-se, numa sociedade que prevê seguridade e é regido pelo “direito da necessidade” (...).

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina

Destarte, Sarmento (2006) instrui em favor do reconhecimento de condições básicas dos indivíduos, pois que, sem esta prerrogativa, a liberdade se torna fórmula vazia, visto que a liberdade apenas se efetiva, por meio da autonomia de agir e de viver de acordo com suas expectativas.

Para tanto, os direitos *culturais, sociais e econômicos* se tornam essenciais por parte do Estado, como garantia de uma vida digna. Esses direitos foram efetivados primeiramente, pela Constituição do México em 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919, “fornecendo bases jurídicas para o reconhecimento da igualdade econômica e social como diretriz imposta constitucionalmente”, nas palavras de Marmelstein (obra citada).

Semelhante a isso, em continuação a explanação do referido autor, movido pela crise da quebra da Bolsa de Valores de New York, de 1929, o Presidente Franklin Delano Roosevelt desenvolveu o programa político denominado *New Deal*, cujas diretrizes reivindicavam maior intervenção estatal na economia e no investimento público em políticas sociais, tais medidas englobavam a legalização de diversos direitos sociais mínimos, como o seguro-desemprego, os pisos salariais, etc.

Ocorre que, devido ao fato de a Constituição Americana ser eminentemente liberal, excluindo os direitos sociais de seu rol de prerrogativas, a não ser na cláusula de garantia do direito de igualdade, as assertivas acerca dos direitos sociais mínimos, neste país, foram implementadas em nível notavelmente menos intenso que nos demais estados ocidentais.

De outra forma, no Brasil, por meio da Constituição de 1934, ocorria o primeiro passo na direção da formação do Estado do bem-estar social, sendo seguida de maneira mais abrangente, pela Constituição de 1946, abordando diversos direitos sociais, do mesmo modo que os direitos relacionados à proteção dos trabalhadores. No que tange ao assunto, enfatiza Marmelstein (obra citada):

Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração (...). Impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício de liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas de gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.

Em conformidade, Bonavides (obra citada) dispõe que os direitos de segunda dimensão tiveram “eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos, que exigem do Estado determinadas prestações materiais, nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

A democracia sob a perspectiva de um direito da teoria da quarta dimensão

Desta forma, no fim da Segunda Guerra Mundial, originou-se um movimento mundial em favor da valoração de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, no sentido de que seriam valores universais.

Como resultados, surgem diversos tratados internacionais proclamando a efetivação desses valores, em busca de um padrão ético global. É nesse momento que surgem os *direitos da terceira geração*, “fruto do sentimento de solidariedade mundial, que brotou como reação aos abusos praticados durante o regime nazista”, acentua Marmelstein (obra citada). Nessa geração, busca-se a proteção do gênero humano, e não apenas do indivíduo abstrato. Nesse sentido, assevera Bonavides (obra citada):

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX, enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário, o gênero humano, mesmo, num momento expressivo de sua afirmação, como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Nesta direção, por meio da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, emergiu nova ordem mundial, por sua vez, comprometida com os direitos fundamentais, inspirando a aprovação de vários outros tratados de suma importância, tais como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, sociais e culturais, que abordam inúmeras diretrizes a serem observadas pelos Estados que o firmaram, entre os quais o Brasil.

Da mesma forma, foram formados Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, com o intuito de garantir a observância dos tratados internacionais, reforçando a ideia de que o desrespeito aos direitos fundamentais fere a humanidade de forma universal, de acordo com Marmelstein (obra citada).

Por consequência, a Constituição brasileira de 1988 emergiu em sintonia com tal geração, posto que elencasse quase todos os direitos fundamentais da terceira geração em seu texto. Porém, o doutrinador Sarlet (obra citada), preleciona uma crítica a esta geração, *in verbis*:

Com efeito, cuida-se, no mais das vezes, da reivindicação de novas liberdades fundamentais, cujo reconhecimento se impõe em face dos impactos da sociedade industrial e técnica deste final de século. Na sua essência e pela sua estrutura jurídica de direitos de cunho excludente e negativo, atuando como direitos de caráter preponderantemente defensivo poderiam enquadrar-se, na verdade, na categoria dos direitos de primeira dimensão, evidenciando, assim, a permanente atualidade dos direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptados às exigências do homem contemporâneo.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina

Neste aporte, Bonavides (obra citada) sustenta que, para a efetivação dos direitos de solidariedade e fraternidade, requerem-se novas técnicas por parte do Estado, de garantia e proteção de caráter universal, pois que o princípio da solidariedade se expressa no dever do Estado, em particular, de considerar em suas decisões o bem comum a todos os outros Estados e de seus cidadãos, bem como o auxílio recíproco para a superação de dificuldades que outros Estados venham a sofrer coordenação sistemática da política econômica.

Neste sentido, se faz necessária a consideração do Planeta dividido por nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, de maneira a materializar, em escala maior ou menor, a necessidade de intervenção das garantias fundamentais em cada área. Assim, como resultado da evolução dos direitos fundamentais, a busca pela efetivação da dignidade humana se fez constante na história; para tanto, o sistema normativo deve se adaptar às constantes mudanças sociais e culturais da sociedade, sendo, nesse caso, natural que outros valores se agreguem aos valores já existentes, assim como estes sejam constantemente atualizados, com vistas a refletirem a mentalidade e as necessidades atuais da sociedade.

Por conseguinte, salienta Marmelstein (obra aludida):

(...) daí falar-se em novas gerações além daquelas três imaginadas por Karel Vasak. Já se fala em direitos da quarta, quinta, sexta e até sétima gerações, que vão surgindo com a globalização, com os avanços tecnológicos (cibernética), e com a descoberta da genética (bioética).

62

Ocorre, porém, que, como a temática principal do respectivo trabalho, restringe-se à teoria da quarta geração, isto é, no direito ao *pluralismo político*, ela será explicada em tópico próprio, de forma a efetuar um destaque maior e específico à Democracia; nesse sentido, o texto passará a explanar amplamente a teoria da quinta geração de direitos.

Assim, como direito da *quinta geração*, em concordância com alguns doutrinadores, tal como Bonavides (obra citada), tem-se o direito à paz, retirado pelo respectivo autor dos direitos da terceira geração, devido a sua importância, colocando-o em um patamar de destaque, para que os seres humanos se conscientizem da necessidade e abrangência de seu tema, ou seja, “a dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos”.

Isso posto, passa-se para o direito à forma democrática de governo, abordada pela teoria da quarta geração, a qual é o modelo universal e ideal para a sociedade.

Teoria da quarta dimensão: Estado democrático de direito

Os direitos fundamentais têm gerado polêmica entre as doutrinas, em vistas de conduzirem em seu âmago o direito ao *pluralismo*. Nesse sentido, Sarlet (obra

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

A democracia sob a perspectiva de um direito da teoria da quarta dimensão

citada) assevera que “na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa”.

Em conformidade, Bonavides (obra aludida) considera a globalização política, que resultou na universalidade dos direitos fundamentais, como o fator originário da quarta dimensão. Em sua concepção, três são os direitos abrangidos por tal teoria: o direito à democracia, direito ao pluralismo e o direito à informação.

Da mesma forma, ao considerar-se a titularidade de cada direito, é possível afirmar que os direitos de primeira geração competem ao indivíduo; os da segunda reportam-se à sociedade como um todo; os da terceira dimensão referem-se à comunidade; e os da quarta geração pertencem ao gênero humano, porque dependem da internacionalização desse direito, bem como da soma de esforços internacionais em garantia da efetivação deles. Tais direitos encontram-se promulgados na Constituição brasileira, sob os Títulos I e II.

A partir da análise efetuada, se torna perceptível a interdependência das gerações de direitos, de maneira, como explicitado anteriormente, que uma complementa a outra, sob pena de, na ausência de alguma delas, ser instaurado regime autoritário; assim, conceitua Bonavides (obra apontada):

(...) a Humanidade parece caminhar a todo vapor após ter dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes, como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais súbita eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico (...). (Grifos do original).

Em continuação:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A democracia positivada, enquanto direito de quarta geração, há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina

da exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual, como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual (...).

Desse modo, a democracia seria mais que uma adequação teórica, um meio ideal para resgatar e efetivar o poder da população, tornando possível a aproximação entre o titular do poder e o poder, de forma que as garantias fundamentais tivessem possibilidades de emergirem e atuarem de forma eficaz; conforme Bonavides (obra aludida), o homem constituiria “a presença moral da cidadania... Enfim, os direitos de quarta dimensão compreendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será possível a globalização política”.

Então, necessária se faz a junção de um Estado Social de direito a um Estado Democrático de Direito, em razão de que esta junção, entre modelos anteriormente vivenciados (Socialismo, com sua igualdade, e Liberalismo, com a sua liberdade), formaria um estado perfeito, com base na democracia e na cidadania, tornando-se essencial na efetividade das garantias já encontradas, as quais se tornariam objetivas, concretas, positivadas na Constituição, isto é, pragmáticas na esfera política do Estado Democrático de Direito. Como bem observa Ihering (2001), *in verbis*:

64

O direito concreto não só recebe vida e energia do direito abstrato, mas também, a ele as devolve. A essência do direito consiste na sua realização prática. Uma norma jurídica que nunca tenha alcançado essa realização, ou que a tenha perdido, já não faz jus a esse nome.

Desta forma, apesar de o conceito de democracia ser impreciso, visto que emerge de uma concepção social, positivada na Constituição, cada vez mais se reflete culminando no sistema político ideal, posto que permita o pluralismo de ideias, oportunizando abraçar crescentes demandas sociais, bem como favorecer a criação de espaço de participação e de decisões coletivas, com âmbito aberto para reivindicações, em razão de seu caráter dinâmico e dialético.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do exposto, pode-se concluir que a Democracia realmente é o sistema político ideal para a sociedade, por ser a única que foi eleita pelo povo, e possui a finalidade de garantir o bem comum e uma vida digna a todos os seres humanos de forma indistinta. Além disso, permite a ampla participação da população, por meio de suas garantias e prerrogativas, que a própria Lei Constitucional traz em seu texto.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

A democracia sob a perspectiva de um direito da teoria da quarta dimensão

Ocorre que, por ser materializada por seres humanos, existe a possibilidade de que não a operem conforme os ditames deste sistema, incorrendo em abusos, tal como a corrupção; porém, as participações populares, por meio de garantias, previamente expressas pelo constituinte originário, permitem a reprimenda destes representantes e sua possível retirada do parlamento.

Em virtude de seus direitos, como o sufrágio universal, a população elege seus representantes. Portanto, cabe à sociedade escolher de forma inequívoca seus governantes, se conscientizando do poder que possuem e das consequências que seus votos resultarão em toda a população do país; ainda cabe a ela exigir do Legislativo a positivação de direitos que venham a ser necessários, como ocorreu, recentemente, com a lei que admitiu o casamento homossexual, em diversos países, também no Brasil, e a lei do aborto de bebê anencéfalo, também recepcionada pelo Brasil.

Neste sentido, as globalizações desenfreadas, com o desenvolvimento da biotecnologia, e inúmeras outras questões geram necessidades no transcorrer do tempo; a própria população possui legalidade de exigir do sistema político posição e positivação de suas necessidades, uma vez que a democracia é o modelo que mais permite a participação do cidadão em suas garantias, também por isso é a ordem que mais possui garantias e deveres constitucionais em prol da dignidade da pessoa humana e do direito à vida com um mínimo existencial.

Ela se enquadra em um modelo correto e direcionado de forma direta e imediata à população, que tem o dever de agir conforme o sistema e escolher de forma consciente seus representantes, inclusive reagindo frente às transgressões deles e exigindo a efetivação de suas necessidades, por via da positivação e, automaticamente, da efetivação de seus direitos humanos fundamentais.

65

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Tradução de Gaspar de Añastro Isunza. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia? Genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HOBBS, Thomas. *O leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 49-66, jul./dez. 2013

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe: obra completa com os comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia*. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

SASRLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Data de recebimento: 21/12/2013

Data da aprovação: 23/05/2014

**A EFETIVIDADE DO MEIO AMBIENTE CULTURAL
E A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS:
A NULIDADE DOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE
NAS TERRAS TRADICIONAIS DO POVO PATAXÓ
HÃ HÃE NO EXTREMO SUL DA BAHIA**

**THE EFFECTIVENESS OF DE CULTURAL
ENVIRONMENT AND THE DEMARCATION OF
INDIGENOUS LANDS: THE NULLTY OF PROPERTY
TITLE IN THE TRADITIONAL LANDS OF THE
PATAXÓ PEOPLE IN THE SOUTHERN OF BAHIA**

*Luiz Antonio Chaves**

RESUMO

O etnocentrismo que ainda marca os estudos do Direito Indígena no Brasil não está adequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Assim, ao analisar o julgamento do Supremo Tribunal Federal na Ação Originária n. 312/BA, relacionado à nulidade de títulos de propriedade, busca-se resgatar os pressupostos fundantes do constitucionalismo. Este entendido como o resguardo normativo de uma sociedade plural que entabula as regras para sua convivência em comum. A dimensão do cultural do Direito Ambiental orienta para uma reflexão inclusiva, ainda que tardia, do indigenato para o século XXI, não pode ocorrer sob as bases hermenêuticas dos paradigmas anteriores, mas elevando-se ao grau máximo o procedimento de igual respeito e consideração ao universo de cada integrante dessa comunidade política.

Palavras-chave: Meio ambiente cultural; Indigenato; ACO n. 312/BA; Direito de propriedade.

* Mestrando em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) – Belo Horizonte/MG. Advogado Indigenista e membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MG. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica – NPJ, da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Correspondência para/Correspondence to: Rua Álvares Maciel, 628, Bairro Santa Efigênia, Belo Horizonte/MG, 30150-250. E-mail: luizchaves@domhelder.edu.br.

ABSTRACT

Ethnocentrism that still marks the studies of Indigenous Law in Brazil is not appropriate to the paradigm of democratic rule of law. Thus, in analyzing the judgment of the Supreme Court in ACO n. 312/BA, related to invalidity of property titles, seeks to rescue the foundational assumptions of constitutionalism. This is understood as the normative guard a plural society that engage rules for cohabitation. The cultural dimension of the Environmental Law guides to reflect inclusive, although late, the indigenato for the XXI century can not occur under the hermeneutical bases of previous paradigms, but rising to the maximum degree the procedure of equal respect and consideration to the universe each member of that political community.

Keywords: Cultural environment; Indigenous; ACO n. 312/BA; Property law.

INTRODUÇÃO

Como integrante do conceito de Direito Ambiental, a dimensão cultural é por demais ampla e diversificada, assumindo formas múltiplas e dinâmicas de expressões e manifestações que representam a própria evolução da humanidade. Nesse sentido, o meio ambiente cultural abrange, essencialmente, a história de cada povo ou comunidade integrante de uma nação, vivida, preservada e transmitida de geração à geração.

68

Assim, integram o meio ambiente cultural os bens móveis e imóveis, materiais e imateriais esculpidos pela própria natureza ou pela ação humana ao longo do tempo. A Constituição Federal de 1988 inclui no conceito de meio ambiente cultural¹ as referências à identidade dos grupos formadores da sociedade brasileira como expressões, criações artísticas, científicas, modo de vida, obras, documentos, sítios arqueológicos e paisagísticos, dentre outros.

Para uma melhor compreensão do assunto em análise, é importante observar que a história da colonização brasileira está repleta de genocídios e de outras atrocidades cometidas contra os povos indígenas.

A partir do ano de 1500, com a chegada das naus portuguesas na costa brasileira, especificamente no extremo Sul do Estado da Bahia, iniciou-se uma caçada sem tréguas contra aqueles que, indubitavelmente, eram os legítimos donos das extensas terras de infinitas águas descritas por Pero Vaz de Caminha, em carta endereçada ao Rei Dom Manuel. A perseguição contra os povos indígenas não se limitou ao suprimento da mão-de-obra escrava, tampouco aos saques de suas riquezas. O extermínio² de muitos povos foi considerado justo e

¹ Art. 216 da Constituição Federal de 1988.

² Centro de Documentação Eloy Ferreira da Silva – CEDEFES. *A luta dos índios pela terra*. Contagem: Cooperativa Editora e de Cultura Médica Ltda., 1987. p. 20.

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

necessário, sob a ótica do conquistador europeu (Etnocentrismo), até porque, inicialmente, o indígena foi considerado um simples objeto de conquista integrante da propriedade do Rei de Portugal.

De acordo com o entendimento, esses indivíduos que viviam nus e despojados de bens, sequer poderiam ter alma. A partir do momento em que a Igreja Católica admitiu que eles possuíam alma e poderiam ser convertidos ao catolicismo, passaram a ser tratados como seres humanos, porém, inferiores, escravos da Coroa Portuguesa. Os que resistiram à escravidão³ continuaram a ser perseguidos e exterminados durante os séculos seguintes, pois representavam um empecilho ao desenvolvimento do Brasil.

Hodiernamente, parte da sociedade rural brasileira, como legítima sucessora dos donatários e sesmeiros do período colonial, ainda enxerga o índio como uma espécie de objeto, um verdadeiro estorvo ao desenvolvimento econômico do País. Na verdade, um empecilho ao aumento dos latifúndios e das atividades agropecuárias. Frequentemente muitos interesses regionais, políticos e econômicos, procuram legitimar ações de grilagens de terras indígenas em praticamente todos os entes federativos. Essa prática genocida e discriminatória liderada por madeireiros, mineradores e agropecuaristas não se limita apenas a apropriação de bens materiais, mas atenta brutalmente contra a dignidade e a vida de pessoas integrantes das diversas etnias socialmente minoritárias.

Por determinação constitucional contida nos arts. 231 e 232 impõe-se o devido respeito a todos os bens indígenas, materiais e imateriais. Destacam-se a sua organização social, usos, costumes, línguas, crenças, tradições e o direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Esse novo marco jurídico legal fixa os elementos constitutivos do princípio constitucional de respeito à diversidade étnica. Daí decorre o instituto da autonomia como meio regulador das relações dos povos indígenas com o Estado e com os demais grupos sociais multiculturais integrantes da grande nação brasileira.

Sob esse aspecto, o presente trabalho busca refletir sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar a Ação Cível Originária n. 312/BA, tomando por referência o regime jurídico estabelecido pela Corte no caso “Raposa Serra do Sol” (Ação Popular, Petição n. 3.388/RO), determinou a nulidade de todos os títulos de propriedade incidentes sobre a área indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu. Consequentemente, destaca-se a importância dos reflexos dessa decisão na preservação do patrimônio cultural, que pode abarcar desde as paisagens e sítios arqueológicos que integram o território reconhecido judicialmente, até os seus usos, costumes e tradições transmitidos de pai para filho no decorrer dos séculos.

³ Idem, p. 26.

Luiz Antonio Chaves

Para o desenvolvimento da pesquisa, adota-se como marco teórico o consenso por sobreposição de John Rawls. Por sua vez, a metodologia de abordagem será a compreensiva (Max Weber), reposicionando assim os pressupostos hermenêuticos de superação do etnocentrismo no indigenato brasileiro.

A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA N. 312/BA E AS CONDICIONANTES DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL

Uma vez que o índio é a fonte primária da nacionalidade e razão fundamental do Estado (critério jurídico) brasileiro (STEFANINI, 2012), os demais se integraram complementarmente a eles na formação da nação (critério sociológico) brasileira. Fixada tal premissa, necessário diferenciar o silvícola⁴ do índio⁵, conforme preceitua a Convenção n. 169/OIT.

A área indígena em debate no julgado mede aproximadamente 54.000 (cinquenta e quatro mil)⁶ hectares e foi demarcada administrativamente em 1938, porém, até então, o ato demarcatório não havia sido homologado pela Presidência da República. O Decreto n. 1.775/1996⁷, determina que em até 30 dias após a publicação do decreto homologatório, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro da terra indígena em cartório imobiliário. Portanto, a homologação é requisito essencial para que a área seja registrada em nome da União.

Desde então, tendo em vista a ausência dos procedimentos necessários à garantia do ato de demarcação, o Governo do Estado da Bahia, motivado pela baixa densidade populacional⁸ indígena, dividiu a referida área em diversas fazendas e, em seguida, titulou-as a particulares. Com isso, os indígenas passaram a ser ainda mais perseguidos dentro do próprio território. A ação governamental resultou no confinamento do grupo em uma pequena gleba de terras localizada dentro do mesmo perímetro demarcado. Desse modo, o acórdão do julgado foi assim ementado:

EMENTA:

1) Ação Cível Originária. Ação de nulidade de títulos de propriedade sobre imóveis rurais situados no Sul da Bahia em reserva indígena.

⁴ Indivíduo não integrado à cultura nacional que, superando o etnocentrismo, deve ser buscado e reconhecido como brasileiro titular da soberania, sem relegá-lo à característica preconceituosa de atraso de seu estado evolutivo.

⁵ Indivíduo integrado à cultura nacional que guarda traços da cultura de seus antepassados pré-colombianos (art. 3º, Lei n. 6.001/73), desde que assuma a autoidentidade, por meio da declaração consciente da continuidade histórica de sua identidade.

⁶ Ação Cível Originária n. 312/BA.

⁷ Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas.

⁸ Ação Cível Originária n. 312/BA.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 67-84, jul./dez. 2013

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

- 2) Conflito grave envolvendo comunidades situadas na reserva indígena denominada Caramuru-Catarina-Paraguaçu. Ação judicial distribuída em 1982 impondo a observância do regime jurídico constitucional da carta de 1967 para disciplinar a relação material *sub judice*.
- 3) Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido em razão da inexistência de individualização da propriedade reivindicada. Preliminar rejeitada à luz do pedido de reconhecimento da nulidade de títulos de propriedade em área indígena mercê da existência de farta documentação fornecida pela Funai que viabilizou a realização dos trabalhos periciais.
- 4) Demarcação da área *sub judice* ocorrida em 1938 desacompanhada de homologação. Incerteza oriunda da ausência de homologação da demarcação de terras indígenas relegando a comunidade a uma situação frágil e a um ambiente de violência e medo na região.
- 5) A homologação ausente, da demarcação administrativa realizada em 1938, não inibe o reconhecimento da existência de reserva indígena no local, originando a impossibilidade de se ter por válidos atos jurídicos formados por particulares com o Estado da Bahia.
- 6) Ausência de dúvidas quanto à presença de índios na área em litígio desde o período anterior ao advento da carta de 1967 em face dos registros históricos que remontam a meados do século XVII.
- 7) O reconhecimento do direito à posse permanente dos silvícolas independe da conclusão do procedimento administrativo de demarcação na medida em que a tutela dos índios decorre, desde sempre, diretamente do texto constitucional.
- 8) A baixa demografia indígena na região em conflito em determinados momentos históricos, principalmente quando decorrente de esbulhos perpetrados por forasteiros, não consubstancia óbice ao reconhecimento do caráter permanente da posse dos silvícolas. A remoção dos índios de suas terras por atos de violência não tem o condão de afastar-lhes o reconhecimento da tradicionalidade de sua posse, *in casu*, vislumbra-se a persistência necessária da comunidade indígena para configurar a continuidade suficiente da posse tida por esbulhada. A posse obtida por meio violento ou clandestino não pode opor-se à posse justa e constitucionalmente consagrada.
- 9) Nulidade de todos os títulos de propriedade cujas respectivas glebas estejam localizadas dentro da área de reserva indígena denominada Caramuru-Catarina-Paraguaçu, conforme demarcação de 1938. Aquisição a *non domino* que acarreta a nulidade dos títulos de propriedade na referida área indígena, porquanto os bens transferidos são de propriedade da União (Súmula 480 do STF: Pertencem ao domínio da administração da União, nos termos dos artigos 4, IV e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas).
- 10) A impossibilidade jurídica do pedido erigida pela Constituição Federal impõe que as Ações Judiciais pendentes em que se discute o

domínio e/ou a posse de imóveis situados na área reconhecida neste processo como reserva indígena sejam extintas sem resolução do mérito nos termos do art. 267, inciso V do Código de Processo Civil.

11) O respeito às comunidades indígenas e à sua cultura implica reste preservada a possibilidade de superveniente inclusão, pela União, através de demarcação administrativa ou mesmo judicial, de novas áreas na reserva indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu, além da já reconhecida nestes autos.

12) Deveras, eventual ampliação da área analisada nestes autos em razão de demarcação superveniente a este julgamento demandará comprovação de que o espaço geográfico objeto de eventual ampliação constituía terra tradicionalmente ocupada pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988.

13) Ação julgada parcialmente procedente apenas quanto aos títulos de propriedade e registros imobiliários referentes aos imóveis abrangidos pelo espaço geográfico demarcado em 1938 e comprovado nestes autos, totalizando aproximadamente 54 mil hectares. Sob este ângulo, a ação foi julgada procedente para reconhecer a condição jurídico-constitucional de terra indígena sobre a totalidade da área demarcada em 1938 e totalizando cerca de 54 mil hectares correspondentes à reserva Caramuru-Catarina-Paraguaçu, e declarar a nulidade de todos os títulos de propriedade cujas respectivas glebas estejam localizadas na área da reserva.

14) As reconvenções relativas às terras situadas no interior da área demarcada em 1938 improcedem. Condenação desses réus reconvincentes, cujos títulos foram anulados, a pagarem 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa e compensados os honorários dos outros reconvincentes que decaíram da reconvenção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, preliminarmente, em acolher a questão de ordem suscitada pela Senhora Ministra Cármen Lúcia no sentido de dar continuidade ao julgamento da ACO n. 312, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Por unanimidade, o Tribunal rejeitou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Em seguida, o Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação para declarar a nulidade de todos os títulos de propriedade cujas respectivas glebas estejam localizadas dentro da área da reserva Indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu, de todos eles, e, em consequência, julgadas improcedentes as reconvenções dos titulares desses títulos anulados, carecedores de ação os demais reconvincentes, condenando os réus cujos títulos foram anulados a pagarem honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa e compensando os honorários dos outros reconvincentes que decaíram da reconvenção, vencido o Senhor

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente a ação e prejudicados os pedidos de reconvenção. Brasília, 02 de maio de 2012. Ministro LUIZ FUX relator para o acórdão.

Inicialmente cabe ressaltar que, sob o aspecto formal, trata-se de procedimento inserido no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Assim, segundo a doutrina de Gracco & Gomes (2008:56), nem sempre o parâmetro de controle de constitucionalidade *incidenter tantum* será a Constituição da República de 1988, mas a Constituição vigente à época da propositura da ação. Por isso, tendo sido distribuída em 1982 sob a égide da Constituição de 1967, esta será o parâmetro de controle.

Outrossim, o julgado tem como orientação as 19 condicionantes reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal (PET n. 3.388/RO) como o regime jurídico do indigenato.⁹ Não obstante os diversos questionamentos jurídicos a respeito das restrições estabelecidas pelas condicionantes envolvendo a terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, fica patente a efetivação do disposto no art. 231 da Constituição Federal contemporânea. É importante destacar a afirmação de que os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis¹⁰, petrificando o entendimento do Poder Constituinte.

A elucidação do conteúdo material da decisão por meio da metodologia compreensiva¹¹ será efetivada sob o pano de fundo da posse imemorial dos índios, bem como, o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal do indigenato como o direito indígena originário em sentido amplo.

73

A POSSE IMEMORIAL DOS ÍNDIOS PATAXÓS NO EXTREMO SUL DO ESTADO DA BAHIA

Inicialmente, deve-se estabelecer que no Estado Democrático de Direito, cuja fragmentariedade das relações sociais é elevada a seu grau máximo sem

⁹ Para Stefanini (2012), o conceito de indigenato *lato sensu* refere-se a normas jurídicas sobre direito indígena ou direito congênito. Já o conceito de indigenato *stricto sensu* significa também o vínculo de posse do índio com a terra, constituindo seu fundamento jurídico. Ou seja, ao mesmo tempo posse (*jus possessionis*) e propriedade (*jus possidendi*).

¹⁰ Condicionante n. 18 da Ação Popular – PET n. 3.388/RO.

¹¹ “Para Max Weber, a Sociologia é uma ciência que procura compreender a ação social, considerando o indivíduo e suas ações como ponto – chave da investigação. Evidencia que a compreensão dá-se a partir do sentido que o indivíduo atribui a determinada conduta. Seu objetivo é captar o sentido de uma atividade ou de uma relação do indivíduo, baseado na construção de significados, na motivação das ações sociais, bem como analisar os fatores influenciadores das condutas humanas. Fatores estes singulares, que demonstram oposição à explicação causal dos fatos sociais, explorados por Durkheim, outro Clássico das Ciências Sociais.” (DA RUI, 2011).

Luiz Antonio Chaves

precedentes, que raça é uma só: a raça humana, diferenciada por etnias¹². Desse modo, a sociedade multiétnica e multicultural abraçada pela Constituição de 1988, não se refere apenas aos indígenas, negros e imigrantes, mas, aos diversos grupos culturalmente diferenciados, com formas próprias de organização social como os quilombolas, seringueiros, vazanteiros, veredeiros, pescadores, geraizeiros, caatingueiros, dentre outros.

A existência de índios Pataxós no Extremo Sul do Estado da Bahia remonta há séculos. Todos os registros informam a ocorrência desses povos no espaço geográfico compreendido entre os Estados da Bahia, Espírito Santo e Minas Gerais. As primeiras anotações sobre a localização e os costumes desse povo foram registradas no diário do príncipe alemão, Maximiliano Wied de Neuwied, em viagem pelos Estados do Espírito Santo, Minas Gerais e Bahia, em 1817. O jurista Fernando da Costa Tourinho, ao defender a presença histórica dos índios Pataxós na região Sul da Bahia, cita o relatório do ilustre historiador:

Por trás de Trancoso, as florestas mais distantes são habitadas pelos *Pataxós*. O Senhor Padre Inácio, o velho e digno sacerdote local, disse-me que esses aborígenes aparecem muitas vezes na vila; vêm sempre completamente nus, e, se ele manda amarrar um lenço em torno da cintura das mulheres, nunca deixam de arrancá-lo imediatamente (1993, p. 30).

74

Com efeito, Tourinho Neto cita, também, estudos de Darcy Ribeiro sociólogo e etnólogo mineiro, referente aos povos indígenas da região leste, especialmente os localizados no Extremo Sul do Estado da Bahia:

Uma dessas faixas de mata indevassada estendia-se do sul da Bahia até o Vale do Rio Doce, ao longo da vertente original da Serra do Mar. Mata alta e espessa, enleada por parasitas e lianas, oferecia grande variedade de contrastes em suas grimpadas pela morraria e descambamentos sobre os vales profundos. Era o último refúgio de várias tribos e, até então, seu reduto inexpugnável, uma vez alcançado depois das refregas contra civilizados. A oeste, a mata se prolonga em galerias, acompanhando o curso dos rios, e se torna mais rala até confundir com os cerrados do vale do São Francisco, ocupados por mineradoras e criadores de gado. A leste estende-se o litoral atlântico, de população pouco densa, nucleada principalmente na foz dos rios que descem da mata para o Pardo, o rios das Contas, o Jequitinhonha, o Mucuri, o São Mateus e o Rio Doce. Nos Altos cursos destes rios, protegidos pela floresta espessa, viviam os

¹² “O estudo etnográfico no Brasil andou sempre ligado ao indígena [...]. Com o desenvolvimento da sociologia, da antropologia, da etnologia, da psicologia, mesmo da economia, entre nós, os estudos etnográficos se vão aperfeiçoando, abrindo novas perspectivas, seja em relação a problemas de grupos indígenas ou negros, seja em relação a problemas dos grupos imigrados [...]” (DIÉGUES JÚNIOR, 1980, p. 15 e 24).

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

Kamakan, Pataxós, os Maxakali, os Botocudos, os Puri-Coroados, que falavam línguas diferentes umas das outras e também diversas dos outros idiomas indígenas do Brasil (1993, p. 23).

Em decisão colegiada do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, publicada no Diário do Judiciário do dia 06 de maio de 1991, envolvendo conflito agrário nesta mesma área indígena, Tourinho Neto, relator do processo, reconheceu as terras como sendo de posse permanente dos índios Pataxós:

EMENTA: CIVIL. AGRÁRIO. POSSE, TERRAS INDÍGENAS. ÍNDIOS PATAXÓS. INDENIZAÇÃO DOS BENS DESTRUÍDOS PELOS ÍNDIOS.

1 – Os índios Pataxós vagueavam pelo sul da Bahia, onde tinham seu *habitat*, e se fixaram, posteriormente, em área do atual Município de Pau – Brasil, que lhe veio ser reservada em 1926, pelo Governo daquele Estado – Membro.

2 – Os Pataxós não abandonaram suas terras. Foram, sim, sendo expulsos por fazendeiros, que delas se apossaram, utilizando-se de vários meios, inclusive a violência. A posse dos índios era permanente. A do réu precária, contestada.

3 – Indenização concedida, observando-se, no entanto, o § 2º do art. 198 da CF/69.

4 – Apelação denegada (Apelação Cível n. 89.01.01353-3 – BAHIA).

É de asseverar que, apesar das brutais expulsões de suas aldeias, muitas vezes levando ao extermínio de populações inteiras, tão logo foram considerados humanos, portanto, semelhantes aos brancos perante Deus, seus direitos à posse de terras foram assegurados por meio de Cartas Régias e Alvarás Régios lavrados pela coroa portuguesa.

Por força da Carta Régia datada de 10 de setembro de 1611, os índios foram reconhecidos como legítimos possuidores das terras que ocupavam:

[...] os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitâneas e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer (TOURINHO NETO, 1993, p. 10).

Por sua vez, o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, referindo-se aos gentios do Grão-Pará e do Maranhão, determinava aos governantes a separação de terras para os índios que descessem do sertão:

[...] lugares convenientes para neles lavrarem e cultivarem, sem poderem ser mudados desses lugares contra sua vontade, nem obrigados a pagar fôro ou tributo algum dessas terras, ainda que estivessem em sesmarias a pessoas particulares, porque nas concessões dessas sesmarias se reserva

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 67-84, jul./dez. 2013

Luiz Antonio Chaves

sempre o prejuízo de terceiros e muito mais se entende e quero que se entenda ser reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas (TOURINHO NETO, 1993, p. 9).

Posteriormente, por meio da Lei Imperial de 6 de junho de 1755, essa determinação foi estendida a todos os indígenas do Brasil, renunciando, dessa forma, o conceito do que seja o direito originário sobre as terras que ocupam.

As recomendações contidas inicialmente nas Cartas Régias e nos Alvarás Régios foram absorvidas pela a Lei Imperial n. 601, de 18 de setembro de 1850, chamada de Lei de Terras, dando início à formação do direito agrário brasileiro. A referida lei assegura aos indígenas ou gentios quantias de terras devolutas suficientes para a colonização e aldeamento¹³, nos moldes da colonização europeia.

Do mesmo modo, o Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que regulamentou a Lei de Terras, determinou a legitimação das terras ocupadas por indígenas, sendo estes os primeiros ocupantes das terras açambarcadas pelos portugueses. Determinou, ainda, a reserva e separação de terras devolutas para a colonização¹⁴ daqueles que se convencionou chamar de hordas selvagens que atentavam contra as propriedades particulares.

Com efeito, José Afonso da Silva, ao comentar a proteção constitucional das terras indígenas no Brasil, afirma que a garantia da terra é uma questão central, pois ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Como fonte primária do direito, evoca o Alvará Régio de 1680 como sendo o marco referencial do indigenato. Ao referenciar este instituto, primeiramente abordado nos ensinamentos doutrinários do jurista João Mendes Junior, dessa forma o fez:

Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fazem do que consagrar e consolidar o *indigenato*, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria *sempre* reservado o *direito dos índios, primários e naturais senhores delas* (1993, p. 48).

Prosseguindo, refere-se, ainda, aos ensinamentos do jurista João Mendes Júnior:

O *indigenato* não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a *ocupação* é um título *adquirido*. O *indigenato* é legítimo por si, não é um fato dependente de legitimação, ao

¹³ Arts. 12 e 72 da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850.

¹⁴ Art. 72 e §§ do Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854.

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

passo que a *ocupação*, como fato posterior, dependem de requisitos que a legitimem (1993, p. 48).

Cumpra observar, enfim, que a natureza jurídica da posse tradicional indígena definida pela Constituição de 1988, com fundamentos no direito originário, representa um resgate histórico e sem precedentes no ordenamento jurídico nacional. Esta definição resulta da compreensão da natureza congênita da ocupação das terras pelos indígenas, que, pelo que está posto doutrinariamente e legalmente, independe de legitimação ou qualquer outro ato que venha a conferir-lhe uma validade.

O DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A NULIDADE DOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE EM CONSONÂNCIA COM O CONSENSO POR SOBREPOSIÇÃO

A proteção sobre as terras indígenas somente veio à baila no ordenamento constitucional brasileiro a partir da Constituição de 1934, visto que tanto a Constituição Imperial de 1824 como a Constituição Republicana de 1891 silenciaram sobre o assunto. A Constituição Federal de 1934 tratou da questão de maneira muito superficial e simplória, garantindo aos silvícolas tão somente a posse das terras ocupadas¹⁵ em caráter permanente, com a proibição de alienação delas. Esse mesmo entendimento foi mantido pela Constituição Federal de 1937, conhecida como Constituição do Estado¹⁶. Da mesma forma, a Constituição Federal de 1946¹⁷ reproduziu o entendimento já consagrado nas constituições anteriores.

Verifica-se que esses dispositivos legais constitucionais, inéditos e importantes para a construção de uma legislação específica, não consideraram os aspectos culturais e até mesmo de subsistência dos grupos tribais. É cediço que o conceito civilista de posse agrária restringe-se à área efetivamente dominada ou ocupada por atividades agrícolas ou pastoris. Tais disposições reduziram consideravelmente a posse territorial dos grupos nômades, como os coletores e caçadores que formavam a grande maioria. Por sua natureza, a permanência em determinados locais se dava de acordo com a possibilidade da ocorrência da caça, da pesca ou da coleta de frutos e sementes.

Não obstante a reduzida abrangência da proteção possessória, limitando-se tão somente às terras efetivamente ocupadas, há que se destacar a importância da questão ser tratada sob a égide do direito constitucional. A partir daí consolidou-se um novo conceito de posse tradicional amparado na natureza jurídica constitucional da posse indígena.

¹⁵ Art. 129 da Constituição Federal de 1934.

¹⁶ Art. 154 da Constituição Federal de 1937.

¹⁷ Art. 216 da Constituição Federal de 1946.

Luiz Antonio Chaves

A Constituição Federal de 1967 trouxe inovações importantes para consolidar e ampliar a compreensão do direito indígena relacionado às terras tradicionais. Além de incluir as terras objeto de posse dos silvícolas como bens da União¹⁸, a Magna Carta garantiu-lhes o usufruto exclusivo dos recursos naturais e demais utilidades do espaço físico, portanto, o usufruto das riquezas do solo, rios e lagos¹⁹ como integrantes da posse territorial.

Tal entendimento foi mantido na Emenda Constitucional de 1969, com o acréscimo da cláusula de inalienabilidade, garantindo, assim, direito de posse *ad eternum* sobre o território tradicional, passando de pai para filho e de geração para geração.

Ainda sob o manto da Constituição Federal de 1969, foi promulgada a Lei Federal n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), que, pela primeira vez, introduziu um conceito legal mais abrangente de posse indígena:

Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra, que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

78

Por último, a Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, trouxe avanços relacionados aos direitos indígenas jamais vistos na ordem constitucional brasileira. Há que se destacar que foi dedicado um capítulo exclusivo²⁰ para tratar da questão. A partir da definição e reconhecimento da tradicionalidade territorial, criou-se um novo conceito de terra indígena, desconstruindo a compreensão civilista até então predominante no meio jurídico brasileiro. Ao admitir a existência de um direito originário e congênito, ancorado nos usos, costumes e tradições, remete para a coletividade a perspectiva de construção do próprio futuro. Isso significa uma aceitação da existência de relação de titularidade jurídica entre o índio e o espaço físico sobre o qual os diversos povos habitam e desenvolvem suas atividades culturais. Bem assim, o reconhecimento de que o espaço ocupado é anterior à formação do próprio Estado brasileiro, fica reforçado no item 7 da ACO n. 312/BA e na Condicionante 18 da Petição n. 3.388/RO. Ao reconhecer os direitos tradicionais sobre as terras ocupadas, perfilhou, também, suas diferenças culturais perante os demais membros da sociedade brasileira, afastando, definitivamente, as políticas assimilacionistas e integralistas a que estavam submetidos os índios desde o período colonial. Portanto, os usos, costumes e tradições reconhecidos pela Carta Magna são elementos essenciais para a conceituação e definição de suas terras tradicionais, de conformidade com o disposto no *caput* do art. 231:

¹⁸ Art. 4º da Constituição Federal de 1967.

¹⁹ Art. 186 da Constituição Federal de 1967.

²⁰ CAPÍTULO VIII da CF – Dos Índios.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 67-84, jul./dez. 2013

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Se a Constituição de 1967 já havia incorporado as áreas indígenas aos bens da União, a Constituição de 1988 incumbiu-lhe a tarefa de demarcação, proteção e demais atos necessários para preservá-las. Além disso, definiu que compete ao Governo Federal zelar e fazer respeitar todos os demais bens indígenas, materiais e imateriais. A respeito do assunto, o constitucionalista José Afonso da Silva observa:

A outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa precisamente preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma, quando fala que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma *propriedade vinculada* ou *propriedade reservada* com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela. Por isso, são terras *inalienáveis* e *indisponíveis*, e os direitos sobre elas, *imprescritíveis* (2010, p. 856).

Essa garantia constitucional não se limita apenas a um determinado espaço geográfico territorial, mas amplia a concepção de direito sobre esse espaço físico. Para tanto, ao definir a territorialidade indígena, o constituinte estabeleceu ao menos quatro critérios interligados e imprescindíveis para a concretização do chamado direito originário. Desse modo, terras tradicionais são as habitadas em caráter permanente; as utilizadas para as suas atividades produtivas; as imprescindíveis para a preservação do meio ambiente e as necessárias para a sua reprodução física e cultural de acordo com os seus costumes. Como se vê, ao considerarem os aspectos culturais, os limites territoriais poderão ir muito além daqueles estabelecidos pela posse civil, ou seja, o da efetiva ocupação da terra.

O professor Edson Dumas da Silveira, ao comentar os avanços dos direitos indígenas na Constituição, observa a existência de um direito coletivo vinculado ao direito originário sobre as terras:

Pela primeira vez em nível constitucional, admite-se no Brasil que existem direitos indígenas coletivos, seja reconhecendo a organização social indígena, seja reconhecendo à comunidade o direito de opinar sobre o aproveitamento dos recursos naturais [...] (2010, p. 58).

Neste sentido, a orientação constitucional remete ao entendimento de que os elementos constitutivos de uma terra tradicional ocupada pelos indígenas não se limitam apenas aos aspectos da ocupação temporal. O fator tradicional deve ser compreendido a partir dos valores coletivos e culturais, dos costumes e das tradições. Daí resulta um novo relacionamento fundamentado no princípio da diversidade étnica e cultural; na autonomia e, principalmente, no respeito aos bens materiais e imateriais.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 67-84, jul./dez. 2013

Luiz Antonio Chaves

A decisão pela nulidade dos títulos de propriedade incidentes sobre a área indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu, da etnia Pataxó Hã Hãe, deu fim a uma demanda judicial iniciada há mais de 30 anos. Trata-se da Ação Civil Originária proposta pela Fundação Nacional do Índio – Funai – contra o Estado da Bahia e dezenas de fazendeiros assentados e titulados pelo governo estadual. A ação foi distribuída em janeiro de 1982, sendo que o desfecho somente ocorreu em maio de 2012.

Depois de 30 anos de intermináveis embates jurídicos que proporcionaram sofrimento e angústia ao povo Pataxó, há que se questionar se de fato houve justiça. Há quem diga que a justiça tardia, efetivamente, não é justiça. Nota-se que a histórica decisão judicial prolatada pelo Plenário do STF, no dia 2 de maio de 2012, não evitou inúmeros e violentos conflitos ocorridos nesse longo período de espera. No decorrer desse processo, ante o reflexo da morosidade judicial, dezenas de outros conflitos eclodiram em outros municípios da região Sul da Bahia²¹, todos igualmente com disputas pela posse de terras indígenas tradicionais. As invasões resultaram na morte de várias pessoas, sobretudo indígenas. Vale lembrar a morte do líder Pataxó Hã Hãe, Galdino de Jesus, barbaramente assassinado por jovens da classe média do Distrito Federal. Galdino de Jesus estava em Brasília justamente para pedir apoio das autoridades no sentido de agilizar o julgamento da Ação Cível Originária n. 312/BA. Eis que o processo se encontrava há anos nas gavetas da Suprema Corte. No fatídico dia 19 de abril de 1997, dia do índio, depois de retornar de sua peregrinação pelos órgãos públicos, não conseguiu entrar na Pensão para dormir. Sem alternativa adormeceu no banco da praça, onde foi queimado vivo pelos jovens que, segundo o que ficou apurado, apenas queriam se divertir.

80

Ultrapassadas essas observações iniciais, conclui-se que a nulidade dos títulos de propriedade incidentes dentro dos limites da terra indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu, limites estes estabelecidos ainda no ano de 1938,²² deu-se em decorrência do reconhecimento da posse imemorial e originária. Vê-se que a decisão foi coerente com os últimos julgados da mais alta Corte de Justiça, pois em outras disputas agrárias semelhantes a decisão também se deu em favor dos indígenas. Do mesmo modo, nos últimos tempos, este tem sido o pensamento majoritário dos membros dos demais Tribunais Federais dos estados. Com isso, consolida-se no meio jurídico o entendimento de que a posse indígena não se confunde com a posse civil, e muito menos com a propriedade civil.

Por sua condição especial, este tipo de bem está fora do comércio jurídico, seja de direito privado ou de direito público. As cláusulas de inalienabilidade e indisponibilidade previstas no § 4º do art. 231 da Constituição impõem uma

²¹ Conselho Indigenista Missionário/CNBB. *Relatório anual de violência contra os povos indígenas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/CNBB/Relat.pdf>>.

²² Ação Cível Originária n. 312/BA.

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

condição de que nem mesmo a União ou os próprios indígenas podem colocar estes bens em órbita do comércio jurídico.

Eis que as terras indígenas passaram a integrar os bens da União a partir da Constituição de 1967, por meio do inciso 4º do art.4, hoje recepcionado pelo inciso 11º do art. 20 da Constituição Federal. Nesse sentido, leciona o eminente jurista Fernando da Costa Tourinho Neto:

Se aos índios é assegurada a posse permanente, sem limite temporal, das terras que ocupam – posse no sentido não civilista, terras essas da União, não há como perdê-la para terceiros, ainda que estejam estes de boa – fé. O § 6º do art. 231 da Constituição estatui: *São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo (...)*. A transcrição no registro de imóveis não expunge os vícios. Não dá validade ao ato. Vale a pena chamar a atenção para o fato de que a demarcação não dá nem tira direito, apenas torna evidente quais os limites das terras indígenas (1993, p. 38).

No mesmo caminho decidiu a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em processo relatado pela então Desembargadora Federal, Eliana Calmon:

Constitucional – Área Indígena – Título de Domínio – Indenização.
Comprovada ser a área de posse imemorial dos índios torna-se de pleno direito nulo o título dominial, sem necessidade de declaração judicial (art. 231, § 6º da CF/88).
Não tem direito à indenização por benfeitorias o possuidor de má-fé.
Apelo improvido.

81

Nota-se nos arestos que o reconhecimento do indigenato *stricto sensu* configura-se pelo caráter declaratório da demarcação e não constitutivo. Outrossim, a terra para o índio não tem relação com a demografia (item 7, da ACO n. 312/BA) ou mesmo com o aspecto econômico (garimpagem e faiscação). Na verdade, a terra tem relação direta com o desdobramento de sua identidade (item 11, da ACO n. 312/BA) e, portanto, deve ser respeitada por todos os demais membros da comunidade política.

Nesse sentido, supera-se o paradigma do desenvolvimento antropocêntrico radical para enfrentar os limites do planeta por meio do biocentrismo, em especial o indigenato *lato sensu*. Além de visão de mundo, no século XXI passa a ser considerada a necessidade de manutenção do pluralismo razoável, conforme explica John Rawls:

O fato do pluralismo razoável implica que não existe doutrina, total ou parcialmente abrangente, com a qual todos os cidadãos concordem ou possam concordar para decidir as questões fundamentais de justiça pública. Pelo contrário, dizemos que, numa sociedade bem ordenada, a

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 67-84, jul./dez. 2013

Luiz Antonio Chaves

concepção política é afirmada por aquilo que denominamos um consenso por sobreposição. Entendemos por isso que a concepção política está alicerçada em doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora opostas, que ganham um corpo significativo de adeptos e perduram ao longo do tempo de uma geração para outra (RAWLS, 2003, p. 45).

Desse modo, no presente século, a necessidade da superação do etnocentrismo fundado num desenvolvimento sem justiça social e sustentabilidade ambiental passa pela efetividade da exigência constitucional de igual consideração e respeito a todas as doutrinas que não buscam hegemonia, como no presente caso julgado pela Suprema Corte Brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

82

Não é fácil reconhecer que todas as terras do Brasil pertenceram, em algum momento, aos indígenas que aqui viviam em 1500. A realidade dos povos que sobreviveram até os nossos dias não é motivo de orgulho para ninguém. Isso impõe uma responsabilidade ainda maior aos governantes e, principalmente, ao Poder Judiciário. Decisões judiciais que implicam na desconstrução de determinados direitos adquiridos não são fáceis de serem tomadas. O que pode não ser justo para uns, pode ser para outros, visto que o próprio conceito de justiça é de difícil definição. A decisão ora apreciada, amparada pela ordem constitucional brasileira, definiu que os títulos de propriedade rural, ainda que adquiridos legalmente, não podem se sobrepor a um direito originário chamado de indigenato.

À luz da Constituição Federal, a sentença foi baseada nos pressupostos da originalidade, tradicionalidade e permanência, requisitos essenciais para o reconhecimento de uma terra tradicional. A originalidade decorre da sua existência desde tempos imemoriais, registrados a partir do ano de 1500 com a chegada dos colonizadores. A tradicionalidade está relacionada com o modo de vida da coletividade; com os costumes, tradições e com o uso desse bem maior chamado por eles de Mãe Terra. A permanência, por sua vez, significa entender que eles jamais abandonaram o território onde estão sepultados os seus ancestrais.

Vale destacar que o Poder Judiciário como responsável pela guarda e aplicação das normas originárias do Poder Constituinte, ao decretar a nulidade dos títulos de propriedade expedidos pelo governo estadual, devolve ao povo Pataxó Hã Hã não somente a terra como herança de seus antepassados, mas a honra da coletividade, a dignidade e o respeito à sua cultura milenar.

Por fim, é importante observar que a relação do índio com a terra é uma relação de troca, e não de submissão. Para eles, a floresta não precisa ser agredida ou destruída para gerar qualidade de vidas e bem estar. A Mãe Terra, fonte suprema de subsistência, fornece tudo sem precisar agredi-la.

Bem assim, a cultura indígena somente é respeitada quando a sua terra é reconhecida, demarcada, registrada e protegida. Essa cultura que muito contribuiu

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 67-84, jul./dez. 2013

A efetividade do meio ambiente cultural e a demarcação de terras indígenas

para a formação da sociedade brasileira ainda tem bastante a contribuir. O mundo moderno e tecnológico clama veementemente por uma convivência mais harmoniosa entre os seres humanos e a natureza; clama, também, pela construção de uma nova ética social e ambiental. Mais que a tecnologia, a sabedoria indígena poderá indicar o caminho para a preservação das águas e das florestas, essenciais para a sadia qualidade de vida prevista no art. 225 da Constituição federal.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Marco Antonio. *Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade, 2001.
- BARBOSA, Marco Antonio. Os povos indígenas e as organizações internacionais: Instituto do Indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas. *Revista Eletrônica História em Reflexão*. Dourados/MS: UFGD, v. 1, n. 2, jul./dez. 2007.
- BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação: direito à diferença*. São Paulo: Plêiade/Fapesp, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DA RUI, Maria Cecília. *A sociologia compreensiva de Weber e a sua relação com o direito*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-sociologia-compreensiva-de-weber-e-a-sua-relacao-com-o-direito/60331/#ixzz2if1PGh24>>. Acesso em: 8 out. 2013.
- SANTOS GRACCO, Abraão Soares Dias; NEPOMUCENO, Gianni Lopes. A formação do indivíduo e o fenômeno da violência diante dos limites do planeta: a alteração das gramáticas de práticas sociais para uma educação socioambiental comprometida com a emancipação em uma sociedade resiliente. In: SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; BIMFELD, Carlos André; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (Coord.) *CONPEDI/UNICURITIBA*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.
- SANTOS GRACCO, Abraão Soares Dias; NEPOMUCENO, Gianni Lopes; GOMES, Fernando Alves. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. t. I.
- SILVA, Afonso José da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVEIRA, Edson Dumas da. *Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2010.
- STEFANINI, Luiz de Lima. *Código indígena no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Juruá: Curitiba, 2012.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

Data de recebimento: 04/12/2013

Data de aprovação: 24/07/2014

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 67-84, jul./dez. 2013

AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO CONTRIBUTO NA CONCREÇÃO DA CIDADANIA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

THE PUBLIC HEARINGS AS CONTRIBUTION IN CONCRETION CITIZENSHIP IN PUBLIC BIDDING

*Luiz Eugenio Scarpino Junior**

*José Querino Tavares Neto***

RESUMO

Propõe-se a discutir sobre as audiências públicas presentes nas licitações públicas do Brasil como forma de promoção e concreção da cidadania. O cidadão é dotado de ferramentas para interferir nos espaços públicos. O sistema democrático brasileiro deve observar a retroalimentação da legitimidade popular, inclusive fora dos períodos típicos eleitorais. A sustentação política prescinde da oitiva da sociedade na tomada de decisões, principalmente naquelas que envolvam valores mais elevados. Este mecanismo de participação é essencial para estabilização das instituições e não pode ser olvidado pela Administração. A partir de um modelo normatizado, objeto de breve contextualização axiológica e crítica deontológica, apresenta-se proposta para aprimorar a participação popular nos

* Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Pós Graduado (especialização) em Gestão Jurídica de Empresas (UNESP/Franca), Direito Eleitoral (UNISUL), Gerente de Cidade (FAAP). Graduando em Administração Pública (Universidade Federal de São João Del-Rei). Professor em Graduação (UNAERP) e Pós-Graduação (FAAP). Advogado. Coordenador Geral de Comissões da 12ª Subseção de Ordem dos Advogados do Brasil – Ribeirão Preto. Correspondência para/Corresponde to: Rua Ércole Verri, 449, sala 32, Ribeirão Preto/SP, 14026-200. E-mail: luiz@scarpino.adv.br.

** Pós-doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra sob a supervisão do Doutor José Joaquim Gomes Canotilho (2007), com bolsa da Capes, Graduado em Ciências Sociais (1988), em Direito (1993), Mestre em Sociologia pela Universidade Estadual de Campinas (1997), Doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2001). Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Atualmente é Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, Professor do Programa de Pós-Graduação da PUC/PR. Correspondência para/Corresponde to: Rua UFG Campus I – Praça Universitária – Av. Universitária Esquina com 5ª Avenida s/n, Setor Universitário, Goiânia/GO, 74605-220. E-mail: josequerinotavares@gmail.com.

Luiz Eugenio Scarpino Junior / José Querino Tavares Neto

espaços públicos, por meio da formação de Conselho de Controle de Contratações Públicas com a sociedade civil organizada.

Palavras-chave: Cidadania; Audiência pública; Licitações.

ABSTRACT

It is proposed to discuss the public hearings present in public bidding in Brazil as a way of promoting and concretion of citizenship. The citizen is endowed with instrument to interfere in public areas. Brazilian democratic system must observe the feedback of popular legitimacy, even outside of typical election periods. Political supports obviate the hearsay of society in making decisions, especially those involving higher values. This mechanism of participation is essential for stabilization of institutions and cannot be forgotten by the Administration. From the legal model provided by law, it was held brief axiological contextualization and critique deontological, presents a proposal to enhance popular participation in public by forming the Board of Control Public Procurement with organized civil society.

Keywords: Citizenship; Public hearing; Public bidding.

INTRODUÇÃO

86

O gigante acordou? A cidadania brasileira, antes atávica, mereceu em meados deste ano de 2013 rotundas e expressivas manifestações populares, por vezes nada organizadas (e ordeiras), todas elas conclamando o recrudescimento do sentimento de participação nos desígnios da coisa pública. Reclamamos pelo custo de transporte público, pela ineficiência administrativa na prestação de serviços públicos e consternação ante a percepção de que as instituições governamentais estão encrustadas de corruptos e sanguessugas.

A cidadania e a expressão democrática dos anseios do povo, titular e dono do poder, são demonstradas – embora não com a regularidade esperada em um país como o Brasil. Isso porque, embora o cidadão seja dotado de armas para interferir nos espaços públicos, cada vez mais demonstra desesperança no sistema representativo, a indicar um déficit democrático nos períodos não eleitorais. Por vezes, democracia brasileira pouco ou nada favorece a retroalimentação da legitimidade popular.

Parte das reivindicações populares advém de serviços concedidos por estados e municípios a empresas privadas, notadamente via licitações públicas. As compras públicas, entretanto, estão inseridas na margem discricionária da Administração, principalmente na elaboração de detalhamento, exigências técnicas, forma de cumprimento, por exemplo. Isso não significa ampla margem para saber se o Poder Público contratará um serviço público ou deixará de adquirir medicação.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 85-102, jul./dez. 2013

As audiências públicas como contributo na concreção da cidadania...

A necessidade e a demonstração do interesse público são passíveis de controle, mesmo nas hipóteses em que haja a discricionariedade da autoridade pública. Outrossim, alguns investimentos, o tamanho em si de certas licitações, o nível de custo financeiro e político, certamente, podem e devem ser controlados – não apenas pelos aparatos governamentais. A participação popular é benfazeja na legitimação dos gastos públicos. É natural que a população queira se fazer ouvir e manifestar em contratações capazes de interferir decisivamente nas finanças da urbe ou apor as prioridades de uma comunidade carente em detrimento de uma compra a beneficiar a poucos. A sustentação política prescinde da oitiva da sociedade na tomada de decisões, principalmente naquelas que envolvam valores mais elevados. Este mecanismo de participação é essencial para estabilização das instituições e não pode ser olvidado pela Administração.

Existem licitações públicas que, nas atuais regras, preveem, antes de o serviço ser, de fato, entregue a terceiros, sejam alvo de discussão em audiências públicas – como deve ser trabalhado ao longo do desenvolvimento deste artigo.

Neste contexto, propõe-se discutir sobre as audiências públicas presentes nas licitações públicas do Brasil como forma de promoção e concreção da cidadania. A partir de um modelo normatizado, objeto de breve contextualização axiológica e crítica deontológica, apresenta-se proposta para aprimorar a participação popular nos espaços públicos.

87

FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A audiência pública se origina do *public hearing* no direito anglo-saxão, ao passo que a consulta pública advém da *enquête* francesa¹. Cita-se, ainda, do direito comparado a existência de institutos semelhantes, como a *información pública* (Espanha) e audiência dos interessados e a apreciação pública (Portugal)².

No direito italiano, tem como valia a antítese ao modelo fascista da organização administrativa, em sendo um *conchetto-valvola*, tendente a ser “válvula reguladora do afluxo de correntes vitais no direito, adequando o ordenamento ao processo evolutivo da vida política e social”³.

A democracia representativa não dispensa a participação direta popular na tomada de decisões afetas à administração estatal, o que caracteriza o modelo constitucionalista europeu pós-guerra, que se atinge mediante realização de audiências públicas⁴.

¹ MARTINS JR., Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 380.

² *Ibid.*, p. 382.

³ *Ibid.*, p. 385.

⁴ PEREIRA JR., Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2003. p. 421.

Bonavides demonstra que a cidadania não é um conceito, ou um direito, ou mesmo um direito a ter direitos, expressando-se pela via participativa, intervindo no processo decisório e governativo⁵. Para Alberto Ramón Real, o mecanismo de consulta prévia, notadamente como audiências públicas, constitui-se como

Processo consultivo na elaboração das decisões como meio de associar as forças interessadas na formação das normas que irão reger. Opõe este método democrático ao de cunho autoritário tradicional, manifestado por decisões unilaterais da Administração que decide sozinha, sem requerer a opinião dos interessados. Este sistema de decisões do “tipo militar” é incompatível com a democracia. A consulta prévia supõe a publicidade dos projetos antes de sua aprovação e possibilidade de se conhecer antecipadamente as reações do público e corrigir erros antes que causem danos⁶. (Tradução livre)

Segundo Jessé Torres Pereira Jr.⁷, a finalidade da audiência pública visa garantir “discussão aberta”, concernente a franco debate do “teor político-administrativo do ato que delibera empreender o objeto e como fazê-lo”.

88

Para Lela⁸, a audiência pública é um instituto mais político do que jurídico no qual se verifica a pertinência de determinado projeto ou política pública a ser executada pela Administração. Justen Filho assenta que “a audiência pública sujeita o Administrador a uma atividade coletiva de fiscalização direta”⁹.

A participação popular decorre da necessidade da transparência, derivada do próprio exercício da democracia¹⁰. A intenção da participação decorre de exponenciar a noção de cidadania, notadamente do controle do poder político. Considera-se a participação popular na formação do administrativo como direito fundamental de quarta dimensão – informação, democracia e pluralismo democrático na formação das decisões políticas¹¹.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 16.

⁶ Apud MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 201.

⁷ PEREIRA JR., op. cit., p. 422.

⁸ LEAL, Rogério Gesta. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 13, mar./maio 2008, Salvador, Bahia. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2008-ROGERIO-GESTA-LEAL.PDF>>. Acesso em: 3 dez. 2013.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 120.

¹⁰ MARTINS JR., op. cit., p. 324.

¹¹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a lei geral de licitações/LGL e regime diferenciado de contratações/RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 222 e 224.

As audiências públicas como contributo na concreção da cidadania...

Aos dizeres de Martins Jr., objetiva a audiência pública informar a transparência, instaurando “nova legitimidade pela repartição (ou partilha) na condução política dos negócios públicos”¹².

Para Casquete¹³, a concepção de cidadania política herdada do mundo clássico é aquela que concebe a participação nas deliberações públicas, como requisito de publicidade e transparência dos procedimentos, possibilitando o exercício coletivo de controle sobre as autoridades. Mais do que isso, a própria natureza democrática impõe que, antes de certas decisões administrativas, os gestores públicos consultem o povo¹⁴.

Entende Martins Jr. que a participação popular “colabora com o princípio da eficiência e revaloriza a discricionariedade administrativa”¹⁵.

O fundamento das audiências e da participação popular visa o fortalecimento político e a construção de legitimidade das decisões do Poder Público. É voz corrente de que a instituição de práticas sociais, de cima para baixo (Administração – administrado), não leva apenas à fragilização dos movimentos sociais¹⁶. É essencial que, em uma sociedade verdadeiramente democrática, haja intensiva participação popular. Dita participação transcorre pela mobilização social, conforme o entender de Toro¹⁷, “é o envolvimento ativo do cidadão, da organização social, da empresa nos rumos e acontecimentos em nossa sociedade”.

Ainda que a democracia tenha frustrado o sentimento de construção de sociedades livres e iguais¹⁸, o recrudescimento da participação popular não é apenas salutar, mas essencial como fonte de legitimação dos atos administrativos. Não por menos, Boaventura de Sousa Santos¹⁹ aponta que a crise de legitimidade guarda relação com o ideário de participação e soberania populares, aduzindo ainda que a matriz da governação dispensaria a participação autodeterminada e contaria com esta baseada na seleção (alguns autores, interesses e vozes admitidas a interagir).

Daí a necessidade de se adquirir a emancipação social cidadã, a ponto de qualquer pessoa ter o poder de influenciar e exercer alguma forma de expressão junto aos poderes constituídos. Até porque, em audiências, devem participar não

¹² MARTINS JR., op. cit., p. 329.

¹³ CASQUETE, Jesús. *El poder de la calle: ensayos sobre acción colectiva*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 4.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 317.

¹⁵ MARTINS JR., op. cit., p. 336.

¹⁶ GOHN, Maria da Glória. *Novas teorias dos movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 2008. p. 66.

¹⁷ Apud GOHN, 2008, p. 68.

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da governação neoliberal: o fórum social mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 72, out. 2005, p. 11.

¹⁹ Ibid.

Luiz Eugenio Scarpino Junior / José Querino Tavares Neto

apenas técnicos, mas inclusive, pessoas leigas, interessadas em ver bem aplicados os recursos públicos²⁰.

A democracia participativa é cada vez mais reclamada e exigida, de maneira a estampar a comunhão de valores básicos reclamados pela sociedade, notadamente na construção de processos transparentes e honestos em uma sociedade tão desigual.

Logo, nada mais natural de que sejam garantidos, nesse diapasão, a solidariedade, a tolerância, o envolvimento orgânico e efetivo da cidadania nos assuntos públicos e o controle da administração pública, notadamente na viabilização da participação social como forma de buscar a concretude das previsões jusfundamentais²¹.

O mencionado jurista gaúcho constata as desigualdades sociais como impeditivo à formulação de políticas como resultado de negociação e compromissos com diferentes setores sociais, ressaltando que as forças políticas endógenas aos poderes constituídos carecem de voz²².

Agustín Gordillo²³, há duas décadas, assentava pela necessidade dos povos latino-americanos melhorarem a qualidade e o grau de participação social, estabelecidos mediante inequívoca informação, consulta e debates públicos antes da formatação de atos administrativos ou na adoção de grandes projetos públicos.

90

A democracia deve-se formar pela persuasão e nunca como forma de imposição pelos gestores da coisa pública²⁴, razão pela qual se torna essencial, ampla e racional a participação social.

O princípio participativo exterioriza densificação à democracia, com práticas de sensibilização e mobilização dos indivíduos, para “democratizar a democracia”²⁵.

Assenta Moreira Neto a preferência da participação popular na esfera pré-decisional, notadamente na preparação de decisões políticas que exijam grande dispêndio de recursos, com a finalidade de evitar o tumulto e a irracionalidade decisória que a coparticipação proporcionaria ou até mesmo para solução preliminar do conflito²⁶.

²⁰ VIEIRA, Evelise Pedrosa Teixeira Prado. *Lei de licitações e contratos da administração pública comentada*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 219.

²¹ LEAL, op. cit.

²² LEAL, op. cit.

²³ Apud MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 201.

²⁴ CASQUETE, op. cit., p. 9.

²⁵ SOARES, Fabiana de Menezes. Participação popular no Estado: fundamentos da democracia participativa. In: *Direito administrativo de participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 34, apud LEAL, op. cit., p. 18.

²⁶ Apud MARTINS JR, op. cit., p. 332.

As audiências públicas como contributo na concreção da cidadania...

A construção de sistemas democráticos abertos que assumem compromissos conduz e permite a capacidade deliberativa e cooperativa na esfera pública²⁷; certamente contribui para alcançar maior legitimação. Destaque-se que o objeto da audiência pública não pode ser a garantia de direito subjetivo de pessoas, mas sim buscar a proteção do interesse público, objetivamente²⁸.

É natural a existência de mecanismos de formação da opinião pública, pelos seus diversos atores, tais como movimentos sociais, os quais pressionam as autoridades para que justifiquem suas decisões (ou indecisões), expondo as razões, os motivos que conduziram a determinado ato administrativo²⁹. Trata-se de mecanismo de transparência administrativa e *accountability*.

Afinal, o exercício ativo da cidadania decorre da prática, não podendo ser tomada como um conceito ou ideal, senão em sua verdadeira concretude a partir da participação dos cidadãos nos atos públicos.

Sobre estes paradigmas, toca-se a importância da construção de espaços públicos – na sua correta aceção – na busca da fonte de legitimação da vontade do Poder, destacando-se daí instrumentos, por exemplo as audiências públicas, como forma de sua exteriorização.

A seguir, adentra-se no conteúdo normativo em relação à necessidade de audiências públicas nas licitações públicas brasileiras.

FUNDAMENTO LEGAL PARA EXIGÊNCIA DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

91

O tópico audiência pública é explicitado na Constituição Federal de 1988, precisamente em seu art. 58, § 2º, II³⁰, quando versa sobre os poderes das Comissões do Congresso Nacional. Obviamente, o recorte constitucional subscreve a realização destes diálogos organizados com a sociedade civil apenas no âmbito das comissões parlamentares, não fazendo outra menção expressa ao longo do texto. Ferraz desenvolve que a “democratização, a legitimidade, a transparência e a eficiência da atuação parlamentar são metas perseguidas pelas constituições contemporâneas que adotam a democracia representativa, como uma das formas de exercício de poder”³¹.

²⁷ CASQUETE, op. cit., p. 18.

²⁸ JUSTEN FILHO, 2012, p. 440.

²⁹ CASQUETE, op. cit., p. 14.

³⁰ “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 2º – às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil”.

³¹ FERRAZ, Anna Candida de Cunha. Comentário ao artigo 58, § 2º, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1101.

É inerente ao mecanismo da democracia representativa, no qual todo o poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da Carta), a diminuição do fosso entre eleitos e eleitores, a possibilitar o respaldo institucional pelo povo, não apenas nas atividades legislativas, como também nas do Poder Executivo, e até mesmo no Judiciário³². Daí as razões pelas quais a retroalimentação da legitimidade prescinde da oitiva da sociedade na tomada de decisões ou pela modificação de políticas, a garantir a estabilidade sistêmica da República.

O Poder Público exerce relações de compras e prestação de serviços com particulares fazendo-o, precipuamente, pelas licitações públicas (art. 37, XXI, da Constituição Federal).

Na formação da vontade do gestor público, na escolha de como e de se fazer certo serviço ou compra pública, insere-se aquilo que se convencionou denominar como discricionariedade administrativa no processo interno da licitação pública. Em alguns casos regulados em Leis, existem condicionantes na escolha e adoção de certos modelos, notadamente pautados pela dimensão de gastos e complexidade do assunto, à consulta popular ou à realização de audiências públicas.

Neste sentido, acrescenta Pereira Jr.:

ao exigir a audiência pública antes da efetivação de concorrências de grande porte, pretende colher o assentimento, ou a reprovação, dos segmentos interessados no objeto (que será, no mais das vezes, obra ou serviço público de envergadura), seja quanto à conveniência ou à oportunidade de sua consecução, à vista das prioridades de aplicação dos recursos do erário, seja com respeito à concepção técnica e aos métodos de execução do respectivo projeto que haverá de ser o mais sólido e menos oneroso para os cofres públicos³³.

92

Não se olvide que as audiências públicas guardam o caráter meramente opinativo, assim como ocorrem nas deliberações de Conselhos diversos, cabendo à autoridade sopesar as pertinências das arguições para mensurar o grau de influência que tais conclusões devem exercer sobre a decisão que a Administração irá tomar³⁴.

Outrossim, o objetivo é discutir, inclusive, os aspectos discricionários envolvidos na licitação, como objeto da licitação, projeto e a razão entre se optar por um modelo ou outro³⁵.

³² Vide inúmeras audiências públicas marcadas pelo Supremo Tribunal Federal, para tratar de assuntos tais como pesquisa com células troncos e financiamento de campanhas eleitorais.

³³ PEREIRA JR., op. cit., p. 422.

³⁴ PEREIRA JR., op. cit., p. 424; VIEIRA, op. cit., p. 220.

³⁵ JUSTEN FILHO. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 496; PEREIRA JR., op. cit., p. 422.

As audiências públicas como contributo na concreção da cidadania...

Na advertência de Citadini e ressaltando a importância do que se discute em audiência, “caso o administrador omita dados, ou informe incorretamente sobre questões pertinentes à licitação, a audiência poderá ser anulada e o gestor responsabilizado na forma da lei”³⁶. Ressalte-se ser nula a audiência em que a Administração opte por “reduzir a escrito” perguntas e respostas³⁷, vez que perderia seu escopo precípua, a propiciar ampla discussão social.

A ata da audiência pública deverá retratar fielmente tudo o que nela transcorrer, inclusive, facultando aos presentes lançar sua assinatura, fazer inserir perguntas, observações, explicações, respostas (presenciais), além de extrair-lhe cópia, sob pena de nulidade.

Sobre a obrigatoriedade de realização de audiências públicas, ressalte-se o que dispõe as legislações específicas. Em todas elas, a audiência se faz previamente ao lançamento efetivo do certame. Ou seja, está na parte preparatória, antes da efetiva publicação do edital, da fase externa dos certames públicos.

Na Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos (Lei n. 8.666/93), prevê-se no art. 39 a obrigatoriedade de realização de audiência pública, sempre que o valor estimado ultrapassar a 100 vezes o da modalidade concorrência, ou seja, acima de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais). Esta audiência deverá preceder a 15 (quinze) dias úteis da data prevista para publicação do edital e divulgada, no mínimo, 10 (dez) dias úteis antes de sua realização. Ademais, a publicidade deve ser ampla e os participantes terão acesso às informações pertinentes e direito à manifestação.

A Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei n. 8.987/95) dispôs em seu art. 5º a necessidade de se realizar, previamente ao edital, o ato justificando a conveniência da concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo. Grafa JUSTEN FILHO³⁸ que, no âmbito das concessões e permissões, a audiência prévia é obrigatória.

Nas Parcerias Público-Privadas (PPP) instituídas pela Lei n. 11.079/2004 (art. 10, VI), ficou determinado a consulta pública do edital e do contrato, informando a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo, o valor estimado. Prevê-se que essa submissão deverá ser divulgada em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, com prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões. Além disso, as sugestões devem ser examinadas e respondidas individualmente, seja para acatá-las ou

³⁶ CITADINI, Antônio Roque. *Comentários e jurisprudências sobre a lei de licitações públicas*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 239.

³⁷ JUSTEN FILHO Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 531.

³⁸ JUSTEN FILHO, 1997, p. 120.

Luiz Eugenio Scarpino Junior / José Querino Tavares Neto

recusá-las³⁹. Findo o prazo de resposta aos consulentes, deve a Administração observar o prazo mínimo de 7 (sete) dias, para somente então publicar o edital.

Sobre os procedimentos da PPP, todo e qualquer certame envolvendo esta modalidade deverá ser alvo de consulta pública – que pode, ou não, constituir-se em audiência pública. Para Ribeiro e Prado, o procedimento específico de consulta pública teria afastado a obrigatoriedade de realização de audiência pública, não obstante tenham a mesma finalidade. Apontam os citados autores, inclusive, que os contratos de PPP são, normalmente, mais complexos e “somente a disponibilização das minutas ao público por período de vários dias viabiliza entendimento e crítica adequados”⁴⁰.

Parece, todavia, um retrocesso acatar-se que em contratos de maior envergadura, como o caso das PPP, o gestor público não deva prestar contas de forma aberta, participativa e presencial – o que nem sempre ocorre em consultas públicas, feitas distanciadamente do contato do cidadão-gestor público.

Nas licitações públicas abrangendo serviços de saneamento básico (Lei n. 11.445/2007), o art. 11, inciso IV, prevê não só a consulta pública (no caso de concessão) como também a realização de audiência pública prévia.

Eis, portanto, o que de principal se destaca em lei sobre audiências públicas no processo de contratação pela Administração Pública.

94

CRÍTICA ÀS EXIGÊNCIAS NORMATIVAS

Diante das exigências normativas, passa-se a fazer um juízo crítico quanto a lacunas e sucedâneos decorrentes dos modelos de audiência pública sufragados.

Carlos Pinto Coelho Motta entende que a

práxis atual da audiência pública não atingiu ainda o seu ponto ideal; mas isso só indica a necessidade de incentivo e aperfeiçoamento desse instrumento que, embora precário, representa a participação da sociedade em decisões públicas que envolvem elevados valores⁴¹.

Uma crítica elementar se dá pela baixa participação popular, em termos quantitativos. Outra evidenciação se dá pela forma com que a Administração dispõe tais audiências, fazendo com que a sociedade não se interesse ou dispense em participar.

³⁹ PEREIRA, César A. Guimarães. Licitações e lei de responsabilidade fiscal. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: RT, 2005. p. 223.

⁴⁰ RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 266.

⁴¹ MOTTA, op. cit., p. 202.

As audiências públicas como contributo na concreção da cidadania...

Mais um apontamento pertinente resvala na pouca ou insuficiente divulgação dos atos públicos, o que pode acarretar em ofensa ao princípio da isonomia. No entender de Pereira Jr.:

tratando-se, como se trata, de concorrência, o meio é o edital, e neste não há lugar para violação do princípio da igualdade, dirigindo-se o anúncio a “todos interessados”, ou seja, a todos os que, a seu juízo próprio, queiram pronunciar-se acerca da questão⁴².

Existirá déficit de regularidade se decorrer uma convocação mal formulada e divulgação incompleta, inviabilizando a completa e correta participação popular, escopo da audiência pública. O vício decorreria tanto do ponto de vista formal quanto substancial se não houvesse a anterior divulgação do edital, por exemplo.

Deve-se permitir que na elaboração de regras prévias para a ocorrência da audiência pública garanta-se a regular participação popular, sem que haja um demasiado engessamento a ponto de permitir um poder de império e direcionamento das discussões, de forma limitadíssima do ponto de vista temporal. A ordem, portanto, busca assegurar a ampla participação popular e não servir de instrumento para cercear a atuação coletiva e a publicidade⁴³.

As audiências públicas devem ocorrer com começo, meio e fim, “preferencialmente em horários civilizados (eventualmente em fins de semana ou no início do período noturno, a fim de que aqueles que trabalham no horário comercial possam participar)”⁴⁴.

Outrossim, deve-se assegurar tempo hábil para que, eventualmente, todos os inscritos possam fazer uso da palavra e ter o direito a uma resposta, sem a possibilidade de restrição ao direito ao uso da voz. A audiência pública deve garantir a sua função primordial – propiciar o livre debate da população, com asseguramento dos instrumentos democráticos e participação popular nos desígnios dos atos administrativos.

Questiona-se ainda a validade de audiências públicas quando os projetos, as justificativas e a própria minuta do edital não são disponibilizados previamente à população, posto que, se não houver divulgação prévia dos documentos, tornar-se-ia prejudicado o escopo da audiência relacionado a discutir concepções, modelos, possibilitar sugestões etc. Crítica recorrente decorre da ausência de informações claras e úteis para que a participação popular seja, de fato, efetiva,

⁴² Ibid., p. 423.

⁴³ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Lei de licitações comentadas*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 169.

⁴⁴ MOREIRA; GUIMARÃES, op. cit., p. 223.

Luiz Eugenio Scarpino Junior / José Querino Tavares Neto

posto que “não se pode imaginar que onde está escrito ‘audiência’ se possa ler ‘exposição por parte das autoridades’, com ouvintes passivos”⁴⁵.

Bem verdade que nas licitações públicas o modelo, a minuta, condições são definidos previamente e daí levados a debate e exposição junto aos munícipes. O que se espera é que os atos preparatórios e os documentos já previamente trabalhados pela Administração sejam efetivamente disponibilizados para consulta, antes da ocorrência da audiência.

A população não pode ser convocada para um grande jogo de cena. Não se deve cogitar a legitimação de um processo pseudolegal. Fazendo paralelo com a história, seria o que Furtado⁴⁶ ilustra quanto ao combate ao escravagismo exigido pela Inglaterra para classe dominante brasileira, feito para “ingleses verem”. Ou seja, não se devem admitir audiências públicas meramente performáticas e nada substanciais.

Na advertência de Pereira Jr.,

A audiência é pública, com ela não se afinando discrimen de qualquer feito; fosse à autoridade o alvedrio de selecionar quem teria ou não interesse, e a audiência tornar-se-ia palco de encenação cujos protagonistas, coreografia e *script* teriam sido predeterminados pela Administração, fraudando o exame de legitimidade e economicidade⁴⁷.

96

A Administração que não promover a prévia disponibilização do conteúdo da audiência não propiciará “todas as informações pertinentes”; muito menos, o rito empreendido garantirá a manifestação de “todos os interessados”, conforme assegura o art. 39 da Lei n. 8.666/93.

Portanto, o processo resta maculado se não primar pela transparência e se não propiciar a ampla discussão com a comunidade. Tangenciam-se aqui o princípio da publicidade e também o da economicidade⁴⁸, posto que a audiência serve como uma espécie de exame prévio de legitimidade popular – que virá a ocorrer, em caráter posterior, pelo Tribunal de Contas (art. 70, da Constituição Federal). O controle social advirá, sem dúvidas, da ampliação das decisões públicas – que passam a ser cada vez menos burocratizadas e fortemente impulsionadas às discussões no seio social.

Em suma, as críticas empíricas às audiências públicas levam aos seguintes pontos:

1. Divulgação inadequada ou que não atinja a potencialidade de cidadãos, o que fere os princípios da legalidade e publicidade.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 146.

⁴⁷ PEREIRA JR., op. cit., p. 423.

⁴⁸ PEREIRA JR, 2003, p. 422.

As audiências públicas como contributo na concreção da cidadania...

2. Realização de audiências durante o horário de expediente de trabalho da maior parte da população, assim como em vésperas de feriados, de modo a faltar sensibilização da Administração para com a necessária participação popular.
3. O prazo de convocação deve ser atendido e deve ser garantida a ampla participação popular, até com tempo determinado, desde que todos possam fazer uso da palavra.
4. Essencial a garantia do princípio da oralidade, ínsito a todas as audiências públicas, prevendo-se a inscrição e encaminhamento de viva voz, e não apenas por escrito.

A Administração que assim não o fizer será evasiva com a validade de corolários da Administração Pública, quais sejam: legalidade, publicidade, economicidade, isonomia, oralidade, ampla participação e soberania popular, transparência, além de o potencial lesivo ao erário ser evidente.

Vale dizer que a “ausência ou invalidade da audiência acarreta nulidade do procedimento licitatório”⁴⁹.

Busca-se por via das audiências a regularidade da participação popular em assuntos palpitantes que envolvam elevadas quantias ou serviços demasiadamente importantes. Neste diapasão, lamenta-se que a legislação das PPP não preveja a obrigatoriedade de realização de audiências públicas, o que constitui certamente retrocesso. A fase de consulta pública é bem-vinda e até uma evolução, todavia não está a dispensar o debate aberto e franco que se pode obter via audiência pública. A ideia é de se ampliar o debate às instâncias públicas decisórias via a participação cidadã.

Qualquer ideia em sentido contrário de limitar a participação do povo demonstra-se retrocesso incabível do ponto de vista de democracia participativa.

PROPOSTA DE FORMAÇÃO DO CONSELHO DE CONTROLE DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A ideia é de reaproximar o povo, legítimo detentor do Poder (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal), dos desígnios de sua cidade, estado e País. A participação cada vez mais presente dos cidadãos nos espaços públicos possibilita a legitimação dos atos que envolvem a coletividade.

Primeiro, faz-se necessário que, de fato, os cidadãos queiram se envolver nos atos públicos relevantes, quebrando com o “quietismo” social, para acompanhar os atos públicos em formação e cobrando sua proba execução. Sobre este último

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 497.

ponto⁵⁰, destacam-se conceitos da iniciativa privada, como Serviços de Atendimento ao Consumidor (SAC), que estão sendo introduzidos em contratos de concessões de serviços públicos, além de serviços de Ouvidoria, tudo isso como fruto e evolução da comunicação do cidadão para com os prestadores de serviços públicos.

Segundo, os atos administrativos devem estar ao alcance dos cidadãos, de forma compreensível, favorecendo um sistema lógico, claro, correto e transparente.

Para atender a esta premissa, deve-se trabalhar na formação do senso de cidadania e do preparo técnico para dialogar com o Poder Público. A Administração Pública não detém o monopólio do conhecimento. Mesmo em assuntos complexos tecnicamente, ressalte-se a relevância da participação social, notadamente em audiências públicas, as quais podem contar com a participação de *experts* e comunidade acadêmica, que pode apor considerações empiricamente lógicas.

Terceiro, deve-se fazer com que o próprio Poder Público compreenda a limitação na gestão da coisa pública, não se confundindo público com privado. O senso de responsabilidade para com o coletivo deve ser recíproco, tanto do representante da Administração Pública quanto do cidadão que com aquele se relaciona. A harmonia das relações público-privadas prescinde do trato pessoal, com vistas ao interesse da coletividade. Afinal, não é comum a confusão ética, senão legal, entre público-privado. Como ressalta Saldanha “o problema se liga inclusive ao hábito muito brasileiro de confundir instituições com pessoas”⁵¹. Portanto, críticas e sugestões feitas em audiências públicas, não obstante possam gozar de cunho eminentemente político-eleitoral, devem ser recebidas pela Administração como uma demanda qualquer, a ser tratada como ordinário questionamento. O público não deve ser hermético à pressão política ou social, tampouco subserviente, muito menos inconsequente. O consenso, por vezes, é improvável, mas a construção de um ponto de convergência para obtenção de um acordo⁵² é recomendável.

Quarto, não só os cidadãos podem atingir uma esfera de pressão, mas também a sociedade civil organizada, inclusive os movimentos sociais. Neste diapasão, todos estes atores sociais devem propiciar o espaço de potencial desenvolvimento dos requisitos para uma cidadania responsável⁵³. A mobilização social é capaz de favorecer a esfera de pressão, o encaminhamento das demandas e sua aceitação pelo Poder Público.

⁵⁰ BASILE, Juliano. *Regras de Procon nas licitações*. Associação dos Advogados de São Paulo, Brasília, Notícias do dia, 15.7.2013. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=14769>. Acesso em: 16 jul. 2013.

⁵¹ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005. p. 133-134.

⁵² Em inglês conhecido como ZOPA (*Zone Of Possible Agreement*).

⁵³ CASQUETE, op. cit., p. 18.

As audiências públicas como contributo na concreção da cidadania...

Quinto, a formação de uma opinião pública não manipulável e não comprável (publicamente) e que, para ser respeitável e ouvida, deve ser minimamente organizada (ou organizável), com pleitos consistentes e fundamentados. Deve-se primar pela observância do interesse público, acima dos interesses pessoais, privados ou particulares.

Por isso é que se propõe a formação de um Conselho de Controle de Contratações Públicas, de cunho aberto, para promover a integração social nos temas de relevo envolvendo as contratações públicas e acompanhamento da execução dos contratos.

Dito Conselho deve integrar a sociedade civil (organizada ou não) e igualmente, os Poderes constituídos, formados por entes públicos e privados, movimentos sociais, associações, entidades de classe, profissionais, empresariais, populares etc. Ideal, para a aproximação coletiva, que os Conselhos sejam locais (municipais), não olvidando a possibilidade de formação de Conselhos Estaduais e até um Conselho Geral da União, sob os mesmos moldes. A pauta destes Conselhos seria não apenas as licitações sujeitas a audiências públicas, mas toda e qualquer contratação pública, licitável ou não (incluindo aquelas dispensáveis ou inexigíveis, nos termos da Lei).

As análises sobre a formação de Editais, exigências técnicas e justificativa de gastos seriam constantemente alvo de acompanhamento social. Seria importante o monitoramento feito na execução contratual, a possibilitar a intervenção oportuna em casos de má prestação de serviços públicos ou fornecimento de produtos inadequados. O controle interno feito pela Administração Pública não é dispensável, ao contrário, estaria ainda mais fortalecido, em razão da lupa social a amplificar a atuação pública.

Para a formação deste Conselho, é ideal que a própria lei de licitações, ora em processo de revisão e renovação⁵⁴, preveja obrigatoriedade para instalação, indicando balizas gerais e deixando aos entes federativos dispor sobre normas específicas quanto à forma de atuação e, se for o caso, inclusive, dotando-o de grau deliberativo.

Justifica-se, outrossim, a construção de um ente público-privado tal qual o Conselho, para formação da consciência coletiva, debates públicos de caráter continuado, a fim de aproximar e dar concretude às discussões, tornando-as importantes não apenas em esparsas e episódicas ocasiões de audiências públicas. Notadamente, se ocorrerem tais audiências públicas, mediante preparo e formação cidadã propiciados por aqueles que integrem ou tomarem conhecimento

⁵⁴ COELHO, Marília. *Instalada comissão que vai propor modernização de lei de licitações*. Senado Federal, Comissões, 13.06.2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/06/13/instalada-comissao-que-vai-propor-modernizacao-da-lei-de-licitacoes>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

Luiz Eugenio Scarpino Junior / José Querino Tavares Neto

deste Conselho, estará ainda mais qualificado a possibilitar a formação de consensos sociais, a construção de políticas públicas e a realização de atos administrativos coadunados ao interesse da coletividade.

Permitir a ampliação dos espaços de discussões do futuro das cidades, dos rumos administrativos daquilo que se convencionou chamar de erário é forma de se promover uma cidadania responsável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução do que se tem por democracia brasileira, notadamente a sua carência no plano da eficácia ou na crise da representatividade, leva a uma necessária releitura do papel do cidadão.

O papel do Estado enquanto único fomentador de políticas públicas perde o protagonismo para uma coparticipação, como realizador dos desígnios e aspirações sociais.

O cidadão passivo, que guarda sua participação política para os episódicos momentos eleitorais, deve ceder espaço ao cidadão pleno e ativo. As decisões elementares dos rumos da coisa pública são tomadas nos gabinetes, ora por tecnocratas, ora por políticos que almejam granjear mais poderio. O povo, distante das instâncias decisórias, contribui para o descrédito dos poderes constituídos, com o sentimento de não pertencimento, de que o bem público é de ninguém. Este ciclo, que não se encerra, acarreta no afastar do cidadão da cidade.

Os grandes temas e investimentos feitos pelo Poder Público são, invariavelmente, alvo de licitações públicas – que usam os tributos compulsoriamente espoliados do povo. Mesmo no sistema representativo não é dada a segmentação do processo decisório daquilo que a sociedade busca atingir. Os mandatários são abastecidos pela sede do povo e devem guarnecer sua legitimidade no atendimento do bem comum, de forma a levar à diminuição da distância entre as classes de representantes e de representados.

Por essas razões, os palcos, os espaços de discussão em que os cidadãos buscam falar e ser ouvidos – notadamente exercer pressão – são cada vez mais cobrados como requisito de legitimidade aos atos da Administração Pública.

O recorte deste artigo questiona as leis existentes sobre o plano das licitações, extraíndo delas a interpretação esperada e o diálogo quanto às necessárias adequações aos anseios da pós-modernidade, na forma de interação entre o cidadão e os poderes constituídos.

É um movimento inevitável esta aproximação. A realização de audiências públicas favorece a transparência, a *accountability*, o que não gera, obrigatoriamente, resolutividade daqueles cidadãos que dela participam. Ainda assim, o processo decisório resta melhor legitimado ou, ao menos, torna-se legítimável. Cabe à sociedade cobrar um empenho de meios eficazes para que as praças públicas sejam

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 85-102, jul./dez. 2013

As audiências públicas como contributo na concreção da cidadania...

palco de profundas discussões políticas que interessem o guiar do rumo da gestão pública, convergindo para os interesses autenticamente públicos.

Procurou-se abordar uma senda pouco trilhada pela sociedade, a qual relega a análise das licitações e contratos públicos a controle do próprio Poder Público (*vide* Ministério Público, Tribunais de Contas, Controladorias) ou deixando que o mercado se regule (através de empresas concorrentes). A omissão, neste caso, leva à impossibilidade de se questionar decisivamente o processo de tomada de decisão, a decisão em si (do motivo e como se fazer um contrato), o monitoramento dos gastos (tudo o que tinha que ser feito está sendo realizado a contento?) e não evita ou contra-ataca a corrupção tão entranhada na Administração Pública.

Por essas razões é que a criação de espaços institucionalizados não públicos – como o ora sugerido – pode contribuir à concreção do exercício de cidadania e, quem sabe, na melhoria do sistema democrático.

REFERÊNCIAS

- BASILE, Juliano. *Regras de Procon nas licitações*. Associação dos Advogados de São Paulo, Brasília, Notícias do dia, 15.7.2013. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/impressa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=14769>. Acesso em: 16 jul. 2013.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CASQUETE, Jesús. *El poder de la calle: ensayos sobre acción colectiva*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 1-42.
- CHARLES, Ronny. *Leis de licitações públicas comentadas*. Bahia: JusPodivm, 2008.
- CITADINI, Antônio Roque. *Comentários e jurisprudências sobre a lei de licitações públicas*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- COELHO, Marília. *Instalada comissão que vai propor modernização de lei de licitações*, Senado Federal, Comissões, 13.06.2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/06/13/instalada-comissao-que-vai-propor-modernizacao-da-lei-de-licitacoes>>. Acesso em: 14 jul. 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.
- GOHN, Maria da Glória. *Novas teorias dos movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 2008. p. 10-26.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 85-102, jul./dez. 2013

Luiz Eugenio Scarpino Junior / José Querino Tavares Neto

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 13, mar./maio 2008, Salvador, Bahia. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2008-ROGERIO-GESTA-LEAL.PDF>>. Acesso em: 3 dez. 2013.

MARTINS JR., Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a lei geral de licitações/LGL e regime diferenciado de contratações/RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

102

PEREIRA JR., Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

PEREIRA JR., Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da governação neoliberal: o fórum social mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 72, p. 7-44, out./2005.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte*. Curitiba: Juruá, 2008.

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Lei de licitações comentadas*. Salvador: JusPodivm, 2008.

VIEIRA, Evelise Pedroso Teixeira Prado. *Lei de licitações e contratos da administração pública comentada*. São Paulo: Verbatim, 2010.

Data de recebimento: 03/12/2013

Data de aprovação: 07/07/2014

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 85-102, jul./dez. 2013

CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E DIREITO DE RESISTÊNCIA NOS MOVIMENTOS SOCIAIS

CRISIS OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY AND RIGHT OF RESISTANCE IN SOCIAL MOVEMENTS

*Livia Copelli Copatti**

*Luciano de Araujo Migliavacca***

RESUMO

O presente artigo aborda a crise na democracia representativa no sistema brasileiro marcada pelos movimentos sociais ocorridos em junho de 2013, ressaltando a necessidade de uma constante reinvenção do modelo democrático de modo a amparar uma representatividade legítima e em conformidade com os efetivos anseios da sociedade e a concretização dos direitos fundamentais da população. Questiona-se, a partir da evolução de meios de participação democrática, o papel do povo na construção de decisões públicas e a própria utilização do direito de resistência na concretização de direitos fundamentais. Nesse contexto, analisam-se, sob um viés jurídico, o direito de resistência/desobediência civil para justificar os movimentos sociais que externavam a irresignação diante de inúmeros aspectos – a crise da representação política, a saúde, a educação, o transporte público, a segurança, a economia e a corrupção – bem como o papel decisivo das redes sociais na internet na mobilização do povo.

Palavras-chave: Crise da democracia representativa; Movimentos sociais; Direito de resistência.

* Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA/RS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC/RS. Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI/RS. Professora da Escola de Direito da Faculdade Meridional – IMED. Advogada. Correspondência para/*Correspondence to*: Av. Brasil, n. 75, ap. 602, Passo Fundo/RS, 99010-001. E-mail: livia_dto@yahoo.com.br.

** Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá – DINTER UNESA /IMED, em Direito Público e Evolução Social, vinculado à linha de pesquisa: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC/RS. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Tributário pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Professor de Direito Processual Civil e Coordenador do Curso de Pós Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da Escola de Direito da Faculdade Meridional – IMED. Advogado. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Bento Gonçalves, 636, ap. 1403. Passo Fundo/RS, 99020-060. E-mail: lucmig@imed.edu.br.

ABSTRACT

This article discusses the crisis in representative democracy in the Brazilian system marked by social movements in June 2013, highlighting the need for constant reinvention of the democratic model in order to support a legitimate representative and in accordance with the expectations of society and the effective implementation of the population's fundamental rights. It wonders, from the evolution of means of democratic participation, about the role of the people in the construction of public decisions and the use of the right of resistance in the implementation of fundamental rights. In this context, it is analyzed under a juridical bias, the right of resistance / civil disobedience to justify the social movements that shows the non-resigning on numerous aspects – the crisis political representation, health, education, public transport, security, the economy and corruption – as well as the pivotal role of internet social networks in mobilizing people.

Keywords: Crisis of representative democracy; Social movements; Right of resistance.

INTRODUÇÃO

104

Equacionar crescimento econômico e desenvolvimento social tem sido um dos grandes desafios para os países como o Brasil, em que as desigualdades sociais existentes acabam recebendo ampla atenção dos governos, com o intuito de serem superadas ou, ao menos, reduzidas.

Além disto, a busca pela igualdade social passa também pela rearticulação do poder político e pela consideração de possibilidade de acesso dos cidadãos aos meios decisórios pelo exercício da soberania popular, especialmente, com a abertura de canais de participação da sociedade na gestão pública, democratizando os espaços deliberativos das políticas de Estado e também das demandas sociais.

E, estando o cidadão legitimado a sustentar a liberdade e participar do poder decisório, surge o questionamento de como “o Estado soberano deve se relacionar com o povo soberano, que é reconhecido como a fonte legítima dos poderes institucionais”¹ em nítido caráter de complementaridade entre Estado e sociedade.

Neste sentido, é importante a compreensão do processo de construção democrática no Brasil, a fim de possibilitar o entendimento da relação entre a instituição estatal e a sociedade, enquanto necessária para a superação das

¹ LEAL, Rogério Gesta. *Administração pública, estado e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 20.

Crise da democracia representativa e direito de resistência nos movimentos sociais

desigualdades e a concretização de direitos de todos, bem como se há a possibilidade, em não sendo atendida tal demanda, de a sociedade exercer seu “direito” de resistência.

Questiona-se, assim, se poderá o cidadão, ou o povo, se opor a uma “ordem” reputada injusta e que não atende a seus verdadeiros ideais e anseios, posto que mascarada pelas vestes partidárias conjugada com interesses econômicos.

O direito de resistência ou a desobediência representa a forma pela qual o cidadão manifesta a sua irrisignação com o atual sistema democrático que não mais atende a concretização dos direitos fundamentais assegurados na ordem constitucional, identificando-se a crise de representatividade ante o clamor público para a mudança do sistema político brasileiro.

Esse movimento social de insatisfação que eclodiu em meados de 2013 representou o desejo de mudança(s) pelos mais diversos setores da sociedade nas mais diversas áreas: representação política, saúde, educação, transporte público, segurança, economia, corrupção e ficou marcado pelo lema “o gigante acordou”. Restou demonstrado que o sistema atual, de jogos oligárquicos pelo poder, não mais se revela suficiente para atender às reivindicações sociais, tamanha a adesão nas principais cidades do Brasil a esse movimento organizado pelas redes.

Aspecto marcante nesse movimento foi exatamente a transposição de fronteiras físicas pela organização através das redes sociais, à semelhança do que já ocorrera na Tunísia na chamada Primavera Árabe. O Brasil como um todo aderiu a tal movimento graças à sociedade informacional, interligada de forma instantânea, demonstrando a força dessa ferramenta numa sociedade politizada.

105

ASPECTOS SOBRE A DEMOCRACIA NO BRASIL

No período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, Estado e sociedade não possuíam uma relação transparente e aberta, e a participação cidadã na deliberação das políticas públicas era praticamente inexistente. A centralização e a burocratização do processo decisório sempre foram a base do Estado brasileiro, produzindo uma cultura dissociada dos ideais democráticos, com fragilidade na representação política, descrédito partidário e dos sistemas eleitorais.

A partir do ano de 1988, dá-se margem para que Estado e sociedade passem a relacionar-se de maneira mais próxima, indicando para outra perspectiva no tratamento dado às questões sociais e aos cidadãos.

Mas, para que se possa compreender como ocorreu tal mudança, é importante realizar breve análise do processo de democratização brasileira até a promulgação da Constituição Federal em 1988, superando-se o período ditatorial instalando-se o período democrático, que perdura até os dias atuais.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 103-128, jul./dez. 2013

O regime autocrático de governo foi marcante no Brasil, com o Estado Absolutista, típico dos séculos XVII e XVIII, com o poderio do rei, que era soberano do Estado e sobre o povo. Já no século XIX, a marca dos ideais liberais era predominante, no início de tal século houve a instalação da monarquia portuguesa no País, sendo outorgada a Constituição Política do Império do Brasil², em 25 de março de 1824, adotando como regime político a Monarquia Constitucional hereditária.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, foi a primeira Constituição da República e estabeleceu a república federativa como forma de governo e o presidencialismo, durando até o ano de 1934.

Na década de 1930, a ditadura foi o modelo de governo do país; as grandes injustiças da época e a necessidade de ingressar na era industrial proporcionaram uma pressão para a restauração da ordem constitucional, o que ocorreu em 1934 com a promulgação da República dos Estados Unidos do Brasil, mantendo o princípio da federação, incorporando a legislação trabalhista, a segurança nacional e as questões sociais em geral, além de estender o voto para as mulheres.

É interessante notar que toda a mobilização da época não impediu que, no ano de 1937, Getúlio Vargas instaurasse o Estado Novo com a outorga da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, mantido até 1945, quando ocorreu a derrubada de Getúlio Vargas do poder pelos militares e deu-se início a um movimento que posteriormente culminou com a promulgação de outra Constituição, em 1946. Embora tivesse ideais democráticos, teve efeito inverso e encaminhou o país para novo período de ditadura, iniciada em 1964.

No período que sucedeu a ditadura instaurada em 1964, especialmente na década de 1970, algumas mobilizações ocorreram no sentido da superação do regime vigente por um regime democrático, a exemplo do que ocorria na América Latina. Nesse contexto, pode-se ressaltar que as mobilizações partiram de movimentos organizados, como o feminista, estudantil, sindical e religioso³.

Os novos movimentos sociais populares estavam articulados em grupos de franca oposição ao regime militar e afirmavam-se com diferença aos tradicionais movimentos pelo fato de que tinham práticas sociais diversas e organizavam a comunidade local; eram vistos com autonomia e fonte do poder social, estando em franco antagonismo e oposição ao Estado⁴.

² Grafia original.

³ BURGOS, Raúl. Da democratização política à radicalização da democracia: novas dimensões estratégicas dos movimentos sociais. In: DAGNINO, Evelina; TATAGIBA, Luciana. (Org.). *Democracia, sociedade civil e participação*. Chapecó: Argos, 2007.

⁴ GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 281.

Crise da democracia representativa e direito de resistência nos movimentos sociais

Os movimentos sociais da década de 1970 foram relevantes para a criação de estruturas democráticas de viabilização da participação popular e pelo impacto sobre a arena política formal, demonstrando, ainda, sua capacidade de organização e de exercer democracia diretamente⁵.

Na década de 1980, os movimentos sociais reforçaram a oposição à ditadura militar, e as eleições de 1982 foram determinantes para formar a base da transição para a democracia. O auge dos movimentos sociais na década de 1980 foi a campanha *Diretas Já* em 1984, colocando o povo nas ruas com passeatas, comícios e manifestações pedindo pelas eleições diretas para Presidente da República, o que acabou culminando com o fim da ditadura militar no ano de 1985, dando início ao processo Constituinte brasileiro.

Assim, o marco para a democratização do País foi a década de 1980, inicialmente conquistando um campo democrático na sociedade civil, desenvolvendo a cultura de mobilização e pressão para viabilizar o encaminhamento das demandas sociais e, depois, com a conquista pela população da participação em assuntos públicos, possibilitando negociações com os governos.

Com o fim da ditadura, construíram-se as bases para um Estado Democrático de Direito, que acabou por se consolidar com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, reconhecendo-se, assim, o papel dos trabalhos realizados pela Assembleia Constituinte.

A participação dos movimentos sociais fez com que uma nova identidade fosse construída a partir da concepção coletiva de direitos, relacionando-se com a ampliação do espaço de cidadania, decorrendo isto principalmente das novas formas de associativismo, da criação de organizações não governamentais e da participação destes movimentos na elaboração de políticas públicas⁶.

Como primeira demonstração de que o regime democrático estava consolidado, no ano de 1989 ocorreu a primeira eleição direta para presidência da República, tendo sido eleito Fernando Collor de Mello. Pouco tempo depois, em 1990, as denúncias de superfaturamento em compras públicas acabaram por desencadear a instalação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito para apuração dos desvios, o que restou comprovado posteriormente.

Na década de 1990, os movimentos sociais organizados acabaram perdendo um pouco de visibilidade, mas deve-se destacar a mobilização popular ocorrida em agosto de 1992, quando milhares de cidadãos – os chamados “caras-pintadas” – saíram às ruas vestindo preto e pedindo a saída do então presidente do governo. Tudo isso resultou no *impeachment* de Collor, ainda que

⁵ JACOBI, Pedro. *Políticas sociais e ampliação da cidadania*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000. p. 17.

⁶ *Ibidem*, 2000, p. 18.

Livia Copelli Copatti / Luciano de Araujo Migliavacca

este tenha renunciado em 29 de dezembro de 1992, assumindo a presidência o seu vice, Itamar Franco.

Desde então, os movimentos sociais acabaram sendo reduzidos e tendo pouca expressão na organização de mobilizações. Em junho de 2013, de forma inesperada e diferenciada, surgem mobilizações em todo o País, revigorando o caráter democrático da sociedade, sob o lema “o gigante acordou”, desencadeando com a organização pelas redes sociais, passeatas e ações nas ruas.

Tais manifestações apartidárias manifestavam a insatisfação e a inconformidade do povo em geral com o sistema democrático instaurado, denotando a resistência a um sistema que não mais o representava de forma efetiva, nem lhe assegurar seus direitos fundamentais.

Os movimentos de junho de 2013 obrigaram a presidente da República, Dilma Rousseff, a manifestar-se e até propor um plebiscito para a realização de uma reforma política através de uma Assembleia Nacional Constituinte, o que não ocorreu.

De tudo isso, pode-se dizer que as reivindicações de 2013 tiveram origem em muitos pontos – corrupção, saúde, educação, segurança, entre outros – e foram uma nova forma de exercer a democracia, uma vez que não se fala mais em superar um regime militar, mas, sim, fortalecer uma democracia que dá sinais de desgaste, principalmente por não conseguir cumprir com as promessas feitas quando de sua adoção.

108

Nesse processo de democratização iniciado na década de 1980 pelos movimentos sociais, que culminou com a Constituição Federal em 1988, bem como nas recentes manifestações populares, depreende-se que não há um modelo democrático fechado, mas, sim, um modelo que diuturnamente precisa reinventar-se e acompanhar a evolução social e os anseios da população.

FORMAS DE EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA

Para melhor compreensão da construção democrática brasileira, é importante que sejam compreendidas as formas de exercício da democracia pelo povo, razão pela qual se inicia com a sucinta análise da previsão constitucional para a democracia representativa e a democracia participativa.

A correta compreensão da construção democrática brasileira, ainda que em processo constante e mutável conforme a evolução social, requer análise detida sobre as previsões constitucionais que possibilitam o exercício da democracia pelos cidadãos.

O art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, expressa que ao povo é dado o exercício da soberania pelos representantes eleitos ou diretamente, e isso significa que o povo possui a soberania política e autoriza terceiros – seus representantes – a agirem em seu nome ou atua diretamente pelo plebiscito, referendo

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 103-128, jul./dez. 2013

Crise da democracia representativa e direito de resistência nos movimentos sociais

e iniciativa popular. É o povo “a fonte primária do poder, que caracteriza o princípio da soberania popular, fundamento do regime democrático”⁷.

A primeira forma de participação que a Constituição Federal elenca é a representativa ou indireta, sendo a forma tradicional que visa à escolha de representantes, em que “a participação do povo é indireta, é periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo”⁸, a quem é outorgado um mandato político.

É importante lembrar que os governos democráticos foram idealizados para uma sociedade menos complexa do que a que se tem apresentado desde meados do Século XX e início do Século XXI e que, diante da burocracia e do aumento significativo das demandas, tornaram-se governos sobrecarregados, lentos e seletivos, precisando escolher a qual demanda atender antes. Isso gera problemas para a consecução da democracia representativa, pois não consegue ser efetiva e atender aos anseios da sociedade – fato este constatado pelas manifestações ocorridas em junho de 2013.

Assim, a democracia representativa dá sinais de crise quando necessita de uma democracia de baixa intensidade mantendo o distanciamento da população dos processos decisórios e da plena participação política. E, para lidar com isso, é preciso compreender que a complexidade das relações sociais exige novos comportamentos, novas atitudes do cidadão, interação com o espaço que o circunda e reconhecimento de diferenças e de pluralidade de ideias, demandando, para tanto, a compreensão, o diálogo e a realização de acordos voltados para o bem comum⁹.

Santos reforça a existência da democracia de baixa intensidade e ressalta que o inverso somente será possível se se entender que a democracia também é parte do problema e que requer a sua reinvenção, principalmente pela relação harmoniosa entre as democracias representativa e participativa, possibilitando a coexistência entre elas, não havendo a existência de extremos democráticos, que podem ser prejudiciais para a própria democracia¹⁰.

Nesse sentido, diante das complexidades sociais e da insuficiência da exclusividade da democracia representativa, bem como reconhecendo-se a perfeita possibilidade de coexistência da representatividade e da participação, torna-se necessária a análise da abertura dada pela Constituição Federal para outros centros decisórios.

⁷ SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40, grifo do autor.

⁸ *Ibidem*, p. 41, grifo do autor.

⁹ LEAL, Rogério Gesta. Como os déficits de interlocução política atingem a atuação da cidadania democrática no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, v. 7, p. 217-248, 2009.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução de Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 90-91.

A Constituição Federal apresenta institucionalidade participativa direta no art. 14, incisos I, II e III, declarando expressamente que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular.

O sufrágio é um direito político fundamental nas democracias, sendo o voto sua consequência imediata, mas, se, por um lado, o sufrágio universal instaura a democracia política e incorpora sujeitos excluídos historicamente, por outro, não passa de uma concessão do Estado, por meio de uma racionalidade domesticadora para a manutenção do *status quo* e, assim, efetuar a dominação social e política do cidadão¹¹, o que é uma ameaça à democracia.

Verifica-se, pela análise dos instrumentos de democracia direta elencados pela Constituição Federal, que nenhum consegue ser efetivo, uma vez que a iniciativa popular possui diversos requisitos e um processo burocrático para tramitação, o que a torna praticamente inviável, e, tanto no referendo quanto no plebiscito, o exercício da vontade do povo se dá pelo voto nas opções dispostas e, conjuntamente, com os mandatários que colocam o assunto para escolha popular e depois recebem o resultado para a decisão final.

Embora existam formas de participação popular, antes relacionadas, verifica-se que a maior força institucional democrático-participativa não se encontra em tais disposições, mas em outros mecanismos que surgiram em decorrência da Constituição Federal, principalmente no campo das políticas sociais.

110

Visualiza-se a previsão da participação popular como forma de legitimar as decisões e o exercício efetivo da cidadania e soberania do povo em vários dispositivos da Constituição: art. 194, inciso VII, referente à participação dos trabalhadores na seguridade social; art. 198, inciso III, referente à participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde; art. 204, inciso II, que dispõe sobre a assistência social, na educação; art. 206, inciso VI, também possui como norte a gestão democrática no ensino e, por fim, o art. 227, § 7º, quando se refere ao atendimento dos direitos de crianças e adolescentes, dispondo que seja aplicado o art. 204 do diploma constitucional, ou seja, prevê a possibilidade da participação da sociedade na formulação e controle de políticas públicas para crianças e adolescentes.

Tendo a Constituição reconhecido a participação popular, houve a abertura para a institucionalização, por exemplo, de conselhos gestores de políticas públicas, das audiências públicas, das conferências, dos fóruns temáticos e do orçamento participativo.

Com estes instrumentos, é possível, em tese, a participação social efetiva, que ocorre principalmente pela relação que é estabelecida entre a sociedade e o

¹¹ ANDRADE, Vera de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 80-81.

Crise da democracia representativa e direito de resistência nos movimentos sociais

Estado com um conceito de mobilização redefinido, passando a ser visto como a união de esforços, com vínculo ampliado entre o cidadão e a sua comunidade, para chegar ao resultado desejado pela coletividade, o bem comum.

Ao assumir um papel ativo no processo de construção de decisões públicas, a sociedade demonstra o vínculo que possui, com a garantia dos direitos constitucionalmente previstos, e, mais do que isto, o esforço que desempenha para poder concretizá-los.

As formas de participação alternativas à representatividade eleitoral concretizam o “*princípio participativo* [que] caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo”¹², declarando-se a importância que a sociedade possui para contribuir com as decisões públicas.

A democracia participativa somente se realizará se, além da abertura de canais de participação, o cidadão entender que tal “participação supõe compromisso, envolvimento, presença em ações por vezes arriscadas e até temerárias”¹³ e que, somente assim, poderá inteirar-se dos assuntos públicos e influir nas decisões, principalmente desenvolvendo o diálogo e o consenso.

Desta forma, a participação impõe novos parâmetros para as decisões públicas, valorizando o regime democrático, trazendo novas perspectivas e a necessidade das administrações públicas e da sociedade adaptarem-se a ela, proporcionando, assim, melhores e mais efetivas decisões àquele que participa e a toda comunidade, além da exata compreensão de que um cidadão ativo tem capacidade para influenciar e modificar a realidade em que vive, tornando-se corresponsável pela vida de todos.

111

DIREITO DE RESISTÊNCIA E OS MOVIMENTOS SOCIAIS

Conforme a ótica de que “vivemos na lei e segundo o direito”¹⁴, reconhece-se no Estado, concebido, dessa forma, em uma ordem democrática, a força para manter a coesão e paz social. Relega-se a este ente, em sua divisão tripartite, a responsabilidade pela manutenção dessa ordem de modo a prover, em relação ao cidadão, a “tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança”¹⁵.

Estabeleceu-se que “todo poder emana do povo”¹⁶ e para o povo, impondo-se que a representação decorrente de tal poder outorgado aos representantes

¹² SILVA, op. cit., p. 41, grifo do autor.

¹³ DEMO, Pedro. *Participação é conquista: noções de política social participativa*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1996. p. 19-20.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Prefácio, p. XI.

¹⁵ MONTESQUIEU, Charles. *O espírito das leis*. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 75.

¹⁶ BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, art. 1º, parágrafo único.

observe tal convenção. Diante disso, a ordem jurídica estará preservada e quem a descumprir sofrerá as sanções previstas (e estabelecidas pelo próprio povo por seus representantes).

Tal convenção implica reconhecer que a “força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente”¹⁷. Segue-se, a partir dessa convenção, a assunção de que o cidadão tem assegurado seus direitos fundamentais pelo próprio Estado, que deve fornecer os meios para a sua realização, bem como deve respeitá-los, não podendo, na condição de autoridade, usurpá-los.

Como citado por Dworkin, toda comunidade política complexa possui tais convenções¹⁸, vindo o convencionalismo – como concepção da prática e da tradição jurídicas¹⁹ – a explicitar o modo como as decisões políticas do passado tornam-se incontestes.

Essa convenção, já explicitada por Sócrates²⁰, constitui o elemento de coesão do povo ou, como prefere Locke²¹, o consentimento para a formação do estado civil para observância da ordem e paz social.

Relega-se à instituição Estado, por um procedimento democrático, o poder de governar, impondo, por conseguinte, a submissão ao ordenamento jurídico estabelecido exatamente como forma de manutenção de uma segurança e estabilidade.

112

Nesse ponto, Dworkin sugere que o convencionalismo representa manutenção da segurança e forma de evitar surpresas, esclarecendo, no entanto, a existência de equívoco na afirmação de que o ideal da expectativa assegurada é um ideal claramente democrático, pois propõe que a coerção só seja autorizada por procedimentos aceitos pelo povo²².

Esse apelo à democracia, porém, confunde dois problemas: o povo deve ter a última palavra, através de instituições democraticamente eleitas, sobre o modo como os juízes julgam os casos? Que teoria sobre como os juízes deveriam julgar os casos seria escolhida ou aprovada pelo povo? Tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, e em outros países democráticos, o povo tem o poder residual de modificar qualquer prática judicial em vigor, pode eleger legisladores que tem o poder de impor sua vontade sobre os juízes de um modo ou de outro²³.

¹⁷ DWORKIN, op. cit., p.141.

¹⁸ Ibidem, p. 142.

¹⁹ Ibidem, p. 148.

²⁰ PLATÃO. *Diálogos*. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 46a.

²¹ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 77.

²² DWORKIN, op. cit., p. 170.

²³ Idem, p. 170-171.

Crise da democracia representativa e direito de resistência nos movimentos sociais

Reconhece-se aqui que o sistema democrático outorga poderes ao Estado, inclusive em relação à manutenção da ordem preconizada de forma a coibir atos contrários aos ideais já estabelecidos pelo próprio povo.

Questiona-se, assim, se, ao desrespeitar, portanto, tais convenções – leis ou precedentes –, deverá o Estado “corrigir” o cidadão que desviou supostamente sua conduta, mesmo que tenha agido de acordo com sua consciência individual? Poderá o indivíduo, sob a alegação de que o sistema atual não lhe representa e não o ampara em relação à concretização de seus direitos individuais, deixar de observar a estrita legalidade?

Peter Singer, nesse sentido, questiona se “teremos uma obrigação imperiosa de obedecer à lei”, referindo que “não se pode lidar com essa questão invocando a fórmula simplista ‘os fins nunca justificam os meios’²⁴ e propõe que “a questão difícil não é saber se os fins podem justificar sempre os meios, mas que meios se justificam em função de que fins”²⁵.

A essa insurgência, explicitada nos movimentos sociais ocorridos em 2013, em relação às convenções dá-se o nome de direito de resistência, assim definido o

Direito reconhecido aos cidadãos, em certas condições, de recusa à obediência e de oposição às normas injustas, à opressão e à revolução. Tal direito concretiza-se pela repulsa a preceitos constitucionais discordantes da noção popular de justiça; à violação do governante da ideia de direito de que procede o poder cujas prerrogativas exerce; e pela vontade de estabelecer uma nova ordem jurídica, ante a falta de eco da ordem vigente na consciência jurídica dos membros da coletividade. A resistência é legítima desde que a ordem que o poder pretende impor seja falsa, divorciada do conceito ou ideia de direito imperante na comunidade. O direito de resistência não é um ataque à autoridade, mas sim uma proteção à ordem jurídica que se fundamenta na ideia de um bem a realizar. Se o poder desprezar a ideia do direito, será legítima a resistência, porém é preciso que a opressão seja manifesta, intolerável e irremediável²⁶.

Peter Singer, em uma análise histórica, ilustra o direito de resistência trazendo os exemplos de Oskar Schindler (industrial alemão que por uso de estratégias ilegais salvou a vida de 1200 judeus); da Frente de Libertação dos Animais (que invadiu o laboratório de traumatismos cranianos na Universidade da Pensilvânia, Estados Unidos, e roubou 34 cassetes com gravações das experiências que causavam lesões cerebrais em macacos); de Joan Andrews (que entrou numa clínica que realiza abortos em Pensacola, na Florida, Estados Unidos, e danificou um aparelho que promovia aborto por sucção); e de Bob Brown (que fundou a

²⁴ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2002. p. 198.

²⁵ *Ibidem*, p. 199.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2, p. 181-182.

Sociedade da Tasmânia Selvagem, responsável pelo movimento para impedir a construção de uma barragem no rio Franklin, no sudoeste da Tasmânia)²⁷.

O estudo acerca da resistência civil – gênero do qual é espécie a desobediência civil, encontra em Henry David Thoreau um precursor, no ensaio “Desobediência civil”²⁸, publicado originalmente sob o título de “Resistência ao Governo Civil”, no periódico “Aesthetic Papers” (14 de maio de 1849), e publicado postumamente como “A Desobediência Civil”, no livro *A Yankee in Canada*.

Thoreau, que foi preso por não pagar impostos ao governo norte-americano por ser contrário ao financiamento da escravidão e da guerra contra o México, escreveu tal obra, inspirada na noite na prisão, onde manifestou sua objeção às leis e ao governo, defendendo a ideia da desobediência civil individual como oposição legítima frente ao Estado injusto²⁹.

Essa oposição legítima frente a uma situação de injustiça identificou, nos movimentos sociais de junho de 2013, a insatisfação e descontentamento de um modelo de representação que não favorece a concretização dos direitos fundamentais do povo, que não atende aos seus anseios e que traz como marca a ruptura entre representantes e representados.

Resta claro que a desobediência civil não representa a mera intenção de subverter a ordem, de refutar a existência das leis ou ser contra o governo como instituição:

114

esta é uma violação da lei que se pretende justificada na medida em que a resistência é um direito de todos e seu objetivo é modificar a lei injusta, não se submeter a qualquer forma de coação e conquistar leis melhores e mais justas. Não supõe a desestabilização da ordem ou a supressão do Estado. Questiona e pressiona o governo e a ordem estabelecida mas não supõe necessariamente, a sua destruição³⁰.

Nesse mesmo sentido, Thoreau já defendia que

Leis injustas existem: devemos contentar-nos em obedecer a elas ou esforçar-nos em corrigi-las, obedecer-lhes até triunfamos ou transgredirmos desde logo? Num governo como este, os homens geralmente pensam que devem esperar até que a maioria seja persuadida a alterá-las. Pensam que, se resistissem ao governo, o remédio seria pior que o mal. Mas é culpa do próprio governo que o remédio seja, efetivamente, pior

²⁷ SINGER, op. cit., p. 199.

²⁸ THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Tradução de Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997.

²⁹ *Ibidem*, p. 6-8.

³⁰ JATOBÁ, Maria do Socorro da Silva. *Sócrates e o problema da desobediência civil: um estudo da Apologia e do Críton de Platão*. Tese Doutorado – Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e de Ciências Humanas. Campinas, SP, 2006. p. 12.

Crise da democracia representativa e direito de resistência nos movimentos sociais

que o mal. É ele que o torna pior. Por que ele não está mais apto a antecipar e proporcionar a reforma? Por que não trata com carinho sua sábia minoria? Por que suplica e resiste antes de ser ferido? Por que não encoraja seus cidadãos a prontamente apontarem seus defeitos e a agirem melhor do que ele lhes pede? Por que sempre crucifica Cristo, excomunga Copérnico e Lutero e declara Washington e Franklin rebeldes?³¹

Essa ideia de resistência é confortada por Robert Paul Wolff, que vê a autoridade/direito de governar como marca definidora do Estado e vê a autonomia/recusa em ser governado como primeira obrigação do homem, reconhecendo aparente conflito entre a autonomia do homem e a suposta autoridade do Estado, resolvendo-o em favor do indivíduo³².

Singer, ao analisar a posição de Thoreau e Wolff, reconhece que ambos pretendiam indicar que o indivíduo deve seguir seu juízo sobre o que fazer e que obedecer ou não a lei é uma decisão ética “que a própria lei não pode resolver” pelo indivíduo³³.

Nesse ponto, resgata-se a posição de Sócrates, que aceita a intervenção das leis a sua exigência de obediência como preservação da ordem, ao recusar fugir da prisão a pedido de Críton, mesmo condenado à morte e em desacordo com tal decisão:

As razões que alegava no passado, não as posso enjeitar agora em vista de minha sorte presente; elas se me apresentam como que inalteradas; são as mesmas de antes as que estou respeitando e acatando; se nestas conjunturas, não temos outras melhores para alegar, fica certo de que não cederei absolutamente a tuas instâncias; ainda que, com mais ameaças que as atuais, nos acene o poderia da multidão, como a crianças, com o espantinho das prisões, mortes e confisco de bens³⁴

O caso de Sócrates não representa, em si, a desobediência ou resistência, mas trata dos fundamentos por meio dos quais a lei deveria ser observada: a convenção para observância das leis da Cidade e a maneira pela qual é distribuída a justiça, recorrendo a um juízo de racionalidade como descrito anteriormente.

Nesse ponto, Hannah Arendt refere que o caso de Sócrates não explicita uma contestação de fato das leis, mas propriamente dos seus julgadores³⁵ – “as próprias leis dizem que Sócrates fora condenado pelos homens e não por elas”³⁶.

³¹ THOREAU, op. cit., p. 5.

³² Apud SINGER, p. 196.

³³ SINGER, op. cit., p. 197-198.

³⁴ PLATÃO. *Diálogos*. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 46b.

³⁵ ARENDT, Hannah. Desobediência civil. In: *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 1993. p. 57.

³⁶ JATOBÁ, op. cit., p. 35.

No sentido da observância da legalidade, Kant manifesta-se contrariamente à ideia de um direito de resistência, afirmando que, mesmo que o governante procedesse de forma contrária à lei, o povo poderia fazer oposição mediante queixa, mas não por meio de resistência³⁷. Assim, não poderia o povo “oferecer resistência ao poder legislativo do Estado que fosse compatível com o direito, uma vez que uma condição jurídica somente é possível pela submissão à sua vontade legislativa geral”³⁸, estando apenas autorizado quando houvesse lei pública que lhe facultasse resistir, ou seja, “a legislação maior teria que encerrar uma disposição de que não é o soberano, e que torna o povo, na qualidade de súdito, por um e o mesmo critério, soberano sobre aquele ao qual está submetido”³⁹, o que seria, em tese, contraditório.

Opondo-se ao posicionamento anteriormente exposto em relação à previsão do direito de resistência, Nelson Nery Costa afirma que “a teoria da resistência é uma categoria jurídica que faz parte dos direitos da cidadania, que perde conteúdo quando positivado”⁴⁰. Tal posição, no entanto, resta refutada no ordenamento jurídico brasileiro, posto que na própria Constituição Federal de 1988 há previsão expressa de uma espécie do gênero direito à resistência, qual seja, o direito à greve no art. 9º.

Os movimentos sociais ocorridos em junho de 2013, indicadores da resistência em relação ao sistema atual, estavam sim amparados pelo direito de reunião e pela liberdade de expressão, assegurados constitucionalmente. Vislumbrou-se que o direito de resistência foi inicialmente exercido de forma pacífica e com total respaldo do texto constitucional e serviu para demonstrar que o “gigante havia acordado”. Os confrontos posteriores com a polícia e os danos causados a patrimônio público e privado também refletiram o direito de resistência, mais especificamente pela desobediência civil. Nesse ponto volta-se ao questionamento de Singer em relação até que ponto se justificaria a violência em prol das reivindicações.

A justificativa do direito de resistência encontra em Bobbio um fundamento acerca da sua natureza jurídica de acessoriedade em relação aos direitos fundamentais. Para Bobbio, o direito de resistência representa “um direito secundário”, tal como as normas secundárias que servem para proteger as normas primárias, cabendo o exercício daquele em favor do gozo de um direito primário (vida, dignidade, propriedade) e justificado somente quando esses últimos forem descumpridos⁴¹.

³⁷ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 162.

³⁸ Idem, p. 163.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ COSTA, Nelson Nery. *Teoria e realidade da desobediência civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 21.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 95.

Crise da democracia representativa e direito de resistência nos movimentos sociais

Nesse mesmo sentido, Locke reconhece como legítimo o direito de resistência em face da finalidade da sociedade civil de preservar as propriedades de cada indivíduo⁴².

Evidentemente que em um Estado democrático de direito existem meios legais para se evitarem abusos ou assegurarem de forma efetiva os direitos fundamentais, o que tornaria injustificável o uso de meios ilegais, porém a perspectiva na utilização dos canais legais indica um futuro incerto, quer quanto ao tempo necessário quer em relação ao atingimento do objetivo, enquanto se prosseguem os alegados males⁴³.

Exatamente em face dessa letargia na resposta aos anseios do povo é que o direito de resistência assume papel relevante justificando as manifestações sociais, organizadas sobretudo pela internet, que eclodiram no Brasil em 2013, cuja motivação – ao menos inicial – foi o aumento das passagens de ônibus e apesar de inicialmente pacíficas tiveram momentos, por parte de grupos isolados, de confronto direto com a polícia e muita depredação de patrimônio público e privado.

A grande adesão por parte da população com a “tomada pacífica das ruas pelo povo” e mesmo a violência ocorrida, apesar de indesejada pela maioria, evidenciaram o uso do direito de resistência e a flagrante crise no sistema de democracia representativa atual.

117

O DIREITO DE RESISTÊNCIA E O PAPEL DAS REDES SOCIAIS

A evolução das tecnologias possibilitou inovação e rompimento de paradigmas em muitas áreas do conhecimento, trazendo mais facilidades e melhorias nas condições de vida de muitas pessoas. A par disso, também trouxe algumas situações em que o uso exagerado das tecnologias disponíveis acaba sobrepondo-se à medida correta, trazendo complicações, por exemplo, à saúde das pessoas.

Entre as tecnologias disponíveis e mais utilizadas pelas pessoas estão a informática e a internet, de forma que atualmente, milhares de pessoas estão conectadas ao ambiente virtual, seja para buscar informação, seja para estabelecer relações virtuais, participando, principalmente, de comunidades virtuais.

As conexões estabelecidas pelas pessoas entre si ou com empresas e instituições na internet alteram a discussão acerca da identidade, uma vez que a identidade nacional não é a única a ter representatividade diante do crescimento e da presença constante da identidade globalizada do indivíduo, caracterizando a hibridização da cultura.

⁴² LOCKE, op. cit., p. 200.

⁴³ SINGER, op. cit., p. 200.

Uma questão que se insere nesse contexto decorre das mobilizações sociais ocorridas no Brasil em meados do ano de 2013, quando milhares de pessoas foram às ruas para reivindicar direitos que não estavam sendo garantidos ou que estavam sendo violados.

No contexto apresentado, a sociedade, de modo geral, insatisfeita com uma série de problemas que a afetam e não vendo resultado nas ações governamentais propostas, decidiu manifestar-se de um modo característico de movimentos sociais, ou seja, reunir pessoas e ir para a rua, em passeatas, manifestações, gritos de ordem. Esse foi o cenário do Brasil em junho de 2013.

É possível perceber que as mobilizações ocorridas teriam poucas diferenças das anteriores em outras décadas no País, não fosse por um fator: sua organização deu-se pela internet, utilizando redes sociais, especialmente o Facebook.

O prelúdio da utilização da rede social nas manifestações ocorreu na chamada Primavera Árabe, inicialmente com a Tunísia, em 2011, pela difusão do vídeo do suicídio de um vendedor ambulante, que protestava contra os impostos, e a convocação das pessoas para agir nas ruas e praças, divulgados pelo Facebook, Youtube e Twitter, em protesto pela liberdade e eleições democráticas, sem qualquer líder e que acabou resultando em eleições abertas em 21 de outubro de 2011.

118

Mais contextualizada com a sociedade em rede e com uma resignificação da cidadania pelos meios digitais está a Islândia, cuja história de mobilização inicia com a recuperação da economia entre os anos de 2006 e 2012. Em 2011, houve a composição de uma Assembleia Nacional com mil cidadãos e, destes, vinte e cinco foram escolhidos para o Conselho da Assembleia Constitucional, responsável por esboçar uma nova Constituição⁴⁴.

O Facebook foi a plataforma utilizada pelo Conselho para o debate da nova Constituição, o Twitter foi a ferramenta de informação e atendimento de dúvidas sobre todo o processo e o Youtube e o Flickr possibilitaram a participação direta dos cidadãos, tendo sido enviadas 16 mil sugestões *on-line* e *off-line*. Após a elaboração de um novo texto constitucional pelo Conselho, o mesmo foi submetido à aprovação dos cidadãos, juntamente com as eleições presidenciais, em 30 de junho de 2012, tendo sido aprovada⁴⁵.

Além destes dois países, também ocorreram manifestações no Iêmen, Egito, Bahrein, Líbia, Síria, Marrocos, Espanha e Estados Unidos⁴⁶.

⁴⁴ CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 23-45, passim

⁴⁵ Ibidem, p. 23-45, passim.

⁴⁶ As discussões sobre os movimentos ocorridos nesses países podem ser aprofundadas pela leitura das seguintes obras: CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013; HARVEY, David et al. *Occupy*. Tradução de João Alexandra Peschanski et al. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2012; ŽIŽEK, Slavoj. *O ano em que sonhamos perigosamente*. Tradução de Rogério Bettoni. São Paulo: Boitempo, 2012.

Crise da democracia representativa e direito de resistência nos movimentos sociais

O que aconteceu teve relação imediata com a arrogância dos detentores do poder, decorrente do “seu autismo social e político, sua incapacidade de perceber a velha toupeira que trabalhava no subsolo do tecido social [...]”, promovendo a unificação de “descontentamentos, lutas, reivindicações e anseios”⁴⁷.

Pode-se dizer que o estopim para as manifestações que tomaram as ruas do Brasil em junho foi o aumento do preço da passagem no transporte coletivo, que tomou proporções nacionais, mas que teve início, nesse mesmo ano, no Estado de São Paulo, desencadeada pelo Movimento Passe Livre – MPL.

É importante lembrar que ainda no mês de agosto de 2003 ocorreu uma revolta parecida em Salvador, na Bahia, conhecida como a Revolta do Buzu, e, em 2004, a Revolta da Catraca em Florianópolis, cujo objetivo principal foi a revogação do aumento das passagens, envolvendo trabalhadores, estudantes e simpatizantes da causa.

A impossibilidade de acesso aos locais pelo aumento das passagens é retratada pelo Movimento Passe Livre, nos seguintes termos: “As catracas do transporte são uma barreira física que discrimina, segundo o critério da concentração de renda, aqueles que podem circular pela cidade daqueles condenados à exclusão urbana”⁴⁸.

A mobilidade urbana, especialmente direcionada ao uso do transporte coletivo, desencadeou mobilizações em quase todo o país, descentralizadas, e que representou, na época, simbólica retomada de poder pelos trabalhadores e estudantes diante dos gestores públicos e empresas privadas.

O movimento Passe Livre organizou a manifestação para 6 de junho com um mês e meio de antecedência, por adesão na rede social Facebook. Além disso, o movimento não tinha uma liderança, nem mesmo identificação partidária, já que aqueles que portavam bandeiras ou camisas de partidos políticos foram hostilizados por outros manifestantes sob os gritos de “nenhum partido nos representa”.

Por isso, Nobre ressalta que os movimentos de 2013 no Brasil “[...] se formaram e [...] funcionam de maneira apartidária, mantendo autonomia e independência em relação a governos. São movimentos horizontais, que recusam a ideia da concentração da representação em uma liderança individual”⁴⁹.

Passados sete protestos, o saldo foi de redução das tarifas, repressão policial e midiática, violência e um movimento que permanece ativo e na luta, juntamente com outros grupos da esquerda, visando, agora, a tarifa zero⁵⁰.

⁴⁷ MOVIMENTO PASSE LIVRE – SÃO PAULO. *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013. p. 15.

⁴⁸ MOVIMENTO PASSE LIVRE – SÃO PAULO. 2013, p. 15.

⁴⁹ NOBRE, Marcos. *Choque de democracia: razões da revolta*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2013.

⁵⁰ LOCATELLI, Piero. *#VemPraRua: as revoltas de junho pelo jovem repórter que recebeu passe livre para contar a história do movimento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

Aliada às inconformidades com o transporte público, esteve também a insatisfação com a realização da Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016, que serão realizados no País e que foram motivo de manifestações durante a realização da Copa das Confederações, da Federação Internacional de Futebol – FIFA, no mês de junho, justificadas pela falta de investimento público em setores importantes, como saúde, educação e segurança e uso do dinheiro público para construção de estádios e obras para os eventos esportivos.

Quando as pessoas saíram às ruas, ficou claro que a mobilização não era apenas pela contrariedade ao aumento da passagem do transporte coletivo e à realização da Copa do Mundo, como pano de fundo. Havia muitos outros motivos que foram estampados em cartazes, faixas, nos rostos dos manifestantes.

A crise de representação política, a saúde, a educação, o transporte público, a segurança, a economia e a corrupção foram alguns dos motivos que levaram os cidadãos a expressar sua revolta, expondo a crise de um sistema democrático que “se dissociou da sociedade. Parou de dialogar com ela, virando as costas para a “opinião pública” e a sociedade civil. [...] Passou a produzir inúmeros problemas e nenhuma solução. [...]”⁵¹.

Os discursos das ruas, iniciados pela internet, uniu pessoas em diversos locais no Brasil, que, por um lado, abriram espaço para estabelecer conexões físicas e, por outro, não deixaram suas conexões virtuais, uma vez que a divulgação da participação de muitos manifestantes foi feita simultaneamente pelas redes sociais, como o Facebook, o Twitter e o Youtube.

Isso ocorreu pelo desenvolvimento da cultura tecnológica e pelas novas formas de relacionamento social que possibilitaram – e possibilitam – o acesso à informação em um curto espaço de tempo e sem um espaço geográfico delimitado, mas em uma rede, acessível a todos os cidadãos – ou quase.

Castells explica que as mudanças sociais estabelecem-se por ações comunicativas e que o entusiasmo do indivíduo é essencial para isso, uma vez que, conectados em rede pela internet, acabam sendo atores coletivos em uma rede de comunicação horizontal, multidirecional e interativa⁵².

É perceptível que os movimentos ocorridos no Brasil em junho de 2013 foram organizados e sustentados pelas redes sociais, que mantiveram os indivíduos conectados e interessados em participar, em marchar, bradar por direitos que não estavam sendo respeitados pelos governos.

A adesão às manifestações nas redes sociais, em especial Facebook, Twitter e Youtube, foi marcada por símbolos que associavam os participantes e simpati-

⁵¹ NOGUEIRA, Marco Aurélio. *As ruas e a democracia*. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira (FAP); Rio de Janeiro: Contraponto, 2013. p. 33.

⁵² CASTELLS, op. cit., p. 158.

Crise da democracia representativa e direito de resistência nos movimentos sociais

zantes uns aos outros, possibilitando sua identificação por *hashtags*, como #VemPraRua, #AcordaBrasil – com variações para a cidade da mobilização, quando o interesse era unir a comunidade local – e também #ChangeBrasil, que foi utilizada por cidadãos brasileiros residentes no exterior que aderiram à causa.

Neste sentido, é interessante notar como a globalização possibilitou um elo em contexto não apenas local ou nacional, mas efetivamente internacional, desencadeando inclusive manifestações de apoio em países como Estados Unidos e Espanha.

Não há como negar que as manifestações foram o símbolo de uma identidade globalizada, de conexões entre pessoas de diferentes locais do País e também no exterior, vinculadas a interesses comuns e interligadas por comunidades virtuais, justamente desenvolvidas para que essas conexões e trocas de ideias fossem possíveis. São movimentos locais e globais.

A Era da Informação, calcada em novas tecnologias e, entre essas, as redes sociais, tem apresentado situações diferenciadas e surpreendentes do ponto de vista democrático, pois acaba construindo formas de discussão de assuntos de interesse coletivo em locais, talvez, jamais imaginados. E, embora cada rede e cada movimento tenha suas peculiaridades, também possuem traços comuns que caracterizam os movimentos sociais na era da internet.

A multiplicidade das redes pode ser destacada como característica essencial, pois possibilitam aos participantes coordenar, deliberar e interagir com múltiplos núcleos, aumentando as chances de participação, embora a base dos movimentos seja a manifestação na rua. A exata compreensão disto pode ser percebida nas palavras de Castells, para quem a mistura de cibernética e espaço urbano constitui o espaço da autonomia:

Embora esses movimentos geralmente se iniciem nas redes sociais da internet, *eles se tornam um movimento ao ocupar o espaço urbano*, seja por ocupação permanente de praças públicas seja pela persistência das manifestações de rua. O espaço do movimento é sempre feito de uma interação do espaço dos fluxos na internet e nas redes de comunicação sem fio com o espaço dos lugares ocupados e dos prédios simbólicos visados em seus atos de protesto⁵³.

Outra questão refere-se ao tempo desses movimentos, que é ilimitado, e às novas formas que emergem constantemente. Outras características dizem respeito a esses movimentos serem virais, criando-se em muitos lugares; favorecem o companheirismo, a cooperação e a solidariedade entre os envolvidos e não contam com uma liderança, afastando a delegação de poder⁵⁴.

⁵³ CASTELLS, op. cit., p. 160, grifo do autor.

⁵⁴ Ibidem, p. 161-165, passim.

Pode-se tratar dos movimentos ainda sob três aspectos importantes: não são violentos, mas, em alguns casos, os propósitos dos movimentos acabam tendo a repressão policial e desembocando em violência, o que atrai simpatia dos demais cidadãos. São, ainda, políticos quando praticam democracia deliberativa direta, com base na democracia em rede, embora não criem partidos nem apoiem governos. Por fim, não são programáticos, salvo se concentrados na busca pela queda da ditadura, por terem muitas demandas, “não conseguem formalizar uma organização ou liderança porque seu consenso, seu companheirismo, depende de uma deliberação e de um protesto *ad hoc*, não da concretização de um programa elaborado em torno de objetivos específicos”⁵⁵.

Os movimentos sociais em rede, na forma como descritos, apresentam-se como evolução dos tradicionais movimentos sociais, baseados em interesses de classe ou de lutas urbanas/agrícolas, pois tornam possíveis as mais variadas discussões, entre os mais diversos locais, cidadãos e culturas, o que acaba traduzindo-se pela construção de uma nova identidade, globalizada e interessada no contexto coletivo.

Nesse sentido, Castells destaca a diferença existente entre a individuação e o individualismo dos participantes de tais movimentos, uma vez que a individuação dos projetos do indivíduo torna possível que sejam adaptados à ação coletiva e aos interesses comuns, e o individualismo acaba sendo a atitude egoísta de não perceber os direitos dos outros, mas apenas os seus direitos. E, assim, com a individuação é possível a autonomia, referindo-se a atores individuais ou coletivos que têm a capacidade de tornar-se o próprio sujeito de seus projetos, não dependendo de uma instituição para que eles ocorram⁵⁶.

122

Nas manifestações, era possível identificar em cada pessoa que participava as suas motivações individuais, que, unidas com as motivações das outras pessoas, muitas vezes tornaram-se motivações coletivas, por terem o mesmo objetivo ou similaridade.

A pergunta que se põe é: se cada um pretende mudar as coisas a seu modo, como produzir ação coletiva? O risco que se corre é que, com muitas pessoas emitindo informação e opinião, embora haja a democratização, possa ocorrer distorção e manipulação, inviabilizando o movimento social⁵⁷.

Novaes retrata as manifestações da seguinte forma:

Quem estava nas ruas era o sujeito singularizado, aquele que elevava seu cartaz gritando forte; o cartaz que redigiu em sua casa, com sua caneta denunciando aquilo que faz contraponto à sua felicidade particular. Nas

⁵⁵ Ibidem, p. 165.

⁵⁶ CASTELLS, op. cit., p. 168.

⁵⁷ NOGUEIRA, op. cit., p. 56.

Crise da democracia representativa e direito de resistência nos movimentos sociais

avenidas, as diferentes singularidades confluíram, entrelaçaram e amarraram forte um desejo e outro desejo e mais outro até tecer uma nova voz para o país, agora não mais ressabiada ou ressentida pelas crueldades pontiagudas de um Estado leviano, não mais cativa da desesperança do seu poder de agir como catalisador para a artesanania de uma sociedade de direitos e justiça assegurados. Ninguém saiu em marcha para pedir, fomos lutar para conquistar o que é de nosso direito⁵⁸.

Como destacado, as discussões que aconteciam nas redes sociais e que depois foram os motivos das manifestações nas ruas mobilizaram as pessoas conforme suas afinidades e interesses pessoais, buscando o benefício de toda a coletividade, principalmente nas discussões sobre saúde, educação, segurança e repressão da corrupção.

Assim, há que se ter um olhar crítico sobre elas, sob pena de a visão romântica e idealista maquiar aspectos importantes e que merecem ser discutidos. E o primeiro questionamento que deve ser feito é se os movimentos sociais em rede, especialmente articulados nas redes sociais, tiveram a força de mudar ou conquistar a finalidade para a qual surgiram.

Os protestos conseguiram deixar claro que queriam um Estado mais social e menos econômico, as pessoas tinham em suas páginas e perfis nas redes sociais fotos, comentários e posicionamentos de apoio às manifestações. Foram para as ruas e mostraram para o País e para o mundo que, quando a sociedade está unida em prol de um objetivo – ou alguns –, é possível alcançá-los.

Mas, para Nogueira, o simples fato das manifestações terem se organizado pelas redes sociais e saído às ruas não significou atingir os objetivos, deixando claro o seguinte:

O mais grave desdobramento dos protestos não foi o ressurgimento do temor de um “golpe de direita”, mas sim a dificuldade de resposta das instituições políticas. Nenhum partido mostrou-se qualificado para processar democraticamente as vozes das ruas. O governo representativo, como tal, não se mostrou à altura, e não somente por falhas localizadas no Palácio do Planalto.⁵⁹

Já para Castells, o mais importante do movimento brasileiro tem sido as respostas dadas pelas instituições políticas, ressaltando o papel da presidente Dilma Rousseff, que teria legitimado o movimento quando prometeu uma série

⁵⁸ NOVAES, Marlene. A respeito das manifestações ocorridas no Brasil: movimentos sociais baseados em rede ou o que diz a voz do povo. *Revista Espaço Acadêmico*, ano XI, jun. 2013. Disponível em: <<http://espacoacademico.wordpress.com/2013/06/25/a-respeito-das-manifestacoes-ocorridas-no-brasil-movimentos-sociais-baseados-em-rede-ou-o-que-diz-a-voz-do-povo/>>. Acesso em: 29 dez. 2013.

⁵⁹ NOGUEIRA, op. cit., p. 60.

de medidas para investimento em saúde, educação, segurança, além de ter proposto uma reforma política⁶⁰.

Após o clamor popular seguiu-se um período de calma, em que não houve resultados consideráveis e palpáveis para a sociedade brasileira, ao menos a curto prazo, já que a reforma política não saiu do papel, o plebiscito não ocorreu e o Programa Mais Médicos encontra resistência em diversos setores, inclusive da sociedade, que é atendida por profissionais estrangeiros.

A reforma política não é interessante para políticos pois não querem correr riscos e sair da zona de conforto em que estão estabelecidos. Um plebiscito, se não for bem elaborado, não atingirá a finalidade a que se propõe, sendo mais interessante e importante haver ideias a discutir do que simplesmente legitimar escolhas e decisões por um instrumento que não é efetivo e interessante.

Por essas razões, não se perceberam mudanças significativas e “se os protestos de junho disseram alguma coisa foi isso: tudo precisa ser diferente a partir de agora. Se será, não dá para saber. Mas seria bom se pudesse ser. [...] Há uma sensação de urgência instalada na sociedade, ainda que não se tenha uma tragédia à vista”⁶¹.

Ainda, outro questionamento que se põe é sobre se esses movimentos, organizados por redes, serão constantes ou se diluirão com o tempo. Talvez esse seja o questionamento que, passados alguns meses das manifestações organizadas em rede e expressas nas ruas, seja mais presente.

124

As comunidades virtuais, os contatos, as curtidas e compartilhamentos de ideias nas redes sociais, por no máximo dois meses, permaneceram ativos e sustentados. E agora estão relegados ao esquecimento? É notório que o acesso e o entusiasmo diminuíram.

Parece que os movimentos não conseguirão manter-se sem estabelecer relações com sujeitos que tenham alguma relação com o Estado, facilitando a aproximação e o contato. Novamente, Nogueira é muito claro sobre isso:

Não foi estranho o refluxo das ruas. Ora ativas, ora em silêncio, elas não têm como se mobilizar de modo permanente e somente podem manter regularidade se estiverem acompanhadas de sujeitos políticos qualificados para criar pontes com o Estado. Os partidos, porém, não estão em condições de ajudá-las nisso nem são aceitos por elas. A busca de auto-expressão, que tipificou parte das manifestações, não organiza consensos ou agendas. Ao menos no curto prazo e movidas pelo clamor espontâneo, as ruas não têm como ir muito longe. [...] Mas o sistema retomou o controle da situação⁶².

⁶⁰ CASTELLS, op. cit., p. 182.

⁶¹ NOGUEIRA, op. cit., p. 101.

⁶² Ibidem, p. 63.

Crise da democracia representativa e direito de resistência nos movimentos sociais

Todorov ressalta que as manifestações não buscam a substituição da democracia, mas que a realidade seja mais próxima de seu ideal: “Democracia já!” e propõe uma ecologia social e política, levando em consideração indivíduo e coletividade, sempre em sentido complementar, em que a negociação e o interesse mútuos são mais interessantes e dão mais resultados que dominações e imposições⁶³.

Não é diferente o que entendem Castells e Nogueira nas suas abordagens sobre as manifestações no Brasil, demonstrando a necessidade de manterem-se as conexões e as comunidades virtuais ligando as pessoas e os interesses, servindo com um impulsionador para o ativismo, a autonomia comunicativa e, assim, a realização de um presente e um futuro melhor.

Assim, resta importante que esses movimentos de revolta e protesto que aconteceram no Brasil, no mês de junho, organizados pelas redes sociais, assumam uma postura ativa e coletiva, com representatividade perante a sociedade e os governos e que possam atuar conjuntamente na concretização dos direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um Estado Democrático de Direito, o poder de um governo emana de seu povo, exatamente como preconizado pela Constituição Federal de 1988, estando os representantes legitimados a promover a consecução dos anseios e interesses do povo de modo a promover a superação das desigualdades e a concretização de direitos de todos.

A ruptura, no entanto, entre representados e representantes desatende o ideal democrático para a concretização dos direitos fundamentais, identificando a crise da democracia representativa majoritária. O distanciamento dos representantes na participação do jogo democrático permite a formação de interesses alheios às reais reivindicações sociais.

A complexidade das relações sociais veio igualmente a contribuir para o acirramento da crise da democracia representativa, sendo ignorada a intervenção popular na tomada de decisões, razão pela qual se reconhece como alternativa a coexistência da representatividade e da participação popular – mediante uma necessária previsão constitucional – de modo a atender de forma plena os anseios sociais legitimando as decisões e o exercício efetivo da cidadania e da soberania do povo.

As movimentações sociais de junho de 2013 representaram o exercício do direito de resistência do povo face à injustiça do sistema democrático atual, pugnando pela mudança de um sistema que não favorece o atendimento das

⁶³ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Tradução de Joana Angélica D’Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

reivindicações sociais. Essa resistência revela-se legítima para questionar e pressionar o governo pugnando uma alternativa à democracia representativa majoritária em face da sua flagrante incapacidade de satisfazer direitos da população.

Juridicamente revela-se possível o direito de resistência quando a lei ou o ato do governo se mostrar injusto frente aos anseios da sociedade, sendo questionável, no entanto, a desobediência civil marcada por atos de violência justamente pela existência, no sistema democrático, de meios legais para a oposição e ou modificação das injustiças apesar da incerteza quanto ao seu tempo e sua eficácia.

O direito de resistência encontrou na utilização das redes sociais na internet verdadeira aliada exatamente por irromper os limites físicos e estabelecer comunicação de forma imediata tanto na sua organização quanto na sua publicização. Nesse aspecto, viu-se na rede/internet uma excelente ferramenta para o sucesso das reivindicações e para que o “gigante acordasse”, opondo-se às mazelas de um sistema falho.

Forçoso reconhecer que para que tais movimentos de revolta e protesto que aconteceram no Brasil, no mês de junho, não sejam em vão, revela-se imprescindível que o povo (representante do poder) assuma postura ativa e coesa na efetiva tomada de decisões, harmonizando-se o sistema da democracia representativa majoritária com o sistema da democracia participativa, de modo a estabelecer atuação conjunta de sociedade e governo na concretização de direitos fundamentais.

A “reinvenção” da democracia pela conciliação harmoniosa dos dois sistemas revela-se possível ante a previsão na Constituição Federal, impondo-se de forma efetiva a participação do povo no rumo do seu próprio destino.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- ARENDT, Hannah. Desobediência civil. In: *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BURGOS, Raúl. Da democratização política à radicalização da democracia: novas dimensões estratégicas dos movimentos sociais. In: DAGNINO, Evelina; TATAGIBA, Luciana. (Org.). *Democracia, sociedade civil e participação*. Chapecó: Argos, 2007.
- BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15391/13974>>. Acesso em: 28 dez. 2013.
- CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- COSTA, Nelson Nery. *Teoria e realidade da desobediência civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 103-128, jul./dez. 2013

Crise da democracia representativa e direito de resistência nos movimentos sociais

- DEMO, Pedro. *Participação é conquista: noções de política social participativa*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- HARVEY, David et al. *Occupy*. Tradução de João Alexandra Peschanski et al. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2012.
- JACOBI, Pedro. *Políticas sociais e ampliação da cidadania*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000.
- JATOBÁ, Maria do Socorro da Silva. *Sócrates e o problema da desobediência civil: um estudo da Apologia e do Críton de Platão*. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e de Ciências Humanas. Campinas, SP, 2006.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, São Paulo: Edipro, 2003.
- LEAL, Rogério Gesta. *Administração pública, Estado e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LEAL, Rogério Gesta. Como os déficits de interlocução política atingem a atuação da cidadania democrática no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, v. 7, p. 217-248, 2009.
- LOCATELLI, Piero. *#VemPraRua: as revoltas de junho pelo jovem repórter que recebeu passe livre para contar a história do movimento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MONTESQUIEU, Charles. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOVIMENTO PASSE LIVRE – SÃO PAULO. *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.
- NOBRE, Marcos. *Choque de democracia: razões da revolta*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2013.
- NOGUEIRA, Marco Aurélio. *As ruas e a democracia*. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira (FAP); Rio de Janeiro: Contraponto, 2013.
- NOVAES, Marlene. A respeito das manifestações ocorridas no Brasil: movimentos sociais baseados em rede ou o que diz a voz do povo. *Revista Espaço Acadêmico*, ano XI, jun. 2013. Disponível em: <<http://espacoacademico.wordpress.com/2013/06/25/a-respeito-das-manifestacoes-ocorridas-no-brasil-movimentos-sociais-baseados-em-rede-ou-o-que-diz-a-voz-do-povo/>>. Acesso em: 29 dez. 2013.
- PLATÃO. *Diálogos*. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução de Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

Livia Copelli Copatti / Luciano de Araujo Migliavacca

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2002.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Tradução de Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Tradução de Joana Angélica D'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ŽIŽEK, Slavoj. *O ano em que sonhamos perigosamente*. Tradução de Rogério Bettoni. São Paulo: Boitempo, 2012.

Data de recebimento: 30/12/2014

Data de aprovação: 20/06/2014

DEMOCRACIA COMO “ÍDOLO”? ENSAIOS SOBRE UM PROJETO DE DEMOCRACIA POSSÍVEL

DEMOCRACY AS AN “IDOL”? ESSAYS ABOUT A POSSIBLE DEMOCRACY PROJECT

Emerson Ademir Borges de Oliveira*

RESUMO

A proposta visa analisar, a partir da concepção de Nietzsche, se existe um projeto de democracia realizável ou se a democracia se encontra no plano do ideal – dos ídolos, sendo que seu conceito se oferece apenas como um horizonte inatingível. A democracia, como hoje é conhecida, e também como foi definida ao longo de vários trabalhos notórios, seria meramente um espectro palpável de um ídolo democrático ou essa realização possível é a sua materialização em si? Noutras palavras, estamos sempre a buscar uma realização impossível de democracia ou a democracia deixa de ser um ídolo para se apresentar numa forma falha e sensível, mas, ainda sim, plena nesse próprio jeito de ser?

Palavras-chave: Democracia; Reconstrução.

ABSTRACT

The proposal of this article is to analyse, from the Nietzsche's approach, if there is a realizable democracy project or whether democracy is an ideal – from *idols* – and its concept is offered only as an unattainable horizon. Democracy, as we know, as well as defined over several notorious works, would be only a palpable specter of a democratic idol or this possible realization is its real effectiveness? In other words, are we always searching an impossible realization of democracy or democracy ceases being an idol to be a sensitive and failed shape but also complete in its way?

Keywords: Democracy; Reconstruction.

INTRODUÇÃO

Por muito tempo, fruto da filosofia antiga e, de certa forma, também da renascentista, a democracia foi erigida a um modelo de “ídolo”, um regime perfeito que deveria ser seguido pelos modelos reais.

* Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Membro colaborador da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SP. Advogado e professor. Correspondência para/Corresponde to: Avenida José de Grande, 180, Jardim Parati, Marília/SP, 17519-470. E-mail: borgesdeoliveira@usp.br.

Emerson Ademir Borges de Oliveira

O trabalho de Nietzsche, nessa seara, rompeu com a ideia dos ídolos, entre eles a democracia, identificando como quimera a crença em tais tradições ou modelos perfeitos.

Embora seu trabalho tenha sido de excelente grado nesse tocante, é certo que Nietzsche é um desconstrutivista. Por essa razão, cabe-nos analisar a questão da idolatria democrática e, com base na genealogia nietzscheana, tentar construir um “modelo” realizável de democracia.

Nas atuais circunstâncias institucionais, a identificação de um modelo de democracia que apresenta graves falhas e ranhuras é imprescindível para saber até que ponto se busca atingir um modelo democrático, ou se a busca, na verdade, representa uma ilusão vivenciada em pleno seio da democracia.

Na verdade, a crise institucional brasileira se deve em grande parte às frustrações decorrentes de se perquirir um modelo inalcançável e desafinado com a realidade democrática nacional.

E é justamente na fuga de uma democracia idolatrada que se mostra pleno o caminho para superação dos fundamentos das insatisfações populares, realçando-se com mais profundidade os aspectos peculiares da democracia em processo brasileira. A própria crise de representatividade é um dos aspectos, como se verá, em que a perspectiva ideal apenas serve para agredir ainda mais a já combalida instituição da representação popular. Sem uma democracia possível, o país lutará eternamente para tentar remediar um ciclo infinito de crise, atacando suas consequências, jamais as causas.

O objetivo deste trabalho, para além da desconstrução de Nietzsche, foi abordar, de maneira exemplar, alguns aspectos em que o ídolo democracia não advoga em prol das nossas instituições. Menos, aqui, é mais; certamente mais realista e factível.

EVOLUÇÃO FILOSÓFICA DO PENSAMENTO DEMOCRÁTICO E DESCONSTRUÇÃO NIETZSCHEANA

Na história da filosofia, os pós-modernos dedicaram-se a enfrentar algumas questões vangloriadas pelos renascentistas modernos, especialmente a ideia de antropocentrismo e a exacerbação da racionalidade¹. Assim, os pós-modernos apresentavam uma crítica dúplice, tanto ao humanismo quanto ao racionalismo.

¹ Após descrever seus métodos, Descartes observa: “Essas longas cadeias de razões simples e fáceis, das quais usam os geômetras servir-se para atingir as suas mais difíceis demonstrações deu-me azo a imaginar que todas as coisas que podem ser submetidas ao conhecimento dos homens seguem-se do mesmo modo, e que, desde que se possa evitar ter como verdadeira alguma que não o seja e desde que se consiga conservar sempre a ordem necessária para fazer a dedução uma das outras, não existirão tão distintas que não sejam alcançadas, nem tão escondidas que não sejam descobertas”. *Discurso sobre o método*. São Paulo: Hemus, [s.d.]. p. 40-41. A racionalidade que se opõe fortemente ao espírito teológico e metafísico pode ser facilmente captada na obra de Galileu Galilei, *O ensaiador*.

Democracia como “ídolo”?

Antes, os renascentistas modernos destituíram a teoria do *cosmos* como um mundo perfeitamente delineado, criticando a religiosidade e apresentando o racionalismo como solução para todo pensamento². Mas, especialmente, em sua acidez crítica, conduzem o pensamento humanista para o pressuposto de que o ideal deve direcionar o real. Melhor dizendo, o real deve ser moldado para se transformar nos ideais superiores. Entre eles, a democracia.

Em seu ápice, Nietzsche rompe com a teoria grega do *cosmos*, que lança o homem a um espetáculo passivo, e, ao mesmo tempo, com a racionalidade estrita dos modernos, que a tudo tenta impingir ordem e sentido. A desconstrução que o filósofo apresenta tornar-se-ia a marca registrada de sua “genealogia”³.

A genealogia contrapõe-se à ideia de *theoria*, formada esta por duas vertentes: o divino que se busca encontrar e o instrumento utilizado para tentar encontrá-lo – *theion* e *orao*. A busca da essência exprime-se na ontologia; a visão dessa essência é apreendida pela teoria do conhecimento.

O materialismo de Nietzsche parte do pressuposto de que não existe nenhum ponto de vista que seja capaz de se abstrair do tecido de forças que constituem a realidade. Nesse ponto, muito relata sobre a impossibilidade de uma pseudoneutralidade metodológica. Todo juízo sobre determinado objeto é, em verdade, uma ilusão causada pelas próprias concepções daquele que realiza tal juízo⁴.

² Esse pressuposto é um pouco distinto em Kant, para quem os juízos de experiência devem se alinhar aos juízos considerados puros para a formação do verdadeiro conhecimento, o que lhe aproxima em muito da construção de Nietzsche, como veremos mais adiante. “Não se pode duvidar de que todos os nossos conhecimentos começam com a experiência, porque, com efeito, como haveria de exercitar-se a faculdade de se conhecer, se não fosse pelos objetos que, excitando os nossos sentidos, de uma parte, produzem por si mesmos representações, e, de outra parte, impulsionam a nossa inteligência a compará-los entre si, a reuni-los ou separá-los, e deste modo à elaboração da matéria informe das impressões sensíveis para esse conhecimento das coisas que se denomina experiência? No tempo, pois, nenhum conhecimento precede a experiência, todos começam por ela. Mas se é verdade que os conhecimentos derivam da experiência, alguns há, no entanto, que não têm essa origem exclusiva, pois poderemos admitir que o nosso conhecimento empírico seja um composto daquilo que recebemos das impressões e daquilo que a nossa faculdade cognoscitiva lhe adiciona (estimulada somente pelas impressões dos sentidos); adiantamento que propriamente não distinguimos senão mediante uma longa prática que nos habilite a separar esses dois elementos”. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Ediouro, [s.d.]. p. 21.

³ Como ressalta no aforisma 112 de seu *A gaia ciência*: “Chamamos ‘explicação’ o que nos distingue dos graus de conhecimento e de ciência mais antigos, mas isso não passa de ‘descrição’. Sabemos descrever melhor – explicamos igualmente pouco como nossos predecessores”. NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. 2. ed. São Paulo: Escala, [s.d.]. p. 140.

⁴ “Julgamentos, apreciações da vida, pró ou contra, não podem, em última instância, jamais ser verdadeiros: o único valor que apresentam é o de serem sintomas – em si, esses sintomas não possam de tolices. É necessário, portanto, abrir os dedos para tentar tocar de leve essa *finesse* extraordinária de que o *valor da vida não pode ser apreciado*. Nem por um vivo, porque é parte, até mesmo objeto do litígio, e não juiz; nem por um morto, por outra razão.” NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos*. São Paulo: Escala, [s.d.]. p. 24.

Emerson Ademir Borges de Oliveira

Isso conduz à conclusão de que nem existem juízos objetivos em si, como também não existem sujeitos realmente livres e autônomos no mundo das ideias, mas sim produtos históricos. Assim, todo fato, a partir do momento em que perpassa por um sujeito, não é fato, mas interpretação.

Como ressalta:

Os sentidos, *que por outro lado são tão imorais...* eles nos enganam a respeito do mundo *verdadeiro*. Moral: desprender-se da ilusão dos sentidos, do devir, da história, da mentira – a história não é senão a fé nos sentidos, a fé na mentira. Moral: negar tudo o que acrescenta fé nos sentidos, todo o resto da humanidade: tudo isso faz parte do “povo”. Ser filósofo, ser múmia, representar o monoteísmo com uma mímica de coveiro! – E que pereça antes de tudo o corpo, essa lamentável *ideia fixa* dos sentidos! O corpo contaminado por todos os defeitos da lógica, refutado, até mesmo impossível, embora seja bastante impertinente para se comportar como se fosse real⁵!

A tarefa desconstrutiva da genealogia vai acabar se deparando com abismos atrás de outros abismos. Toda avaliação não trará em si uma verdade fática, mas remeterá para outros dados prévios, e assim por diante. Nessa linha, o conhecimento não terá o condão de deter a verdade absoluta, afastando-se da concepção harmoniosa do mundo que os antigos faziam, bem como da racionalização genérica dos modernos.

132

Nietzsche se opõe a essa concepção estoica de um universo harmonioso para aceitar um mundo desordenado e caótico, incapaz de ser reduzido a um unitário *cosmos*. Vai além de Kant e Newton, porque estes, a despeito de seu perfil racional-moderno, ainda buscam encontrar uma unidade coerente no mundo.

Esse modo de oferecer construções racionais dos modernos é, na opinião de Nietzsche, um simulacro, capaz de transformar os desejos dos sujeitos na suposta expressão da realidade⁶. Forçado a buscar compreender uma desordem, Nietzsche propõe uma distinção entre forças reativas e ativas, o que guia toda sua obra.

As forças reativas tomam como pressuposto uma certa “vontade de verdade”, a animar toda a filosofia clássica e a ciência⁷. Repare-se que não se fala em “alcançe da verdade”, mas em “vontade” de persegui-la. O ideal democrático é fruto da força reativa no plano político.

⁵ Ibid., p. 29.

⁶ “Os sinais distintivos que foram atribuídos à verdadeira ‘essência das coisas’ são os sinais característicos do não ser, do *nada*; dessa contradição se edifica o ‘mundo-verdade’ como mundo verdadeiro: e é com efeito o mundo das aparências enquanto ilusão de ótica moral”. Ibid., p. 33.

⁷ NIETZSCHE, Friedrich. *Vontade de potência*. São Paulo: Escala, [s.d.]. v. I, p. 57 e ss.

Democracia como “ídolo”?

O básico das forças reativas é que elas apenas encontram seu lugar no mundo em reação a outras forças existentes. Assim, apenas aparecem em nível de oposição⁸. O modelo de busca da verdade é perfeitamente compreensível quando se avalia que a verdade apenas pode ser buscada pela negação dos erros, das ilusões, das opiniões equivocadas etc., como transcorrem os famosos diálogos de Platão.

Nietzsche propõe uma dupla reação, além do combate aos erros e ilusões, também contrapor seu “mundo inteligível” ao “mundo sensível”, isto é, ao mundo das sensações. “*Nada se passa no real que corresponda rigorosamente à lógica*”⁹.

É nessa linha que o pensador alemão vai criticar todas as tradições, sejam elas científicas, metafísicas ou religiosas, principalmente ao considerar que tais áreas, ao pretenderem se fixar como um saber inteligível, não conseguem fugir das influências óbvias do mundo sensível.

Rompendo com as tradições “democráticas”, no sentido de universais, e com a busca de uma verdade racional única, Nietzsche completa sua (des) construção, ultrapassando os pressupostos tanto do racionalismo quanto do humanismo.

O que nos separa mais radicalmente do platonismo e do pensamento de Leibniz é que não acreditamos mais em conceitos eternos, em valores eternos, em formas eternas, em almas eternas; e a filosofia, na medida em que é científica e não dogmática, é para nós somente a extensão mais ampla da noção de “história”¹⁰.

133

Contudo, as forças ativas são encontradas em campos mais abertos, como o da arte. Sua característica é justamente o fato de que podem se instalar no mundo sem afrontar outras forças de mesma natureza. Nota-se perfeitamente que nas artes há um culto do mundo sensível. É naturalmente aristocrático porque o artista ordena sua “verdade” sem se preocupar em argumentar em face de qualquer dado ou qualquer outro artista. Não que inexista conflito de ordem

⁸ “Cremos – e nossos próprios filósofos o creem ainda – que o prazer e a dor são causas de reações, que o sentido do prazer e da dor é dar lugar a reações. Durante milhares de anos, o prazer e a necessidade de evitar a dor foram erigidos como *motivo* de todo ato. Com alguma reflexão, temos de admitir que tudo ocorreria desse modo, segundo o mesmo encadeamento de causas e efeitos, se esses estados de prazer e de dor faltassem: e somos simplesmente presas de uma ilusão, se afirmarmos que causam o que quer que seja: - são *fenômenos adventícios*, cuja finalidade não é de modo algum produzir reações, já são efeitos no interior de uma reação começada. *Em resumo*: tudo o que vem à consciência é um fenômeno terminal, uma conclusão – e não é causa de nada; tudo o que se sucede no interior da consciência é puramente atômico. E tentamos compreender o universo segundo o princípio *oposto* – como se nada agisse e não fosse real, a não ser o pensar, o sentir, o querer”. *Ibid.*, v. I, p. 60.

⁹ *Ibid.*, v. I, p. 67.

¹⁰ *Ibid.*, v. I, p. 67.

Emerson Ademir Borges de Oliveira

estética entre as diferentes artes, mas o fato é que jamais se resolvem sob a fórmula ter ou não razão¹¹.

Considerando-se que para Nietzsche o mundo não é um *cosmos* ordenado, como pressupunham os antigos, nem um reflexo nítido da construção humana, mas uma pluralidade de forças em sentidos diversos, a se entrecrocarem, isso poderia tornar a vida menos poderosa e menos livre. Nesse tocante, aliás, Nietzsche prenuncia a psicanálise freudiana, para quem o livre “fruir e agir” encontra-se preso às amarras dos conflitos psíquicos.

Não há saída viável que não seja intensificar e harmonizar essas múltiplas formas que compõem a vida¹², sem escolher entre a razão ou as paixões, mas equilibrá-las. É o que alcunha “grande estilo”.

Nietzsche consolidou-se riscando de seu pensamento qualquer noção de “ideal”, também apresentando ojeriza a ideologias revolucionárias, como o socialismo ou o anarquismo.

À base das suas “marteladas”, Nietzsche apresenta-se como um destruidor do pensamento do humanismo moderno que asseverava a necessidade de a história e a política se pautarem por ideais. O filósofo alemão pretendia justamente desconstruir todo o tipo de crença que se pautasse na existência de “ídolos”.

Assim apresenta, introdutoriamente, seu pensamento:

134

A última coisa que *eu* pretenderia seria “melhorar” a humanidade. Não estabeleço ídolos novos; os antigos vão aprender o que significa ter pés de barro. *Derrubar ídolos* (“ídolos” é o termo que uso para designar “ideais”) – isso sim faz parte de meu ofício. A realidade foi despojada de seu valor, de seu sentido, de sua veracidade à medida que *se fingiu mentirosamente* um mundo ideal... O “verdadeiro mundo” e o “mundo aparente” – dito com clareza: o mundo *inventado pela mentira* e a realidade... Até agora a *mentira* do ideal constituiu a maldição contra a realidade; a própria humanidade se tornou mentirosa e falsa até em seus instintos mais profundos – até chegar a adorar os valores *opostos* daqueles que unicamente teriam garantido o florescimento, o futuro, o elevado *direito ao futuro*¹³.

Nessa toada, a democracia se apresenta, para os pós-modernos, uma ilusão como todas as demais construções pautadas em ideais. Mais do que isso: como

¹¹ Ibid., v. I, p.443.

¹² “De fato, em toda parte onde se desenvolveu a grande arquitetura da cultura, sua missão foi obrigar à harmonia as duas potências opostas por meio de uma forte coalizão das outras forças menos inconciliáveis, sem por isso oprimi-las nem acorrentá-las.” NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. 2. ed. São Paulo: Escala, [s.d.]. p. 228.

¹³ NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo*. 2. ed. São Paulo: Escala, [s.d.]. p. 16.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 129-150, jul./dez. 2013

Democracia como “ídolo”?

uma das piores ilusões por apresentar o engodo de estar supostamente se afastando da seara religiosa, declarando-se “leiga”, o que, em verdade, não ocorre.

Vale sua preocupação:

Nós que temos uma fé diferente, nós, para quem o movimento democrático representa não apenas uma forma de decadência da organização política, mas também uma forma de decadência, isto é, uma diminuição do homem, uma mediocrização, um abaixamento do seu valor, para qual ponto deveríamos dirigir nossa esperança¹⁴?

Essa sua descrença num modelo democrático ideal, todavia, acabou conduzindo-o ao estigma de um falso defensor de mentes totalitárias, o que somente pode ser fruto de um oportunismo dominador. O que Nietzsche combate em verdade é a existência de políticas utópicas, que merecem ser destruídas por seu martelo filosófico.

Para o filósofo alemão, essa elevação de um plano ideal, com abandono de premissas reais, é uma negação da vida, a qual alcunha *niilismo*¹⁵. É algo como se colocar fora da vida, num estado transcendente, sem a percepção de que todo juízo de valor sobre algo é a própria essência da vida, e não algo que lhe é exterior.

A eleição de ídolos atua como um papel negativo da própria vida, verdadeiros “inchaços metafísicos” que nada propõem em termos realísticos. Na realidade, os “filósofos da suspeita”, como Nietzsche, Marx e Freud, abandonam crenças solidificadas, pretensamente puras, nobres e transcendentais, para desconfiar que há intenções escusas por trás de jogos aparentemente inocentes.

A democracia se apresenta nessa linhagem, quase como um consenso e uma necessidade de ser colocada num plano ideal para ser alcançada pela sociedade. A seguir o pensamento de Nietzsche, todavia, essa perseguição esconde os defeitos inerentes aos diversos modelos democráticos que modernamente conhecemos, tendo-os por perfeitos e, muitas vezes, acabados.

FALIBILIDADE DE MODELOS IDEAIS E REALIDADE DEMOCRÁTICA

Apesar de sua genial contribuição, Nietzsche caracterizava-se essencialmente como um desconstrutivista, o que reduz seu âmbito de ação, negando-se a oferecer uma solução ou substitutos teóricos para os ídolos que ele mesmo “martela”. Nesse ponto, tenta-se, humildemente, dar continuidade ao trabalho para, então, esboçar, contemporaneamente, a ideia de uma democracia realista, sem

¹⁴ NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. Curitiba: Hemus, 2001. p. 115-116.

¹⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *Vontade de potência*. São Paulo: Escala, [s.d.]. v. II, p. 31 e ss. Ainda: HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche: metafísica e niilismo*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 291 e ss.

Emerson Ademir Borges de Oliveira

pretensas idolatrias ou ideais inatingíveis, tão menos falsas perfectibilidades a ludibriar a sociedade.

Não restam dúvidas de que é justamente a distância entre um suposto modelo de democracia e aquela vivida pelos brasileiros a principal razão para a atual crise de representatividade e para a grave resposta popular.

Para tanto, imprescindível salientar o trabalho de alguns autores na ciência política que tiveram a sensatez de trabalhar com “modelos” democráticos afastados de nuances ideais, bem como de uma única modelagem que servisse para todos os tipos de sociedade.

Para Giovanni Sartori, por exemplo, o conceito básico de governo do povo necessita de certa ponderação. Governo do povo não pode trazer, como em Rousseau, a ideia de que o próprio povo irá exercê-lo, nem que a maioria o fará. Em verdade, a divisão entre maioria e minoria se presta a decidir quem é que receberá a incumbência de exercer o poder, em nome do povo. Assim o “princípio da maioria”¹⁶ aparece como método que melhor satisfaz a necessidade de eleições, embora atualmente tal princípio deve ser lido de forma bastante relativa.

Para o autor, ao tentar definir o que a democracia não é, deve-se ter em mente que ela representa um sistema no qual a ninguém é dado se autoproclamar governante e ninguém pode assumir em seu próprio nome um poder irrevogável. Além disso, embora seja do povo, ninguém deteria propriedade sobre tal poder.

136

Ao tentar atualizar o tema, Sartori compreende a democracia em nível macro como a coletivização das decisões, isto é, a tomada de decisões por alguém para outras pessoas. A coletivização das decisões, para ele, depende de custos internos e externos. Internos dizem respeito aos próprios tomadores de decisão; externos, em relação aos destinatários¹⁷. O crescimento do órgão decisório significa maior custo interno e, ao mesmo tempo, menor custo externo. Há, assim, uma relação diretamente inversa entre os custos.

¹⁶ Sublinham-se a expressão porque conforme opinião de José Afonso da Silva: “A questão dos princípios da democracia precisa ser reelaborada, porque, no fundo, ela contém um elemento reacionário que escamoteia a essência do conceito, mormente quando apresenta a *maioria* como princípio do regime. Maioria não é princípio. É simples técnica de que se serve a democracia para tomar decisões governamentais no interesse geral, não no interesse da maioria que é contingente. O interesse geral é que é permanente em conformidade com o momento histórico. É certo também que, na democracia representativa, se utiliza também a técnica da maioria para a designação dos agentes governamentais. Mas, precisamente porque não é princípio nem dogma da democracia, senão mera técnica que pode ser substituída por outra mais adequada, é que se desenvolveu a da representação proporcional, que amplia a participação do povo, por seus representantes, no poder. Mesmo assim o elemento maioria é amplamente empregado nos regimes democráticos contemporâneos. Uma análise mais acurada, porém, mostra que essa maioria, representada nos órgãos governamentais, não corresponde à maioria do povo, mas a uma minoria dominante”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 130.

¹⁷ SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, p. 289.

Democracia como “ídolo”?

Daí advém a busca por um equilíbrio entre os custos. Sartori sugere três variáveis: número de pessoas tomadoras da decisão, forma de selecionar os indivíduos e as regras de tomada de decisões. Como a dilatação do núcleo decisório torna cada vez mais inviável a tomada de decisões, a base representativa se avizinha como a única capaz de oferecer soluções adequadas¹⁸.

Para tanto, Sartori oferece a projeção dos comitês, como órgãos que, em sistema de teia, oferecem-se como hábeis na conexão povo-representantes. O comitê possui três características básicas: durável e institucionalizado, pequeno grupo de interação próxima e decisões tomadas com base em um fluxo de resoluções¹⁹. Sartori acredita que todas as decisões políticas são tomadas com base nesse sistema, inclusive as provenientes do próprio governo central, e, mais, sempre interagindo com outros comitês²⁰.

Evidentemente que a inserção nos comitês não torna possível que todos participem do processo decisório, mas, novamente, a saída é a representatividade, aqui ainda maior, dos excluídos de tal processo. Assim, os comitês também acabam prestigiando o grito das minorias e se aproximando das peculiaridades locais. Os comitês certamente prestam serviço que torna mais palpável ao dono do poder as nuances de seu exercício.

Isso garante o suporte da opinião pública²¹, tão procurado na construção de Sartori. A opinião pública não apenas legitima o exercício da democracia, “como age, a seu turno, na plataforma do **controle incidente sobre este mesmo poder e a imposição de seus limites**”²².

Nesse ponto nasce a preocupação da busca de um equilíbrio entre maioria e minoria, mantendo-se o saudável quadro de oposição. É que num contexto pluralista não há como olvidar do grito minoritário, esmagando-o e pondo fim à oposição que mantém a balança da democracia²³.

Há de se lembrar, nessa toada, em Carl Schmitt, que o posicionamento dos partidos dominantes, gozando do exercício do poder, pode verter a própria lógica partidária, transformando-a no próprio Estado. Essa “mais-valia política” conduziria ao esmagamento progressivo das minorias²⁴. Nas palavras do mestre de Plettenberg, “quem domina 51% pode tornar ilegal, legalmente, os 49% restantes”²⁵.

¹⁸ Ibid., v. 1, p. 294-297.

¹⁹ CAMPOS, Rosana Soares. *Escolhas políticas, decisões econômicas, consequências sociais*. Porto Alegre: UFRGS, 2010. p. 36.

²⁰ SARTORI, op. cit., p. 304-305.

²¹ SARTORI, Giovanni. *Teoria de la democracia*. Madrid: Alianza Universidad, 1987. p. 168.

²² CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x constitucionalismo. *Cadernos de Pós-graduação em Direito*, v. 1, p. 5-23, 2011.

²³ Ver: CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na política*. São Paulo: Angelotti, 1995.

²⁴ SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971. p. 49.

²⁵ Ibid., p. 46.

Assim, o esforço sartoriano, muito mais do que com o conceito de democracia, é com a justificação do poder. Vale dizer, a base do poder democrático é o oferecimento de oportunidade para a real representatividade, não apenas das maiorias, mas também das minorias. Não se negue que isso acabou plantando as raízes da *democracia semidireta*, isto é, aquela em que o exercício é representativo, mas permeado por alguns elementos de participação popular. É que, como assinala José Afonso da Silva, a “democracia não teme, antes requer, a participação ampla do povo e de suas organizações de base no processo político e na ação governamental. Nela, as restrições a essa participação hão de limitar-se tão só às situações de possível influência antidemocrática (...)”²⁶.

Robert Dahl, por sua vez, é autor de uma das teorias mais fascinantes sobre a democracia; sem dúvida, uma das mais realistas. O emérito professor da Universidade de São Paulo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao dispor sobre a dificuldade e a ilusão na busca de um único conceito sobre a democracia, ressalta: “Forçoso é reconhecer que a concepção poliárquica é certamente a aproximação possível do ideal democrático”²⁷.

138

Basicamente, Robert Dahl, professor de Yale, prefere falar em “poliarquia” e seus graus. Isto porque a democracia seria comparada a um nível ideal, ao passo que a poliárquia apresentaria graus de maior ou menor nível democrático. O grau de poliárquia dependeria, grosso modo, de dois fatores: a) da possibilidade de participação popular; b) do grau de oposição permitido²⁸.

Por conta disso, embora, apenas teoricamente, exista um ideal inatingível, o modelo democrático se apresentará na medida dos dois fatores acima descritos. Essa sim seria uma democracia realista, nos termos das particularidades locais.

A base de seu pensamento é o pluralismo, com possibilidade de participação política – *decision maker* – na maior parte dos setores sociais. A poliárquia é um regime em que há consonância, alinhamento, convergência das perspectivas do povo à atuação governamental.

Ainda para o professor norte-americano, a democracia, embora de conceituação impossível, está associada à ideia de liberdade, concepção bastante difundida entre nós por Karl Loewenstein²⁹.

O professor Canotilho lembra que

²⁶ SILVA, op. cit., p. 136.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 218.

²⁸ DAHL, Robert. *Polyarchy: participation and opposition*. 4. ed. New Haven: Yale University Press, 1973.

²⁹ Para os europeus, a “deusa democracia”.

Democracia como “ídolo”?

a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade *aberta e activa*, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade económica, política e social³⁰.

Robert Dahl traça um esquema representativo ordenado por dois vetores, sendo que um, vertical, indicaria a presença de *oposição (contestação pública)* e outro, horizontal, refletiria o *direito de participação em eleições a cargos públicos*. O traço encontrado do cruzamento dos dois vetores indicaria o *grau de poliarquia*, sendo que a linha média máxima indicaria a plenitude – não de ideal, isto é, um ponto de equilíbrio perfeito entre a *oposição* e o *direito de participação*.

Ainda, para Dahl há sete conjuntos de condições que aumentam significativamente as possibilidades de oposição e participação: sequências históricas, grau de concentração na ordem socioeconômica, nível de desenvolvimento socioeconômico, desigualdades, clivagens subculturais, controle estrangeiro e crenças de ativistas políticos³¹.

Isso leva à conclusão de que *participação* isolada, ou mesmo a *oposição* solitária, leva a um quadro de baixo grau de poliarquia ou, como se queira, a uma democracia deficiente. Nesse sentido, ambas precisam se equilibrar para construir um regime democrático, quiçá, pleno, em seu último grau. O processo de ampliação dos dois elementos gráficos conduz ao que se pode chamar de *democratização*³².

É o que ressalta a professora Monica Caggiano:

Foi Robert Dahl a apontar a relevância dos fatores **participação política e oposição na configuração democrática**. Ressalta a evidência, aliás, que a mera participação se afigura insuficiente. Esta não conduz necessariamente a um regime democrático, podendo, ao invés, implicar na instalação do **populismo** e não há que ignorar, também, que a mobilização das massas é tática característica do totalitarismo. **Demanda-se, assim, como contraponto, a livre atividade da oposição, porquanto só assim estará assegurada intervenção no cenário decisório às maiorias e às minorias**, estas inexpulsáveis da plataforma política em ambientes democráticos³³.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 289.

³¹ DAHL, Robert. *Poliarquia e oposição*. São Paulo: Edusp, [s.d.]. p. 50.

³² “A wise democratic government will certainly absorb the most popular ideas of the opposition and often incorporate them into its own program, much to dismay of its political opponent.” EHRMANN, Henry W. *Democracy in a changing society*. New York: Frederick A. Praeger, 1964. p. 11. No vernáculo: “Um prudente governo democrático certamente absorverá as ideias mais populares da oposição e frequentemente as incorporará em seu próprio programa, para desgosto de seu oponente político”.

³³ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x constitucionalismo. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*, v. 1, p. 5-23, 2011.

Esse jogo de equilíbrios, novamente, como ocorrera em tantas outras conceituações, relaciona o conceito de democracia como dependente de outros conceitos. Aqui, a democracia somente pode ser construída a partir do equilíbrio entre oposição e participação. Daí afirmar Dallari que a participação política, enquanto direito e dever, é a realidade da “natureza associativa do ser humano”³⁴.

Entre nós, partindo dessa premissa de democracia a ser moldada à medida da sociedade e distante de uma concepção idealista, Mangabeira Unger, ao criticar a Constituição de 1988, afirma que nosso copiado e mesclado modelo precisa ser reinventado. E, para tanto, sugere a “ampliação do experimentalismo democrático em todas as áreas da vida social”. Para ele, a democracia é um “processo de descoberta e de aprendizagem coletivas”³⁵.

Unger afirma que nosso modelo constitucional é fruto de dois modelos: a) o constitucionalismo liberal protodemocrático ou semidemocrático dos Estados Unidos, sob a forma do presidencialismo de Madison e do regime federal clássico; b) o weimarismo tardio, proveniente das Constituições Europeias do século XX³⁶.

Para ultrapassar tais modelos, Mangabeira propõe que o social se ancore na organização econômica, e não apenas sejam balanceados mediante políticas sociais de transferência. Mais do que isso: uma democracia que fortaleça os interesses da maioria desorganizada frente à minoria organizada e aos *lobbies* e corporativismos³⁷ – grandes inimigos da representatividade.

140

Isso seria possível mediante a proposta do experimentalismo democrático, inovador, criativo e amplo, nas sociedades atuais.

Quanto ao constitucionalismo protodemocrático norte-americano, a tradição possui quatro elementos, dos quais três sobrevivem: a) mecanismos para filtrar a influência popular – subsiste nos Estados Unidos, no caso do colégio eleitoral, tendo se definhado no Brasil; b) associação entre o princípio liberal de fragmentação do poder com intuito de controle e o princípio conservador de tentar desacelerar a transformação política – é o sistema de Madison de freios e contrapesos e do presidencialismo americano – a bem da verdade, ao tentar aproximar o liberalismo do conservadorismo, o que se faz é limitar radicalmente o “potencial transformador da política”; c) práticas que mantêm o baixo nível na mobilização da cidadania – a mobilização acaba se tornando elemento extraordinário, que só ocorre em momentos de crise; d) “cerceamento do potencial experimentalista do federalismo” – os Estados-membros, que poderiam ser aproveitados como laboratórios para novas práticas democráticas, acabam sendo extremamente limitados pela repartição rígida de competências.

³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é participação política*. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 38.

³⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 58-59, 2011.

³⁶ *Ibid.*, p. 58-59.

³⁷ *Ibid.*, p. 60.

Democracia como “ídolo”?

Segundo o professor de Harvard, o parlamentarismo tradicional, quando combinado com desigualdade, apenas ameaça manter a desaceleração política por conta dos impasses entre os poderes. O presidencialismo clássico acabou “sendo desenhado para dificultar a transformação da sociedade por meio da política”³⁸.

O segundo elemento que compõe nossa democracia – o weimarismo tardio – é uma máxima do pensamento constitucional europeu do século XX. Possui três elementos, consideradas perigosos ao Brasil: a) “constitucionalização das expectativas sociais ou redistributivas, as promessas de direitos econômicos e sociais” – faltaria, além de instrumentos processuais de execução, um modelo de organização econômica e social para garantir a realização de tais objetivos. Um modelo social-democrata conservador se contenta com a constitucionalização das expectativas, sem conferir mecanismos para assegurar tais resultados, o que não se limita a instrumentos processuais³⁹. Há muito, as sociais-democracias do velho continente trocaram a tentativa de reconstrução institucional do poder e da produção por uma ampliação real, ainda que em baixo grau. Estamos presos, ainda, em uma tradição que levou à construção da social-democracia, mas ao mesmo tempo pretendemos ultrapassar os limites de tal edificação; b) Estado de exceção – o objetivo do Estado, inicialmente, era reconciliar estabilidade, mobilidade e responsabilidade, mas o conjunto de restrições ao emprego do poder político se tornou tão ferrenho que surgiu a necessidade da “exceção”. Evidente que, em meio à crise, a exceção se tornou regra. No nosso contexto, é possível mencionar, ainda que num aspecto menor, as medidas provisórias. O Executivo legisla, o Legislativo, não tendo tempo para legislar, investiga. O Judiciário confere arquétipo legal às anomalias. O estado de exceção se torna permanente; c) dualismo constitucional – modelo que não adotamos, no qual há um presidente, diretamente eleito e com poderes substanciais, e um governo, que deve responder ao presidente e ao parlamento, como forma de ampliar os canais de influência do poder e aumentar a base de apoio do governo⁴⁰.

Diante de tal quadro, Mangabeira defende um abandono dos dois modelos, em prol da experimentação de um modelo democrático nacional. Para tanto, propõe cinco diretrizes: a) aumento do grau de engajamento cívico duradouro e organizado na vida pública, isto é, do nível de mobilização política, de forma

³⁸ Ibid., p. 63.

³⁹ Adverte-nos Cass Sunstein: “Depender das cortes poderá prejudicar os canais democráticos utilizados para a busca de mudanças, e de duas maneiras. Poderia distrair as energias e recursos da política, e a eventual decisão judicial poderia barrar um desfecho político”. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 186.

⁴⁰ UNGER, op. cit., p. 63-66.

temperada, sem o preciosismo da escolha de opostos (Madison x Mussolini). Unger sugere alguns instrumentos, como financiamento público de campanhas, acesso mais amplo aos meios de comunicação pelos partidos e movimentos sociais e, ainda, regimes eleitorais que facilitem o surgimento de partidos políticos fortes; b) construção de mecanismos para resolver rapidamente os impasses entre os poderes (funções) e incitar a cidadania a fazê-lo; c) “radicalização do potencial experimentalista do regime federativo”, flexibilizando o federalismo, optando por um modelo cooperativo de iniciativas conjuntas e rompendo com o modelo de que todos os entes federativos tenham o mesmo grau de direito de divergência; d) construção da base constitucional para fortalecer as capacidades do cidadão individual, conferindo a todos um mínimo de recursos dentro do máximo permitido pelo estágio de desenvolvimento da sociedade; e) conferir à democracia representativa alguns atributos da democracia direta ou participativa⁴¹.

Nota-se que as ideias de Mangabeira Unger não passam pela confecção de nova Constituição, mas sim por uma mudança de mentalidade da sociedade, trabalhando com o conceito de povo, mas buscando forte engajamento, ao contrário da ideia kelseniana de que uma ínfima parte do povo participa da tomada de decisões:

142

A constituição do experimentalismo democrático no Brasil só pode avançar no meio de uma luta para reorientar o caminho econômico e social do país. Entre nós, representaria ao mesmo tempo a contrapartida, a condição e a consequência da tentativa de construir outro modelo de desenvolvimento, capaz de dar instrumentos à energia humana que fervilha, frustrada e dispersa, no país⁴².

Nota-se, mais do que o simples interesse, que para Unger a matéria-prima da mudança democrática está inteiramente disponível e até, de certa forma, pronta para o desafio. O que falta seria um esboço organizacional para promovê-la.

⁴¹ UNGER, op. cit., p. 67-69. Ver: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Democracia participativa. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 75, p. 335-355, 2011.

⁴² UNGER, op. cit., p. 70. Sobre o tema, recomendável a leitura do artigo de Felipe Addor: a participação enquanto método de democratização do Estado. In: III SEMINÁRIO NACIONAL E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA, 3, 2010. Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: UFSC, 2010. p. 681-698. Ainda: BEÇAK, Rubens. Instrumentos de democracia participativa. *Revista de Ciências Jurídicas*, Maringá, v. 6, n. 2, p. 143-153, 2008; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A projeção da democracia participativa na jurisdição constitucional no Brasil. In: HORBACH, C. B.; ALMEIDA, F. D. M. de; AMARAL JÚNIOR, J. L. M. do; LEAL, R. S. (Org.). *Direito constitucional, Estado de direito e democracia*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 75-120; BEÇAK, Rubens. Considerações sobre a democracia participativa. In: HORBACH, C. B.; ALMEIDA, F. D. M. de; AMARAL JÚNIOR, J. L. M. do; LEAL, R. S. (Org.). *Direito constitucional, Estado de direito e democracia*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 611-620.

DEMOCRACIA NA MELHOR MEDIDA

Contemporaneamente, compreender a democracia plasmada no seio nacional e apontar mudanças plenamente realizáveis tornou-se necessário até mesmo para garantir a segurança das nossas instituições. Cumpre lembrar que a falta de democracia palpável nas instituições é, sem dúvida, um dos fatores para a ascensão de modelos totalitários.

Assim, o deslocamento da democracia para um nível falho, com a aceitação de suas diferenciações, a ausência de um conceito universal e sua suscetibilidade às intempéries trazem a necessidade do esforço deste trabalho para buscar, reduzindo a abertura inicial, a identificação de um modelo mais realista de democracia.

Não custa ressaltar que a democracia é um regime delicado, que se apresenta extremamente exigente com a sociedade, com as instituições e com o poder e seus detentores. Schumpeter relembra que a democracia traz entre suas virtudes o contentamento que advém do sentimento de que, em geral, a política está de acordo com as próprias ideias de como ela deve ser, a coordenação das políticas com a opinião pública e a atitude dos cidadãos em confiar e cooperar com o governo⁴³.

A democracia é delicada porque é um regime da liberdade, ou seja, é a liberdade de comandar o tratamento da democracia – regime plasmado sobre um clima de combate. Facilmente na democracia, se não fortalecidas suas instituições, há deterioração. E por isso é exigente. Das instituições exige estabilidade e respeito. Dos detentores do poder exige o atendimento do jogo pendular. Do povo exige, para a eleição dos representantes, um sufrágio com assepsia, puro, preservado do ambiente e dos fatores de poluição eleitoral que contaminam a vontade eleitoral manifestada pelo voto depositado na urna. E requer da oposição responsabilidade – o controle da atuação governamental deve ser realizado neste molde.

É sempre atual a lição de Mosca e Bouthoul:

Em geral pode-se considerar que os regimes autocráticos são mais duráveis que os que se fundam no sistema liberal, porque estes são organismos políticos delicados. Não podem funcionar de maneira eficiente senão quando a mentalidade dos povos que os adotam o permite, e em épocas de florescimento intelectual e prosperidade econômica. Seria erro acreditar que os regimes liberais funcionam na realidade com o consentimento explícito da maioria dos cidadãos. Como vimos nos trabalhos precedentes, no correr das eleições a luta se desenvolve entre diferentes grupos ou partidos organizados que possuem, cada um, meios

⁴³ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. 2. ed. New York and London: Harper & Brother Publishers, 1947. p. 246.

de influenciar a massa amorfa dos eleitores. Estes não têm senão a possibilidade de escolher entre os representantes destes grupos⁴⁴.

É caminhando sobre vidro que o modelo democrático se constrói, à relatividade do homem e evitando, da melhor forma possível, o rompimento dos pressupostos que asseguram o equilíbrio social.

Por essa razão é que a construção da democracia brasileira se apresenta como um processo contínuo de autodescoberta, que, embora admita influências externas, não pode confundi-las com interferências nem se plasmar na busca de um inatingível modelo idealista. Quando isso ocorre, o resultado é certo: crise de representatividade.

Ainda em 1974, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao buscar edificar sua vertente de democracia possível no cenário opressivo, já alertava para a “problema-tica da Democracia e de sua institucionalização, em face das verdades imutáveis e da conjuntura cambiante”⁴⁵.

Mais democracia pode até se assemelhar a um esboço menos democrático, mas por certo mais realista. E por ser mais realista e espelhar com mais perspicácia o desenho social e das instituições políticas é também mais democrático. Logo, deve-se dizer que a falibilidade de um projeto democrático é a melhor medida de seu idealismo. Noutras palavras, reconhecer que a democracia é falha e instável consubstancia-se na melhor forma de trabalhar com um projeto democrático.

E o modelo que o Brasil se propôs a buscar logo se mostrou totalmente incompatível com as recentes instituições políticas nacionais. Em um país cuja abertura democrática possui pouco mais de 25 anos, não se espera que a transformação democrática possa ocorrer abruptamente e de forma absolutamente equilibrada – até porque nem na mais antiga democracia do mundo admitir-se-ia que a democracia pudesse ser sempre equilibrada.

Muito menos na mesclagem de modelos que o Brasil oferece, que, como apresenta Mangabeira Unger, funda-se em três problemas gravíssimos: é um modelo mesclado; os modelos que o baseiam são arcaicos⁴⁶; tais modelos foram edificados em situações histórico-sociais completamente diversas.

⁴⁴ MOSCA, Gaetano; BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983. p. 313.

⁴⁵ FERREIRA, FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 127.

⁴⁶ Já ressalta o magistério de Manoel Gonçalves: “A cada época, a cada tempo, é mister institucionalizar o Poder de modo compatível e adequado com o desenvolvimento cultural, as circunstâncias da conjuntura, o estágio da economia e da sociedade. O equilíbrio estático, meramente conservador e dogmático, pode ser imposto autoritariamente, mas por breves momentos, porque o desenvolvimento força a mudança, mesmo que tenha de estourar em mil pedaços a ordem”. *Ibid.*, p. 128.

Democracia como “ídolo”?

Como já afirmava Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cada “nação tem de encontrar o seu caminho, de acordo com suas tradições, de acordo com o caráter de seu povo, segundo o nível deste, segundo as condições do momento”.

Continua:

A Democracia, contudo, não se resume num quadro institucional rígido, universalmente válido, para todas as épocas e para todos os povos. Ao contrário, ela pode e deve ser ajustada para cada caso, para cada nação, para cada tempo. É preciso cuidar cada povo de encontrar sua democracia possível, que concilie a ordem com o progresso⁴⁷.

O que se nota no Brasil, com bastante clareza, é o distanciamento que se ergueu entre o dono do poder e o seu exercente. É nítido o descontentamento daquele com este, deixando de se sentir realmente representado nos interesses que se podem considerar públicos.

O problema não é apenas partidário – embora sua contribuição seja patente, mas não se pode olvidar que o brasileiro também perdeu a crença no papel dos partidos políticos, vistos como meros atores de um eterno jogo de poder e interesses privados de grupos de pressão. Basta uma rápida consulta aos jornais de julho de 2013 para verificar a repulsa com que eram tratados aqueles que tentavam trazer aos movimentos populares influências partidárias.

Não se negue que a dimensão política nos coloca diante da necessidade de participação efetiva da sociedade política no polo decisional, o que exige ampla e permanente comunicação, que passa pelos partidos políticos, o que assegura a canalização das perspectivas da sociedade com os representantes – ou, ao menos, deveria assegurar. Nessa dimensão, a representação exige mais do que a simples escolha, mas sim permanente contato entre sociedade e detentores do poder político. E o canal de comunicação é o partido político, que acaba substituindo o elo do representante com sua origem⁴⁸.

Loewenstein destaca que os motores propulsores das três instituições que perfazem o jogo do poder – parlamento, governo e povo – são os partidos políticos, “las fuerzas incentivas de la vida política en una democracia constitucional”⁴⁹.

Também Kelsen entende que, num primeiro instante, não existe o “povo”, mas que ele se constrói a partir da evolução democrática e, exclusivamente, por

⁴⁷ Ibid., p. 129.

⁴⁸ Essa posição acentuada na jurisprudência do STF já era prevista na Constituição kelseniana tchecoslovaca de 1920 e, hodiernamente, tem assento no art. 160 da Constituição Portuguesa. MALBERG, R. Carre de. *Teoría general del Estado*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

⁴⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. p. 93. No vernáculo: “as forças incentivadoras da vida política em uma democracia constitucional”.

meio do agrupamento de massas de indivíduos isolados que constituem partidos políticos e desencadeiam forças sociais⁵⁰. Dessa forma, surge uma noção real de povo, como participante do processo político, afastando-se da concepção ideal. Mais do que isso: surge a ideia realista de que o direito político acaba se restringindo ao direito de voto e que, em verdade, as decisões são tomadas apenas por uma maioria parlamentar, já restrita em razão daqueles que foram eleitos⁵¹.

Mas isso não significa, em momento algum, que a atividade partidária deve se pautar unicamente pela força de grupos de pressão, em vez da vontade pública – não apenas majoritária, eis que atualmente é indiscutível a contraprestação política às minorias⁵². Também não sejamos inocentes a ponto de acreditar que grupos de pressão podem ser excluídos do processo político. O que ocorre em terras tupiniquins, na realidade, é um extremo que vazou no grito popular: o povo acredita que apenas tais grupos estão sendo representados politicamente. A vontade popular está frustrada.

Isso de fato não ocorre. É evidente que muitos projetos políticos/legislativos pautam-se pela ideia de atender a reclames populares. Fosse de forma contrária, e a Lei da Ficha Limpa jamais seria aprovada pelo Congresso Nacional – isso antes das manifestações de 2013. Mas aqui o ideal de uma representatividade pura acaba conduzindo à ideia de que os partidos – e seus partidários – não representam os anseios populares. O “ídolo” da pureza representativa advoga contra a democracia brasileira. É preciso ser realista quanto ao processo político, sem olvidar que extremos devem ser remediados.

146

O resgate da ideologia partidária e sua valorização se apresentam também como medidas que atendem aos anseios da democracia real. Não por acaso – e com a participação fundamental do Judiciário brasileiro – erigiu-se a *fidelidade partidária* como um valor imprescindível para a afinação dos ideais partidários, como afirmou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do MS 26.602: o “processo de formação política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período”. Como já se disse, a “democracia representativa não se consuma com a eleição do representante, mas se mantém intacta ao longo de todo mandato”⁵³.

Isso sem ídolos, sem acreditar que a ideologia partidária será sempre desenvolvida como descrita nos mais belos estatutos políticos. Mas sim na medida da

⁵⁰ KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 42.

⁵¹ KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Editorial Labor, 1934. p. 46-47.

⁵² E Robert Dahl já denunciava a problemática que permeia a definição do que seria bem comum, a partir da vontade da maioria. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 444 e ss.

⁵³ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. *O impacto do controle de constitucionalidade na evolução da democracia*. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2013. p. 123.

Democracia como “ídolo”?

realidade. Não é incoerente que o jogo político lance bancadas ruralistas para atenuações ambientais, até porque o jogo neste caso está contrabalanceado pela vontade popular – de maiorias ou mesmo de minorias.

São esses apenas alguns exemplos de como a democracia deve ser construída na medida brasileira, longe de modelos importados e igualmente distante de ideais inatingíveis que apenas servem para frustrar o dono do poder justamente por não serem alcançáveis.

CONCLUSÃO

O trabalho se propôs a realizar releitura filosófica dos pressupostos de análise dos modelos democráticos, desde a antiguidade até alcançar o trabalho de Nietzsche, que identifica a democracia sob um *status* de ídolo e desconstrói todo o arcabouço teórico.

A partir daí, propôs-se a não mais aceitar a democracia enquanto tal, relembrando os modelos democráticos reais não como imperfeitos por comparação a um modelo democrático inexistente, mas imperfeitos porque o próprio regime democrático se pressupõe falho.

Assim, se o regime democrático é naturalmente falho, estará afinado com a natureza do próprio conceito de democracia, não mais em um nível ideal – ou de ídolo.

Aceitar a democracia como um modelo falho – e mesmo assim válido – rompe com a criação de expectativas ilusórias e torna mais aceitável o modelo dentro de determinadas sociedades, em que se identifica a democracia como correspondente ao nível cultural e social.

Essa leitura inverte os pressupostos até então utilizados pela doutrina para romper com uma ideia de democracia no plano ideal e os demais modelos, buscando alcançar esse plano na melhor medida possível. O que só existe no plano ideal sequer pode ser conhecido enquanto tal. Haverá na realidade mera projeção afinada com as expectativas de cada modelo real.

Entre nós, caberá ao novo paradigma a leitura acerca da correspondência do nosso modelo a um modelo nitidamente democrático.

REFERÊNCIAS

ADDOR, Felipe. A participação enquanto método de democratização do Estado. In: III SEMINÁRIO NACIONAL E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA, 3, 2010, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: USFC, 2010. p. 681-698.

BEÇAK, Rubens. Considerações sobre a democracia participativa. In: HORBACH, C. B.; ALMEIDA, F. D. M. de; AMARAL JÚNIOR, J. L. M. do; LEAL, R. S. (Org.). *Direito constitucional, Estado de direito e democracia*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 611-620.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 129-150, jul./dez. 2013

Emerson Ademir Borges de Oliveira

BEÇAK, Rubens. Instrumentos de democracia participativa. *Revista de Ciências Jurídicas*, Maringá, v. 6, n. 2, p. 143-153, 2008.

BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. *O impacto do controle de constitucionalidade na evolução da democracia*. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2013.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na política*. São Paulo: Angelotti, 1995.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva? *Cadernos de Pós-graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho*, v. 1, p. 5-23, 2011.

CAMPOS, Rosana Soares. *Escolhas políticas, decisões econômicas, consequências sociais: um estudo sobre os impactos da democracia procedimental e do neoliberalismo na América Latina e no Brasil*. 247f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UFRGS, Porto Alegre, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Edusp, [s.d.].

DAHL, Robert A. *Polyarchy: participation and opposition*. 4. ed. New Haven: Yale University Press, 1973.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é participação política*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

148

DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. São Paulo: Hemus, [s.d.].

EHRMANN, Henry W. *Democracy in a changing society*. New York: Frederick A. Praeger, 1964.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Democracia participativa: autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população (análise do caso brasileiro). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 75, p. 335-355, 2011.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A projeção da democracia participativa na jurisdição constitucional no Brasil: as audiências públicas e sua adoção no modelo concentrado de constitucionalidade. In: HORBACH, C. B.; ALMEIDA, F. D. M. de; AMARAL JÚNIOR, J. L. M. do; LEAL, R. S. (Org.). *Direito constitucional, Estado de direito e democracia*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 75-120.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

GALILEI, Galileu. *O ensaiador*. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche: metafísica e niilismo*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Ediouro, [s.d.].

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 129-150, jul./dez. 2013

Democracia como “ídolo”?

- KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Editorial Labor, 1934.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
- MALBERG, R. Carre de. *Teoria general del Estado*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Economica, 1948.
- MOSCA, Gaetano; BOUTHOU, Gaston. *História das doutrinas políticas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal: ou prelúdio de uma filosofia do futuro*. Curitiba: Hemus, 2001.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos: ou como filosofar a marteladas*. São Paulo: Escala, [s.d.].
- NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo*. 2. ed. São Paulo: Escala, [s.d.].
- NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. 2. ed. São Paulo: Escala, [s.d.].
- NIETZSCHE, Friedrich. *Vontade de potência*. São Paulo: Escala, [s.d.]. v. I e II.
- NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. 2. ed. São Paulo: Escala, [s.d.].
- SARTORI, Giovanni. *Teoria de la democracia*. Madrid: Alianza Universidad, 1987.
- SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1994. v. 1.
- SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. 2. ed. New York and London: Harper & Brothers Publishers, 1947.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, 2011.

149

Data de recebimento: 29/11/2013

Data de aprovação: 05/05/2014

ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA COMO INSTRUMENTO URBANÍSTICO SUSTENTÁVEL

IMPACT OF NEIGHBOR AS SUSTAINABLE URBAN TOOL

André Fagundes Lemos*

Walter dos Santos**

RESUMO

Este artigo objetiva examinar o Estudo de Impacto de Vizinhaça (EIV) como um instrumento para o desenvolvimento cidadão sustentável em uma perspectiva doutrinária e legal. Estuda-se o Estatuto das Cidades previsto pela Constituição da República e regulamentado pela Lei n. 10.257/2001. Busca verificar a possibilidade de considerar o EIV como um instrumento fundamental e necessário para o desenvolvimento sustentável urbano e rural de forma que gere uma sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. Averiguam-se o novo regime ambiental brasileiro emanado pelo dispositivo constitucional de 1988 e a viabilidade de afirmar o bem ambiental como Fundamental à vida humana devendo para tanto cumprir o plano diretor exposto pelo Estatuto das Cidades. Este artigo é baseado em pesquisa bibliográfica, em livros, periódicos e sítios eletrônicos.

Palavras-chave: Estudo de impacto de vizinhança; Estatuto das cidades; Sustentabilidade.

- * Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), especialista em Estudos da Criminalidade e Segurança Pública pelo Instituto Crisp – Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), especialista em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho (UGF). Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do estado de Minas Gerais (FAPEMIG). Correspondência para/Correspondence to: Rua Cleber Soares de Andrade, n. 57, Bairro Santa Mônica, Belo Horizonte/MG, 31525-390. E-mail: andrefagundes@ig.com.br.
- ** Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix (UNIZABELA), graduação em teologia pelo Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix (UNIZABELA) e graduação em Letras pela Sociedade Educacional e Cultural de Sabará (SOECS). Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Mestrando em Ciência das Religiões pela Faculdade Unida de Vitória/ES (UNIDA). Correspondência para/Correspondence to: Rua São Paulo, n. 1336, Bairro Lurdes, Belo Horizonte/MG, 30170-131. E-mail: wallteressantos@yahoo.com.br.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 151-172, jul./dez. 2013

ABSTRACT

This paper aims to study the Neighborhood Impact Study as a tool for sustainable city development in a legal and doctrinal perspective. Studies the Statute of the City provided by the Constitution and regulated by Law 10.257/2001. Aims to verify the possibility of considering the as a fundamental and necessary for the sustainable development of urban and rural way that generates a healthy quality of life for present and future generations. Inquires to the new environmental regime Brazilian emanated by the 1988 constitutional provision and the viability of the state as well as environmental Fundamental to human life must to meet both the master plan set forth by the City Statute. This article is based on literature, books, periodicals and electronic sites.

Keywords: Impact of neighbourhood; Statute of cities; Sustainability.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, as questões ambientais tornaram-se o centro de atenção das comunidades em todo o mundo, devido ao risco gerado pelo homem sobre o meio ambiente. Tratando-se de Brasil, um País com extensão territorial continental, essa preocupação ambiental não foi diferente, a ponto de determinados espaços territoriais (Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira) se tornarem patrimônios nacionais por disposição constitucional.

152

Em momentos do passado os modelos de administração ambiental, em especial o trato ao meio ambiente gerado pelo consumismo e o desenvolvimento econômico e social a qualquer custo, alocaram o interesse na preservação ambiental em segundo plano.

A visão retrógrada de preservação ambiental em que o homem era inserido em contraponto à natureza, devendo essa única e exclusivamente servir ao homem – que não fazia parte do meio ambiente – não mais persiste.

Observa-se que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 estipulou um capítulo próprio ao Meio Ambiente, devendo o Poder Público e a coletividade proteger o bem ambiental.

Nessa perspectiva, o art. 225 da Constituição Federal representa o marco jurídico da democracia e da institucionalização do Meio Ambiente como um Direito para as presentes e futuras gerações. Tal formulação trouxe grande evolução no campo da participação, bem como no da proteção ambiental, reconhecendo sua importância para a vida digna do ser humano.

No mesmo passo, os arts. 182 e 183 da Constituição trouxeram a necessidade de um plano diretor para a formulação das cidades brasileiras, tendo como um dos focos o desenvolvimento sustentável. Nesse diapasão, surge a Lei n. 10.257,

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 151-172, jul./dez. 2013

Estudo de impacto de vizinhança como instrumento urbanístico sustentável

de 10 de julho de 2001¹, denominada “Estatuto da Cidade”, com a finalidade de estabelecer diretrizes gerais da política urbana brasileira.

Entre vários instrumentos para fazer valer essa nova política de crescimento urbano, tem-se o Estudo de Impacto de Vizinhança tratado pelos arts. 36, 37 e 38 da referida lei.

Nesse propósito, o presente trabalho pretende analisar se o Estudo de Impacto de Vizinhança é um instrumento do Direito Urbanístico voltado para o desenvolvimento sustentável. O método utilizado será o dedutivo e o tipo de pesquisa utilizada será o bibliográfico e documental.

MEIO AMBIENTE

Da mesma forma que outras constituições modernas, a CRFB de 1988 atentou-se para o meio ambiente de forma diversificada ao destinar um capítulo próprio para o instituto que é considerado por muitos como um bem indispensável para a vida das presentes e futuras gerações. Nessa seara, o meio ambiente pode ser elevado à categoria de indispensável à sadia qualidade de vida digna do ser humano. O próprio *caput* do art. 225 da Constituição afirma ser o meio ambiente essencial à sadia qualidade de vida e por este fato é dever do poder público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo.

Nesse sentido, Carvalho (2008, p. 1267):

Verifica-se inicialmente que o direito ao meio ambiente se relaciona com o próprio direito à vida do qual é uma manifestação (...).

Trata-se, contudo, de direito à sadia qualidade de vida em todas as suas formas, e não simplesmente de direito à vida.

Conceito de meio ambiente

Conceituar determinado instituto é matéria enormemente complexa, vez que, ao contrário de instruir o acadêmico acerca do assunto a ser tratado, por vezes acaba-se dificultando a compreensão do instituto trabalhado.

Existem conceitos úteis e inúteis que são aqueles que servem apenas enredar a compreensão do objeto de estudo. Destarte, os conceitos legais, apesar de por vezes serem insuficientes, podem orientar para a busca de conceitos doutrinários mais adequados.

Para Silva (2007, p. 228):

¹ BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 11 jul. 2001.

Assim, é possível afirmar que o conceito de meio ambiente é um conceito construído culturalmente em uma dada sociedade num determinado momento histórico. E o momento histórico no Brasil do processo constituinte foi um momento de redemocratização, no qual movimentos sociais e populares trouxeram à baila um conjunto de reivindicações, dentre as quais a inserção no texto constitucional de um capítulo garantindo a todos o direito ao meio ambiente sadio. Entende-se, portanto, que o meio ambiente sadio corresponde ao conjunto de elementos, espaços e meio que regem, influenciam e condicionam a própria vida.

O art. 3º da Lei n. 6.938/81², que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, aduz: “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

De igual teor é a conceituação de meio ambiente pela Resolução n. 306/2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que em seu inciso XII do Anexo I, que trata das definições, expõe: “Meio ambiente: conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Percebe-se que o conceito da resolução amplia a definição do meio ambiente para abarcar as interações de ordem cultural e urbanística. Tal conceito é cômputo com a nova ordem constitucional por ser a resolução após a Constituição Federal de 1988.

154

Apesar disso, o conceito emanado pela Lei n. 6.938/81 foi de suma importância à época, uma vez que não havia uma preocupação ambiental robusta naqueles tempos. José Afonso da Silva (2009, p. 20) define como “(...) interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. O autor expressa que deseja assumir uma concepção unitária do meio ambiente. A cisão se dá apenas com fins didáticos.

A esse respeito, Fiorillo (2009, p. 20) alerta:

(...) o termo *meio ambiente* é um conceito jurídico indeterminado, cabendo, dessa forma, ao intérprete o preenchimento do seu conteúdo. Assim, passaremos a classificar seus aspectos.

Primeiramente, cumpre frisar que é unitário o conceito de meio ambiente, porquanto todo este é regido por inúmeros princípios, diretrizes e objetivos que compõem a Política Nacional do Meio Ambiente. Não se busca estabelecer divisões estanques, isolantes, até mesmo porque isso seria um empecilho à aplicação da efetiva tutela.

² BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 2 set. 1981.

Estudo de impacto de vizinhança como instrumento urbanístico sustentável

Pela conceituação de José Afonso da Silva, percebe-se que o autor define o meio ambiente em suas três esferas, que são naturais, artificiais e culturais. Frederico Augusto di Trindade Amado (2011) corrobora com este posicionamento que didaticamente pode-se definir como tripartite.

Em sentido contrário, Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2009) e Luís Paulo Sirvinskias (2010) adotam uma posição quadripartite ao adotarem quatro vertentes, que são o meio ambiente cultural, o meio ambiente natural, o meio ambiente artificial e o meio ambiente do trabalho. Argumentam no sentido de que o último possui instrumentos próprios de proteção, como as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, tendo inclusive capítulos próprios sobre o tema em suas obras. Fiorillo (2009) afirma que o meio ambiente do trabalho deve ser entendido em vertente separada pelo fato de que procura tutelar o homem – no local em que exerce seu labor – das intempéries.

Édis Milaré define como:

Em *linguagem técnica*, meio ambiente é a “combinação de todas as coisas e fatores externos ao indivíduo ou população de indivíduos em questão”. Mais exatamente, é constituído por seres bióticos e abióticos e suas relações e interações. Não é mero espaço circunscrito – é a realidade complexa e marcada por múltiplas variáveis.

No *conceito jurídico* mais em uso de meio ambiente podemos distinguir duas perspectivas principais: uma estrita e outra ampla.

Numa *visão estrita*, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não diga respeito aos recursos naturais.

Numa *concepção ampla*, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema: de um lado, com o *meio ambiente natural*, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, do outro, com o *meio ambiente artificial* (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidas pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções.

Sirvinskias (2012, p. 21) ao tratar do conceito de meio ambiente, apresenta-o como o do art. 3, inciso I, da Lei n. 6.938/81 e indaga:

Registre-se que o conceito legal de meio ambiente não é adequado, pois não abrange de maneira ampla todos os bens jurídicos protegidos. É um conceito restrito ao meio ambiente natural. Assim, “o conceito de meio ambiente não se reduz ao ar, água, terra, mas deve ser definido como o conjunto das condições de existência humana, que integra e influencia o relacionamento entre os homens, sua saúde e seu desenvolvimento.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 151-172, jul./dez. 2013

O meio ambiente natural também chamado de físico ou abiótico é constituído por diversos elementos, entre eles estão o solo, subsolo, águas, fauna e flora; todos tutelados como recurso ambiental pelo art. 3º, inciso V, da Lei n. 6.938/81 ao ressaltar que são “recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”.

O meio ambiente artificial também chamado de antrópico é aquele que resultado da ação antropogênica não incorporando os bens de valor histórico e cultural, vez que estes pertencem ao meio ambiente cultural, muito bem disciplinado pelo art. 216³ da CRFB.

O meio ambiente do trabalho, apesar da discussão doutrinária em que se insere, pode ser entendido como o local de labor dos seres humanos, independentemente de contraprestação pecuniária, devendo ser um ambiente sadio, condizente com os padrões mínimos de salubridade e areação, entre várias outras exigências. Pode-se retirar tal raciocínio do art. 200, inciso VIII, do mesmo diploma legal, quando exhibe que “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”, de acordo com o art. 225⁴ da CRFB

³ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I – as formas de expressão;
- II – os modos de criar, fazer e viver;
- III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

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

- I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

Estudo de impacto de vizinhança como instrumento urbanístico sustentável

tutela o meio ambiente de maneira única ao expor que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

A ilustre professora Beatriz Souza Costa em sua obra *Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal, Espanha* traz a lume um conceito seccionado em dois aspectos ao proferir que “meio ambiente é o conjunto de elementos naturais e artificiais partilhados com seres humanos e não humanos, necessários ao desenvolvimento e sobrevivência dessas espécies de forma harmônica e solidária”.

E o explica para melhor compreensão:

É um conjunto amplo, como não poderia deixar de ser, em que pesem dois aspectos: o meio ambiente natural e o meio ambiente artificial, ou humano. O primeiro composto pelos bens ambientais: ar, água, solo, animais e plantas. O segundo é composto pelo homem, ciência e tecnologia. São dois aspectos que devem, no entanto, ser compartilhados no âmbito de seus limites (COSTA, 2010, p. 57).

Carvalho (2008, p. 1267) conceitua nos seguintes termos:

Por meio ambiente deve-se entender o complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos. Ecologia consiste no domínio científico que se dedica aos estudos dessas relações. Ecossistema é o conjunto de relacionamentos mútuos entre determinado meio ambiente e a flora e a fauna e os micro-organismos que nele habitam, e que incluem fatores de equilíbrio geológico, atmosférico, meteorológico e biológico, sendo os mais ameaçados os ecossistemas de água doce, terras alagadiças, recifes de coral, ilhas oceânicas, áreas de clima mediterrâneo, florestas úmidas tropicais, dentre outros.

157

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

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

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

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

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

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

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 151-172, jul./dez. 2013

A CRFB de 1988 foi o primeiro texto a trazer um capítulo próprio para dispor sobre o meio ambiente. Nas constituições anteriores a expressão meio ambiente nunca fora empregada e como sempre estava incluído em capítulos que tratavam de outros temas. Percebe-se que nunca existiu uma preocupação robusta ou era no máximo uma preocupação secundária.

No que tange ao Direito Urbanístico, a Constituição de 1988 trouxe a previsão em dois artigos, quais sejam, os arts. 182⁵ e 183⁶. Tal previsão será estudada nos capítulos posteriores.

Conceito de meio ambiente no direito comparado

Em Portugal, a conceituação do meio ambiente é feita de forma ampla da mesma forma que no Brasil. A eminente autora supramencionada cita em sua obra dois autores portugueses com entendimentos diversos. O primeiro, Fernando dos Reis Condesso, na obra *Direito do ambiente*, entende o meio ambiente (para os portugueses seria apenas ambiente) como “um sistema constituído por diferentes elementos, fenômenos e processos naturais, sociais e culturais, que condicionam, num dado lugar e momento, a vida e o desenvolvimento dos or-

⁵ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

⁶ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Estudo de impacto de vizinhança como instrumento urbanístico sustentável

ganismos”. Por sua vez o art. 66^{o7} da Constituição portuguesa impõe que “todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”.

Em crítica a este posicionamento e ao próprio artigo da Constituição portuguesa é o entendimento de Antunes *apud* Costa (2010, p. 82): “Por ambiente deve-se então entender o conjunto de bens naturais e culturais relevantes para a qualidade de vida ecológica e existencial da pessoa humana”.

Costa (2010, p. 82), explica:

Diverge o autor quanto aos conceitos de ambiente descritos tanto na Constituição como na lei, por entender que são conceitos restritivos. Conclui Antunes que a Lei Maior e a Lei Ordinária simplesmente reduzem o conceito de ambiente à qualidade de vida e omitem os contornos ecológicos que existem na noção de ambiente.

Na Espanha, diz-se médio ambiente, no entanto alguns autores entendem como conceitos equivalentes e, portanto, designam o meio ambiente apenas pela terminologia ambiente. Assim como no Brasil, existem conceitos amplos e restritos que dependem do ponto de vista de cada autor. A Constituição espanhola é silente ao conceito e elementos integrantes do meio ambiente, ficando encarregado os doutrinadores e a jurisprudência encarregados de solver tal matéria.

Corroborando, Losso (2011, p. 333):

⁷ Artigo 66º (Ambiente e qualidade de vida)

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.
2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:
 - a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;
 - b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem;
 - c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;
 - d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações;
 - e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas;
 - f) Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial;
 - g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente;
 - h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida.

Uma notória controvérsia encontrada dentre os juristas espanhóis diz respeito ao conceito jurídico de meio ambiente ou à extensão do que se considera meio ambiente. São encontradas posições que trazem o sentido amplo (com a inclusão de elementos históricos, culturais e sociais), e sentido estrito (considerado meramente o campo físico). A Constituição espanhola não traz um conceito de meio ambiente nem enumera os elementos que o integram. Deixa tal tarefa aos doutrinadores e à jurisprudência. Os doutrinadores divergem, principalmente, quanto à inclusão ou não na conceituação de meio ambiente, de elementos não físicos ou naturais. Daí a se encontrar quem defenda um conceito de meio ambiente “amplo” e outros que defendam um sentido “estrito”.

Nesse diapasão, Costa (2010, p. 89):

Ramón Martín Mateo, em seus trabalhos, usa a nomenclatura *ambiente* ou *médio* com sentidos equivalentes. Entende que a denominação *médio ambiente* definitivamente é uma redundância. Assinala que o conceito jurídico de ambiente não pode ser alargado, pois não haveria condições de o direito ambiental abarcar todas as áreas conexas. Por isso descarta o território global e objeto de ordenação e gestão. Com este ponto de vista, o autor conceitua ambiente como os elementos naturais de titularidade comum e as características dinâmicas, como a água e ar, que são veículos básicos de transmissão e fatores essenciais à existência do homem na terra. (Sic)

160

E continua:

Carlos Miguel Perales cita o conceito de meio ambiente de Moreno Trujillo, conclui, ao contrário de Mateo, que meio ambiente deve ter um entendimento amplo. Para o autor, meio ambiente é o conjunto de componentes naturais de determinada região e momento que representa o substrato físico da atividade de todo ser vivo e também suscetível a modificações das ações humanas. (COSTA, 2010, p. 89)

A Constituição da Espanha de 1978 traz a previsão dos direitos e deveres dos espanhóis no que tange ao meio ambiente e três dispositivos. Tal dispositivo é considerado uma novidade à época e teve sua inspiração na Convenção de Estocolmo de 1972.

E assim disciplina a Constituição espanhola em seu art. 45:

Artículo 45.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Estudo de impacto de vizinhança como instrumento urbanístico sustentável

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado⁸.

O ESTATUTO DA CIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 em seu Título VII, que trata “Da Ordem Econômica e Financeira” dispôs, em seu Capítulo II intitulado “Da Política Urbana”, sobre dois artigos de extrema importância para o presente estudo, quais sejam, os arts. 182 e 183. Referidos artigos foram regulamentados pela Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, sendo denominada tal diploma legislativo como “Estatuto da Cidade”. Referido Estatuto estabelece diretrizes gerais da política urbana dando também outras providências.

Segundo Sirvinskas (2012, p. 664):

Essa lei dispõe sobre as diretrizes gerais da política urbana, estabelece normas de ordem pública, de interesse social, e regula o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (parágrafo único do art. 1 do citado Estatuto).

Em uma leitura atenta do instituto, percebe-se uma preocupação com questões ambientais principalmente referentes ao meio ambiente urbano em que, em última análise, busca-se um meio ambiente equilibrado. A política urbana trazida pela lei atenta para o fato de que a propriedade urbana deve exercer uma função social, função esta que é de observação compulsória também para as propriedades rurais por disposição constitucional.

Nesse sentido:

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

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

⁸ (Tradução) Artigo 45.

1. Todos têm o direito de desfrutar de um ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, bem como o dever de preservá-lo.

2. As autoridades públicas devem assegurar a utilização racional de todos os recursos naturais de forma a proteger e melhorar a qualidade de vida, a preservação e recuperação do meio ambiente, contando com uma indispensável solidariedade coletiva.

3. Para aqueles que violarem o disposto no número anterior, nos termos que a lei fixar estabelecer-se-ão sanções penais ou, eventualmente, administrativas e obrigação de reparar os danos.

A lei, ao tratar da política urbana, busca a criação de cidades sustentáveis com o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e das propriedades urbanas. De acordo com Sirvinskas (2012, p. 665):

Entende-se por cidade sustentável o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (art. 2º, I, do Estatuto).

A política urbana tem a finalidade de evitar o crescimento desordenado que cause danos ao meio ambiente, de forma que o uso desordenado dos bens imóveis bem como a poluição e degradação ambiental sejam mitigados.

Os objetivos traçados pela política urbana apresentada pelo Estatuto das Cidades estão presentes no art. 2º⁹, incisos I a XVI.

- ⁹ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
- I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;
 - II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;
 - III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;
 - IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;
 - V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;
 - VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:
 - a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
 - b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
 - c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;
 - d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente;
 - e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
 - f) a deterioração das áreas urbanizadas;
 - g) a poluição e a degradação ambiental;
 - h) a exposição da população a riscos de desastres
 - VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;
 - VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município do território sob sua área de influência;
 - IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

Estudo de impacto de vizinhança como instrumento urbanístico sustentável

Na 12ª seção do Capítulo II da lei, inovou-se com a criação do estudo de impacto de vizinhança (EIV), tratado pelos arts. 36, 37 e 38. A lei de cada município deverá determinar quais empreendimentos e atividades, sejam públicos ou privados, desde que em área urbana, devem obrigatoriamente realizar o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EPIV) para a obtenção de licença ou autorização de construção, alteração ou funcionamento.

Segundo o art. 37 do referido diploma, o EIV deverá ser executado de maneira que contemple os efeitos benéficos e maléficos dos empreendimentos ou atividades em relação à qualidade de vida populacional residente na área objeto do estudo e em suas proximidades. A análise é efetuada acerca das seguintes questões:

- Adensamento populacional.
- Equipamentos urbanos e comunitários.
- Uso e ocupação do solo.
- Valorização imobiliária.
- Geração de tráfego e demanda por transporte público.
- Ventilação e iluminação.
- Paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Na mesma linha, todos os documentos integrantes do EIV devem ser públicos, disponíveis para consulta de qualquer pessoa interessada. A lei ainda ressalta, em seu art. 38, que a elaboração do EIV não dispensará a elaboração e a aprovação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), de acordo com a legislação ambiental pertinente.

163

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 151-172, jul./dez. 2013

Instrumentos da política urbana

A Lei n. 10.257/2001 apresenta em seu art. 4º¹⁰ diversos instrumentos que são utilizados para fazer valer a política urbana supramencionada. Tais instrumentos são regidos por legislação própria, não podendo contrariar os princípios traçados pelo Estatuto das Cidades. Deve-se observar que, caso os instrumentos previstos neste artigo demandem dispêndio de recursos públicos municipais, tais recursos deverão ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.

- ¹⁰ Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:
- I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;
 - II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;
 - III – planejamento municipal, em especial:
 - a) plano diretor;
 - b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;
 - c) zoneamento ambiental;
 - d) plano plurianual;
 - e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;
 - f) gestão orçamentária participativa;
 - g) planos, programas e projetos setoriais;
 - h) planos de desenvolvimento econômico e social;
 - IV – institutos tributários e financeiros:
 - a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU;
 - b) contribuição de melhoria;
 - c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;
 - V – institutos jurídicos e políticos:
 - a) desapropriação;
 - b) servidão administrativa;
 - c) limitações administrativas;
 - d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;
 - e) instituição de unidades de conservação;
 - f) instituição de zonas especiais de interesse social;
 - g) concessão de direito real de uso;
 - h) concessão de uso especial para fins de moradia;
 - i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
 - j) usucapião especial de imóvel urbano;
 - l) direito de superfície;
 - m) direito de preempção;
 - n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
 - o) transferência do direito de construir;
 - p) operações urbanas consorciadas;
 - q) regularização fundiária;
 - r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;
 - s) referendo popular e plebiscito;
 - t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária;
 - u) legitimação de posse;
 - VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

Estudo de impacto de vizinhança como instrumento urbanístico sustentável

Entre os instrumentos citados, defende-se como sendo o principal deles o Estudo de Impacto de Vizinhança, que é objeto deste trabalho.

Princípios relevantes da política urbana relacionados ao meio ambiente

Usualmente a definição de princípio seria a de início de algo, fase inicial ou seu fundamento, no entanto, juridicamente, não seria este o entendimento adotado. De maneira jurídica, os princípios são mandamentos nucleares de um sistema; base fundamental do ordenamento jurídico são os critérios orientadores da formação e aplicação das normas jurídicas. Eles seriam os pilares que sustentam a ciência jurídica, sendo que deles decorre todo o sistema jurídico.

Nesse sentido, Sampaio (2003, p. 45):

Princípios são enunciados deônticos que sedimentam e cristalizam valores e políticas no ordenamento jurídico (princípios formais e materiais). Denominam-se também princípios as normas técnico-operacionais do sistema jurídico que orientam mais diretamente as operações estruturais sistêmicas (princípios funcionais ou operacionais). Uns e outros podem vir expressos ou implícitos. Em sistemas jurídicos que valorizam exageradamente a fonte legislativa de direito quase nada sobra escondido por trás das palavras. Outras vezes, por conveniências e flexibilidade, deixam de ser explicitados, embora componham a rotina e práxis jurídicas.

Sendo os princípios os alicerces do sistema jurídico vigente, sua violação seria extremamente grave. Os princípios jurídicos como um todo são um reflexo da cultura sociojurídica de determinada sociedade em determinado lapso temporal de sua história. O conteúdo principal seria formado pelos valores arraigados nessa sociedade. Elevando-se os princípios à categoria de normas jurídicas, serviriam de fundamento para o ordenamento jurídico e atuariam como vetor da construção e aplicação das demais normas. Ivan Luiz da Silva confirma ao dizer que “os princípios refletem a cultura sociojurídica de uma sociedade em um dado momento (ou no decorrer) de sua história”.

Nesse diapasão, dois importantes princípios relacionados à política urbana se entrelaçam com o estudo do meio ambiente: o princípio da informação e o princípio do desenvolvimento sustentável.

O princípio da informação, nos dizeres de Sampaio (2003, p. 76):

(...) tem natureza coletiva e ocupa um lugar central nos Estados democráticos. Quando a informação se refere à situação, disponibilidade e qualidade dos recursos naturais, bem como sobre políticas,

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 151-172, jul./dez. 2013

André Fagundes Lemos / Walter dos Santos

medidas e decisões que tenham por objeto tais recursos, torna-se ainda importante a sua afirmação, não só para que todos tomem ciência do estado, das propostas e execuções de manejo de seu entorno natural, construindo e renovando uma “opinião pública ambiental informada”, mas, sobretudo, para que possam contribuir de maneira efetiva e consciente nos processos decisórios que venham a gerar efeitos sobre a natureza. É por isso que alguns autores especializam um “direito à informação ambiental”, qualificado como direito de quarta geração.

O termo desenvolvimento sustentável, apesar de ter conhecimento mundial no relatório da Organização das Nações Unidas denominado “Relatório Brundtland”, nos anos 1980, surgiu na década de 1970. A expressão se consagrou na ECO-92, sendo assim transformada em princípio. Sua pretensão é conciliar o desenvolvimento socioeconômico mundial com a preservação do meio ambiental de forma global em busca da melhoria da qualidade de vida do ser humano.

No sentir de Sirvinskas (2012, p. 141):

Sustentabilidade, em outras palavras, tem por finalidade buscar compatibilizar o atendimento das necessidades sociais e econômicas do ser humano com a necessidade de preservação do ambiente. Visa-se, com essa conciliação, assegurar a manutenção de todas as formas de vida na Terra, inclusive a humana. Busca-se, por meio desse princípio, melhorar a qualidade de vida, respeitando a capacidade de suporte dos ecossistemas. Objetiva-se, com isso, a diminuição da miséria, da exclusão social e econômica, do consumismo, do desperdício e da degradação ambiental.

166

SUSTENTABILIDADE

Uma terminologia muito utilizada por todos, principalmente pelas indústrias que utilizam bens ambientais como matéria-prima dos produtos criados ou por aquelas que causam danos ambientais, mesmo que em mínima proporção, é a prática sustentável ou sustentabilidade.

Tem se utilizado muito as expressões “selos verdes” ou “marketing verde” para categorizar essa ou aquela instituição como sustentável. A finalidade é de demonstrar que, apesar de explorar os bens ambientais, estes são utilizados de forma equilibrada tendo em vista as futuras gerações. Percebe-se que ser sustentável tornou-se politicamente correto, no entanto discute-se se o fato de apenas seguir as normas ambientais já configura a prática sustentável.

Ao conceituar a sustentabilidade, deve-se iniciar expondo que ela é um princípio constitucional, nesse sentido:

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 151-172, jul./dez. 2013

Estudo de impacto de vizinhança como instrumento urbanístico sustentável

(...) trata-se do princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos (FREITAS, 2011, p. 40).

Percebe-se que a Sustentabilidade é um termo usado para definir as atuações e/ou atividades humanas que tendem a suprir as presentes necessidades humanas sem comprometer a vida e o bem-estar das futuras gerações. A sustentabilidade se relaciona de forma direta ao desenvolvimento econômico e social da humanidade sem que esta sinta a necessidade de degradar o meio ambiente, devendo utilizar os recursos naturais de forma preservacionista para que se garanta a vida no futuro.

Freitas (2011, p. 41) corrobora ao expor que “(...) o desenvolvimento sustentável não é mais uma contradição em termos, tampouco se confunde com o delírio do crescimento econômico como fim em si”.

A prática sustentável garante a médio e longo prazo um planeta em boas condições para o desenvolvimento das diversas formas de vida, inclusive a humana. Assegura a preservação dos bens ambientais necessários para a vida digna das próximas gerações, possibilitando manuseio sustentável dos recursos naturais e proporcionando a dignidade humana futura.

Nesse sentido, podem ser citadas algumas ações sustentáveis:

- Utilização dos recursos vegetais de florestas e matas de forma controlada, garantindo o replantio sempre que necessário.
- Preservação total de áreas verdes não destinadas à exploração econômica.
- Ações que visem o incentivo à produção e ao consumo de alimentos orgânicos, pois estes não degradam a natureza por não utilizar agrotóxicos, além de serem mais benéficos à saúde dos seres humanos.
- Exploração dos recursos minerais de forma controlada, racionalizada e com planejamento.
- Uso de fontes limpas e renováveis de energia para diminuir o consumo de combustíveis fósseis (referida ação apresenta duplo benefício, primeiro porque busca preservar as reservas de recursos minerais; segundo porque tende a diminuir a poluição atmosférica).
- Conscientização pessoal e empresarial com a finalidade de se reciclar e buscar formas alternativas de utilização dos resíduos sólidos (aqui se

percebem dois benefícios com essa ação, primeiro porque gera renda familiar; segundo porque, ao se diminuir a quantidade de resíduo sólido, possibilita-se a diminuição da utilização dos recursos ambientais.

- Desenvolvimento da gestão sustentável nas instituições para diminuir o desperdício de matéria-prima e desenvolvimento de produtos com baixo consumo de energia.
- Conscientização social em prol de atitudes voltadas para o consumo controlado de bens ambientais, evitando ao máximo o desperdício. Adoção de medidas que visem a não poluição dos recursos hídricos, assim como a despoluição daqueles que se encontram impróprios para o homem.

No entanto, deve-se ter em mente os dizeres do ilustre professor José Claudio Junqueira Ribeiro, em palestra realizada na Escola Superior Dom Helder Câmara, denominada “A desgovernança mundial da sustentabilidade”, proferida pelo renomado professor José Eli da Veiga, ao expor que: “Não se pode confundir sustentabilidade com cumprimento de normas ambientais. As empresas não podem se caracterizar como sustentáveis simplesmente por cumprir referidas normas. É necessário algo a mais”.

ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA COMO INSTRUMENTO DE DIREITO URBANÍSTICO PARA O DESENVOLVIMENTO CIDADINO SUSTENTÁVEL

A partir da segunda metade do século XX, o Brasil presenciou uma crescente elevação do seu processo de industrialização e, conseqüentemente, de urbanização. Isso porque, no mesmo momento em que se industrializava, a população deixa de ser majoritariamente rural para tornar-se eminentemente urbana, devido ao processo de migração.

Dessa forma, os centros industriais onde se concentravam as indústrias, o comércio e conseqüentemente os empregos passam a receber um enorme número de trabalhadores vindos dos mais diversos rincões brasileiros em busca de melhores condições de trabalho e de qualidade de vida.

Com essa grande concentração de pessoas, surge uma maior interferência na ocupação do solo produzindo impactos diversos, impactos negativos sobre o seu entorno. Referidos impactos imiscuíram-se também de forma direta na vida e dinâmica urbana.

Tornaram-se comuns problemas conseqüentes das chuvas ao longo dos meses do ano em várias regiões do país. Enchentes, desmoronamentos, destruição e vidas ceifadas em conseqüência dos fortes temporais. Em outras regiões altas temperaturas, ausência de chuva e fome faziam parte da rotina local. Diversas explicações surgiram, mas as causas dessas tragédias não se revelam

Estudo de impacto de vizinhança como instrumento urbanístico sustentável

apenas pela compreensão da lógica dos fenômenos naturais. As explicações são mais complexas, e um olhar mais atento ao processo de conformação dos aglomerados urbanos se faz necessário para se esboçar uma compreensão mais ampla.

Para evitar o crescimento desordenado e conseqüentemente o dano ambiental, surge por determinação constitucional o Estatuto da Cidade, por meio da Lei Federal n. 10.257/2001.

Referido diploma legislativo previu o Estudo de Impacto de Vizinhança, que pode ser definido como um novo instrumento de mediação entre os interesses privados dos empreendedores, que garante o direito à qualidade de vida digna de quem mora ou transita no entorno das obras potencialmente degradantes, bem como o direito ao meio ambiente equilibrado.

O EIV pode ser definido como um instrumento de proteção ambiental e da qualidade de vida das pessoas que exige estudos e informações técnicas relativas a identificação, avaliação, prevenção, mitigação e compensação dos impactos na vizinhança de empreendimentos ou atividades potencialmente deteriorantes, para aqueles que pretendem empreender. Referido instrumento apresenta o resultado de uma análise sobre quais seriam as condições locais com ou sem o empreendimento pretendido.

O Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança tem por objetivo promover que a implantação de empreendimentos ou atividades geradoras de impactos garanta a qualidade de vida da população residente na área e em suas proximidades, conforme preconiza a Lei.

Nos arts. 36¹¹, 37¹² e 38¹³ desta lei, determina-se que o estudo seja elaborado pelo empreendedor, sendo analisado e aprovado pelo poder público. De maneira

169

¹¹ Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.

¹² Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

- I – adensamento populacional;
- II – equipamentos urbanos e comunitários;
- III – uso e ocupação do solo;
- IV – valorização imobiliária;
- V – geração de tráfego e demanda por transporte público;
- VI – ventilação e iluminação;
- VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado.

¹³ Art. 38. A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental.

André Fagundes Lemos / Walter dos Santos

geral, todos os municípios brasileiros têm introduzido a obrigatoriedade do EIV em seus planos diretores.

Por meio do estudo, é possível controlar os efeitos do planejamento urbano e ambiental do empreendimento, propondo ações mitigadoras e compensatórias que minimizem os danos ambientais e descontroles urbanísticos. Logo, o EIV é considerado um instrumento significativo de análise e controle das questões de políticas públicas urbanas. O objetivo do EIV é democratizar a tomada de decisão sobre os grandes empreendimentos das cidades, sugerindo adequações e melhorias ao projeto.

A lei municipal deverá definir os empreendimentos e atividades privadas ou públicas em áreas urbanas que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EPIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal (art. 36 do Estatuto). (SIRVINSKAS, 2012, p. 667)

O estudo de impacto apresenta as vantagens de definir propostas de adequações necessárias para a defesa ambiental, viabilizando o empreendimento e direcionando os ajustes necessários na infraestrutura, a fim de melhorar ou minimizar os impactos gerados.

170

Mas a principal relação atinente ao EIV em defesa do meio ambiente na garantia do desenvolvimento sustentável dá-se quanto aos impactos ambientais gerados pelo próprio empreendimento. Isso porque referido estudo deverá prever, entre outros requisitos:

- A destinação adequada dos efluentes sanitários.
- A redução do consumo de água potável.
- O equacionamento da poluição por águas pluviais.
- A impermeabilização do solo.
- A destinação correta dos resíduos sólidos gerados pelo empreendimento.
- A reserva de área verde quando for o caso.
- As adequações das áreas de carga e descarga.
- Solução para o sistema viário, de forma a conceder condições de segurança e conforto.

CONCLUSÃO

Pode-se afirmar que, somente a partir da década de 1960 com a industrialização do Brasil e o deslocamento em massa da população do meio rural para o meio urbano, iniciou-se uma preocupação com o planejamento urbano local.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 151-172, jul./dez. 2013

Estudo de impacto de vizinhança como instrumento urbanístico sustentável

Isso se deu por razões de diversas ordens, mas a que despontou se deu em relação aos prejuízos ambientais ocasionados pelo crescimento urbano desordenado.

No entanto, somente a partir da CRFB de 1988 a preocupação ambiental se apresentou de forma contundente. O art. 225 elevou o meio ambiente à categoria de direito fundamental à sadia qualidade de vida humana.

Percebendo-se que não haveria vida digna em um meio ambiente urbano desordenado, a própria constituição trouxe em seus arts. 182 e 183 a necessidade de criação de um plano diretor que ordenasse o crescimento local.

Entre diversos e diferentes instrumentos, tem-se o Estudo de Impacto de Vizinhança a ser regido por legislação local.

Destarte, somente após a implementação de referido instituto, pode-se falar em desenvolvimento sustentável, haja vista que sem sua existência haveria apenas um desenvolvimento desordenado que não atenderia ao disposto no art. 225.

Nesse sentido, conclui-se que O EIV é um instrumento para o desenvolvimento cidadão sustentável.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- COSTA, Beatriz de Souza. *Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal, Espanha*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.
- ESPAÑA. Constituição (1978). *La Constitución española*. Congreso. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/>>.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- LOSSO, Marcelo Ribeiro. Tutela do meio ambiente na Espanha. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, v. 7, n. 13/14, p. 331-361, 2010.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MUKAI, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Assembleia Constituinte. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Cris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 151-172, jul./dez. 2013

André Fagundes Lemos / Walter dos Santos

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Data de recebimento: 18/06/2013

Data de aprovação: 15/04/2014

INCONGRUÊNCIAS ENTRE A VIDA PRIVADA E A INTIMIDADE DO EMPREGADO EM FACE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

THE INCONSISTENCIES BETWEEN PRIVACY AND PRIVACY OF EMPLOYEE IN THE FACE OF EMPLOYMENT RELATIONSHIP

*Gabriela Nogueira Matias**

*Marina Aparecida Pimenta da Cruz Correa***

RESUMO

O presente artigo busca desenvolver análise de questões controvertidas e incongruentes entre o sujeito no âmbito da sua relação de emprego e os limites do poder fiscalizatório do empregador. Tal estudo vai procurar compreender os limites desse poder diretivo do empregador sob o prisma dos Direitos de Personalidade do empregado no contexto de uma sociedade capitalista. Passando para tanto por uma análise da Constituição da República de 1988, bem como pelos seus princípios, uma vez que a legislação trabalhista é omissa em grande parte deste assunto. Em seguida, verificar-se-á algumas ações pontuais do empregador, as quais perpassam por uma linha tênue entre a violação da intimidade e a vida privada do empregado e a sua preservação. Fatores estes comuns a uma sociedade capitalista e globalizada cujo interesse é o acúmulo de capitais em detrimento da dignidade do trabalhador.

Palavras-chave: Relação de emprego; Poder diretivo; Direitos fundamentais; Globalização; Capitalismo.

* Advogada Trabalhista. Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC MINAS. Consultora em Direito do Trabalho e Professora Universitária. Correspondência para/*Correspondence to:* Rua Pedro Simão Vaz, 327, Jardim dos Anjos, Bom Despacho/MG, 35600-000. E-mail: gabrielanmatias@gmail.com.

** Advogada do Programa de Inclusão Social de Egressos do Sistema Prisional – PrEsp vinculado a Coordenadoria de Prevenção à Criminalidade de Minas Gerais. Especialista em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais -UFMG. Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC MINAS. Professora da Academia de Polícia Militar, Escola de Formação da Secretaria de Estado de Defesa Social – EFES e do Instituto Federal Minas Gerais – IFMG. Correspondência para/*Correspondence to:* Avenida Tereza Cristina, n. 949, apto. 301, bloco 21, Belo Horizonte/MG, 30410-600. E-mail: marinaaparecidap3@gmail.com.

ABSTRACT

This article seeks to develop analysis of controversial issues and the incongruous relationship of the subject within the employment relationship and the limits of power supervision employer. This study will seek to understand the limits of that directive power of the employer under the prism of Rights Personality of the employee in the context of a capitalist society. Turning to an analysis by both the Constitution of 1988 and its principles, since the labor legislation is largely silent on this issue. Then check if some specific actions of the employer, which underlie a fine line between violation of privacy and private life of the employee and their preservation. Such factors are common to a capitalist society and globalized that matters is the accumulation of capital at the expense of the dignity of the worker.

Keywords: Employment relationship; Power steering; Fundamental rights; Globalization; Capitalism.

INTRODUÇÃO

“Sem a liberdade de ser e agir, o homem por mais que conheça e possua, não é nada...” (Albert Einstein)

174

A vida em sociedade pressupõe a interação social e condiciona o contato com o outro. O sujeito é um ser social que irá integrar vários ciclos de socialização, sendo que o trabalho ocupa um lugar de destaque na vida desse sujeito pela sua importância no processo de produção de riquezas e no exercício de um papel social. E, para que essa convivência possa se dar da melhor forma, são instituídas algumas diretrizes para nortear essa relação, bem como para agir preventivamente, visando à manutenção da vida coletiva e das relações de emprego.

O Direito passa por um processo de mutação ao longo da História, assim como o Estado e a forma com que os cidadãos se relacionam com esse Estado. Os direitos não foram dados, mas construídos e conquistados pelos cidadãos, o que se pode denominar a “luta pelos direitos”. O direito está vinculado aos acontecimentos históricos e sociais e também à cultura e ao modo de ser daquela sociedade. Nesse sentido, o Direito do Trabalho ganha seus entornos sociais e tem correlação com o modo de ser e de operar de dada sociedade, sobretudo no que diz respeito à influência dos valores das sociedades capitalistas.

Nesse sentido, é preciso ir além e entender a interlocução entre o texto inserido no ordenamento jurídico e sua aplicabilidade e efetividade na realização de um direito ao longo da história. Esse aspecto é o grande questionamento de Marcelo Neves em seu livro “A constitucionalização simbólica”, sobretudo no que diz respeito aos tipos de legislação e à importância de cada uma delas nesse processo. O Direito não é uma ciência pura e isenta de interferência de outros fatores sociais, ele é fruto da vida em sociedade e das expectativas do grupo.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 173-192, jul./dez. 2013

Incongruências entre a vida privada e a intimidade do empregado...

Estudar e compreender a abrangência do Direito é, acima de tudo, um dever do operador do direito, sobretudo porque o Direito lida com o maior patrimônio da humanidade, o ser humano¹.

O sujeito é um ser múltiplo e exerce variadas funções no meio social, por exemplo, na sua relação com a família, no ambiente religioso, no trabalho, na vida coletiva, entre outros. Nesse sentido, é possível visualizar as relações de trabalho e constatar a existência de normas que irão regulamentar essa relação. Contudo, é preciso destacar que a relação de trabalho é permeada por uma lógica peculiar a partir da sua interlocução com o sistema capitalista e ordem econômica.

Para compreender a conexão entre o sujeito e sua relação de trabalho, é preciso compreender a estrutura social e também o lugar que o trabalho ocupa na vida desse sujeito, bem como a relação do homem e trabalho. Nesse sentido Hely Aparecida Zavattaro:

O Homem não pode ser entendido sem o Trabalho e o Trabalho, em si mesmo, reflete a condição humana. Existe uma relação pré-determinada entre o Homem e o Trabalho. Considerando-se que o ser humano se caracteriza pela indeterminação, uma condição biológica que o instrumentaliza, mas não o programa, o trabalho e o desejo humano não podem existir separadamente. O homem é dotado de consciência e inteligência, desejos e pulsões, que buscam espaço para elaboração nas atividades da vida diária, entre elas o trabalho. Certamente, o trabalho imposto ao homem não responde sistematicamente a esta exigência conceitual, se tornando alienante. É uma verdadeira missão, a consciência que o homem tem de desempenhar na vida uma tarefa concreta e pessoal, derivada de seu caráter único e irrepetível. No entanto, a partir do momento que o trabalho é institucionalizado, passa a se apresentar uma nova configuração: a relação existente entre Homem, Trabalho e Organização².

O empregado, ao ser contratado pelo empregador, inicia o seu contrato de trabalho negociando uma parcela de sua intimidade em decorrência do poder diretivo do empregador. Na relação de emprego, é evidente o poder que o empregador exerce sobre o empregado. Acontece que, mesmo antes do poder diretivo do empregador, existe a Dignidade da Pessoa Humana, nesse sentido, é preciso compreender a interlocução entre o Poder diretivo e a concepção da dignidade da pessoa humana e quais os limites desse poder diretivo.

¹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 95.

² ZAVATTARO, Hely Aparecida. *A relação do homem com o trabalho nas organizações*. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/24137146/1537324668/name/Texto_3_-_Zavattaro_e_Benzoni%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 12 maio 2013.

A Consolidação das Leis do Trabalho, através de seu art. 2º, apresenta o conceito de empregador: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”³.

Pois bem, intrinsecamente à atividade, à atuação do empregador enquanto agente de direção ao qual se encontram subordinados os trabalhadores ou empregados, nasce a figura do poder diretivo como sinônimo de organização, de imposição de regras, que devem ser cumpridas para o bom desenvolvimento do trabalho. Nesse sentido, é inegável que o Poder diretivo representa, em alguma medida, a manifestação de poder do empregador em face do empregado e acaba propiciando uma relação de subordinação do empregado aos anseios e interesses desse empregador.

O poder de direção do empregador, ou mesmo o chamado poder diretivo, tem sua base firmada na relação de subordinação, que existe entre empregador e empregado, em que aquele detém a função de gerir, organizar e controlar a produção dos bens e/ou serviços objetos da relação comercial da empresa. Contudo, o poder diretivo do empregador lhe confere o direito de investigar, apurar e aplicar as devidas punições quando constatadas irregularidades no desempenho das funções dos seus subordinados.

176

Nesse sentido, pode-se observar a dualidade desse poder diretivo que irá se manifestar nas relações de produção, bem como na intervenção na vida desse empregado, uma vez que ele integrará a empresa e afetará os meios de produção.

O grande problema, no que diz respeito ao direito do empregador de aplicar punições, sanções, ou quaisquer outras medidas de caráter disciplinar, está no abuso praticado em muitas dessas medidas, com o argumento de que faz parte de suas atribuições, a fim de garantir o bom desenvolvimento de sua produção, devendo o empregado obedecer às ordens sob pena de consequências não favoráveis ao empregado.

Por não possuir o caráter ilimitado, o poder diretivo deve ser exercido com base no que estabelece os diversos princípios de Direito do Trabalho, assim como os Constitucionais, a respeito da proteção legal conferida ao empregador, sob pena de configurar abuso e abrir espaço para futuras reivindicações judiciais.

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros:

Embora o Direito do Trabalho não faça menção aos direitos à intimidade e à privacidade, por constituírem espécie dos direitos de personalidade consagrados na Constituição, são oponíveis contra o empregador,

³ BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 maio 2013.

Incongruências entre a vida privada e a intimidade do empregado...

devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desses direitos dentro do estabelecimento empresarial. É que a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis⁴.

O direito do empregado a intimidade está relacionado a toda sua vida, tanto como empregado, nas dependências da empresa, no desempenho de suas funções habituais, bem como em sua vida pessoal, nas relações com seus familiares, amigos, e demais contatos sociais que necessite manter para o seu convívio em sociedade. Por essa razão, o empregador não pode, mesmo diante da prerrogativa do poder diretivo que lhe é peculiar, utilizar-se dele para invadir a intimidade do empregado.

Zangrando estabelece que o poder diretivo do empregador encontra seus limites na previsão legal que fundamenta a sua existência, devendo, no entanto, ser exercido dentro dos conceitos legais, tomando sempre por base as disposições contratuais, assim como os critérios da razoabilidade e da preservação da dignidade desse empregado, que deve ser entendido como sujeito dessa relação, e não mero objeto. Segundo o mesmo autor, a ausência da razoabilidade faz com que o poder diretivo do patrão acabe entrando em choque com os direitos inerentes a personalidade do trabalhador⁵.

Diante do exposto, revela-se um verdadeiro desafio das relações de trabalho, a conduta do empregador ao abusar de seu poder diretivo, impondo suas vontades, invadindo sem nenhum tipo de cuidado a intimidade e a vida privada do trabalhador. Nesse sentido, é preciso entender o poder diretivo do empregador sob o prisma da condição de sujeito do empregado e dos seus direitos e garantias fundamentais que o trabalho representa apenas um dos papéis sociais exercidos pelo sujeito, tendo em vista a sua condição de sujeito que exerce várias funções no meio social, pois além de trabalhador, ele pode ser filho, marido, colaborador, entre outros.

177

O PARADIGMA ENTRE O SISTEMA CAPITALISTA E A CONCEPÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

No âmbito das relações trabalhistas, com a crescente demanda de produção, majorada pelo capitalismo, o desejo de obtenção de lucro por parte do empregador aumenta de tal forma que desperta neste um sentimento de ambição e ganância, submetendo seus funcionários a situações, às vezes, vexatórias, no sentido de buscar conferir segurança ao seu patrimônio, evitando assim a sua dilapidação, diante das condutas em potencial que poderão ser praticadas por seus empregados.

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. p. 23.

⁵ ZANGRANDO, C. H. da S. *Resumo do direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000. p. 116-117.

Para muitos, o referido comportamento está vinculado ao que se chama de poder diretivo do empregador; é preciso compreender os limites desse poder, bem como a interlocução com fatores econômicos e sociais. Nesse sentido, pode-se entender que a teoria do neoliberalismo acaba confundindo cidadão com consumidor, excluindo aquele que não o for, e, para alcançar a igualdade, na visão de Hannah Arendt,⁶ é preciso uma sociedade onde prevaleça um mínimo de igualdade no plano econômico.

Pela Dignidade da Pessoa Humana, por meio dos dispositivos contidos no art. 5º da Magna Carta de 1988, uma vez vista como base do Estado Democrático de Direito, a atuação do Estado deve ser cobrada no sentido de impedir, ou mesmo punir, a prática de condutas que possam ferir a Dignidade Humana, atribuindo a esse direito um caráter descartável.

No âmbito das relações trabalhistas, com uma frequência crescente, verifica-se que a Dignidade da Pessoa Humana não vem sendo respeitada em sua totalidade, haja vista que muitas vezes o funcionário acaba se submetendo a determinadas situações, algumas até vexatórias, impostas pelo empregador, com o intuito de permanecer no vínculo empregatício e assim continuar garantindo o seu sustento e o de sua família, tendo em vista o caráter alimentar que o trabalho exerce em sua vida, ou seja, ele precisa de trabalho para garantir a sobrevivência. Nesse sentido, o empregado é visto como aquele que se encontra em uma situação de desigualdade e encontra no Direito do Trabalho alguns princípios protetivos em face dessa relação.

178

Sabe-se que o poder diretivo é necessário, como uma forma de controle do sistema empresarial diante de uma relação trabalhista, a fim de garantir a posição hierarquicamente superior do empregador e ajudar na gestão da produção, comércio ou a qualquer outro fim capitalista a que a empresa se destinar. Há de se ressaltar, porém, que o referido poder diretivo, assim como qualquer outro tipo de controle hierárquico, tem limites e como tais devem ser observados, sob pena de ter o empregador de arcar com as consequências que a lei determinar.

Os limites do poder diretivo estão fundamentados no respeito à privacidade e à dignidade humana do trabalhador, fazendo paralelo com o direito a propriedade, incluindo-se neste a honra e a imagem do indivíduo. No dia-a-dia do Judiciário trabalhista, de forma contínua e crescente, podem ser vislumbradas diversas decisões no sentido de punir o empregador, a título de pagamento de indenização, pelo excesso do uso do poder diretivo.

Diante disso, é preciso entender que a sociedade, em alguma medida, está a serviço do capital, contudo existe outra perspectiva para a vida em sociedade envolvida, com as lutas sociais em prol da defesa dos direitos da classe trabalhadora. De acordo com Mészáros:

⁶ ARENDT, H. *As origens do totalitarismo*. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

Incongruências entre a vida privada e a intimidade do empregado...

A nossa época de crise estrutural global do capital é também uma época histórica de transição de uma ordem social existente para outra, qualitativamente diferente. Essas são as duas características fundamentais que definem o espaço histórico e social dentro do qual os grandes desafios para romper a lógica do capital, e ao mesmo tempo também para elaborar planos estratégicos para uma educação que vá além do capital, devem se juntar. Portanto, a nossa tarefa educacional é, simultaneamente, a tarefa de uma transformação social, ampla e emancipadora⁷.

O ser humano compreendido como sujeito criativo e que promove transformações significativas no meio social deve pensar em de que maneira lidar com situações tão antagônicas, como a manutenção da ordem capitalista e os valores da pessoa humana. O Direito deve fornecer ferramentas para que esse sujeito possa preservar a sua intimidade e coibir e punir os abusos desse poder diretivo originários da relação trabalhista, acentuados pelos efeitos do capitalismo.

Destaca-se que uma ferramenta importante para se alcançar esse equilíbrio, é pela educação, que irá impulsionar o sujeito ao resgate de sua autonomia e promover mudanças que irão facilitar a sua inclusão no Mercado Formal de Trabalho.

OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

A Globalização é entendida como um processo que afeta todas as esferas da vida do sujeito, sobretudo nas relações de emprego, tendo em vista a relação entre trabalho e atividade econômica. Nesse sentido, são incorporadas ferramentas de trabalho que facilitam a globalização, bem como são inseridos novos valores nessas relações em virtude da introdução de novas tecnologias. Dessa forma, o texto normativo irá conter em seu bojo os valores de dada comunidade, bem como o que se espera que seja concretizado. Assim, a interpretação dos textos legais permite captar a ideologia daquele Estado que atribui norma aos diversos aspectos da vida social, seja moral, política, econômica, entre outros.

Ao se analisarem os direitos trabalhistas, constata-se a existência de dispositivos que confirmam as crenças e valores de determinado grupo. Pode-se verificar que o texto normativo traz o registro da marca de seu povo e de seus valores. A norma está inserida no contexto social e sofre influência do meio e dos valores que permeiam essa relação. É preciso perceber que, nas escolhas realizadas, os hábitos tomam conta da maioria dos nossos atos, do mesmo modo que os preconceitos são responsáveis pela maioria dos nossos juízos cotidianos. Portanto, a observância dos dispositivos e de sua relação com os valores sociais é importante para o cumprimento das normas trabalhistas, e é preciso compreender os efeitos da globalização sobre esse processo.

⁷ MÉSZÁROS, István. *A educação para além do capital*. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 76.

Em um primeiro momento, cabe lembrar que a globalização é uma realidade social decorrente da inserção da tecnologia nas áreas da informática e das comunicações, tornando o mercado altamente competitivo, de modo que as relações de emprego passaram por profundas alterações. Neste sentido, cabe lembrar que a mudança do Direito não se deu de forma isolada, mas que sofreu impactos da globalização, que causou uma modificação estrutural na economia, surgindo, por conseguinte, a necessidade de se alterar, também, a interpretação dos princípios que fundamentam os ordenamentos, uma vez que:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico⁸.

Destarte, deve-se inovar na interpretação dos princípios do Direito do Trabalho, uma vez que as relações de trabalho estão sendo impactadas pela globalização e pelas mudanças de valores culturais da sociedade moderna. Assim, nas relações de mercado e de trabalho atuais, por razão da globalização, como já afirmado, há forte necessidade de adaptação das empresas a um mercado altamente competitivo, de modo que é necessário explorar ao máximo a força de trabalho dos empregados e, portanto, flexibilizar as legislações trabalhistas. Segundo Belmonte:

Hoje o ambiente de trabalho é diferente daquele em que as normas trabalhistas protetivas tiveram a sua gestação: a sociedade – globalizada, diga-se – busca a eficiência econômica em um ambiente racional no qual é indispensável à utilização de novas ferramentas de trabalho, que operam no pressuposto do conhecimento continuado e em a necessidade da presença física do trabalhador⁹.

A globalização é um novo cenário na história da humanidade. É fruto do capitalismo em expansão. Ela impôs modificações radicais, criando uma economia transnacional. No mercado financeiro global, o capital volátil dos investidores internacionais segue, com rapidez, as melhores perspectivas de lucro, ignorando fronteiras e limites. Arion Sayão Romita traz o conceito e concepção sobre a Globalização que pode ser entendida como:

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 54.

⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 63.

Incongruências entre a vida privada e a intimidade do empregado...

A globalização é um processo irreversível que permite o deslocamento rápido, barato e maciço de mercadorias, serviços capitais e trabalhadores, podendo-se pensar no surgimento de um único mercado planetário de bens e trabalho. Sendo então, conceituada, como um conjunto de fatores que determinam a mudança dos padrões de produção, criando uma nova divisão internacional do trabalho. Já que a economia passa a se desenvolver numa escala mundial, tornando obsoleta a clássica noção de fronteira geográfica¹⁰.

Com a globalização, houve a introdução e acentuação de alguns fatores na relação de trabalho, como a introdução de câmeras de vigilância pelo empregador, a restrição de acesso ao sanitário em algumas atividades profissionais, a inclusão de metas empresariais, a utilização de redes sociais nos momentos pré e pós-contratual e a invasão na vida privada por meio de e-mails pessoal, corporativo e de uso de celulares, entre outros.

É nesse sentido que o trabalhador está sendo, cada vez mais, transformado em uma mercadoria pelo seu empregador, tendo em vista que este se utiliza de seu poder diretivo com o intuito de controlar o empregado a tal ponto, podendo alcançar a sua vida pessoal. Portanto, deve-se observar que a garantia constitucional de inviolabilidade da vida privada e da intimidade foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, após a promulgação da Constituição da República de 1988, direitos estes que foram regulados pelo Código Civil de 2002 e trazidos para o Direito do Trabalho, devido a sua omissão quanto ao tema. A garantia desses direitos aos trabalhadores, ainda vem sendo construída pela Doutrina e Jurisprudência Trabalhista. A seguir, algumas discussões sobre o tema.

181

Utilização de redes sociais na fase pré-contratual

Pode-se dizer que, antes mesmo do empregado ser contratado, já existe uma investigação por parte do empregador nas redes sociais. Muitas empresas se utilizam destes meios para capitar funcionários no mercado de trabalho, ou como etapa de um processo de seleção, uma vez que na fase pré-contratual o empregador deveria conhecer seu futuro empregado por entrevistas e dinâmicas, práticas muito comuns para verificar alguns aspectos das pessoas que estão sendo avaliadas.

Porém, nos dias atuais são avaliadas também pelo que expõem em suas redes sociais, o que transforma estes meios, antes para descontração e encontros entre amigos, em uma janela sobre a vida pessoal de alguém, o que poderá servir como fundamentação para uma contratação ou para não contratar aquele candidato.

¹⁰ ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 28-29.

Utilização de câmeras de segurança em banheiros, vestiários e refeitórios

As câmeras de segurança devem servir como auxílio da segurança do empregador, e não como uma forma de vigilância. Deste modo, instalar câmeras em vestiários e banheiros, é mais do que pacificado pela doutrina, proibido, tendo em vista que viola a intimidade do trabalhador, porém ainda está em discussão sobre a instalação de câmeras em ambientes de refeição e descanso. De um modo geral, esta atitude não garantiria a segurança do empregador, mas sim configuraria uma constante vigilância, mesmo nos momentos de repouso do trabalhador. Seguem, neste sentido, as palavras do Ministro Maurício Godinho Delgado:

Câmeras televisivas de segurança em banheiros: a afronta aos princípios e regras constitucionais de tutela à privacidade e à intimidade das pessoas que trabalham no respectivo estabelecimento empresarial é manifesta em tal situação aventada, ensejando a indenização pertinente (art. 5º, V e X, CF/88). A jurisprudência, de maneira geral, também tem considerado a inserção dessas câmeras televisivas em refeitórios. Entretanto, tem-se considerado lícita a instalação de tais câmeras de segurança em outros sítios do estabelecimento, tais como portarias, pátios, corredores, locais de trabalho e similares. Afinal, o princípio da tutela à segurança é genérico, favorecendo não só o empregado, mas também o empregador (art. 5º, *caput*, também Preâmbulo da CF/88)¹¹.

182

Possibilidade de fiscalização pelo empregador dos e-mails pessoais e corporativos

Muito importante e atual é a possibilidade de o empregador fiscalizar os e-mails corporativos de seus empregados. Já há entendimento do TST no sentido de ser possível fiscalizar, desde que o empregado seja cientificado desta possibilidade. Contudo, em relação ao e-mail pessoal do trabalhador o entendimento não é o mesmo, visto que ele não consta como ferramenta de trabalho do empregado e, assim, não poderá ser fiscalizado, tendo em vista o sigilo de correspondência garantido pela Constituição da República de 1988.

Sobre esse tema, segue entendimento do Ministro Maurício Godinho Delgado:

[...] Entretanto, naturalmente, há que se realizar uma decisiva diferenciação nos casos de ambientação empregatícia: ou seja, os e-mails particulares do trabalhador em contraponto com os e-mails que a empresa

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p. 644.

Incongruências entre a vida privada e a intimidade do empregado...

fornece ao seu empregado como estritos instrumentos de trabalho. Não há dúvida que a tutela jurídica aos e-mails particulares do trabalhador, mesmo quando veiculados nos computadores da empresa, mantém-se absolutamente hígida – inviolabilidade plena – salvo autorização judicial contrária específica, em conformidade com o art. 5º XII, da Constituição. Entretanto, no que tange aos e-mails corporativos, desde que restrinjam a efetivas ferramentas de trabalho fornecidas pelas empresas a seus empregados para que ali realizem atos de interação com estritos fins contratuais. [...] De toda maneira é prudente que o empregador, ao fornecer o email corporativo, esclareça sobre a vedação de seu uso para fins particulares ou irregulares¹² [...].

Possibilidade de revista íntima e revista a bolsas e sacolas do empregado

Além dessas formas de fiscalização por parte do empregador, permite o ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de revista íntima do trabalhador. Contudo esse tema é muito polêmico, pois dependerá da atividade do empregador para revestir de legalidade este ato.

Assim, o empregado que trabalha em uma usina nuclear ou indústria farmacêutica poderá ser constrangido à revista íntima por se tratar de um perigo a sociedade não estando restrito apenas àquele empregado. Da mesma forma que uma empresa de valores ou uma joalheria poderá proceder à revista íntima, desde que se dê aleatoriamente ou para todos os empregados, não podendo ser utilizada como meio de perseguição do empregador para com um determinado empregado.

Ainda sobre este tema, o art. 373-A, em seu inciso VI, da CLT veda ao empregador ou ao seu preposto do sexo masculino que proceda à revista íntima de sua empregada, como forma de garantir a dignidade da mulher no mercado de trabalho.

Destaca-se, sobre o tema em voga, uma decisão da Primeira Turma do TST, em sessão realizada em 14 de maio de 2013, em que se negou provimento ao recurso do Carrefour, processo AIRR-106900-16.2007.5.02.0443, que pretendia reformar a decisão dada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP) de indenizar um empregado submetido à revista íntima com apalpação do corpo. O ministro relator Lelio Bentes Corrêa ressaltou que a revista íntima por meio de contato físico é um ato que causa humilhação e constrangimento aos empregados, justificando a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. E conforme suas palavras:

¹² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 2011, p. 646.

É inevitável que paire sobre o empregado, ainda que de forma remota, o medo, a insegurança, o estresse e outros sentimentos atordoantes, em razão do fantasma do desemprego e da concorrência alucinante que existe entre os que estão empregados e a massa desempregada. [...] Tal circunstância cria um ambiente propício a que o empregado se submeta, sem resistência, a algum tipo de arbitrariedade emplacada pelo empregador. [...] Incumbia ao empregador, no exercício do seu poder diretivo, adotar técnicas de controle que não violassem a intimidade dos seus empregados¹³.

Além da revista íntima, há também a revista de bolsas e sacolas dos empregados, visando única e exclusivamente proteger o direito patrimonial das empresas. Este tipo de revista também traz grande constrangimento ao trabalhador, tendo em vista que ele está constantemente sob a suspeita de ter subtraído algo de seu ambiente de trabalho, fato que não leva em consideração a boa-fé das partes contratantes. Verifica-se a seguir o entendimento do Ministro Maurício Godinho Delgado a respeito deste tema:

[...] Por não serem consideradas revistas íntimas pela maioria da jurisprudência, tem contado com o beneplácito interpretativo. Entretanto, há corrente jurisprudencial que condiciona a validade de tais revistas em bolsas e sacolas a certas circunstâncias objetivas, a serem consideradas no caso concreto: efetiva necessidade de revista, segundo o segmento empresarial; inviabilidade de se exercitar o poder fiscalizatório por outros meios menos invasivos¹⁴.

184

Observa-se que o autor Maurício Godinho Delgado comunga deste entendimento, uma vez que se refere a esta prática como uma conduta abusiva do empregador, pois, por mais que o tomador do serviço justifique este controle como forma de otimizar o tempo do trabalho, tal atitude afronta diretamente o princípio da dignidade humana.

Exigências de metas excessivas e/ou inalcançáveis pelo empregador

Destaca-se tema bastante atual que é a exigência por parte do empregador do cumprimento de metas excessivas, e às vezes até inalcançáveis, pelos seus empregados. Este fato se dá, tendo em vista que o Brasil é um país capitalista e, como se sabe, há a busca pelo crescimento do capital, em que o empregador explora a força de trabalho de seus empregados adquirindo a mais-valia. Contudo,

¹³ BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *Processo 106900-16.2007.5.02.0443 AIRR*, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 21 maio 2013.

¹⁴ DELGADO, 2011, p. 643.

Incongruências entre a vida privada e a intimidade do empregado...

embora o Brasil siga o modelo capitalista, os empregadores devem respeitar a dignidade da pessoa humana, considerando suas limitações, ao que pese devendo exigir do trabalhador seu esforço para cumprir metas adequadas ao seu horário de trabalho, as quais permitam que o empregado goze de seus intervalos de repouso e refeição, além de que sejam ajustadas ao local ou região em que o empregado trabalha.

No que diz respeito às metas excessivas ou inalcançáveis, frisa-se a seguir o posicionamento do autor Maurício Godinho Delgado:

[...] os instrumentos para melhor e maior produtividade do trabalho tem como limites os princípios e regras constitucionais tutelares da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, da segurança e do bem-estar e da saúde da pessoa humana trabalhadora. A adoção de métodos, técnicas e práticas de fixação de desempenho e de realização de cobranças tem de se compatibilizar com os princípios e regras constitucionais prevalentes, sob pena de causa de dano, que se torna reparável na forma prevista pela ordem jurídica (art. 5º, V e X, CF/88, art. 186, CCB/2002)¹⁵.

Há muitos exemplos na jurisprudência brasileira quanto aos empregados de bancos, os quais são submetidos a metas impossíveis de serem alcançadas. Fato este que vem causado o adoecimento desta classe, por estes serem tratados com desprezo por parte de seus empregadores, este fato atinge o psicológico do trabalhador, pois este entende ser sua culpa ou sua incapacidade em cumprir às metas estipuladas pela empresa.

185

Possibilidade de limitação do acesso ao sanitário pelo empregador

Por fim, pode-se ressaltar também a limitação ao acesso ao sanitário de empregados que trabalham em empresas de *Call Center* e em linhas de produção. Tem-se observado uma crescente demanda de ações trabalhistas, buscando indenizações devido à privação ou limitação dos trabalhadores ao acesso aos sanitários da empresa, com intuito de manter a produtividade daquele setor. Porém as necessidades fisiológicas do empregado não podem estar sujeitas ao poder diretivo ou fiscalizatório do empregador, uma vez que entra na esfera íntima do empregado.

Este ponto é muito delicado, pois não há como saber o empregador sobre as necessidades físicas de seu empregado; esse tema leva à discussão da possibilidade de o tomador do serviço possuir o controle sobre o corpo de seu funcionário, situação abominada pelo Direito do Trabalho. Pois neste caso estaria o direito coisificando o empregado.

¹⁵ DELGADO, 2011, p. 644-645.

A presença do assédio moral no ambiente de trabalho

Todos esses temas levam à discussão de que, extrapolado o poder diretivo do empregador, este possivelmente terá causado um dano ao trabalhador, o qual será passível de indenização. Muitas dessas extrapolações podem ser denominadas de Assédio Moral estudado a seguir.

O assédio moral é um tema que está em voga, analisado pelos estudiosos do direito, e pelos psicólogos, estes quais trouxeram grande contribuição para o Direito do Trabalho, uma vez que analisam os aspectos psíquicos do trabalhador.

Preliminarmente, deve-se passar pelo conceito deste instituto para só então partir para sua análise. Portanto, segue o conceito dado pela autora Marie-Francis:

Toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho¹⁶.

Já a autora Margarida Maria Silveira Barreto ensina que:

Assédio moral no trabalho é a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego¹⁷.

O que se percebe com este conceito é que a comprovação do assédio moral é algo muito difícil de fazer, uma vez que, presente aspecto subjetivo do trabalhador, caracterizá-lo dependerá de qual atitude atingirá o íntimo do trabalhador, além de que cada pessoa possui uma personalidade, bem como teve experiências diferentes em suas vidas. Assim para caracterizar o assédio moral, é necessário verificar se houve algum dano ao trabalhador.

Segundo os autores Irany Ferrari e Melchiades Rodrigues Martins, assédio moral é próprio do trabalho, pois faz parte do ambiente laboral a competição agressiva entre os empregados visando melhores condições de trabalho e salário¹⁸.

¹⁶ HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 30.

¹⁷ BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações*. São Paulo: EDUC, 2003. p. 25.

¹⁸ FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades Rodrigues. *Dano moral: múltiplos aspectos nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

Incongruências entre a vida privada e a intimidade do empregado...

Verifica-se que o assédio moral está cada vez mais presente nas relações de trabalho, por fatores relacionados ao próprio empregado, visto que este, para permanecer no mercado de trabalho, submete-se a situações cada vez mais estressantes. Contudo o empregador também possui sua parcela de culpa, visto que extrapola em seu poder diretivo com intuito de proporcionar um aumento na produção, independentemente das condições exigidas aos empregados.

Destaca-se que o adoecimento cada vez mais frequente entre trabalhadores, dá-se pelo fato de sofrerem algum tipo de assédio moral em seu ambiente de trabalho, seja por parte do empregador, seja mesmo que menos comum, também por parte dos colegas de trabalho.

Assim, segundo Teófilo Furtado, o assédio provoca nos trabalhadores os danos mais variados à saúde, dentre eles podem-se citar: pesadelos, insônia, baixa autoestima, medo em relação ao futuro, aumento ou início do uso de álcool e drogas, pensamentos suicidas, além de depressão e ansiedade¹⁹.

Além desses prejuízos à saúde física e psíquica do trabalhador, afirma ainda a Desembargadora Eneide Melo Correia de Araújo que o assédio moral, além de destruir a integridade da vítima, ele também degrada o ambiente de trabalho, acarretando o medo, a desconfiança, bem como a perda do amor próprio e da harmonia indispensável ao desempenho das atividades. Devendo ser uma obrigação do empregador acabar com essa prática no ambiente de trabalho²⁰.

A prática do assédio moral pode dar causa à rescisão indireta do contrato de trabalho, conforme dispõe o art. 483 da CLT:

O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

[...]

b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;

[...]

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama²¹;

Além de ensejar a rescisão indireta, a prática do assédio moral poderá, desde que demonstrados o dano, o nexo de causalidade e o dolo do empregador ou

¹⁹ FURTADO, Teófilo. *Preconceito no trabalho e a discriminação por idade*. São Paulo: LTr, 2004.

²⁰ ARAÚJO, Eneide Melo Correia de. Um novo perfil da empresa como fator de prevenção do assédio moral. In: SILVA, Alessandra da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kemarik Bojjikiam; SEMER, Marcelo (Coord.). *Direitos humanos: essência do direito do trabalho, juízes para a democracia*. São Paulo: LTr, 2007.

²¹ BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 maio 2013.

Gabriela Nogueira Matias / Marina Aparecida Pimenta da Cruz Correa

de seus prepostos, também configurar um dano moral, o que compelirá o empregador a indenizar o empregado assediado moralmente.

Esta premissa é baseada no art. 5º, V, da CR/88, que dispõe: “é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem”, isto se dá pelo fato do inciso X deste mesmo artigo garantir a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem, prevendo a indenização caso alguns desses direitos forem violados.

Da mesma forma que o art. 186 do Código Civil considera que comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e, portanto, causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Afere-se que o ordenamento jurídico brasileiro garante ao trabalhador que teve sua intimidade violada requerer indenização, contudo, para ajuizar uma ação, devem-se comprovar os fatos alegados, e o empregado esbarra novamente no poder diretivo do empregador. Deve-se ter em vista que as provas serão dadas por oitiva de testemunhas, as quais muitas vezes não querem comparecer em Juízo por medo de retaliação da parte do empregador. Ainda, o arcabouço de documentos da relação de trabalho fica de posse do empregador, cabendo ao empregado requerer ao Juízo da causa a inversão do ônus da prova, devido à impossibilidade de apresentá-los.

188

A INTERLOCUÇÃO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

O Direito deve ser interpretado e efetivado a partir de uma leitura aprofundada dos institutos jurídicos, assim a Consolidação das Leis do Trabalho deve ser compreendida a partir da Constituição. Nesse sentido, o poder empregatício conferido ao empregador, que se estabelece no contexto da relação de emprego pelo exercício do poder diretivo regulamentar, disciplinar e fiscalizatório, não pode ser exercido de forma ilimitada e deve ter como eixo limitador os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

A Consolidação das Leis do Trabalho apresenta seu bojo de instrumentos que podem ser utilizados em caso de violação, bem para limitar os abusos do Poder Diretivo do empregador. Em razão disso, quando surge a prática do exercício ilegal do poder empregatício pelo empregador, é conferido ao empregado o direito de resistência (art. 483, alíneas *a* e *b*, da CLT), para que possa recusar a submissão quanto a procedimentos invasivos e a ordens arbitrárias do empregador durante a execução do seu labor diário. Assim, havendo rigor excessivo no exercício do poder empregatício conferido ao empregador, cabe ao empregado a denúncia indireta do contrato de trabalho (art. 483, alínea *d*, da CLT), sem prejuízo da indenização por danos materiais e/ou morais no caso de decorrente lesão, nos moldes do art. 5, inciso X, da CF/88.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 173-192, jul./dez. 2013

Incongruências entre a vida privada e a intimidade do empregado...

O poder disciplinar corresponde à faculdade atribuída ao empregador, destinada à aplicação de penalidades disciplinares aos empregados em situações de descumprimento de regras contidas no contrato de trabalho, no regulamento de empresa, na norma coletiva e na Lei. O direito disciplinar se manifesta pela possibilidade de execução de sanções ou faltas disciplinares aos trabalhadores cujo comportamento se revele incompatível com os seus deveres profissionais. A punição disciplinar aplicada pelo empregador vai desde a advertência, passando pela suspensão contratual (não superior a 30 dias – art. 474, CLT), até a dispensa por justa causa (art. 482, CLT), quando houver violação das obrigações de diligência, obediência e fidelidade por parte do empregado.

Adverte Nascimento:

Embora o empregador seja detentor do poder de direção e tenha o direito de dirigir a prestação pessoal e subordinada e serviços do trabalhador, resta claro que não possa exercê-lo indiscriminadamente e em descompasso com os limites fixados pelas normas jurídicas e em respeito aos direitos fundamentais do trabalhador²².

Visto que a relação de emprego deve pautar-se pela boa-fé, pela lealdade e pela transparência, é necessário que o empregador informe ao trabalhador a existência de meios de controle de fiscalização laboral com o objetivo de evitar surpresas desagradáveis, como a intromissão na sua esfera pessoal, por mais que a existência de atividades com monitoramento eletrônico seja indispensável à proteção da propriedade e à segurança dos trabalhadores²³.

189

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que existem limitações ao poder diretivo do empregador e que a vida privada e a intimidade de seus empregados estão protegidas pelo direito fundamental à intimidade e à privacidade do empregado: se desrespeitada, estará caracterizada a violação direta à intimidade e à vida privada deste, e, por conseguinte, aos seus direitos de personalidade. Caso esses direitos sejam ameaçados ou lesados pelo empregador, o empregado poderá pleitear judicialmente indenização pela violação dos direitos fundamentais à sua intimidade e à sua privacidade para obter o ressarcimento dos danos morais e/ou materiais.

²² NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009. p. 136.

²³ RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. *A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante*. São Paulo: LTr, 2008. p. 56.

Não pode o empregador se utilizar de um poder de hierarquia e do seu poder diretivo para subordinar seus empregados às suas vontades degradantes e humilhantes. Com relação aos empregados, estes ainda permanecem como verdadeiros reféns da necessidade de manutenção do emprego, e por conta disso acabam submetidos a uma série de condutas invasivas por parte do empregador, tendo em vista a sua condição desigual no âmbito da relação trabalhista. Necessário seria que os empregados agissem de encontro a essas ações abusivas, que fizessem valer os preceitos constitucionais que garantem a preservação dos direitos a privacidade, honra e imagem próprias diante de todas as situações sociais em que possam estar inseridos.

Na ponderação de direitos, não deve prevalecer a tutela do direito de propriedade e de livre-iniciativa do empregador em detrimento à da privacidade e da intimidade do empregado, tendo em vista a dignidade da pessoa humana. Por isso, é imprescindível o conhecimento prévio do empregado no ato da contratação dos sistemas de controle daquela empresa, sob pena de violação de sua privacidade ou de sua intimidade.

A Carta Magna de 1988 estabeleceu o Estado Democrático, e tem como marca registrada a garantia do 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, fundada na harmonia social, conforme o seu preâmbulo. A dignidade da pessoa humana é um direito fundamental estabelecido pela República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, que tem como ideal a construção de uma sociedade justa e solidária, e que pretende promover um Estado sem preconceitos e livre de qualquer discriminação.

Diante das considerações, convém ressaltar que o direito de propriedade e o poder de direção do empregador não são absolutos e encontram limites nos direitos fundamentais do trabalhador. Logo, o empregador poderá exercer o seu poder fiscalizatório pelas ferramentas de trabalho eletrônicas, como computadores, internet e correio eletrônico, colocadas à disposição do empregado para a realização de seu labor, desde que não haja violação dos direitos de personalidade deste. A relação Homem-Trabalho é uma contínua reconstrução, a partir dos recursos, das necessidades, recriando o acesso que se tem à própria potencialidade de amar e de trabalhar.

A liberdade não é uma dádiva, na verdade ela deve ser conquistada. Da mesma forma ocorre na relação de organização do trabalho. Levando em consideração a posição dedicada ao trabalho na existência, a questão é saber que tipo de homens a sociedade produz por meio da organização do trabalho. Contudo, o problema não é absolutamente, criar novos homens, mas encontrar soluções que permitam finalizar a reconstrução de alguns deles pelo trabalho.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Eneide Melo Correia de. Um novo perfil da empresa como fator de prevenção do assédio moral. In: SILVA, Alessandra da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kemarik Bojikian; SEMER, Marcelo (Coord.). *Direitos humanos: essência do direito do trabalho, juízes para a democracia*. São Paulo: LTr, 2007.
- ARENDT, H. *As origens do totalitarismo*. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações*. São Paulo: EDUC, 2003.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.
- BELMONTE, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.
- BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 maio 2013.
- BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 maio 2013.
- BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *Processo 106900-16.2007.5.02.0443 AIRR*, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 21 maio 2013.
- DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. São Paulo: Oboré, 1991.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. *Dano moral: múltiplos aspectos nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- FURTADO, Teófilo. *Preconceito no trabalho e a discriminação por idade*. São Paulo: LTr, 2004.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- MÉSZÁROS, István. *A educação para além do capital*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

Gabriela Nogueira Matias / Marina Aparecida Pimenta da Cruz Correa

RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. *A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante*. São Paulo: LTr, 2008.

ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

VIANA, Márcio Túlio; RENAUL, Luiz Otávio Linhares Renault (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

ZANGRANDO, C. H. da S. *Resumo do direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000.

ZAVATTARO, Helly Aparecida. *A relação do homem com o trabalho nas organizações*. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/24137146/1537324668/name/Texto_3_-_Zavattaro_e_Benzoni%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 12 maio 2013.

Data de recebimento: 30/07/2013

Data de aprovação: 12/02/2014

**LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR
Y EL PROCESO DE LA APROBACIÓN DE LOS
TRATADOS INTERNACIONALES:
LA PRIMERA LEGISLATURA, 2009-2013***

**THE NATIONAL ASSEMBLY OF ECUADOR
AND THE PROCESS OF APPROVAL OF
INTERNATIONAL TREATIES:
FIRST TERM, 2009-2013**

Andrés Martínez Moscoso**

RESUMEN

La Constitución del Ecuador del año 2008, estableció grandes transformaciones en todos los poderes del Estado, en el caso del legislativo el antiguo Congreso Nacional fue sustituido por una Asamblea Nacional unicameral, a la cual se le dotó de importantes funciones, entre las cuales se encuentra la aprobación de Tratados Internacionales que por su potencial impacto en estructura del Estado u otros ámbitos sensibles requieren un pronunciamiento previo o control. Así, el presente estudio realiza un recorrido desde la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, e investiga legislaciones de otros países para comparar los procesos de aprobación y se detiene en el análisis del caso ecuatoriano y las nuevas

* El autor agradece los comentarios y sugerencias del catedrático José Manuel Canales Aliende y de los árbitros anónimos de la *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*.

** Doctor (c) Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante, España. Máster Universitario Oficial en Protección Internacional de los Derechos Humanos, Universidad de Alcalá de Henares, España. Máster en Liderazgo Político y Dirección Pública de Instituciones Políticas-Administrativas, Universidad de Alicante, España. Especialista en Derecho Constitucional y Abogado de los Tribunales de Justicia de la República, Universidad del Azuay, Ecuador. Investigador del Observatorio Lucentino de Administración y Políticas Públicas Comparadas, Doctorando Área de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad de Alicante. Profesor e Investigador, Universidad del Azuay. Profesor y Asesor, Universidad de Cuenca. Áreas de interés: Políticas públicas; Ciencias Políticas y de la Administración; Derecho Constitucional; Nuevas Tecnologías y Democracia; Derechos fundamentales. Correspondencia para/Correspondence to: Calle Pintor Lorenzo Casanova 64, 3 IZQ, 03003, Alicante, España. E-mail: andresmartmos@gmail.com.

Andrés Martínez Moscoso

incorporaciones realizadas en materia de soberanía alimentaria, patrimonio genético y agua, pilares fundamentales del régimen del buen vivir, y que son tuteladas por el legislativo en este proceso, cumpliendo así un rol protagónico.

Palabras clave: Derecho parlamentario; Derecho constitucional; Aprobación de tratados internacionales; Control legislativo; Ecuador.

ABSTRACT

The Ecuadorian Constitution (2008) made several changes and transformations in all the powers of the State. In the case of the legislative power, National Congress changed the name by National Assembly (unicameral) with new important functions, one of them, it's the preview control of the International Treaties, especially in several topics that the state is interested or affect its structure. This paper studies the constitutional functions of the Ecuadorian Assembly and makes a review since the Vienna Convention of the Law of Treaties, and research about comparative law on the subject and analyzes the case of Ecuador and the protagonist role that the legislative got in to water, genetic heritage and food sovereignty main pillars of "Ecuadorian good living".

Keywords: Parliamentary law; Constitutional law; International law of treaties; Legislative control; Ecuador.

194

INTRODUCCIÓN

Dentro de un mundo globalizado¹, en el cual los intercambios de bienes y servicios entre las personas se dan minuto a minuto, y en el los avances de la tecnología permiten interconexión inmediata sin importar la situación geográfica, dichos factores han influido de manera determinante para que las fronteras se reduzcan y para que los Estados como miembros de la comunidad internacional, se vean obligados a prestar las facilidades para las realización de este tipo de operaciones.

Del mismo modo, factores fundamentales como la promoción y protección de los derechos humanos, así como el mantenimiento de la paz y cooperación para resolver los problemas mundiales hacen que los distintos países tanto en su legislación interna, como a través de la celebración de tratados internacionales coordinen los mecanismos más adecuados para hacer más fácil la vida de las personas.

¹ DOMINGO, Rafael. *¿Qué es el derecho global?* Madrid: Consejo del Poder Judicial, 2008. p. 141-142. "... es completamente necesario hablar de una aldea global, de un entorno global, de una comunidad global, de un espacio global – superando la distinción tierra, mar y aire, y, por supuesto, de un Derecho global que ordene las relaciones sociales conforme a criterios de justicia".

La asamblea nacional del Ecuador y el proceso de la aprobación...

En este contexto antedicho la Organización de Naciones Unidas en el siglo pasado logró codificar² las normas que permiten la celebración de estos acuerdos internacionales, sin embargo, tuvo que ser en la primera década del segundo milenio cuando el Ecuador se incorporó a la conocida Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, permitiendo de esta manera contar con normas claras que nos permiten vincularnos con otros Estados y adquirir obligaciones en el plano internacional.

A lo largo de este estudio se analizará de manera particular la etapa de aprobación de los tratados y el rol determinante que juega el órgano legislativo al realizar un control sobre los actos que realiza el ejecutivo en el plano internacional.

Para ello se utilizará el análisis de la legislación comparativa, en particular de Colombia, Francia y España, países que han sido seleccionados debido a la influencia histórica que han tenido en los sistemas jurídicos latinoamericanos; en el caso de Francia desde la aplicación romano-germánica³ a través del Código Napoleónico adaptado y utilizado por Venezuela, Chile y Ecuador, mientras que España dada su herencia histórica producto de la conquista⁴ y posterior período republicano, y en el caso de la legislación de la República de Colombia, dado el protagonismo que da la misma a la institución de la Corte Constitucional, modelo que fue tomado por el constituyente ecuatoriano para reproducirlo en la Constitución del Ecuador del año 2008⁵; todo lo cual sumado permite crear una visión general sobre esta institución jurídica y el protagonismo que tienen los Congresos de cada uno de los países en el proceso de aprobación de los tratados internacionales.

De manera particular, se realizará además un estudio sobre la regulación constitucional ecuatoriana en la materia, deteniendo el análisis en el listado de los tratados que por su objeto requieren su aprobación por parte de la Asamblea

² REMIRO BRETÓNS, Antonio et al. *Derecho internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. p. 73. “El conocido eslogan del positivismo radical proponiendo que cualquier acto, incluso el más inmoral, podía ser elevado al rango de Derecho si se lo hacía objeto de un tratado, es desmentido y la vieja polémica sobre la validez de los tratados contra bonos mores puede darse por resuelta”.

³ DAVID, René & JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Primera reimpresión de la décimo primera edición. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010. p. 21. “...la familia del derecho romano-germánico se encuentra diseminada en el mundo entero; rebasó con generosidad las fronteras del antiguo Imperio romano y conquistó entre otros los países de toda América Latina...”.

⁴ DAVID, René & JAUFFRET-SPINOSI, Camille. op. cit., p. 51. “Las colonias españolas, portuguesas, francesas y holandesas de América establecidas en países prácticamente deshabitados o cuya civilización estaba destinada a desaparecer recibieron de manera natural las concepciones jurídicas características de la familia romano-germánica”. Esto es a través un derecho erudito o doctrinal, el cual fue redactado a imagen y semejanza a los códigos y leyes europeos.

⁵ GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012. p. 191 y 215.

Andrés Martínez Moscoso

Nacional, para lo cual se toma su primera legislatura 2009-2013, desde la expedición de la Constitución del Ecuador de 2008 que no sólo le otorgó nuevas atribuciones al legislativo, sino que además establece un nuevo paradigma basado en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia que procura la consecución del buen vivir o “sumak kawsay”⁶.

Por último, se abordará también el papel que desempeña la Corte Constitucional, como garante de la aplicación y plena vigencia de la norma suprema y se verá de manera práctica cada uno de los supuestos que desarrolla la legislación interna respecto a la participación de este órgano jurisdiccional constitucional, el cual viene a completar el esquema constitucional de diálogo entre los tres poderes diseñado por el constituyente ecuatoriano que va más allá de la actuación aislada por parte del legislativo.

LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS Y SU APLICABILIDAD EN EL ECUADOR

Cuando hablamos de Sujetos de Derecho Internacional, en particular de los Estados, comprendemos que hemos pasado de un mundo bipolar producto de la Segunda Guerra Mundial donde la lucha ideológica provocó la instauración de dos grandes bloques⁷ que durante varias décadas separaron a los países.

196

Sin embargo, en la actualidad a raíz de la caída del Muro de Berlín las condiciones cambiaron y la comunidad internacional se desarrolla dentro de un mundo multipolar en la cual no son dos o tres los bloques, sino que la interacción y la capacidad soberana de los Estados para relacionarse es mucho más amplia desde temas comerciales, de alianzas militares, de cooperación para el desarrollo, intercambio de tecnología, entre otros.

Es por ello que el Derecho Internacional Público, a través de su doctrina se sustentó a través de las Fuentes⁸, las cuales fueron recogidas en el Art. 38 del

⁶ TORTOSA, José María. *Sumak Kawsay, Suma Qamaña, Buen Vivir*. San Juan de Alicante: Instituto Universitario de Desarrollo Social y Paz, Universidad de Alicante: Fundación Carolina, 2009. Disponible en la Red: <<http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/nombrespropios/Documents/NPTortosa0908.pdf>>. Último acceso 28/05/2013. “Es quichua ecuatoriano y expresa la idea de una vida no mejor, ni mejor que la de otros, ni en continuo desvivir por mejorarla, sino simplemente buena”.

⁷ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego. *Curso de derecho internacional público*. Pamplona: Thomsom Civitas, 2008. p. 103. “...el reto para la actual comunidad internacional es el de articular debidamente la posición jurídica de los Estados en una situación de creciente interdependencia, ya que una parte no desdeñable de las funciones tradicionales del Estado la ejercen hoy diversas instancias internacionales...”.

⁸ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. 18. ed. Madrid: Tecnos, 2013. p. 119 “...las fuentes en sentido formal o propio, a través de ellas, generalmente, se crean, modifican o extinguen las normas jurídicas internacionales. Son pues, procedimientos o medidas a través de los que el D.I. nace, se modifica o extingue.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 193-220, jul./dez. 2013

La asamblea nacional del Ecuador y el proceso de la aprobación...

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁹, con lo cual los doctrinarios distinguieron entre unas principales y otras secundarias, teniendo en las primeras a la costumbre internacional, los tratados internacionales y los principios generales del derecho internacional.

De esta manera en el presente estudio nos referiremos a los tratados internacionales como fuente principal del Derecho Internacional así como generadora de derechos y obligaciones para los Estados. Por esta razón en el año de 1949 la recién creada Comisión de Derecho Internacional, CDI, de la Organización de Naciones Unidas, ONU, con el criterio de estandarizar las prácticas entre los Estados y sobre todo codificar la costumbre internacional que se venía dando inicio con el proceso de crear un Acuerdo que se encargue de la regulación de los tratados internacionales.

Como bien lo recoge uno de los doctrinarios clásicos del Derecho Internacional, este proceso para la ONU fue largo y ameritó amplia investigación y sobre todo recogió los criterios de la mayor parte de Estados:

La Comisión de Derecho Internacional ha dedicado una parte de su tiempo (más de doce años) a su elaboración, en forma ya sea de un código o bien de modelo de convención. Los informes sucesivos a la Comisión, de sus relatores, y los expedientes de las actuaciones de ésta, forman un valioso acopio de información sobre la materia... Resolución 2166 (XXI, del 5 de diciembre de 1966, la Asamblea General pidió al Secretario General que convocara una conferencia diplomática, a principios de 1968, “para considerar el derecho de los tratados e incorporar los resultados de su trabajo en una convención internacional¹⁰.

197

Así el 23 de mayo de 1969, en la ciudad de Viena se culminaron con las reuniones de la CDI y se adoptó un texto al que se denominó “Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados”. A criterio del ex Magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Pastor Ridruejo, en el propio tratado quedó

⁹ “Artículo 38. 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.”. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 26 de junio de 1945.

¹⁰ SORENSEN, Max. *Manual de derecho internacional público*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 202-203.

Andrés Martínez Moscoso

establecida la necesidad que tenía la comunidad internacional de codificar los procedimientos para que los Estados puedan pactar¹¹.

Es necesario aclarar que la Convención de Viena llegó a regular casi todas las prácticas que los Estados necesitaban para celebrar tratados internacionales, sin embargo, quedaron algunos asuntos pendientes¹² que posteriormente fueron recogidos en el año de 1986.

Siguiendo al catedrático, Luis Álvarez Londoño, se puede indicar que de la definición de Tratado Internacional¹³ que nos brinda la Convención de Viena¹⁴, encontramos los siguientes elementos:

- a) Un acuerdo internacional.
- b) Celebrado en forma escrita.
- c) Entre Estados.
- d) Regido por el Derecho Internacional Público.
- e) Que conste en un instrumento.
- f) De denominación indiferente¹⁵.

A fin de otorgar una idea general de los pasos que se deben seguir para la suscripción de un Tratado Internacional por parte de los Estados, debemos puntualizar que si bien existe la opción de suscribir tratados a los cuales la doctrina denomina como simplificados¹⁶, que son todos aquellos que no constan en

198

¹¹ “Reconociendo la importancia cada vez mayor de los tratados como fuente del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales...” Preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 1969, ratificada por Ecuador en 2003, y en vigencia a partir de marzo de 2005.

¹² El nuevo tratado se llamó: “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales”, “Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations”, VCLTIO (por sus siglas en inglés), adoptada el 21 de marzo de 1986. Tratado mediante el cual se ampliaba a todos los Sujetos del Derecho Internacional.

¹³ LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma. *Derecho internacional público. Temas adaptados a los estudios de Grado*. Madrid: Editorial DILEX, 2012. p. 88-89. “Un tratado es un acuerdo celebrado por escrito entre dos o más sujetos de Derecho internacional, destinados a producir efectos jurídicos entre las partes y regido por el ordenamientos jurídico internacional.”

¹⁴ Art. 2., literal a) “Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 1969.

¹⁵ ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis. *Derecho internacional público*. Bogotá: Universidad Javeriana, 2007. p. 108.

¹⁶ REMIRO BRETÓNS, Antonio, op. cit., p. 385. “Históricamente la política exterior, de la que el tratado es un instrumento jurídico por excelencia, se ha revelado particularmente resistente a la participación y control parlamentarios”.

La asamblea nacional del Ecuador y el proceso de la aprobación...

el Art. 419¹⁷ de la Constitución del Ecuador, nos referiremos de manera breve a los que siguen el proceso normal o solemne estos es la aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional, destacando los siguientes pasos:

- a) Negociación.
- b) Firma ad referéndum.
- c) Aprobación (*Momento fundamental dentro del proceso, y que en el caso ecuatoriano cuenta con el control de la Asamblea Nacional e informe vinculante de la Corte Constitucional*).
- d) Ratificación.
- e) Publicación.

Como hemos narrado en este apartado, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es de larga data, pese a ello el Ecuador no suscribió este importante documento sino hasta el presente siglo; la demora es atribuida a la tesis mantenida por la Cancillería Ecuatoriana respecto a los límites con la República del Perú, mediante la cual declaraba inejecutable el Protocolo de Río de Janeiro de 29 de enero de 1942. Situación que fue subsanada tras la firma de la Declaración de Paz de Itamaratí entre los Jefes de Estado de los citados países, el 26 de octubre de 1998 en la ciudad de Brasilia.

Pese a ello conforme lo señala el Ministro del Servicio Exterior del Ecuador, Benjamín Villacís: "...Las delegaciones del Ecuador que asistieron a las reuniones que precedieron a la aprobación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, tuvieron siempre una activa participación y permitieron que importantes criterios ecuatorianos sean incorporados en el texto definitivo de la misma"¹⁸.

A través de Decreto Ejecutivo de fecha 28 de julio de 2003, el Presidente de la República ratificó la Convención de Viena para el Ecuador. Luego de lo cual una vez depositada en el archivo de la ONU, tuvo vigencia para el país a partir del 11 de marzo de 2005¹⁹.

¹⁷ "Art. 419. La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 1. Se refieran a materia territorial o de límites. 2. Establezcan alianzas políticas o militares. 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley. 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución. 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales. 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio. 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético". Constitución de la República del Ecuador (2008).

¹⁸ VILLACÍS, Benjamín. La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. *Revista AFESE*, Quito, 2008. p. 67.

¹⁹ En caso de requerir mayor información el texto íntegro se encuentra publicado en el registro Oficial n. 06, del 28 de abril de 2005.

Andrés Martínez Moscoso

Por lo que es preciso señalar que en el análisis del presente estudio se tomará en cuenta las disposiciones señaladas en la Convención de Viena de 1969 así como las incorporaciones realizadas por la Constitución de Montecristi de 2008 que sin duda contribuyen a un manejo ordenado y regulado de las relaciones internacionales en beneficio del desarrollo del Estado.

EL PROCESO DE APROBACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una de las fases de mayor importancia durante el proceso de suscripción de los acuerdos entre los Estados, es justo la etapa a que se le denomina como Ratificación. En el literal b) del Art. 2 de la Convención, se define a la ratificación como el “acto internacional por el cual el Sujeto de Derecho Internacional, en este caso el Estado hace constar su consentimiento”, es decir que se obliga por el tratado y lo aplica de buena fe, recordando para esto el principio de “pacta sunt servanda”²⁰.

Ahora bien es en este momento en el cual de acuerdo a la legislación interna de cada Estado se realiza un control a las decisiones tomadas por parte del Jefe de Estado²¹ por parte del órgano legislativo en su función de representar al pueblo.

En el caso del Ecuador según lo establece Art. 420²² de la Constitución, la ratificación de los tratados podrá ser solicitada por:

200

1. Referéndum.
2. Iniciativa ciudadana.
3. Presidente de la República.

En este contexto el Art. 120²³, numeral 8 indica que le corresponde a la Asamblea Nacional: “...Aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda.”

²⁰ CASADO RAIGÓN, Rafael. *Derecho internacional. Parte general*. Madrid: Tecnos, 2012. p. 91-92 “...normas de ius cogens la encontramos en la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad a la Carta de las Naciones Unidas... 7. El principio de que los estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos, de conformidad con la Carta.”

²¹ En base al estudio que se realiza, salvo el caso español donde el Jefe de Gobierno es el Presidente de Gobierno, elegido por las Cortes Generales, y el Jefe de Estado es el Rey; tanto Colombia, Francia y Ecuador, al contar con un sistema presidencialista, el Presidente de la República es tanto Jefe de Gobierno como Jefe de Estado.

²² “Art. 420. La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República...”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

²³ “Art. 120. La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: ...8. Aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 193-220, jul./dez. 2013

La asamblea nacional del Ecuador y el proceso de la aprobación...

En consecuencia una vez que dichos Tratados Internacionales sean aprobados²⁴, ratificados y publicados, entrarán a regir al interior del Ecuador, tanto es así que los mismos se encuentran solamente por debajo de la Constitución y por encima de las leyes orgánicas, salvo aquellos que se refieran a derechos humanos que se regulan de manera específica en el Art. 424²⁵ de la Constitución. De esta manera el Estado asumirá responsabilidad y tendrá obligación internacional sobre los mismos, es ahí donde radica la importancia en este proceso de aprobación.

Claro está que no en todos los ordenamientos jurídicos se realiza una actuación similar, por ello la Convención de Viena se refiere a la etapa de Ratificación, y deja el tema de la aprobación interna como un asunto que deberá resolverse de acuerdo a los intereses de cada Estado, siendo relevante en el plano internacional solamente si lo ratifica o no. Ya que a partir de ese momento nace la obligación internacional. Siendo uno de los elementos que sobresalen a la hora de ratificar los tratados es su carácter discrecional²⁶.

La doctrina se ha encargado de establecer tres situaciones que responden a sistemas jurídicos diferentes en los cuales se requerirá o no la aprobación por parte del legislativo.

- a) Autorización exclusiva por parte del Ejecutivo.
- b) Autorización exclusiva por parte del Parlamento. Utilizado en regímenes convencionales, ejemplo de la Confederación Helvética de Suiza.
- c) Autorización compartida entre legislativo y ejecutivo.

Como vemos en el primer caso la potestad exclusiva la tiene el Jefe de Estado quien además de manejar la política exterior no necesita autorización de ninguna clase para suscribir y obligar al Estado; situación que podría considerarse como negativa ya que el poder se encuentra centralizado, no permitiendo la participación de otros poderes del Estado, así como el nulo control al Ejecutivo en materia de política exterior.

²⁴ REMIRO BRETÓNS, Antonio, op. cit., p. 387. "Así, las Constituciones latinoamericanas utilizan normalmente el término aprobación (por ej., las de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá, Perú o Venezuela) y, excepcionalmente ratificación (Bolivia, El Salvador) o referendo (Brasil). En España aún cuando la Constitución de 1978 utiliza acertadamente el término autorización (arts. 93 y 94), en la práctica se sigue hablando de ratificación".

²⁵ "Art. 424. La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público". Constitución de la República del Ecuador (2008).

²⁶ El rehusar un Estado ratificar un tratado no compromete la responsabilidad del Estado, pero puede tener consecuencias políticas importantes (ejemplo: negativa de los Estados Unidos de ratificar el Tratado de Versalles). ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis, op. cit., p. 107-120.

Andrés Martínez Moscoso

Mientras que en el segundo caso, es el órgano legislativo quien de forma exclusiva realiza la aprobación de los tratados, obedece a una estructura del propio Estado, ya que en estos casos forma del gobierno y la toma de las decisiones es compartida y manejada a través del Parlamento. En consecuencia es lógico que sea éste el que vele por los intereses de los nacionales y priorice la aprobación o no de acuerdos internacionales.

Siendo el último el que se adecúa al caso ecuatoriano, ya que si bien es cierto el máximo representante es el Jefe de Estado.

En Ecuador le corresponde al Presidente de la República la dirección de la política exterior y también la representación de éste en el plano internacional²⁷, sin embargo, el constituyente consideró pertinente que algunos de los tratados que éste suscriba deban pasar por un control de la Asamblea Nacional, quien con un informe vinculante de la Corte Constitucional podrá aprobar o improbar un texto puesto a su consideración. Más adelante nos detendremos a profundidad en este tema, sin embargo, sabemos que son aquellos que comprometen los límites, alianzas políticas o militares, la obligación de modificar la legislación interna, se refieran a derechos reconocidos en la Carta Magna, comprometan a la política económica o al Plan Nacional de Desarrollo, comprometan en acuerdos de integración, atribuyan competencia a un Sujeto de Derecho Internacional distinto del Estado y comprometan el patrimonio natural o genético del país.

202

Cabe la pena realizar una puntualización, pues la Constitución de 2008 a diferencia de la de 1998, incorpora nuevos elementos que permiten desarrollar de manera plena el buen vivir y no comprometer el patrimonio de los ecuatorianos, lo cual se explica por el espíritu nacionalista y soberanista del régimen del gobierno actual que propugna la implementación de un nuevo modelo de desarrollo.

EL ANÁLISIS DE LEGISLACIÓN COMPARADA

A fin de contextualizar en el plano internacional y contar con mayores elementos de juicio es necesario realizar un recorrido con otras legislaciones con el objetivo de analizar las semejanzas y diferencias con el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto a la aprobación interna de los tratados internacionales.

Es por ello que se ha escogido la legislación francesa, colombiana y española, las cuales sin duda han repercutido en la ecuatoriana y que servirán de un marco de referencia importante.

²⁷ “Art. 147. Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: ...10. Definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales, nombrar y remover a embajadores y jefes de misión”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

La legislación de Colombia

La vigente Constitución de 1991, establece en su Art. 150²⁸, numeral décimo sexto, la atribución al órgano legislativo de aprobar o improbar los tratados que se celebren con los distintos Sujetos de Derecho Internacional.

Si bien es cierto la Convención de Viena no se refiere de manera exclusiva a la etapa de “aprobación” será la legislación interna de cada Estado la que se encarga de regular este particular procedimiento. Y en Colombia es el Congreso Nacional el encargado de pronunciarse en esta etapa del procedimiento.

De manera indirecta el Art. 101²⁹ de la Constitución de Colombia señala el proceso que seguirán estos acuerdos de carácter internacional y el orden que debe seguir previo a la vigencia, es aquí donde radica la importancia del Congreso Nacional como eje del control al ejecutivo y en representación de los ciudadanos.

A fin de complementar este análisis, merece la pena mencionar el criterio del Senador de la República de Colombia, Carlos García Orejuela, quien señala que “...en el ordenamiento jurídico colombiano es posible que el Congreso de la República apruebe o impruebe total o parcialmente un tratado. De hecho, a juicio de la Corte, es posible que el Congreso también aplase la vigencia del tratado... la Corte precisó adicionalmente que el Congreso “bien podría, por ejemplo, determinar que la ley aprobatoria sólo comience a regir pasado cierto tiempo, es decir, a partir de una determinada fecha...”³⁰.

Sin embargo, en el Art. 224³¹ del mismo cuerpo legal encontramos una excepción que llama la atención dentro del estudio y es que el Presidente puede aplicar provisionalmente un tratado cuya naturaleza sea “económica y comercial”. No obstante, inmediatamente lo deberá remitir al Congreso Nacional para que sea este quien lo apruebe, en su defecto suspenderá de inmediato su aplicación.

²⁸ “Art. 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: ...16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.” Constitución de la República de Colombia (1991).

²⁹ “Art. 101. Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República...” Constitución de la República de Colombia (1991).

³⁰ GARCÍA ORIJUELA, Carlos. “Competencias del Congreso de la Republica, en materia de tratados internacionales.” *Revista Colombia Internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005. p. 153.

³¹ “Art. 224. Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado.” Constitución de la República de Colombia (1991).

Andrés Martínez Moscoso

Por último a diferencia de lo que sucede en el Ecuador que previa a la aprobación se debe contar con un informe vinculante de la Corte Constitucional, en Colombia dicho organismo de acuerdo a lo que dispone el Art. 241 numeral 10, será el que se pronuncie una vez que el tratado haya sido aprobado por la Asamblea y será esta la que declare su constitucionalidad o no, esto es un control constitucional ex post³².

La legislación de Francia

El derecho francés ha tenido una importante presencia en las legislaciones latinoamericanas, gracias a la influencia que se derivó tanto en el campo civil, a través del Código Napoleónico, así como desde el Derecho Administrativo, con el desarrollo de las teorías del poder y servicio público que fueron adaptadas a la realidad de algunos países de la región. En este contexto, con respecto al tema que nos ocupa, vemos que a diferencia de lo que sucede en la Constitución de Colombia, el derecho galo tiene una dinámica que le permite al Presidente gozar de mayor libertad para negociación y para manejar las relaciones internacionales a través de tratados, se realiza una enumeración de los temas que a criterio del constituyente merecen ser analizados por la Asamblea Nacional previo a que ingresen al ordenamiento jurídico y obliguen al Estado³³.

204

De esta manera se dividen en 7 categorías las cuales merecerán el control de la Asamblea, siendo estos:

1. Tratados de Paz.
2. Tratados Comercio.
3. Tratados relativos a la organización internacional.
4. Tratados que comprometan las finanzas del Estado.
5. Tratados que modifican normativa interna.

³² SIERRA PORTO, Humberto. Críticas, ventajas y efectos del sistema de control de constitucionalidad en el ordenamiento político y en el sistema de fuentes de Derecho, p. 37-58. En: MARTÍNEZ MOLINA, Dunia (Ed.). *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional para el período de Transición, 2012. p. 40. “Un aspecto clave para comprender los alcances de las competencias de la Corte Constitucional colombiana reside en la potestad que esta tiene en materia de escoger la modalidad de la sentencia que sea más adecuada para decidir sobre la constitucionalidad de una ley que esté bajo su estudio; así como, la discrecionalidad de la Corte para asignar los efectos en el tiempo de sus decisiones”.

³³ “Art. 53. Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l’organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l’État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l’état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu’en vertu d’une loi. Ils ne prennent effet qu’après avoir été ratifiés ou approuvés. Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n’est valable sans le consentement des populations intéressées”. Constitution de la République française du 4 octobre 1958. Disponible en: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>>. Última consulta: 10/05/2014

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 193-220, jul./dez. 2013

La asamblea nacional del Ecuador y el proceso de la aprobación...

6. Tratados que se refieran al estado de las personas.
7. Tratados de límites territoriales³⁴.

Podemos concluir que si bien es cierto que la norma constitucional francesa data de mediados del siglo XX, coinciden con la mayoría de áreas que requieren una autorización por parte de la Asamblea en el caso del Ecuador.

La legislación de España

Se toma el caso de España por la tradición y herencia histórica ligada a la realidad latinoamericana, además para mostrar las diferencias que pueden existir en la aprobación de los tratados internacionales cuando el Jefe de Estado no es al mismo tiempo Jefe de Gobierno como en la República, sino que el Rey y el Presidente de Gobierno en el caso español juegan un papel determinante en la aprobación de los tratados en el caso de una monarquía constitucional. Dada su tradición que se encuentra ligada a la monarquía, se tiene claro que de manera histórica esta parte del proceso en la cual se expresa el consentimiento respecto a la adopción del texto del tratado y en consecuencia su obligación viene dada de la costumbre en la cual el monarca verificaba el contenido del acuerdo internacional a fin de analizar que este no haya superado los límites a los cuales este se limitó a otorgar sus plenos poderes, ya que como recordaremos no siempre era el soberano quien lo suscribía sino que durante las etapas de negociación y firma ad referendum asistían los representantes del Estado.

Sin embargo, "...con la aparición de el constitucionalismo, la ratificación adquiere una nueva perspectiva, en el sentido de que ahora será el legislativo quien confirme los actos realizados por el ejecutivo antes de que éstos se consideren vinculantes para el Estado. En la medida en que un tratado podía tener implicaciones políticas o legislativas, había de resultar coherente y necesaria la autorización del legislativo"³⁵.

A diferencia de lo que sucede en el resto de ordenamientos jurídicos en el caso español será el Ministro de Asuntos Exteriores o Canciller, quien dentro de su tarea debe realizar: 1) solicita la autorización al Consejo de Ministros para que éstos autoricen la suscripción de un tratado. 2) Se encarga de refrendar la ratificación del tratado cuando no verse sobre alguno de los asuntos para los que se requiera autorización previa del legislativo. 3) En caso de que el asunto del tratado deba obtener la autorización respectiva por parte del Parlamento, será el ministro quien proponga al Consejo de Ministros para que este envíe para su aprobación en el Congreso de los Diputados³⁶.

³⁴ SORENSEN, op. cit., p. 203-210.

³⁵ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de derecho internacional público*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2009. p. 166.

³⁶ JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. *Introducción al derecho internacional público*. Práctica de España y de la Unión Europea. Madrid: Tecnos, 2011. p. 121.

Andrés Martínez Moscoso

Existen normas constitucionales³⁷ lo suficientemente claras que dan un marco para la actuación del legislativo en el proceso de aprobación de los tratados internacionales, por lo que a fin de comprender la autorización que deben dar las Cortes Generales para la aprobación de un tratado internacional, recurrimos al siguiente cuadro:

NATURALEZA DEL TRATADO INTERNACIONAL CELEBRADO	FORMA DE PARTICIPACIÓN DE LAS CORTES GENERALES
Aquellos que supongan la atribución de a una Organización Internacional del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución ³⁸	Promulgación de una Ley Orgánica por mayoría absoluta del Congreso y simple del Senado.
1. Con características políticas. 2. Con características militares. 3. Afecten al territorio o a los derechos fundamentales. 4. Establezcan obligaciones tributarias o económicas. 5. Todos aquellos que supongan la creación o derogación de una Ley.	Se requiere mayoría simple tanto del Congreso así como del Senado.
Todos aquellos tratados que no se enmarquen en la enumeración taxativa realizada.	Aprueba el Presidente del Gobierno y solamente informa al Congreso.

206

Fuente: Elaboración propia a partir de JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. Op. cit., p. 124.

³⁷ “Art. 63 ... 2. Al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes...” Constitución Española, «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

“Art. 93. Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.”. Constitución Española, «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

“1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: a) Tratados de carácter político. b) Tratados o convenios de carácter militar. c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I. d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública. e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios”. Constitución Española, «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

³⁸ Similar situación a la que sucede en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, caso del numeral séptimo del artículo 419 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008: “Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional”, sería el caso por ejemplo de la vinculación del Ecuador a la Unión de Naciones Sudamericanas, UNASUR.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 193-220, jul./dez. 2013

La asamblea nacional del Ecuador y el proceso de la aprobación...

Para finalizar en este análisis de derecho comparativo es importante realizar una reflexión acerca de la capacidad de celebración de los tratados o lo que en la doctrina se conoce como “*treaty-makingpower*”, ya que no solo España sino los 27 países que forman parte de la Unión Europea, UE, sui generis comunidad política de Derecho han perdido esta capacidad de celebrar tratados en materias específicas, estas son: acuerdos comerciales y asuntos pesqueros, ya que el Sujeto de Derecho Internacional que los representa y concluye estos Tratados es la propia UE³⁹.

LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL ECUATORIANA SOBRE LA MATERIA

La Constitución ecuatoriana de Montecristi, se presenta como una construcción jurídica que intenta a través de sus conceptos y disposiciones iniciar con un paradigma en el cual los ciudadanos se convierten en los principales protagonistas y por ende toman un papel trascendental en el desarrollo de un Estado soberano⁴⁰.

Tal es su repercusión y planteamiento ideológico que son algunas las disposiciones que contiene la Carta Magna en la cual señala de manera expresa el hecho de que se constituye como un país de paz, soberano que rechaza la intervención extranjera y en ejercicio de esa independencia se regula y es autónomo en la toma de decisiones y vinculación con otros Sujetos de Derecho Internacional.

Pasando al análisis del texto constitucional, se encuentra desde el inicio en el preámbulo la influencia y la decisión de una construcción latinoamericana y la vinculación internacional con los países de la región al decir que decidimos construir “...Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro –, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra...”⁴¹.

Ya entrando en discusión de la materia que nos compete, en el numeral octavo del Art. 120⁴², dentro de las atribuciones y deberes que le corresponden

207

³⁹ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 2010. p. 105.

⁴⁰ La soberanía es definida en el artículo primero de la Constitución de la República del Ecuador (2008) como aquella que “...radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”.

⁴¹ Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador (2008). De igual manera en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), se basa en el ejemplo del libertador Simón Bolívar: “El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana”.

⁴² “Art. 120. La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: ...8. Aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

Andrés Martínez Moscoso

al legislativo, en el caso ecuatoriano a la Asamblea Nacional se encuentra la de aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda, situación que hace referencia directa a lo que determina el Art. 419 lo cual será analizado en otro acápite de esta investigación.

Por otro lado se encuentra la atribución con la que cuenta el Presidente de la República, quien cumple el doble rol de Jefe de Gobierno y Jefe de Estado, y en consecuencia le corresponde no solo cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, sino además los tratados internacionales, del mismo modo definir la política exterior y en particular ratificar los acuerdos internacionales. Situaciones que se encuentran reguladas en el numeral primero y décimo del Art. 147⁴³.

En concordancia con esto, el Art. 418⁴⁴ señala que cuando el Jefe de Estados suscriba cualquier tipo de tratado internacional, se encuentra obligado de informar de manera inmediata a la función legislativa sobre la materia y contenido del mismo. Pues de acuerdo a la materia que estos traten pueden o no ser conocidos por la Asamblea.

Al respecto el jurista ecuatoriano César Montaña Galarza, al referirse a los tratados que pueden ser suscritos y ratificados solo por el Jefe de Estado indica: “Los tratados ejecutivos pueden encarnar modificaciones, desarrollos o incluso interpretaciones puntuales de instrumentos internacionales vigentes; contienen disposiciones que se adoptan como consecuencia o desarrollo de un instrumento internacional marco o programático previo...⁴⁵”.

208

EL LISTADO DE TRATADOS MOTIVO DE APROBACIÓN POR PARTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

De manera expresa el constituyente ecuatoriano del 2008 realizó una enumeración taxativa de aquellos tratados que por su naturaleza previa a su ratificación o denuncia deberán contar con aprobación de la Asamblea Nacional.

⁴³ “Art. 147. Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y las demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia... 10. Definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales, nombrar y remover a embajadores y jefes de misión”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

⁴⁴ “Art. 418. A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales. La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Un tratado sólo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

⁴⁵ MONTAÑO, César. *Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución*. En: ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia. *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (p. 353-382). Quito: Universidad Andina/Corporación Editora Nacional, 2009. p. 371.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 193-220, jul./dez. 2013

La asamblea nacional del Ecuador y el proceso de la aprobación...

El Art. 419 de la Constitución del Ecuador enumera ocho supuestos en los cuales se deberá seguir este proceso, por lo que una vez que se analice cada uno de ellos se entenderá la importancia que se le da a la función legislativa al ser ésta la que se pronuncie previamente, realizando sin duda un interesante control frente a las actuaciones del ejecutivo dentro de su manejo de las relaciones internacionales y en particular de la suscripción de acuerdos que creen derechos así como responsabilidad internacional.

- a) El **primer numeral**⁴⁶, se refiere a aquellos tratados que versen sobre materia **territorial o de límites**; es lógico que si se piensa suscribir un tratado sobre este supuesto no cabe que sea solamente el ejecutivo quien decida sino que la Asamblea Nacional sea la que se pronuncie sobre la conveniencia o no del texto de este acuerdo. Situación que guarda estrecha relación con el párrafo tercero del Art. 4 de la Constitución, que señala "...El territorio del Ecuador es inalienable, irreductible e inviolable. Nadie atentará contra la unidad territorial ni fomentará la secesión...". Tal sería el caso de la aprobación previa a la adhesión del Ecuador a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de fecha 22 de mayo de 2012, claro está que en este caso el tratado también tenía que ver con el numeral tercero y séptimo del Art. 419, como se verá en los siguientes apartados.
- b) El **segundo numeral**⁴⁷, hace referencia a aquellos tratados que versen sobre **alianzas políticas o militares**. Para lo cual es necesario tener en cuenta que la misma Constitución en el Art. 5⁴⁸ realiza de la declaración del país como un territorio de paz, además la prohibición expresa de la instalación de bases militares extranjeras, situación que viene dada como una respuesta de carácter ideológica y política, a la instalación de la Base Norteamericana en la ciudad de Manta al final del siglo pasado, situación que se enmarcó en un proyecto de cooperación en el combate del narcotráfico entre Ecuador y Estados Unidos, y que generó polémica en el país así como una incertidumbre jurídica respecto de si fue necesaria su aprobación por parte del Congreso Nacional en ese momento, lo cual fue resuelto por el Tribunal Constitucional del Ecuador de manera negativa.

⁴⁶ "Art. 419. La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: ...1. Se refieran a materia territorial o de límites". Constitución de la República del Ecuador (2008).

⁴⁷ "Art. 419. La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: ...2. Establezcan alianzas políticas o militares". Constitución de la República del Ecuador (2008).

⁴⁸ "Art. 5. El Ecuador es un territorio de paz. No se permitirá el establecimiento de bases militares extranjeras ni de instalaciones extranjeras con propósitos militares. Se prohíbe ceder bases militares nacionales a fuerzas armadas o de seguridad extranjeras". Constitución de la República del Ecuador (2008).

Dentro de las atribuciones actuales de la Asamblea Nacional, uno de los tratados aprobados en es el Acuerdo de Cooperación Técnico – Militar entre Venezuela y Ecuador, resuelto de manera positiva el 21 de diciembre de 2010⁴⁹.

- c) El **tercer numeral**⁵⁰, indica que aquellos Tratados Internacionales que contengan el **compromiso de expedir o modificar una norma interna** del Estado deberán ser reconocidos por la Asamblea, situación que guarda concordancia con las mismas funciones del legislativo, ya que en el Art. 120 numeral 6 de la Constitución, de manera expresa le corresponde expedir, codificar, reformar y derogar las leyes. Por lo que si en el texto del tratado el Estado adquiere este compromiso y luego deberá cumplirlo de buena fe, sin duda dicho documento deberá pasar de manera previa por la Asamblea.
- d) En el **cuarto numeral**⁵¹, indica que también será conocido por el legislativo aquellos tratados que se refieran a los **derechos y garantías establecidos en la Constitución**.

Al respecto es necesario indicar que “...a diferencia de la Constitución ecuatoriana de 1998, es plausible encontrar en la nueva Carta Política una disposición expresa sobre el orden jerárquico de la aplicación de las normas jurídicas; se trata del artículo 425⁵², que establece la siguiente prelación: la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánica; las leyes ordinarias...”⁵³.

Cabe también señalar que el Art. 417⁵⁴ establece la posibilidad de una cláusula abierta, como la aplicación directa de estos instrumentos internacionales con un principio pro ser humano, del mismo modo el

⁴⁹ Disponible en <<http://www.asambleanacional.gov.ec/tratados-e-instrumentos-internacionales-aprobados.html>>. Consultado el 21/06/2012

⁵⁰ “Art. 419. La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: ...3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

⁵¹ “Art. 419. La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: ...4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

⁵² “Art. 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos...” Constitución de la República del Ecuador (2008).

⁵³ MONTAÑO, op. cit., p. 378.

⁵⁴ “Art. 417. ... En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

La asamblea nacional del Ecuador y el proceso de la aprobación...

Art. 424 al referirse a los tratados internacionales sobre derecho humanos, si éstos reconocen derechos más favorables a los contenidos en la Constitución serán estos los que prevalezcan sobre cualquier otra norma jurídica, es esta la importancia que sea la Asamblea la que conozca sobre este tipo de acuerdos internacionales. Un ejemplo dentro de este contexto es el tratado aprobado por la Asamblea Nacional el 28 de octubre de 2009, Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁵⁵.

- e) El **numeral quinto**⁵⁶, señala que cuando se presenten acuerdos internacionales en los cuales se **comprometa la política económica** establecida en el Plan Nacional de Desarrollo o condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales, los mismos deberán ser conocidos por la Asamblea. El espíritu del constituyente fue el que el legislativo logre a través de este mecanismo tener un control directo de las decisiones del ejecutivo respecto al manejo de la política económica internacional, del mismo modo quiere ejercer una supervisión que el Plan Nacional de Desarrollo planteado en su momento se cumpla y se alcancen las metas ofrecidas. Y en el supuesto que los mismos cambien es necesario que el legislativo se pronuncie.
- f) En el **sexto numeral**⁵⁷, se encuentran aquellos tratados que por su materia comprometan al Ecuador en **acuerdos de integración y de comercio**. Como se ha señalado en la presente investigación, esta situación se repite en la mayor parte de legislaciones y tiene su razón de ser en el hecho de que el compromiso que se adquiere en el plano internacional respecto del comercio incidirá de manera directa en los productores y comerciantes nacionales y será la Asamblea en su representación quien analice y valore su aprobación o no. Un ejemplo dentro del trabajo realizado por la Asamblea Nacional en los últimos años sobre la materia es la aprobación del Acuerdo de Ginebra sobre el Comercio de Bananos, de fecha 27 de junio de 2011⁵⁸.

211

⁵⁵ Disponible en: <<http://www.asambleanacional.gov.ec/tratados-e-instrumentos-internacionales-aprobados.html>>. Consultado el 21/06/2012.

⁵⁶ “Art. 419. La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: ... 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

⁵⁷ “Art. 419. La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: ... 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

⁵⁸ Disponible en: <<http://www.asambleanacional.gov.ec/tratados-e-instrumentos-internacionales-aprobados.html>>. Consultado el 21/06/2012.

- g) El **numeral séptimo**⁵⁹ señala que deberán pasar por la aprobación previa del legislativo aquellos tratados en los cuales se atribuyan **competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional**. Al respecto la doctrina es amplia sobre el tema y tiene su razón de ser en la voluntad de los Estados desde finales del Siglo XIX de crear Sujetos de Derecho Internacional distintos a estos que por sus fines se encarguen a nivel general de satisfacer necesidades de manera conjunta. Recordemos por ejemplo la creación de la Organización Mundial del Trabajo, OIT, como consecuencia de la explotación laboral que sufrían los trabajadores durante la Revolución Industrial. Posteriormente a mediados del siglo XX, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, el compromiso de los “aliados” de crear un organismo que se encargue de mantener la paz y la seguridad internacional, como lo es las Naciones Unidas⁶⁰.

Dentro del trabajo de la Asamblea Nacional, una muestra de este trabajo es la aprobación del Convenio Constitutivo del Banco del Sur, de 1 de junio de 2010.

- h) En el último numeral⁶¹ del Art. 419, se establece que todos aquellos tratados en los cuales se comprometa el patrimonio natural, haciendo un énfasis especial el **agua, la biodiversidad y patrimonio genético**, deberán contar con el conocimiento y aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional.

Situación que se enmarca en las innovaciones de la Constitución y su compromiso con la defensa de la Madre Tierra o Pacha Mama, a la cual se le otorga derechos, retirando aquella concepción de objeto y convirtiéndola en titular de los mismos a la naturaleza; situación que generó un amplio debate en el ámbito jurídico-político⁶², pero que a más de

⁵⁹ “Art. 419. La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: ... 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

⁶⁰ SORENSEN, op. cit., p. 208-210.

⁶¹ “Art. 419. La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: ... 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

⁶² PRIETO MÉNDEZ, Julio Marcelo. Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional. Quito: Corte Constitucional del Ecuador. 2013. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/derechos_naturaleza.pdf>. Última consulta: 11/05/2014. Mientras que de manera contrapuesta podemos citar a: SIMÓN CAMPAÑA, Farith. Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?. *Revista IURIS DICTO*, año 13, v. 15, p. 9-38, 2013. Disponible en: <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdicio_015_001.pdf>. Última consulta 3/05/2014.

La asamblea nacional del Ecuador y el proceso de la aprobación...

cuatro años de su promulgación las conclusiones de esas discusiones son positivas respecto al rol que tiene que jugar el Estado, la sociedad y el individuo de manera conjunta con la naturaleza.

Este cambio de fondo que marca a la nueva concepción de Estado viene acompañado del mismo modo de un modelo económico que debe encontrar coherencia en estas definiciones, que permita que el desarrollo de la sociedad vaya de la mano del respeto a la naturaleza, de un concepto de soberanía alimentaria que debe ser aplicado y entendido a través de la implementación de políticas públicas de apropiación y explotación sustentable y sostenida de la tierra, la conservación y manejo sustentable de la diversidad, así como de un respeto al derecho fundamental al agua que ha sido reconocido tanto en instrumentos internacionales así como en la propia Constitución.

En la praxis esta situación se ha manifestado en la Asamblea Nacional con la aprobación del Acuerdo entre Ecuador y Perú para gestión integrada de los recursos hídricos de la cuenca hidrográfica del río Zarumilla, de fecha 29 de septiembre de 2010⁶³.

Como información adicional, la Constitución del Ecuador con su posición de defender la soberanía del Estado y dejando atrás una noción de relaciones Norte-Sur, así a fin de dejar de lado las experiencias negativas que tuvo respecto a la resolución de conflictos a través del arbitraje internacional, se prohíbe de manera expresa en el Art. 422⁶⁴ la suscripción de tratados internacionales en los cuales Ecuador ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacionales, ya sea en temas contractuales o comerciales, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas⁶⁵.

213

EL ROL DE LA ASAMBLEA EN EL CONTROL AL EJECUTIVO

Como se ha explicado a lo largo del presente estudio, la función legislativa juega un papel preponderante no solo en el proceso de aprobación y derogación

⁶³ Disponible en: <<http://www.asambleanacional.gov.ec/tratados-e-instrumentos-internacionales-aprobados.html>>. Consultado el 21/06/2012.

⁶⁴ “Art. 422. No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas...” Constitución de la República del Ecuador (2008).

⁶⁵ De esta manera se ha procedido y denunciado los tratados que versaban sobre esta materia. Denuncia del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de Suecia y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (15/03/2011). Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Francesa para Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones. 15/03/2011. Disponible en: <<http://www.asambleanacional.gov.ec/legislamos/tratados-instrumentos-internacionales/aprobados?periodo=484&title=&fecha=&page=1>>. Última consulta: 11/05/2014.

Andrés Martínez Moscoso

de leyes, sino también en la incorporación de instrumentos internacionales al ordenamiento jurídico ecuatoriano, de esta manera se hace visible el control activo por parte de la Asamblea al Ejecutivo en sus actuaciones dentro del plano internacional y sobre todo cuando se refiere a contraer obligaciones con otros Sujetos de Derecho Internacional.

A nivel latinoamericano, el rol del órgano legislativo en el proceso de aprobación de tratados internacionales es fundamental, a veces con mayor poder de actuación que en otros casos. “Con distinta técnica, modalidad o alcance, todos los sistemas imponen, el requisito de la intervención parlamentaria con carácter previo a que el Gobierno proceda a manifestar el consentimiento internacional del Estado en obligarse por medio de un tratado”⁶⁶.

En el caso del Ecuador y otras Constituciones de la región⁶⁷, existe la posibilidad como lo señala el Art. 420 de nuestra Constitución que sea la ciudadanía o a iniciativa del Presidente, que a través de referéndum se pueda solicitar la ratificación de un tratado, de manera clara señala la norma que en aquellos casos en los cuales se apruebe un tratado mediante el referéndum, en caso de que el Estado quiera denunciarlo deberá seguir el proceso que llevó a su aprobación, aplicando de manera clara aquel axioma “las cosas en derecho se deshacen de la misma forma en la que se hacen”.

214

Concluimos este apartado con la reflexión que al respecto hace Fernando Polo Elmir quien sostiene que: “La intervención del Parlamento en el proceso de celebración de tratados puede obedecer a criterios de atribución amplia, que someten a la autorización parlamentaria todos los acuerdos convencionales concluidos por el Gobierno. Ahora, también existen modalidades de aptitud restringida, que sujeta a la autorización del órgano legislativo únicamente aquellos acuerdos internacionales que se subsumen en categorías convencionales específicas recogidas en la Constitución”⁶⁸.

EL INFORME VINCULANTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como el ecuatoriano, quien juega un rol protagónico es la Corte Constitucional, la cual a través de sus actuaciones se ocupa de velar por el cumplimiento de la Constitución y es la única autorizada para interpretarla.

⁶⁶ VILLARROEL, DARÍO. *Derecho de los Tratados, en las Constituciones de América*. México DF: Porrúa, 2004. p. 171.

⁶⁷ Ver: Art. 73 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999); y, Art. 259 de la Constitución de República de Bolivia (2009).

⁶⁸ POLO ELMIR, Fernando. *El proceso constitucional de aprobación de tratados internacionales: estudio comparado de las constituciones de Colombia, Ecuador y México*. Quito: Tesis-Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2009. p. 32-33.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 193-220, jul./dez. 2013

La asamblea nacional del Ecuador y el proceso de la aprobación...

Es por ello que dentro de sus atribuciones, en particular a la que se refiere el Art. 438⁶⁹ de la Constitución, en su primer numeral señala, que será la Corte Constitucional la que se encargará de emitir un dictamen previo el cual será vinculante, previo a la ratificación de un tratado internacional por parte de la Asamblea. Y será la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJCC, la que se encargue de regular el proceso que deberá realizar la Corte Constitucional para emitir el informe vinculante.

De esta manera el Art. 75, numeral 1, literal b, y numeral 3, literal d)⁷⁰, señala dentro de las competencias de la Corte Constitucional, tanto la de resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de las resoluciones legislativas que aprueban los acuerdos internacionales, así como aquella de ejercer control de constitucionalidad respecto de los tratados internacionales.

Además se establecen tres tipos de mecanismos por los cuales se realiza este control a los acuerdos internacionales: el primero, a través de un dictamen sobre la necesidad de aprobación por parte de la Asamblea. El segundo de control de constitucionalidad previo a la aprobación del órgano legislativo; y el tercero también de control pero ya sobre la resolución emitida por la Asamblea Nacional en la cual se aprobó el tratado.

Dentro del control constitucional ya en el Art. 108⁷¹ de la se analizará tanto que el contenido del tratado guarde concordancia con la Constitución de la República, así como se realiza un examen del cumplimiento de los aspectos procedimentales de las etapas de negociación, suscripción y aprobación.

En el aspecto práctico, es necesario recordar que el Ejecutivo una vez que suscribe un tratado tiene la obligación previa a la ratificación de enviar dichos textos a la Corte Constitucional, para que esta en un plazo de 8 días resuelva si los mismos deben pasar o no por la aprobación previa por parte de la Asamblea.

Además se hace una diferencia entre aquellos tratados que requieren de aprobación legislativa, los cuales se someten de manera inmediata a control

⁶⁹ “Art. 438. La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional...”. Constitución de la República del Ecuador (2008).

⁷⁰ “Art. 75. Competencias. – Para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para: 1. Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de: ...b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales... 3. Ejercer el control de constitucionalidad en los siguientes casos: ...d) Tratados internacionales”. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009).

⁷¹ “Art. 108. Competencia. – El control constitucional de los tratados internacionales comprende la verificación de la conformidad de su contenido con las normas constitucionales, el examen del cumplimiento de las reglas procedimentales para su negociación, suscripción y aprobación, y el cumplimiento del trámite legislativo respectivo”. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009).

Andrés Martínez Moscoso

de constitucionalidad. Por otro lado se tiene aquellos que se tramitan por medio de referéndum, en este caso estos solamente podrán tener control de constitucionalidad por vicios de procedimiento.

Con respecto a las resoluciones legislativas por las cuales se da la aprobación previa a la ratificación por parte del ejecutivo, se establece una plazo de 2 meses dentro de lo cual se puede demandar su inconstitucionalidad solamente por vicios de forma o procedimiento, lo cual es claro ya que caso contrario se iría en contra de la seguridad jurídica del Estado así como en el plano internacional es clara la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual indica que no se pueden alegar errores de derecho a fin de no aplicar el tratado. Y por último aquellos tratados que no requieren de la aprobación por parte de la Asamblea, los mismos pueden ser demandados en un plazo máximo de 6 meses desde su suscripción.

En el Art. 112⁷², se hace hincapié que tanto las sentencias así como los dictámenes respecto de los tratados tienen los mismos efectos que las sentencias de constitucionalidad abstracta en general. Y se dan de manera particular cuatro opciones:

- a) Si el tratado es de aquellos que requiere aprobación de conformidad a lo que señala el Art. 419 de la Constitución, y se declara su constitucionalidad, se continuará con el proceso normal y se enviará a la Asamblea Nacional.
- b) En el caso de declararse la inconstitucionalidad del texto del tratado por asuntos de fondo, se debe notificar al legislativo para que este se abstenga de aprobarlo, hasta que ocurra un hecho subsecuente que modifique la situación inicial.
- c) En el caso de declararse la inconstitucionalidad del texto del tratado por asuntos de fondo, el órgano que lo ocasionó deberá enmendarlo.
- d) Si se trata de un tratado internacional vigente y se declara la correspondiente inconstitucionalidad, el Estado de manera automática deberá denunciar el tratado.

216

⁷² “Art. 112. Efectos de las sentencias y dictámenes. – Las sentencias y dictámenes correspondientes tendrán los mismos efectos de las de constitucionalidad abstracta en general, y en particular, los siguientes: 1. Cuando el tratado requiera la aprobación legislativa y la sentencia declare la conformidad del tratado internacional con las normas constitucionales, se enviará a la Asamblea Nacional para la aprobación respectiva; 2. Cuando se declara la inconstitucionalidad de uno de dichos tratados por razones de fondo, la Asamblea Nacional se abstendrá de aprobarlo hasta tanto se produzca la enmienda, reforma o cambio constitucional. De ser procedentes las reservas, se podrá aprobar cuando se las formule; 3. Cuando se declara la inconstitucionalidad por razones de forma, se deberá enmendar el vicio por el órgano que lo produjo; y, 4. Cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, la orden de promover la renegociación del tratado, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional”. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009).

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 193-220, jul./dez. 2013

CONCLUSIONES

Con la finalización del presente estudio, se hace necesario resaltar aquellos aspectos que llaman la atención así como los criterios que se pueden proponer en el estudio de este tema a futuro.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es uno de los instrumentos más importantes para los Sujetos de Derecho Internacional, a los cuales esta ha sido de gran importancia no sólo en el ámbito comercial sino en un gran panorama de temas que contribuyen en el desarrollo de los Estados y que se lo ve claramente a través de la cooperación internacional en materia de intercambio de tecnología, ayuda humanitaria, educación entre otros. Pese a ello, es fundamental que la ciudadanía tome para sí la posibilidad que le brinda la normativa constitucional ecuatoriana respecto a la propuesta para la suscripción de tratados internacionales, pues hasta la fecha esta posibilidad ha quedado tan solo como un planteamiento del constituyente sin que en la práctica esta importante puerta sea aprovechada.

La propuesta que recoge el texto constitucional ecuatoriano obedece a la necesidad de que exista un control activo por parte del legislativo a la actuación del ejecutivo en el plano internacional, lo cual es de suma importancia pues permite una participación indirecta de la comunidad a través de sus asambleístas quienes los representan en esta esfera de actuación, lo cual se refleja de alguna manera en la legislación comparativa estudiada.

Además del análisis anterior se concluye también que es necesario realizar una llamada de atención respecto a la posibilidad que brinda la norma constitucional colombiana, que invierte el proceso de control de constitucionalidad de los tratados, ya que permite que una vez que el tratado internacional se encuentre vigente se pueda realizar un examen de constitucionalidad. Así como resulta interesa aquella prerrogativa con la que cuenta el ejecutivo quien en determinados casos puede optar por la firma y aplicación inmediata del tratado y posteriormente se conceda un plazo para que éste sea analizado y aprobado por el Congreso Nacional. Situación que genera polémica, pues si bien es cierto se alcanza un mayor grado de operatividad para que el Presidente maneje la política exterior, sin embargo, del estudio realizado es claro que es necesaria la actuación directa por parte del legislativo para precautelar los intereses de la sociedad a la que representa.

Por último, la propuesta que presenta la Constitución del Ecuador resulta interesante e innovadora al considerar para la aprobación previa por parte de la Asamblea aquellos tratados que versen sobre soberanía alimentaria, patrimonio genético y agua, pues son pilares fundamentales que permiten el desarrollo pleno de los ecuatorianos y nos conducen al tan anhelado régimen del buen vivir.

Andrés Martínez Moscoso

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis. *Derecho internacional público*. Bogotá: Universidad Javeriana de Colombia, 2007.
- BÉLANGER, Michel. *Droit international. Conseils – Exercices*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1991.
- CASADO RAIGÓN, Rafael. *Derecho internacional. Parte general*. Madrid: Tecnos, 2012.
- CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. *Casos y textos de derecho internacional público*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2010.
- DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Primera reimpresión de la décimo primera edición. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010.
- DELCOURT, Barbara y CORTEN, Olivier. *Droit interionational, politique et idéologies*. Université de Bruxelles. Bruxelles, 1997.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. 18. ed. Madrid: Tecnos, 2013.
- DOMINGO, Rafael. *¿Qué es el derecho global?* Madrid: Consejo del Poder Judicial, 2008.
- GARCÍA ORIJUELA, Carlos. Competencias del Congreso de la Republica, en materia de tratados internacionales. *Revista Colombia Internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005. p. 148-161.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego. *Curso de derecho internacional público*. Pamplona: Thomsom Civitas, 2008.
- GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012.
- JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. *Iniciación a la práctica en derecho internacional y derecho comunitario europeo*. Madrid: Universidad de Alcalá-Marcial Pons, 2003.
- JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. *Introducción al derecho internacional público*. Práctica de España y de la Unión Europea. Madrid: Tecnos, 2011.
- LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma. *Derecho internacional público*. Temas adaptados a los estudios de Grado. Madrid: Editorial DILEX, 2012.
- MONTAÑO, César. *Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución*. En: ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia. *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito: Universidad Andina/Corporación Editora Nacional, 2009. p. 353-382.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 2010.
- POLO ELMIR, Fernando. *El proceso constitucional de aprobación de tratados internacionales: estudio comparado de las constituciones de Colombia, Ecuador y México*. Quito: Tesis-Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2009.
- PRIETO MÉNDEZ, Julio Marcelo. *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.

218

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 193-220, jul./dez. 2013

La asamblea nacional del Ecuador y el proceso de la aprobación...

- REMIRO BRETÓNS, Antonio et al. *Derecho internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de derecho internacional público*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2009.
- SIERRA PORTO, Humberto. Críticas, ventajas y efectos del sistema de control de constitucionalidad en el ordenamiento político y en el sistema de fuentes de Derecho. En: MARTÍNEZ MOLINA, Dunia (Ed.). *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional para el período de Transición, p. 37-58.
- SIMÓN CAMPAÑA, Farith. Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político? *Revista IURIS DICTO*, año 13, v. 15, p. 9-38, 2013.
- SORENSEN, Max. *Manual de derecho internacional público*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- TORTOSA, José María. *Sumak Kawsay, Suma Qamaña, Buen Vivir*. San Juan de Alicante: Instituto Universitario de Desarrollo Social y Paz, Universidad de Alicante, Fundación Carolina, 2009.
- VILLACÍS, Benjamín. La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. *Revista AFESE*, Quito, 2008, p. 62-70.
- VILLARROEL, DARÍO. *Derecho de los tratados, en las Constituciones de América*. México DF: Porrúa, 2004.
- VV.AA. *Curso de derecho internacional de Vitoria Gasteiz*. Vizcaya: Universidad del País Vasco, 1990.

219

Data de recebimento: 01/10/2013

Data de aprovação: 05/05/2014

O INTERESSE PÚBLICO COMO INTERESSE DO PODER

THE PUBLIC INTEREST AS POLITICAL CONVENIENCE

*Alan Ibn Chahrur**

RESUMO

O presente artigo pretende tecer uma crítica ao direcionamento da dogmática jurídica, no sentido que lhe é imposto por uma expressiva parcela dos atuais protagonistas da cultura do Direito no País. Para tanto, parte-se de um referencial centrado no conceito de senso comum teórico, tal como cunhado por Luís Alberto Warat, para descrever o fenômeno da cristalização de determinados preconceitos ideológicos no bojo das proposições teóricas da ciência jurídica, os quais permanecem habilmente mascarados pela suposta neutralidade que se pretende atribuir à sistematização dogmática enquanto conhecimento científico. Esta releitura, por sua vez, permite que se vislumbre o compromisso das instituições jurídicas com um poder político incontido, que por vezes articula interesses claramente antidemocráticos, sob a máscara do insuspeito condicionante do “interesse público”. Por fim, a partir de um emblemático precedente, no plano do Direito Processual Civil, pretende-se corroborar os pressupostos em destaque, denunciando ainda a natureza sistêmica desta ocorrência.

Palavras-chave: Democracia; Senso comum; Política.

ABSTRACT

The focus of the present paper rests on a critical analysis of the course imposed to the Jurisprudence in Brazil by a considerable portion of the leading actors in the local Law scene nowadays. In order to attain said purpose, we will assume as an essential reference the concept of

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM (2009), Licenciado em Filosofia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP (2010), Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM (2012), e Doutorando em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP (2013). Advogado especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia da OAB/SP (2012). Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Jarbas Portela, n. 83, Bairro Jardim Estádio, Jaú/SP, 17203-460. E-mail: alan.chahrur@gmail.com.

Alan Ibn Chahrur

theoretical common sense, as first proposed by Luís Alberto Warat, to describe the occurrence consisting on the fixation of a certain load of ideological prejudice skillfully hidden by the alleged neutrality of Jurisprudence's scientific nature. This review sheds a new light and unravels the commitment maintained between the juridical institutions and an uncontained political force responsible for lodging anti democratic interests, which remain masked under the unsuspected claim of the "public interest". The brief study of one particular precedent, concerning the interpretation of Procedural Law, can easily support our hypothesis and demonstrate the widespread nature of this silent manipulation.

Keywords: Democracy; Common sense; Politics.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende, em essência, desenvolver uma abordagem crítica ao direcionamento da dogmática jurídica na atualidade, considerando-se a articulação que lhe pretende impor uma parcela significativa da comunidade jurídica, sobretudo no que diz respeito ao conteúdo doutrinário ideologicamente constricto, que impera nas proposições científicas do cotidiano forense.

248

Para tanto, o referencial teórico de base parte do conceito de senso comum teórico, tal como cunhado pelo professor Luís Alberto Warat, no intuito de descrever o fenômeno da cristalização de uma carga de preconceitos ideológicos no bojo das enunciações científicas da teoria jurídica. Uma análise mais detida dos termos em que o autor desenvolve a questão tem lugar, assim, logo de início, de modo a esclarecer a perspectiva sob a qual se assenta a revisão epistemológica que Warat propõe. Seu programa de investigação, centrado no projeto de uma Semiologia do Poder, parte de uma releitura crítica do movimento cíclico entre *doxa* e *episteme*, para demonstrar acima de tudo o quanto esta dinâmica não advém simplesmente de qualquer estímulo ingênuo, mas sim de um impulso ideologicamente condicionado, que pretende atribuir foros de neutralidade (*episteme*) àquelas opiniões doutrinárias (*doxa*) que se amoldem melhor aos interesses do poder.

O amparo na tese de Warat, secundado pela análise de um julgado do Superior Tribunal de Justiça, bem como pelo estudo conjunto de certas prescrições da legislação processual civil, correlatas ao precedente citado, permitirá reconhecer, por fim, que a força assombrosa da ocorrência ideológica descrita pelo autor, sob a rubrica do senso comum teórico, resta particularmente evidente no uso ambíguo do conceito de interesse público, do qual as forças políticas se valem para exercer a defesa velada de seus próprios interesses, inclusive na esfera judicial, ao mesmo tempo em que mantêm uma retórica preocupação pelas questões relativas ao verdadeiro interesse público ou social, visto enquanto interesse de toda a coletividade.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 247-268, jul./dez. 2013

O interesse público como interesse do poder

Por conseguinte, dado que este jogo de forças encontra um palco privilegiado, tanto no campo teórico da Ciência Jurídica quanto no plano pragmático do cotidiano forense, que compõe o reflexo direto dos pressupostos dogmáticos, conclui-se pela necessidade da vigilância permanente do saber crítico, nos termos de Warat, como forma de denunciar a tendência recorrente de apropriação das categorias jurídicas pelos interesses políticos. O que significa, também, a libertação do jurista de uma perspectiva de autocompreensão induzida, que não lhe permite conceber a si próprio senão como um limitado operador técnico de dispositivos legais, neutro e apolitizado.

SABER CRÍTICO X SENSO COMUM TEÓRICO

Quando expressões como “saber crítico” ou “consciência crítica” passam a ser utilizadas na prática cotidiana de nossos juristas de forma imprecisa e inconsistente como nos dias atuais, torna-se extremamente útil (para não dizer necessário) revisitar o posicionamento dos grandes teóricos de ontem e de hoje, a fim de determinar se as conceituações postas sob a rubrica destes enunciados de fato correspondem ao amplo tratamento teórico que um fenômeno absolutamente complexo como o Direito pressupõe.

Todavia, a resposta acerca do que é o conhecimento crítico do Direito obviamente não é fácil, visto como no mais das vezes o dito posicionamento denota uma miríade de respostas intelectuais a funções camufladas do saber jurídico, que compõem uma trajetória analítica bastante polêmica e fragmentada segundo distintos marcos conceituais, todos se autodenominando “críticos”, como bem constatava o professor Luís Alberto Warat em artigo já clássico, publicado no periódico de estudos jurídicos e políticos da Universidade Federal de Santa Catarina¹.

Porém é igualmente certo que tal conjunto heterogêneo de significações paulatinamente tende a se amoldar, em grande parte, dentro de certos limites gerais, que centram a tônica dos discursos basicamente em uma proposta revisionista dos valores epistemológicos que regulam o processo de constituição das verdades jurídicas, pelo qual o saber crítico do Direito pode ser concebido em um primeiro momento como uma pretensão de reconstrução constante dos fundamentos do conhecimento jurídico já institucionalizado. Pretensão esta que, em face do embate contemporâneo entre as tendências extremadas da filosofia jurídica, ora em favor de um racionalismo radical, ora no sentido de um pragmatismo contundente, deve necessariamente constituir-se como um deslocamento epistêmico que não seja marcado: “(...) nem pela supremacia da razão

¹ WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*, Santa Catarina: UFSC, v. 3, n. 5, 1982.

Alan Ibn Chahrur

sobre a experiência, tampouco da experiência sobre a razão, mas sim, pelo primado da política sobre ambas”².

É centrado neste objetivo que o teórico de Santa Catarina pregava, já no início dos anos de 1980, que a verdadeira revisão dos fundamentos do conhecimento jurídico – o legítimo “saber crítico do Direito” – depende primordialmente da inserção da tão propalada consciência crítica em uma sociologia política do conhecimento prático do Direito ou, em outras palavras, em uma *Semiologia do Poder*, para utilizar a expressão do próprio Warat³. Isso porque, enquanto permanece preocupada com o encadeamento lógico-sistemático de seus discursos teóricos, a dogmática jurídica prescinde da expressão material das conceituações científicas que produz, advindas sempre de um contexto sociopolítico historicamente determinado, para reduzir as prescrições jurídicas a meras significações conceituais blindadas pela “neutralidade” do método científico, que as coloca fora de dúvidas e fora da Política.

250

Mas se um mínimo de redução conceitual é necessário a qualquer tentativa de sistematização objetiva das percepções, tampouco se pode olvidar que em sua pseudoneutralidade a purificação racional ilimitada obscurece de maneira insidiosa as funções sociais do discurso científico e epistemológico, convertendo-os em um jogo estereotipado que tem como principal característica o esvaziamento do núcleo conceitual das proposições de ciência, quando estas acabam então reduzidas ao *status* de meros significantes estéreis cujo leque de significados no plano material permanece disfarçadamente submetido ao descontrole lógico de instituições guiadas por um poder político prevalecente.

Um contexto desta ordem, por conseguinte, carece de um discurso desmistificador capaz de explicitar o embate político que subjaz ao jogo estratégico da história das “verdades científicas”, atuando inicialmente mediante a substituição do controle conceitual da ortodoxia epistemológica pela compreensão do sistema de significações e, em um segundo momento, por meio da caracterização do poder político desta mesma simbologia de enunciados no meio social. Eis a base de justificação do desenvolvimento do saber crítico do Direito como *Semiologia do Poder* consoante a proposta de Warat, aqui eleita como marco conceitual de referência:

Desenvolveremos um pouco mais essas duas ideias: a trajetória epistemológica tradicional concebe o mundo social como sendo um sistema de regularidades objetivas e independentes. Esta proposta sugere a coisificação das relações sociais, o que permite concebê-las em seu

² WARAT, 1982, p. 49.

³ WARAT, 1982, p. 50.

O interesse público como interesse do poder

estado ingênuo. É precisamente a perda dessa ingenuidade que vai permitir a formação de uma história das verdades, que nos mostre os efeitos políticos das significações na sociedade⁴.

Nessa linha, o saber crítico se contrapõe enquanto tal aos limites do discurso jurídico fixados pela ortodoxia epistêmica que perpassa todo o contexto acadêmico e profissional dos juristas, a qual, segundo Warat descreve, via um conceito de grande apelo, já se constituiu quase como um lugar-comum da teoria jurídica no combate à tão propalada crise do Direito, qual seja, o *Senso Comum Teórico dos Juristas*. Nesse sentido, propõe o autor:

Enfim, estamos reivindicando um saber crítico do direito como um novo ponto de vista epistemológico, que tenha por objeto de análise os discursos competentes da ciência e epistemologia jurídicas. Ditos discursos competentes são forjados na própria práxis jurídica, razão pela qual sugerimos chamá-los de “senso comum teórico dos juristas”. A caracterização do referido senso comum deverá ser a meta inicial do saber crítico do direito⁵.

Por sua vez, a dinâmica delineada pelo proposto embate dialético entre o saber crítico e o senso comum teórico se desenvolve tendo por base a problemática que diz respeito à cientificidade do próprio conhecimento científico, uma vez que justamente a tentativa de resposta ao referido questionamento induz à pretensa fixação de rigorosos critérios de distinção entre o que deve ser considerado simples opinião comum (*doxa*) e aquilo que, enquanto um conhecimento lógico-sistemático, fincado na experimentação do caso concreto, faz jus ao título de ciência (*episteme*). Em suma, o conhecimento científico não seria senão o saldo, racionalmente purificado, do conjunto de pressupostos valorativos inerentes às significações ideológicas e metafísicas da opinião comum.

Ocorre que se pode observar em qualquer ramo da ciência, mormente na esfera das ciências humanas em geral e do Direito em particular, que esta redução conceitual levada a efeito pelo método lógico-sistemático da *episteme* invariavelmente também acaba por solidificar na racionalidade de suas idealizações todo um conjunto de inclinações valorativas que compõem o quadro ideológico da *doxa* que lhe serve de base e que permanece, enquanto tal, sempre à mercê das contingências de um contexto sociopolítico determinado. Mas o ponto fulcral encontra-se na constatação de que este “núcleo material” das conceituações de ciência permanece habilmente mascarado pela pretensa neutralidade da *episteme*, supostamente decorrente de seu conteúdo racional que, doravante, mantém-na

⁴ WARAT, 1982, p. 51.

⁵ WARAT, 1982, p. 50-51.

Alan Ibn Chahrur

alheia aos questionamentos de toda ordem. Assim, sobretudo no plano jurídico: “(...) o conhecimento científico do direito termina sendo um acúmulo de opiniões valorativas e teóricas, que se manifestam de modo latente no discurso, aparentemente controlado pela episteme”⁶.

É justamente quando assume este caráter irrefletido, ocultando as bases de seu conhecimento, que a *episteme* se converte em *doxa* e passa a constituir aquilo que o pioneiro diagnóstico de Warat⁷ descreveu como uma significação extra-conceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma *doxa* no interior da *episteme* ou finalmente, a exemplo de sua síntese genial, um senso comum no interior dos sistemas teóricos do Direito.

Em contraposição, compete ao saber crítico, como visto, uma vigilância permanente e competente no sentido de identificar e denunciar esta instrumentalização da *episteme*, bem como o seu nítido caráter ideológico, o qual influi maliciosamente para que o jurista de ofício seja visto, não como um agente das relações sociais, que atua na construção e na manutenção de uma verdade que se contrapõe às representações costumeiras de poder, mas sim como um mero operador técnico e apolitizado de textos legais, o qual pela instrumentalização de seu labor inconscientemente colabora para o reforço diuturno destas mesmas representações.

252

Essa “coisificação” das relações sociais e daqueles que com elas operam vem embasada naquilo que o autor descreve como um conjunto de hábitos semiológicos de referência⁸, constituídos tanto por uma série de opiniões costumeiras aliadas a premissas não explicitadas e no mais das vezes contraditórias, quanto por um conjunto de conceitos flexibilizados pela separação deliberada destes da tradição e das teorias que os produziram, sendo tudo e todos agrupados sob o falso manto de um sistema de verdades legitimado enquanto tal por um consenso de conotações institucionais controladas, que submete o pleno exercício do poder de significação ou de atribuição de significados aos interesses da força política prevalente.

A institucionalização destes prejuízos e preconceitos ideológicos sorrateiramente coloca o senso comum teórico, de forma difusa, na base de praticamente todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito. No limite, ele institui uma espécie de *habitus dogmaticus*, ou seja, um conjunto de predisposições compartilhadas no âmbito do imaginário dos juristas que torna a realidade de seu ofício algo não problemático, um modo rotinizado e banalizado de compreender os problemas jurídicos que transfigura o saber profissional dos

⁶ WARAT, 1982, p. 52.

⁷ Id.

⁸ Ibid., p. 54.

O interesse público como interesse do poder

operadores do Direito em uma espécie de “capital simbólico” de valores reiteradamente reproduzidos, porém, em última instância, jamais explicados, conforme dispõe a eloquente lição do professor Lênio Streck⁹, sempre em sintonia com as premissas waratianas.

Assim, no contexto deste velado e subversivo estado de arte, o supremo momento ideológico dá-se quando os juristas em geral, seja no plano acadêmico ou profissional, não se apercebem da problemática em questão, resignando-se de maneira inconsciente à atuação previamente conformada pelo horizonte de sentido delimitado nos termos dos reguladores fáticos, lógicos, científicos e epistemológicos do senso comum teórico já institucionalizado¹⁰. E quando (ou se) por ventura encontra-se submetida à pressão do novo, esta ideologia simplificadora reage banalizando a crítica até o ponto de, em certos momentos, institucionalizá-la na forma de novos parâmetros ou *standards* teóricos redutores que o sistema assume e dos quais passa a se valer a partir de uma idêntica prática irrefletida, que traduz um movimento permanente de retroalimentação do ideário político vigente.

Essa “adaptação darwiniana” do senso comum teórico vem confirmada magistralmente pela avaliação cáustica de Streck acerca da crise do Poder Judiciário no Brasil:

(...) o jurista tradicional, inserido nesse *habitus*, não se dá conta dessa problemática. E o Judiciário e as instituições encarregadas de aplicar e administrar a justiça a ela não escapam. Tem o Judiciário (e o Direito) uma função social, nesse contexto? Não se deve olvidar que o Poder Judiciário (e isto se aplica ao Ministério Público) vive uma crise que tem três matrizes, bem destacadas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *a crise estrutural* (deficiência de juízes, falta de controle efetivo), uma *crise funcional* (inadequação das leis, problema de acesso à justiça) e uma *crise individual*, que pode ser chamada de crise de imaginário. Essa crise de imaginário é fortíssima, porque, de certo modo, faz um amálgama das outras duas. Cada vez que a crise do Judiciário se agudiza – através da inefetividade, inaccessibilidade à justiça, lentidão da máquina, etc. – o *establishment* responde com soluções *ad hoc*, como por exemplo, uma sequência de reformas *ad hoc* do processo civil, a lei dos juizados especiais cíveis e criminais e o efeito (de poder) representado pelas súmulas vinculantes¹¹ (grifo nosso).

De modo que o autor nos permite identificar neste círculo vicioso a origem da dificuldade extrema para a obtenção de respostas às perguntas que pretendam

⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 83-84.

¹⁰ STRECK, 2011, p. 83.

¹¹ STRECK, 2011, p. 84-85.

Alan Ibn Chahrur

problematizar o Direito para além dos limites deste entendimento planificado, em busca do significado social de determinados dispositivos jurídicos, por exemplo, a igualdade de todos perante lei ou mesmo o princípio secular do *pacta sunt servanda*. Afinal, qual seria o significado social das ditas prescrições para a imensa maioria do povo brasileiro, que em pleno século XXI caminha cotidianamente no auge de um conflito jurídico-político que opõem incluídos e excluídos socialmente, muitos dos quais não logram o gozo efetivo nem mesmo de direitos fundamentais de primeira geração como a segurança e a liberdade? O Judiciário e as instituições auxiliares da Justiça não deveriam atuar direta e efetivamente na transmutação das raízes deste quadro?

Todavia, em sentido contrário à resposta inquestionavelmente positiva desta última inquirição, é fato que a realidade brasileira corrobora a cada dia o contundente poder de opressão do senso comum teórico que impera soberanamente no imaginário dos juristas tupiniquins e que propaga sua influência integralmente no curso de atuação das instituições responsáveis pela construção da consciência jurisprudencial da nação (Magistratura, Ministério Público, Advocacia, etc.), o que acaba por diluir praticamente todas as contradições e conflitos sociais que nossa tradição congrega a ponto de torná-los imperceptíveis no interior do *habitus* reinante.

254

Trata-se de algo que a autoridade de Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹² já descreveu como a astúcia da razão dogmática, que mediante mecanismos de deslocamento ideológico-discursivos promove o enfraquecimento das tensões sociais e neutraliza a pressão exercida pelos problemas da distribuição dos recursos e do poder. Assim, as carências sociais são transfiguradas em conflitos abstratos traduzidos e interpretados segundo termos “técnico-jurídicos”, no limite de um discurso artificial a partir do qual se tornam decidíveis sem maiores indagações.

E como bem destaca Streck este trânsito do “discurso de” ao “discurso sobre” constitui precisamente um dos desdobramentos fundamentais do processo ideológico, porquanto: “(...) a partir desse deslocamento, não se discute, por exemplo, o problema dos direitos humanos e da cidadania, mas sim sobre (e a partir) deles”¹³, ou seja, mesmo ante o advento das chamadas “leis de ocasião” a dogmática sempre discute necessariamente a partir da lei e sobre a lei, sem qualquer perquirição acerca do contexto político que embasou sua promulgação e da adequação deste com os objetivos constitucionais da nação e sua organização político-administrativa.

Logo, a percuciente conclusão relativa à abrangência deste fenômeno, conforme lançada por Warat com brilho invulgar há nada menos do que 31 anos,

¹² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 280.

¹³ STRECK, 2011, p. 88.

O interesse público como interesse do poder

mantém-se de todo atualizada em suas mais detalhadas especificações, notadamente no que se refere à tendência que melhor denuncia o caráter ideológico do senso comum epistêmico, a saber, a mixagem de matrizes teóricas e filosóficas completamente distintas, que acabam conjugadas de maneira irracional, quando assimiladas pelo sistema na tentativa de ocultação de seu inevitável conteúdo político.

Nesse sentido a lição do teórico merece transcrição integral:

Situando-nos nesta perspectiva poderíamos considerar o que chamamos de apropriação intelectual dos conceitos, ou seja, da recuperação institucional do trabalho epistemológico. Assim pretendemos designar um tipo de leitura, dos conceitos, construída no interior de marcos institucionais específicos (escolas de direito, tribunais, órgãos legislativos) onde se reproduzem versões de teorias ajustadas às crenças e representações e interesses legitimados pelas instituições. Os marcos institucionais funcionam como lugares de interlocução repressiva, na medida em que estabelecem uma interpretação, polissemicamente controlada, das instâncias discursivas de que se apropriam, chegando, em muitos casos, a estabelecer versões estereotipadas dos conceitos com uma clara função legitimadora. Com este objetivo é que no interior dos marcos institucionais de apropriação se recorta e se reconstrói conceitos e critérios epistemológicos, desmembrados das matrizes teóricas em que foram produzidos. A apropriação institucional dos conceitos produz-se ao aceitar, como legítima, a assimilação e dispersão de conceitos que pertencem a disciplinas e paradigmas diversos, como é o caso da aludida apropriação institucional das categorias pertencentes às matrizes kelsenianas. Elas foram perdendo, paulatinamente, todas as suas singularidades teóricas, através de lentos mecanismos redefinitórios que terminam por fundir os conceitos kelsenianos às representações jusnaturalistas e tudo isto misturado com princípios liberais, aspirações transcendentalistas, fenomenológicas, neopositivistas e até, em muitos casos, com um Hegel inconsciente e estereotipadamente assimilado¹⁴.

No entanto, mesmo após o decurso de três décadas, constata-se que ainda assim o ambiente jurídico brasileiro não apenas se mostrou incapaz de assimilar a lição do citado jurista brasileiro, no que tange à iluminação dos preconceitos imanentes ao senso comum teórico, como também logrou suplantar mesmo o sincretismo metodológico de então, em vista de uma mixagem teórica muito mais refinada ideologicamente e disposta inclusive a ultrapassar os limites semânticos do texto legal, sem qualquer consideração pelas necessárias restrições lógico-sistemáticas do ordenamento.

¹⁴ WARAT, 1982, p. 55-56.

Alan Ibn Chahrur

Seduzido por este imaginário difuso dos juristas, o contexto doutrinário e jurisprudencial do Brasil, se se discorre a todo o momento sobre caráter vinculativo dos precedentes, o formalismo conceitual e a superação do “juiz boca-da-lei”, ao mesmo tempo ignora-se numa cegueira deliberada a profunda remissão de tais expressões às mais diversas (e muitas vezes contraditórias) tradições da cultura jurídica europeia. Não por acaso, vale lembrar, o Código Civil de 1916 veio a lume sob influência direta da pandectística alemã, gestando um direito privado de matriz fortemente germanizada¹⁵, nada obstante o fato de nossos grandes juristas de então dialogarem primordialmente com teóricos franceses e italianos, o que culminou, em 1973, na sincrética alternativa de se regular aquela codificação de direito material a partir de um Código de Processo que deve suas bases a um mestre desta última tradição – Enrico Tullio Liebman.

Desta feita, uma vez devidamente advertidos pelas lições de Warat, pretende-se prosseguir com o presente trabalho mediante a análise crítica de algumas manifestações aberrantes do senso comum teórico dos juristas pátrios, sempre engendrando a investigação segundo os pressupostos da sobredita *semiologia do poder* cuja grande contribuição, crê-se, reside na possibilidade de desmistificar: “(...) a – falsa – ideia de que, como procuramos conjugar todas as tradições que conformam o direito ocidental, temos aqui um “direito melhor” ou “mais avançado”¹⁶

256 O INTERESSE PÚBLICO COMO INTERESSE DO PODER

No Brasil, a recorrência fortíssima do senso comum teórico dos juristas torna-se evidente, sobretudo, no plano do direito adjetivo, particularmente em razão da dinâmica de desenvolvimento das relações processuais rumo à prestação jurisdicional devida pelo Estado. Por conseguinte, toma-se um precedente do Superior Tribunal de Justiça como objeto de breve estudo de caso, em correlação com a análise de dispositivos processuais vigentes, a fim de demonstrar o quanto o sistema processual se apresenta articulado em benefício de um indefinido “interesse público” que, na apreensão irrefletida do senso comum teórico, induz a julgamentos tendenciosos, os quais, no limite, privilegiam interesses políticos em detrimento das reais garantias jurídicas dos cidadãos.

Poder e interesse público na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Sob essa ótica, destaca-se a decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça no dia 17 de dezembro de 2008, quando do julgamento afeto ao plenário

¹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 52.

¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29.

O interesse público como interesse do poder

dos REsp ns. 1.058.114/RS e 1.063.343/RS. Naquela ocasião o órgão especial da corte, por maioria de votos, decidiu, em apreciação de questão de ordem, que as partes não podem desistir do recurso especial depois de ele ter sido afetado para julgamento por meio da Lei de Recursos Repetitivos (art. 543-C do CPC), instruído e já colocado na pauta do tribunal. Determinação esta que, por sua vez, fez letra morta do art. 501 do Código de Processo Civil, segundo o qual:

Art. 501. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

E o argumento para o afastamento do texto expresso da lei (em tempo: não para a fixação de seus limites semânticos, mas para sua completa *desconsideração*), como não poderia deixar de ser, alude aos “princípios” da razoabilidade e da proporcionalidade, postulando em mais de uma oportunidade que, nada obstante o citado art. 501 do CPC, não seria “razoável que se desista da ação nesse estágio, assim como não há direitos absolutos”.

A fundamentação dos julgadores de todo gravitou em torno da ideia de um suposto conflito existente entre o direito subjetivo do recorrente e o “interesse coletivo” de todos os demais litigantes em processos com idêntica questão de direito, em tese indivíduos aptos a serem beneficiados pelo julgamento representativo da controvérsia. A solução, acolhida quase que à unanimidade, necessariamente haveria de pesar em favor dos últimos, pois: “(...) mediante a ponderação das normas aplicáveis que se verifica que o conflito entre eles [interesses] é apenas aparente” (QO no REsp n. 1.063.343/RS, p. 7, grifo nosso).

A relatora Ministra Nancy Andriighi pôs a questão em julgamento nos seguintes termos:

Não se pode olvidar outra grande consequência do deferimento de pedido de desistência puro e simples com base no art. 501 do CPC, que é a inevitável necessidade de selecionar novo processo que apresente a idêntica questão de direito, de ouvir os *amicus curiae*, as partes interessadas e o Ministério Público, oficiar a todos os Tribunais do país, e determinar nova suspensão, sendo certo que a repetição deste complexo procedimento pode vir a ser infinitamente frustrado em face de sucessivos e incontáveis pedidos de desistência.

Entender que desistência recursal impede o julgamento da idêntica questão de direito é entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça. *A todo recorrente é dado dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo* (QO no REsp n. 1.063.343/RS, Rel. Min. Nancy Andriighi, p. 7-8, grifo nosso).

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 247-268, jul./dez. 2013

Alan Ibn Chahrur

Quanto aos eventuais critérios e fundamentos teóricos para o afastamento do texto expresso da lei, a corte superior mais não fixou que as patológicas enunciações do então Ministro Nilson Naves, que num rompante discricionário sufragava o posicionamento da relatora em vista da: “(...) alta missão do Superior Tribunal, que, a meu ver, indo eu além, *tudo pode na condição de último intérprete infraconstitucional* – não somos finais porque somos certos, mas somos certos porque somos finais – (...)” (QO no REsp n. 1.063.343/RS, p. 14, grifo nosso).

Evidentemente as múltiplas transgressões teóricas das quais padece um julgamento deste jaez mal podem ser exageradas, permitindo elencar de início, entre tão graves violações, a distorcida ponderação de interesses a partir do “princípio” da proporcionalidade, haja vista que a razoabilidade a ele associada dispensa comentários, a menos que se cogite em pleno século XXI da teratológica busca pela legitimidade de uma decisão que reconheça a si própria como não razoável.

No mesmo sentido, a proporcionalidade em princípio (e veja-se a ambiguidade da expressão) também deve estar presente em todo ato de interpretação/aplicação de Direito, considerando que qualquer decisão pressupõe uma equanimidade, uma justa proporção entre a sanção e prescrição por ventura descumprida. Trata-se de uma tendência natural derivada da onnipresença do princípio da igualdade, inerente ao balanceamento do sistema jurídico.

258

Por conseguinte, pode-se dizer que o sentido da proporcionalidade não existe em si e por si, descolado dos casos concretos balizados por sua exigência de uma aplicação equânime das leis. Ao contrário, a proporção ínsita a este enunciado necessariamente se manifestará de dois modos delineados com precisão pela virtual unanimidade da doutrina efetivamente crítica: ou a lei ofende a Constituição porque o Estado se excedeu, momento em que se estará diante da proibição de excesso (*Übermassverbot*), ou a lei poderá contrariar a Constituição porque o Estado protegeu de forma insuficiente determinado direito, hipótese que dá azo à invocação da proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*)¹⁷.

Portanto, não há um referente difuso da “devida proporcionalidade” a ser declarada pelo intérprete segundo os parâmetros cognoscentes de sua própria (e subjetiva) compreensão, uma vez que ela – a proporcionalidade – está relacionada à igualdade na proteção de direitos. As eventuais desproporcionalidades por ventura existentes não de ocorrer pela violação da igualdade e da isonomia, consagradas constitucionalmente pela tradição brasileira cujo ápice se deu em 1988, que cabe à ciência jurídica como um todo preservar a integridade e a coerência desse legado. Descrerver ou não este compromisso sob a rubrica de um “princípio” intrassistêmico chega mesmo, assim, a ser desnecessário.

¹⁷ STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí/SC: UNIVALI, v. 15, n. 1, 2010. p. 150.

O interesse público como interesse do poder

Insta salientar que a decisão do Superior Tribunal de Justiça empreende nítida metamorfose no instituto do Recurso Especial, conforme consagrado pelo art. 105, III, da Constituição Federal de 1988, pois, de um meio de impugnação das decisões, posto à disposição de partes autônomas, ele converte-se de súbito, tanto no que se refere ao processo que lhe deu causa, quanto no que diz respeito aos demais litígios em tramitação, em um processo verdadeiramente objetivo. Este não pertence mais às partes e apenas limitadamente lhes serve e à defesa de seus interesses. E isso, como registram alguns doutrinadores, após os grandes nomes da Teoria Geral do Processo terem gastos rios de tinta para sedimentar que: “(...) as partes no processo não representam nem substituem a sociedade; estão ali na defesa dos seus direitos, elas não foram eleitas por ninguém (...)”¹⁸.

Poder e interesse público no plano do direito processual civil

Tampouco se poderiam legitimar com algum fundamento as retóricas enunciações performáticas do tipo “inexiste direito absoluto em face do interesse coletivo”, que “tudo acaba sendo público”, ou mesmo que: “A nova ótica constitucional deixou para trás a clássica divisão entre Direito Público e Direito Privado (...) Hoje a *summa divisio* é Direito Individual e Direito Coletivo” (QO no REsp n. 1.063.343/RS, p. 5). A complexidade do tema em referência jamais admitiria abordagem tão simplória, senão pelas volúveis inclinações ideológicas de um senso comum teórico a quem não interessa que a autonomia privada, mesmo redefinida pelos contornos do Estado Democrático de Direito, continue a possuir os fortes traços daquilo que precisamente lhe define enquanto tal: uma autonomia *privada*.

Apenas para se manter em um tema básico, a toda evidência de fato continua a haver uma nítida diferença entre processo civil e processo penal, por exemplo, sendo que, se toda a estrutura judiciária não serve mais às partes, mas sempre a um interesse maior ou a um bem transcendente, do qual não é dado abrir mão, por certo que regredir sem a menor cerimônia às velhas “razões de Estado” que, tenha-se então ao menos a honestidade de reconhecer, acabaram apenas mascaradas sob um nome diverso, sem nunca tencionar-se de fato abandoná-las¹⁹.

No plano desta projetada supressão do privado pelo público, especialmente em relação ao processo legislativo, a remissão atual ao nefasto instituto das medidas provisórias, previstas no art. 62 da Constituição Federal de 1988, constitui prática corrente, da qual se pretende apenas destacar algumas sintomáticas fragilizações que o legislador pátrio cada vez mais tem imposto à autonomia

¹⁸ STRECK, 2012, p. 603.

¹⁹ AGABEM, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 13.

Alan Ibn Chahrur

individual em prol dos ditos interesses públicos, num nítido – e perigoso – passo em direção à institucionalização das “Razões de Estado”, ou seja, do “interesse coletivo”, como vetor de interpretação jurídica.

Vale notar, por exemplo, que, já a partir da reforma processual regulada pela Lei n. 8.952/94, o art. 461, § 4º, do CPC passou a autorizar o arbitramento de multa por descumprimento de obrigação de fazer “independentemente do pedido do autor”, bem como o art. 219, § 5º, do mesmo diploma, com a revogação do art. 194 do Código Civil, permite que a prescrição, até então arguida enquanto prejudicial de mérito pelas partes em sua defesa, seja agora pronunciada de ofício²⁰.

Não bastassem tais sutilezas, o teratológico art. 285-A do *codex* em comento oficializou a aberração de um processo que carece da presença das partes, uma vez que, nos termos do texto legal, se a matéria for unicamente de direito e já houver sido proferida pelo juízo sentença de total improcedência em outros casos idênticos, “*poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada*”. Curiosamente o réu, que segundo as enunciações mais básicas da teoria jurídica, representa um elemento fundamental para a própria *existência* do processo, somente será citado na eventualidade de uma apelação, consoante o § 2º, do citado dispositivo legal.

260

No mais, a preocupação em esclarecer o que seriam os ditos casos idênticos inexistente e também permanece ausente a delimitação do conceito do que vem a ser uma matéria unicamente de direito, denotando a deliberada instauração de uma zona de manobra onde o poder público pode transformar qualquer decisão que atenda aos seus interesses, a exemplo da aventada resolução-relâmpago de novos processos, em uma “decisão segundo a lei”²¹. Desse ângulo a falta de embasamento teórico-científico aparentemente pouco importa, muito embora os infundáveis questionamentos possam assombrar até o mais relapso quintanista: casos idênticos? Mas *casos* não podem ser somente *de direito*? E um caso idêntico só não ocorre quando são as mesmas partes e causa de pedir e o mesmo pedido, nos termos do art. 301, § 2º, do CPC?

A doutrina de Nelson Nery Jr., não por acaso, conclui pela inconstitucionalidade do dispositivo em referência, destacando inclusive a necessária citação do réu para formação da relação jurídico-processual:

O CPC 285-A é inconstitucional por ferir as garantias da isonomia (CF 5º *caput* e I), do devido processo legal (CF 5º XXXV) e do contraditório e ampla defesa (CF 5º LV), bem como o princípio dispositivo, entre outros fundamentos, porque o autor tem o direito de ver efetivada a citação do réu, que pode abrir mão de seu direito e submeter-se à

²⁰ STRECK, 2012, p. 603-604.

²¹ STRECK, 2012, p. 255.

O interesse público como interesse do poder

pretensão, independentemente do precedente jurídico do juízo. (...) De outro lado, o sistema constitucional não autoriza a existência de “súmula vinculante” do juízo de primeiro grau, impeditiva da discussão do mérito de acordo com o *due process*²².

Ainda assim, a edição deste crítico dispositivo legal tampouco deixou de merecer seus defensores, como atesta a posição de Marinoni:

A relação entre as normas dos artigos 285-A e 518, § 1º, é visível. Ambas aludem a demandas repetitivas. A primeira se preocupa em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem tese consolidadas pelo juiz de primeiro grau ou pelos tribunais. (...) Tais normas se destinam a dar proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo. Elas nada têm de inconstitucionais, pois não violam qualquer outro direito fundamental, como o direito de defesa²³.

A polêmica comprova, por si só, a dificuldade na superação de posições consolidadas, mesmo quando estas se encontrem em flagrante colisão com os princípios mais básicos da teoria jurídica, tal como a *necessária* configuração triangular da relação processual, que *exige* a citação do réu como condição – ressalte-se – de *existência* do processo, segundo a acertada doutrina de Nery Jr. Ademais, as prescrições de vinculação sumular que o legislador intensificou, e a jurisprudência de bom grado acolheu, em especial pela consagração dos arts. 518, § 1º, e 557, do CPC, referidos na lição de Marinoni, apenas intensificam a crise de compreensão, pautada na insistente leitura do direito processual à luz de um conceito de interesse público direcionado pelo senso comum dogmático. Isso porque, enquanto o primeiro dos citados dispositivos determina basicamente que o juiz “não receberá a apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula dos tribunais superiores”, o segundo também outorga o mesmo poder ao relator do tribunal recorrido, com o agravante de que este *a contrario sensu* igualmente poderá de plano julgar o recurso e dar-lhe provimento caso a sentença, por sua vez, encontre-se em “manifesto confronto” com as enunciações sumulares.

Ora, ainda que o problema esteja menos na súmula em si do que na tendência à sua absolutização, enquanto um conceito plenipotenciário de significância inquestionável para todos os casos possíveis, não deixa de ser alarmante verificar que grande parcela da dogmática, imersa no ideário simplificador do senso comum teórico, nem mesmo conseguiu relacionar estas disposições com o art. 5º,

²² NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 669.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 2, p. 97.

Alan Ibn Chahrur

II, da Constituição, para constatar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, *nunca de sùmula*. Um nítido caso de ofensa à proporcionalidade na modalidade de proibição do excesso (*Übermassverbot*), porquanto, na leitura efetiva de um Estado Democrático de Direito à luz da Constituição de 1988, o poder público poderia seguramente regular de maneiras outras o acesso à justiça, que não em detrimento do princípio (este sim) da legalidade.

Os privilégios do poder como fundamento das contradições

Porém a jurisdição constitucional, no duplo viés difuso e concentrado, acaba sendo utilizada como um saneamento excepcional em casos pontuais e quase que integralmente nos moldes desta última articulação, haja vista que entre nós as decisões pela via do controle difuso exsurgem de maneira tímida e, no que se refere aos juízos monocráticos de primeiro grau, praticamente inexistem. Por conseguinte, o constante movimento que bloqueia a influência das partes nas decisões judiciais evolui incontido. Nesse sentido:

Portanto, já existem, de há muito, vários mecanismos – formais e informais – de vinculação sumular no direito brasileiro, como a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), aliás, sem similar no mundo todo... E, queiramos ou não, nada disso tem servido para agilizar o Judiciário! E por quê? Porque o emperramento do aparelho judiciário não depende de soluções *ad hoc*. Numa palavra: se até agora se buscava a vinculação sumular impedindo a interposição de recursos aos Tribunais Superiores, agora se desceu à base do sistema, passando-se a impedir recurso de decisões do juiz de primeiro grau, circunstância que é agravada pela redação da Lei n. 12.277, que dá poderes ao juiz de rejeitar ação *ab ovo*, dispensando-se a instalação da relação processual²⁴.

262

Trata-se de uma inclinação que deita raízes nos já antigos privilégios que a lei processual de há muito outorga à administração pública, numa cortina de fumaça que habilmente joga com a significância plural de termos como “interesse público” e “interesse coletivo”, os quais na maioria das vezes designam em verdade tão somente o interesse público secundário dos órgãos da administração, sendo estes descritores apenas excepcionalmente utilizados na designação do interesse público primário, ou seja, do interesse concreto da sociedade como um todo.

É cediço que grande parcela da comunidade jurídica há tempos convive em estupor com vetustos institutos que prenunciavam esta “estatização processual”, valendo por todos a citação do reexame necessário em segundo grau das decisões

²⁴ STRECK, 2012, p. 257.

O interesse público como interesse do poder

que por qualquer motivo sejam contrárias à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, aliada esta à isenção de custas conferida aos entes em questão quando da interposição de qualquer recurso, nos respectivos termos do art. 475, I, c.c. art. 511, § 1º, ambos do CPC. Desconsidera-se que nada menos do que o *caput* do art. 5º, da Carta Magna, baluarte do Estado Democrático de Direito, assegura serem *todos iguais perante a lei*, um programa que por sua própria locução (“todos”) não parece permitir a exclusão dos entes estatais, sob pena de legitimar, ao ver do autor, a atuação saneadora da jurisdição constitucional pela via da declaração de inconstitucionalidade.

E isso para se manter num plano estritamente jurídico, porquanto, sob a ótica político-administrativa, basta salientar que, desde sua criação pela emenda constitucional n. 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça aponta ano a ano o poder público como o maior litigante em atuação perante todas as instâncias do Poder Judiciário. São números que dão conta, por exemplo, de que em 2010 somente os processos de execução fiscal correspondiam à assustadora cifra de 32% dos 83,4 milhões de processos em tramitação na justiça brasileira²⁵.

Em resumo, como referido, o processo se torna cada vez mais um fim em si mesmo, pois sua própria existência, mesmo com todas as falhas estruturais que lhe são inerentes – ou por causa delas – acaba amoldando-se às conveniências do maior de todos os litigantes: o poder político.

263

Uma possível solução alternativa

Diante do quadro exposto, resta claro que, para além da retórica que veio a público, a decisão do STJ que negou aplicabilidade ao art. 501 do CPC amparou-se muito mais em razões de conveniência da própria corte do que em fundamentos efetivamente jurídicos, condizentes com as teorizações do novo constitucionalismo da atualidade e o ideal do Estado Democrático de Direito consagrado pela Carta Magna de 1988. Afinal, mais do que o aventado interesse dos demais litigantes em processos similares, o grande empecilho da desistência de um processo já afeto para julgamento sob regime dos recursos repetitivos, previsto pelo art. 543–C, foi referido pela relatora como: “(...) a necessidade de selecionar novo processo que apresente idêntica questão de direito, de ouvir os *amicus curiae*, as partes interessadas (...)” (QO no REsp n. 1.063.343/RS, p. 7-8).

Nesse sentido, vale destacar que à toda evidência o art. 501 do CPC, por sua redação, não necessita de adequação hermenêutica por qualquer dos meios capazes, em tese, de legitimar a declaração de inconstitucionalidade do texto

²⁵ Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário*. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_exec_fiscal_dpj.pdf>. Acesso em: 15 maio 2014. p. 4.

Alan Ibn Chahrur

legal, seja a partir da proibição do excesso ou da proteção deficiente. O texto regula com clareza o exercício de um ato dispositivo decorrente da autonomia de cada qual, não havendo que se falar em eventual inconstitucionalidade ou antinomia da lei, e muito menos no fato de que a locução “a qualquer tempo, sem anuência da parte contrária” dispõe de eventual imprecisão semântica que justifique uma interpretação conforme ou declaração de nulidade à luz do texto constitucional.

Restaria avaliar nestes termos a adequação – isso sim – da lei de recursos repetitivos, o sobredito art. 543-C do CPC, mormente considerando que a proporcionalidade deve corresponder como visto à regulamentação de direitos de forma nem excessiva e tampouco deficiente, seja este direito a garantia de desistência do recurso, a segurança de um julgamento célere para recursos similares ou qualquer outra prescrição que atenda à efetivação do núcleo principiológico do Estado Democrático de Direito delineado pela Constituição.

264

Porém, justamente aqui entende-se que o legislador falha, incidindo no vício da regulamentação deficiente (*Untermassverbot*) cujo saneamento pode(ria) dar-se pelo estabelecimento de interpretação conforme à Constituição. A necessidade de tal correção deriva da redação conferida ao art. 543-C do CPC, no qual não se encontra critério algum para o estabelecimento do porquê de um processo poder ser afeto para julgamento como representativo de controvérsia em detrimento de outro. Algo no mínimo curioso quando se atenta para o fato de que parcela expressiva da doutrina fala até mesmo em um *princípio da não surpresa*, um indevido enquadramento principiológico que não deixa, todavia, de descrever um legítimo ideal de postura a partir do qual todos aqueles que atuam no processo jamais deve(ria)m se valer de manobras súbitas não passíveis de uma adequada avaliação pelos demais, como corolário dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Se ao juiz também incumbe nortear-se nesse sentido, devendo esclarecer, consultar e prevenir as partes *previamente* acerca de quaisquer questões que influenciarão no regular desenvolvimento do processo e, conseqüentemente, no julgamento da causa, como bem enfatiza o Desembargador Elpídio Donizete²⁶, por óbvio que o procedimento de seleção dos feitos a serem julgados sob o regime do art. 543-C não pode permanecer adstrito ao talante da presidência do tribunal ou do relator do STJ, permitindo-lhes a avocação de processos segundo sua própria conveniência e sem um mínimo de consideração pelas peculiaridades de cada lide e eventuais objeções das partes a esse respeito.

Ainda assim, outra não é a prescrição do dispositivo processual:

²⁶ DONIZETE, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 75.

O interesse público como interesse do poder

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º *Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia*, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.
§ 2º *Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator do Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão*, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. (Grifos nossos)

A autorização contida no § 9º, para que o STJ e os tribunais de segunda instância regulamentassem no âmbito de suas respectivas competências os procedimentos relativos ao processamento do recurso especial nos termos deste artigo, tampouco surtiu maiores efeitos, considerando que a Resolução n. 8 daquele tribunal superior, datada de 7 de agosto de 2008, delimitou como balizas tais simplesmente que: “Art. 1º (...) § 1º Serão selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”, bem como que: “§ 2º O agrupamento de recursos repetitivos levará em consideração apenas a questão central discutida, sempre que o exame desta possa tornar prejudicada a análise de outras questões aguidas no mesmo recurso”.

Logo, a preocupação em assegurar os interesses e conveniências administrativas da corte, sob a égide do falacioso lugar-comum de equipará-los ao interesse público (interesse da sociedade como um todo), em vista de ser o tribunal um órgão de natureza pública, não permitiu que os eminentes magistrados do STJ nem mesmo compreendessem como um problema o tenebroso posicionamento consistente na não aplicação de uma lei democraticamente estabelecida (art. 501 do CPC) quando esta se encontra em plena consonância com as prescrições constitucionais. Ao contrário, mesmo subvertendo toda a estrutura teórico-jurídica que embasa o Estado Democrático de Direito, ainda assim a opção pela desconsideração da garantia de desistência do recurso a qualquer tempo foi aprovada quase que à unanimidade, porquanto haveria de contrariar o “interesse público” e induzir à repetição de todo o “complexo procedimento” imposto ao tribunal pelo art. 543-C.

Nessa linha, vale lembrar com Streck²⁷ que o tema da jurisdição constitucional nem mesmo veio à baila quando do julgamento da questão de ordem em referência, o que denuncia que a imbricação do senso comum teórico na comunidade

²⁷ STRECK, 2012, p. 605.

Alan Ibn Chahrur

jurídica nacional não poupa qualquer das instâncias do Poder Judiciário. Se assim não fosse, os envolvidos no caso em tela poderiam cogitar de uma interpretação conforme do art. 543-C, adequando-o à Constituição a partir de uma leitura que condicionasse sua aplicação à prévia oitiva das partes antes de ser o processo afetado para julgamento do plenário como representativo de controvérsia.

Ora, uma vez alertadas de antemão, aqueles que decidissem prosseguir poderiam, estes sim, ser tomados como litigantes de má-fé, nos termos do art. 17 do diploma processual, caso posteriormente postulassem pela desistência do recurso, ao mesmo tempo em que restaria assegurado o direito das demais à prerrogativa do art. 501, que poderia ser livremente exercida quando desta intimação inicial. Este dever de intimação prévia, por sua vez, não constitui senão derivação lógica dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), à luz dos quais a estrutura do Estado Democrático de Direito pressupõe que *todos* os dispositivos legais devem ser interpretados/aplicados.

Sob outro ângulo, a compreensão do art. 543-C permitiria inclusive uma harmonização do dispositivo com o dever de lealdade que o art. 14, II, impõe às partes, aos seus procuradores e a todos aqueles que participam do processo, sobretudo no presente caso o juiz. Também desnecessário lembrar que o STJ faz (ou deveria fazer) o controle de constitucionalidade pela via difusa como qualquer outro tribunal, conquanto respeitados os parâmetros constantes da cláusula de reserva de plenário esculpida no art. 97 da Constituição Federal.

266

Tratava-se em síntese de causa singela, a ser facilmente resolvida pela aplicação do instituto da interpretação conforme (*verfassungskonforme Auslegung*), muito embora a imersão de nossos juristas nas turvas águas do senso comum teórico tenha impedido por completo sua resolução, o que demonstra o quanto esta ideologia simplificadora fomenta a cada dia o processo de erosão dos alicerces do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se constatar a correção do diagnóstico de Warat proferido há mais de três décadas. O fenômeno por ele descrito como a tendência de um retorno da *episteme à doxa* – ou da teoria ao senso comum – de fato espraia-se por toda espécie de conhecimento científico, muito embora seu impacto na ciência jurídica seja particularmente evidente e danoso.

Nada obstante o caráter absolutamente complexo do fenômeno jurídico, a comunidade daqueles que a ele consagraram seu ofício parece cada vez mais imersa em um ideário simplificador que, num realismo ingênuo, de todo submeteu a operacionalização do Direito aos tribunais, tornando “jurídico” apenas e tão somente aquilo que os juízes dizem que é ou, em outras palavras, aquilo que o poder que se vale da abertura semântica do Direito decide que é, conforme demonstra o uso propositadamente ambíguo que o *establishment* faz do “interesse público”.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 247-268, jul./dez. 2013

O interesse público como interesse do poder

Nesse movimento, uma parcela assustadoramente grande da dogmática jurídica a cada dia se retroalimenta de conceitos simplificadores que reduzem o Direito a um conjunto de enunciações padronizadas e *standards* repetidos à exaustão nas salas de aula e no corpo de manuais “esquematizados”, que logo refletem numa jurisprudência incapaz de fundamentar adequadamente suas decisões, porque incapaz de problematizar os valores que o poder vigente apresenta como absolutos, sob o manto “neutro” da *episteme*.

Afinal, se se deixa de aplicar a lei devidamente promulgada quando esta parecer inconveniente ao fluxo administrativo do Poder Judiciário, pode-se realmente considerar a integral efetivação de um Estado Democrático de Direito no Brasil? Eis a questão premente. E na eventualidade de uma resposta negativa, talvez se tenha de reconhecer que a plenitude deste ideal em verdade ainda se mantém como uma meta distante, que acaba sempre afastada quando vem a conflitar com o interesse maior das forças políticas dominantes. Desse ângulo, mesmo as mais singelas garantias do indivíduo, ainda que previstas em lei, como o direito do art. 501 do CPC, podem ser subvertidas e simplesmente desconsideradas, apenas se em dado momento conflitarem com as “conveniências” do poder público. Como falar então em boa-fé ou lealdade processual, por exemplo? Acima de tudo quando, no caso examinado, uma solução constitucionalmente adequada, com base na prévia intimação da parte, sequer foi cogitada.

Logo, o Direito, em grande medida, ainda não exsurge da dinâmica da vida em sociedade para ser posteriormente sistematizado, primeiro pelo legislativo democraticamente estabelecido e, por fim, pela jurisprudência, a quem historicamente se pretendeu atribuir a manutenção desta ordenação, por meio do dever de aplicação do raciocínio científico e prudencial em seus limites controversos.

O Direito pátrio, em sua estrutura fundamental, ainda acaba imposto “de cima para baixo”, valendo-se os poderes do Estado de sua força política, não para reforçar a ordenação espontânea e democraticamente reconhecida pela sociedade, mas sim para impor aquela ordem de prescrições que melhor atendem aos interesses dos indivíduos responsáveis pela direção das instituições, ainda que momentaneamente, sempre contrários à redução de quaisquer dos privilégios processuais da fazenda pública. E vale lembrar, em preocupante analogia, que inclinações ideológicas desta natureza culminaram no cataclismo de duas guerras mundiais, pautadas em “razões de estado”, as quais expuseram a necessidade de uma limitação do poder político mediante a contenção de maiorias eventuais, sempre manipuláveis pela mistificação semântica, que logra apresentar o interesse dos detentores do poder como o interesse público de todo o corpo social.

No plano jurídico, este limite foi encontrado a partir do dito Constitucionalismo Contemporâneo²⁸, que pretende reformular por completo a compreensão

²⁸ STRECK, 2012, p. 605.

Alan Ibn Chahrur

do Direito a partir de uma nova teoria das fontes, da norma e da interpretação. Todas as três restritas, nesta nova perspectiva, ao núcleo principiológico estabelecido no corpo do pacto firmado sob a égide do poder constituinte originário. Porém, a vigência desta conquista da Teoria do Direito, no contexto brasileiro, permanece bloqueada, em grande parte, pela prevalência do senso comum teórico que submeteu quase que por completo a ciência jurídica, transfigurando-a em um instrumento passivo de assimilação do jogo de forças da política.

Somente uma vigilância permanente do saber crítico, por meio do exercício constante de reconstrução e revisão dos fundamentos epistemológicos do Direito, poderia possibilitar a emancipação efetiva desta opressão velada, em prol de uma prática judiciária autônoma, consciente e capaz de dimensionar a real importância das sistematizações teóricas da Ciência do Direito, que, ao delinear os limites de nossa compreensão das relações sociais, delimita também as fronteiras de atuação do poder.

REFERÊNCIAS

- AGABEM, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário*. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_exec_fiscal_dpj.pdf>. Acesso em: 15 maio 2014.
- DONIZETE, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 2.
- NERY JR. Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: RT, 2013.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Recursos Especiais ns. 1.058.114/RS e 1.063.343/RS. 2008*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 maio 2014.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí/SC: UNIVALI, v. 15, n. 1, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*, Santa Catarina: UFSC, v. 3, n. 5, 1982.

Data de recebimento: 11/12/2013

Data de aprovação: 20/05/2014

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 247-268, jul./dez. 2013

OS ATORES DO SISTEMA DE JUSTIÇA FRENTE À CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: O DESAFIO DA HUMILDADE

ACTORS IN THE JUSTICE SYSTEM FACING THE CRISIS OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY: THE CHALLENGE OF HUMILITY

*Marcos Henrique Caetano do Nascimento**

*“Quem perdeu
O trem da história por querer
Saiu do juízo sem saber
Foi mais um covarde a se esconder
Diante de um novo mundo.”*

(Música: *Canção do Novo Mundo*. Letra: Beto Guedes e Ronaldo Bastos)

RESUMO

O presente artigo tem por escopo trazer algumas reflexões e correlações entre as manifestações populares que ocorrem no Brasil, mormente as de junho de 2013, e o contexto da chamada crise da democracia representativa e os inevitáveis reflexos para os diferentes atores que compõem o sistema de justiça. Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica e metodologia dedutiva e dialética, são problematizadas algumas mudanças, como a adoção de instrumentos de democracia participativa no âmbito do sistema de justiça. Com o fito de robustecer a legitimidade de sua atuação, alguns atores do sistema de justiça vêm intensificando a oitiva e o diálogo qualificado com a sociedade, em atitude que desafia o modo tradicional do desempenho de suas atividades, o que pode sinalizar um começo de construção de uma postura de maior humildade.

Palavras-chave: Democracia; Legitimidade; Cidadania.

* Defensor Público do Estado de São Paulo; Assessor da Defensoria Pública-Geral do Estado; Coordenador da Comissão Estadual de Estudos Interdisciplinares da Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD/SP); Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Correspondência para/*Correspondence to*: Rua São Bento, n. 1725, Centro, Araraquara/SP, 14801-300. E-mail: mhnascimento@defensoria.sp.gov.br.

ABSTRACT

This article has the purpose to give some reflections and correlations among the popular events that occur in Brazil, especially those in June 2013, with the context of the so-called crisis of representative democracy and the inevitable consequences for different actors in the justice system. To do so, by means of literature and deductive, dialectical methodology, are problematized some changes such as the adoption of instruments of participative democracy within the justice system. With the aim to strengthen the legitimacy of their actions, some actors of the justice system have intensified the hearing and qualified dialogue with society, an attitude that challenges the traditional way of the performance of its activities, which may signal a start of construction an attitude of utmost humility.

Keywords: Democracy; Legitimacy; Citizenship.

INTRODUÇÃO

270

Diante das manifestações populares de junho de 2013, o Brasil ingressou no cenário internacional de desejo de substanciais mudanças no sistema político vigente. Mediante análise bibliográfica aliada a uma metodologia de pesquisa dedutiva e dialética, é possível observar relevantes elementos da crise da democracia representativa no contexto de tais manifestações. Em que pese a prévia advertência de inúmeros doutrinadores sobre tal anseio popular, poucas análises conseguiram prever a eclosão desse fenômeno no Brasil. O povo que saiu às ruas em 2013 é o mesmo que sofre diariamente, por décadas, as consequências das principais decisões políticas que o país escolhe sem a oitiva e participação popular. Assim, tais acontecimentos só surpreenderam as pessoas que estavam “dormindo em berço esplêndido”, entorpecidos por novelas, futebol e jogos virtuais, em clara dissonância com o árduo cotidiano de milhares de brasileiros que se acotovelam para trabalhar em meios de transportes públicos superlotados e são constantemente alijados dos processos decisórios.

Tais mudanças atingem inexoravelmente também o campo jurídico e exigem dos operadores do direito efetivas transformações na postura e atuação. Trata-se de um momento no qual a história se faz mais do que presente; ela está viva e cabe aos atores do sistema de justiça a livre-adesão a esse estágio de rompimento de paradigmas. Nesse sentido, o profissional do direito, antes acostumado a postular somente perante o Judiciário, hoje atua judicial e extrajudicialmente, fazendo com que sua atividade não seja apenas judiciária, mas jurídica e integral, o que implica o dever de ouvir os anseios populares antes de fazer suas escolhas e decisões. O Judiciário, por sua vez, antes acostumado a apenas ouvir as partes “endoprocessuais”, inicia um movimento de escuta da população que está fora dos processos, como em audiências públicas promovidas pelos tribunais, com o objetivo de melhor dialogar com a sociedade antes de proferir suas decisões.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 269-304, jul./dez. 2013

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

Sintoma dos tempos atuais, o sistema de justiça, antes hermético e impermeável à penetração social, inicia um movimento de estímulo à participação social e ouve diretamente os pleitos sociais a fim de robustecer sua combatida legitimidade para atuar frente aos inexoráveis conflitos sociais.

A presente reflexão não tem o intuito de demonstrar como os atores do sistema de justiça podem atingir tão nobres e indispensáveis intentos de resgate de sua legitimidade. Entretanto, por meio da análise de alguns instrumentos de democracia participativa que adentram o sistema de justiça, é possível desde já desnudar alguns elementos que ilustram movimentos de aproximação da população frente aos diferentes atores do sistema de justiça, em claro viés inovador frente aos tradicionais acontecimentos nessa área, pois visa à construção de um diálogo mais horizontal. A simples mudança de postura do sistema de justiça no sentido de melhor ouvir o povo faz parte de uma almejada humildade numa sociedade na qual todos almejam ser ouvidos e poucos possuem a capacidade e a sensibilidade de ouvir. Esse importante momento histórico está em construção, “o país está em obras” dizia um dos cartazes das citadas manifestações de 2013. Os atores do sistema de justiça não podem perder esse “trem da história”, sob pena de se acovardarem frente ao convite de mudança que a sociedade brasileira há tempos nutre esperança.

AS “MANIFESTAÇÕES DE JUNHO DE 2013” SÃO SINTOMAS DA CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA?

271

“A democracia política precisa ser socialmente eficaz antes que o povo dela se desencante.”

(José Murilo de Carvalho, historiador)

Durante o ano de 2013, o Brasil vivenciou uma experiência muito peculiar, pois a população saiu às ruas, como há muito não se via, para demonstrar descontentamento em relação a uma série de pautas. Foram e continuam ocorrendo diversas manifestações populares que ganham as ruas e adquirem os mais variados matizes e reivindicações. Porém, no presente estudo, serão chamadas genericamente como “manifestações de junho de 2013”, haja vista que foi durante este mês que tal movimentação se intensificou por inúmeros rincões do país.

As “manifestações de junho de 2013” são e ainda serão objeto de estudo das mais variadas ciências sociais. Talvez somente décadas a frente se saiba um pouco mais sobre esses eventos. Os cientistas sociais demonstram certa perplexidade diante desse fenômeno, pois ele tem características nunca antes vistas nos movimentos sociais tradicionais, por exemplo, (1) a mobilização se deu via “redes sociais”, recurso tecnológico indisponível em manifestações de décadas passadas; (2) despolitização “político-partidária” das reivindicações. Os manifestantes demonstraram politização no pensar e agir, mas sem o tradicional

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 269-304, jul./dez. 2013

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

ingrediente das bandeiras “político-partidárias”, tão presente em manifestações pretéritas. Os partidos políticos e movimentos sindicais foram efusivamente rechaçados por esses manifestantes, como o próprio autor destas linhas teve a oportunidade de pessoalmente testemunhar na cidade de São Paulo durante esse período; (3) os movimentos foram pulverizados pela diversidade temática de pautas, o que se traduziu na inexistência de lideranças consolidadas, fator inclusive de que o Governo se valeu para justificar a dificuldade de diálogo com esses setores populacionais; (4) manipulação e distorção de fatos por Governo, mídia e movimentos.

De um lado, os representantes dos poderes constituídos não saíram de seus confortáveis e refrigerados gabinetes para dialogar com a população, limitando-se a decisões que ora excediam na repressão, ora excediam na leniência, sempre sem a escuta qualificada da população e dos participantes das manifestações. De outro lado, não foram necessariamente as lideranças ideológicas de tais movimentos quem saíram às ruas, pois, muito embora tenha sido difícil identificar tais lideranças, observou-se a existência de muitas pessoas oportunistas que se “infiltraram” nas manifestações com intentos escusos. Exemplo: havia nas ruas anarquistas, nacionalistas, “policiais”, políticos etc., sendo que alguns deles se utilizaram de injustificada e desmedida violência contra pessoas e contra o patrimônio público e de terceiros com finalidades que, se ainda não estão claras, revelaram certa deturpação dos objetivos das pautas. Houve até um político que gravou seu programa partidário diretamente das manifestações.

272

Por sua vez, a mídia, igualmente perplexa, demonstrou muita dificuldade ao se deparar com uma situação extremamente peculiar no contexto pós-redemocratização. Ao demonstrar certa hesitação na cobertura dos fatos e levando em consideração o trabalho até então desenvolvido em temas análogos, não foram poucos os jornalistas e emissoras de TV hostilizados pelos manifestantes¹.

Em que pese a dificuldade de investigação do que está por detrás de tais manifestações, existem algumas premissas e conexões com o mundo jurídico que não passam despercebidas. Primeiramente, houve diversas expressões de descontentamento em relação ao distanciamento entre a vontade popular e a dos

¹ Ver, nesse sentido, REIS, Márlon. *O gigante acordado*: manifestações, ficha limpa e reforma política. Rio de Janeiro: LeYa, 2013. p. 26, 27, 36, 37, 38, 40, 41 e 42. Segundo este autor: “Podemos traçar um bom paralelo entre as mobilizações de junho de 2013 no Brasil e outros eventos como o *Occupy Wall Street* dos Estados Unidos, *Los Indignados* da Espanha e movimentos diversos que marcaram o fenômeno conhecido como Primavera Árabe. A similaridade está no fato de que nas manifestações ocorridas no exterior estavam presentes todas as demais características da mobilização verificada no Brasil. São elas a origem surpreendente, o caráter nacional, a organização prioritária em meio virtual, a inexistência de lideranças convencionais, o afastamento de direções partidárias ou sindicais e a multiplicidade de pautas, embora, em alguns casos, tenha havido a concentração de esforços em torno da destituição de governos, o que acabou acontecendo em diversas partes do Oriente Médio” (ibidem, p. 44-45).

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

“representantes” eleitos pelo voto popular. Tal fato revela o tão proclamado hiato entre o que pensa o povo e os seus supostos representantes, naquilo que há muito vem sendo denominado como “crise de legitimidade da democracia representativa”, como se verá com mais detalhes logo a seguir. Em segundo, diante desse contexto de crise, alguns autores² defendem, já há um certo tempo, o robustecimento da utilização de instrumentos da democracia participativa para contrabalancear a citada crise de legitimidade, como o incremento e inovação da participação social, inclusive mediante audiências públicas, durante o processo de feitura de normas e construção das decisões políticas fundamentais.

Tais fatos desembocam inevitavelmente em mudanças de posturas para os operadores do direito. Se antes se observava profissionais do direito com atuação judiciária e de gabinete, em clara postura receptiva de demandas, agora é possível verificar com maior nitidez a necessidade de profissionais proativos, com atuação judicial e extrajudicial, com intenso diálogo com a sociedade civil para melhor legitimar suas escolhas³.

Com isso posto, questiona-se: diante da pauta dessas manifestações e após analisar algumas de suas características, seria possível desde já inferir que elas são consequências da crise da democracia representativa? Por mais que haja pistas nesse sentido, antes, é preciso analisar, ainda que de modo perfunctório, essa tão proclamada crise da democracia representativa.

Entre os mais variados princípios que regem o Estado Democrático de Direito⁴, o princípio democrático tem especial relevo. É por meio da efetivação desse princípio que o Estado consegue as elementares condições no meio social para alcançar suas principais finalidades. Por sua vez, a concepção de democracia é histórica⁵, não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de

273

² Como será aprofundado mais adiante no presente texto, cita-se, por ora, SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 270-276 e DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 304.

³ Ver, nesse sentido, GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 81-83 e 116-12. Porém, ressalte-se que esse raciocínio será aprofundado em tópico específico deste estudo.

⁴ José Afonso da Silva cita os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito: princípio da constitucionalidade, princípio democrático, sistema de direitos fundamentais, princípio da justiça social, da igualdade, da divisão dos poderes, da legalidade e princípio da segurança jurídica (Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 126).

⁵ Sobre essa historicidade, discorre Dallari: “[...] para que um Estado seja democrático precisa atender à concepção dos valores fundamentais de certo povo numa época determinada. Como essas concepções são extremamente variáveis de povo para povo, de época para época, é evidente que o Estado deve ser flexível, para se adaptar às exigências de cada circunstância. Assim, embora a ideia de Estado Democrático seja universal, não é possível a fixação de uma forma de democracia válida para todos os tempos e todos os lugares” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 304).

realização de valores essenciais de convivência humana. José Afonso da Silva afirma que não se trata de mero conceito político abstrato e estático, mas de um processo de afirmação do povo e de garantia de seus direitos basilares, pois a ideia fundamental de democracia revela um regime dinâmico no qual o poder repousa na vontade do povo⁶. Destarte, define democracia como “[...] um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”⁷.

Nesse sentido, dois são os princípios basilares que respaldam a moderna concepção de democracia, quais sejam, *soberania popular*, pois todo poder emana do povo, e *participação (direta ou indireta) do povo no poder*, para que o poder seja realmente expressão da vontade popular⁸. O que varia são as técnicas usadas pela democracia para concretizar esses princípios. Ao lado desses princípios, a democracia possui dois valores fundamentais: *igualdade e liberdade*. Já dizia Aristóteles que tanto mais pronunciada será a democracia quanto mais se avança na igualdade⁹. Pinto Ferreira ressalta que essa igualdade não é meramente formal, mas substancial: “[...] evidentemente, se a igualdade é a essência da democracia, deve ser uma igualdade substancial, realizada, não só formalmente no

⁶ Tal pensamento encontra muitas de suas bases em Montesquieu e Rousseau. O primeiro defendia que a desconcentração do poder era condição determinante para a salvaguarda das liberdades individuais. Ele elaborou técnica capaz de permitir uma forma moderada e equilibrada de governo ao defender que conferir o poder ilimitado para apenas um órgão ou pessoa constituía grave risco para a defesa das liberdades individuais, resultando no exercício abusivo do poder estatal. Assim, postulou a necessidade de se atribuir as funções estatais a órgãos distintos e autônomos, de tal forma que, no interior da estrutura do Estado, o poder iria se encarregar de controlar ou limitar o próprio poder: “*Le pouvoir arrête le pouvoir.*” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de La Brede e de. *O espírito das leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, passim). O segundo privilegiava *vontade popular* como reconhecimento de uma liberdade natural, voltada para a busca da igualdade material. Assim, mesmo sendo naturalmente desiguais em força física e aptidão, os homens são iguais por meio das convenções e do Direito. Destarte, dever-se-ia conferir à lei total supremacia, ou seja, a supremacia do Parlamento, sendo este compreendido como legítimo representante da vontade soberana do povo (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. v. 1, passim).

⁷ SILVA, 2008, p. 130. Afirma ainda o referido autor que definir democracia como *governo* é limitar seu amplo significado, pois ela é muito mais que isso: é regime, forma de vida e, principalmente, processo (Cf. Idem, *ibidem*, p. 139).

⁸ Giovanni Sartori observa que, da mesma maneira que o povo pode escolher seu representante, também é importante que ele tenha mecanismos para revogar essa autorização, caso esse governante não exerça seu mandato em consonância com os valores democráticos: “Isso significa que a democracia denota um sistema político caracterizado pela recusa do poder personalizado, de um poder sobre os cidadãos que pertence a alguém. (...) o axioma democrático é que o poder do homem sobre o homem só pode ser concedido por outros – e sempre e apenas numa base revogável” (*A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, p. 277).

⁹ Cf. ARISTÓTELES. *Política*, IV, 3, 1290b, apud SILVA, 2008, p. 133.

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

campo jurídico, porém estendendo a sua amplitude às demais dimensões da vida sociocultural¹⁰. Ao consagrar a igualdade como valor fundante, a democracia procura efetivar os direitos fundamentais da pessoa humana, para poderem salvaguardar os direitos individuais, dos quais a liberdade é a sua expressão mais importante¹¹.

Com base na igualdade de direitos, firmou-se o dogma da supremacia da vontade da maioria¹². No entanto, maioria não constitui princípio da democracia, sendo simples técnica de que se usa a democracia para tomar decisões de interesse geral, uma vez que a maioria é contingente, e o interesse geral não. Ainda assim a técnica da maioria é muito utilizada nos regimes democráticos contemporâneos, mormente na democracia representativa, na qual a maioria designa seus governantes.

Sobre esse ponto é preciso uma análise mais detida, pois atualmente é possível encontrar com mais nitidez os pontos falhos da técnica da maioria, tendo-se em vista a chamada crise da democracia representativa.

No constitucionalismo ocidental, o princípio pluralista constitui a diversidade de opiniões entre os cidadãos, a liberdade de reunião, de associação, de modo que é possível falar em pluralismo social, político, partidário, econômico (livre-iniciativa e concorrência), de ideias e instituições de ensino, cultural etc., todas legitimamente exercíveis quando das manifestações e deliberações estatais, encaminhando-se para a construção de uma democracia pluralista. A Constituição brasileira conjugou o princípio pluralista com os princípios de uma sociedade livre, justa, fraterna e solidária e, assim, a norma constitucional aponta para uma realidade humanista de fundo igualitário, que supõe a superação de conflitos e fundamenta a integração social, que evita os antagonismos irreduzíveis que destroem o princípio pluralista.

O princípio pluralista admite a existência de divergências que naturalmente ocorrem no convívio em sociedade. Tal princípio não visa a sufocar tais inextinguíveis conflitos, mas, ao contrário, almeja harmonizá-los mediante processos dialógicos que garantam a efetiva participação dos diversos grupos plurais no processo de decisão de tais inevitáveis divergências. Por sua vez, o regime democrático representativo procura resolver tais conflitos de interesses sociais por meio das decisões da maioria parlamentar. Problema ocorre quando o sistema

275

¹⁰ FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. t. I, p. 181.

¹¹ Nesse sentido, conferir DALLARI, op. cit., p. 150-151.

¹² Assinala Dalmo Dallari que: “[...] segundo Jefferson, a *lex majoris partis* constitui lei fundamental de toda sociedade de indivíduos de iguais direitos, devendo-se considerar a vontade da sociedade, enunciada pela maioria, [...] tão sagrada como se fosse unânime, sob pena de se cair, inevitavelmente, sob o despotismo militar” (Idem, *ibidem*, p. 149).

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

representativo carece de legitimidade social, na medida em que “[...] a maioria no parlamento nem sempre é a representação da maioria do povo”¹³. Outrossim, problema também existe quando não se garante efetiva participação social para grupos minoritários que não conseguem representação nos parlamentos.

As modernas democracias passam pelo atual dilema de tentar conciliar a construção de uma lídima democracia pluralista, ao mesmo tempo em que elas estão fixadas em paradigmas em torno da concepção tradicional de democracia representativa, que, na atualidade, encontra-se em crise na medida em que nem sempre os parlamentares são e agem efetivamente como legítimos representantes do povo¹⁴. Por consequência, a lei, enquanto obra do legislador e expressão da vontade soberana do povo, sofre grave desvirtuamento, desrespeitando os anseios da coletividade, bem como os direitos e princípios fundamentais. Essa é a visão de Fábio Konder Comparato:

A bem dizer, estamos hoje, em quase todos os países, diante de uma representação não política, mas teatral: os eleitos pelo povo não agem como representantes deste, mas simplesmente *representam um papel dramático perante o povo*, prudentemente colocado na plateia e sem condições de intervir no palco¹⁵.

276

Fruto dessa crise de legitimidade, muitas das decisões políticas fundamentais não refletem os anseios populares. Tal fato abre caminho para que minorias organizadas e articuladas consigam, por meio do sistema eleitoral, impedir a efetiva representação do povo nos parlamentos:

[...] [não se deve identificar] ‘governo eleito’ com ‘governo democrático’, o que tem servido, muitas vezes, para criar a ilusão de democracia. Isso tem contribuído para que, por ingenuidade ou má-fé, muitas vezes se dê o qualificativo de democrático a governos que, na realidade, são autoritários ou mesmo totalitários, mas formalmente eleitos. E, se

¹³ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 135.

¹⁴ Sobre esse assunto, ver: MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 43-45. Nesse sentido, discorrem Soraya Regina Gasparetto Lunardi e Dimitri Dimoulis: “A democracia representativa não convence a maioria da população de sua capacidade de representar efetivamente os interesses dos eleitores e os contínuos ‘escândalos’ econômicos fazem surgir dúvidas sobre a idoneidade social de suas decisões” (DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Curso de processo constitucional*: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 334).

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 247. Por sua vez, Maurice Duverger ainda aclara que muitas das escolhas de nomes para compor o governo são feitas pelos representantes eleitos mediante critérios estritamente políticos, quando deveriam privilegiar critérios vinculados à capacidade técnica, em consonância com os valores democráticos (DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*: le système politique français. 17. ed. Vendôme-France: Presses Universitaire de France, 1982, passim).

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 269-304, jul./dez. 2013

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

tomarmos em conta a tremenda ampliação das possibilidades de fraudes eleitorais, por meio de abuso do poder econômico ou de manipulações da opinião pública efetuadas através dos veículos de comunicações de massa¹⁶, deveremos concluir que somente esse dado, a escolha dos governantes por meio de eleições, é insuficiente para que um governo seja caracterizado como democrático¹⁷.

Essa crise da democracia representativa, entre outros fatores, é agravada pela falta de regulação sobre a atuação dos grupos de interesses, pois nem sempre são legítimos representantes de todo o povo, mas de setores localizados e organizados. Os movimentos sociais, enquanto grupos de interesse¹⁸, exercem alta influência no processo político decisório. Os legisladores muitas vezes não têm conhecimento aprofundado e específico sobre determinados temas que serão objeto de lei e, assim, são confrontados com uma complexa rede de interesses, na qual os grupos de interesses manifestam suas ideias e propostas para subsidiar os legisladores e o processo decisório estatal. Os grupos de interesses fornecem informações embasadas e comprováveis aos tomadores de decisões, mas tais informações nunca são desinteressadas e, invariavelmente, têm altíssima influência no processo de formulação de leis, políticas públicas e decisões estatais relevantes.

Em regra, a ação dos grupos de interesses é reconhecidamente relevante na medida em que desempenham importante papel de representação de múltiplos segmentos sociais perante os poderes públicos, mormente minorias sem

277

¹⁶ Conferir: ARBEX JUNIOR, José. *Showrnlismo: a notícia como espetáculo*. 2. ed. São Paulo: Casa Amarela, 2002, passim.

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de direito, Estado legal, Estado democrático. *Revista Caros Amigos. Especial: para onde vai a democracia?*, São Paulo, ano 6, n. 15, nov. 2002, p. 24-25.

¹⁸ Grupos de interesse podem ser concebidos como associações, organizações de indivíduos, instituições públicas ou privadas que, com base em uma ou mais preocupações ou em interesses compartilhados, tentam influenciar a política pública em seu favor. Entretanto, é preciso ter como premissa que nem todo movimento social constitui grupo de interesse. Os movimentos sociais, ao surgirem, apresentam-se com maior espontaneidade e informalidade e, em regra, com caráter combativo, rebelde e autônomo em relação ao Estado, pois insistem no conflito, na denúncia, no protesto e na apresentação de propostas. Já os grupos de interesses fortaleceram-se com o claro objetivo de atuação nas esferas institucionais de poder para influenciar o processo decisório. Tais grupos qualificam seus membros para poderem compreender as engrenagens do poder, haja vista ser necessário entender as regras do jogo político para jogá-lo. Nesse sentido, construíram suas ações pautadas na busca de eficácia e eficiência tendo como principais objetivos coletar informações, sistematizá-las, moldá-las às suas intenções, oferecê-las aos tomadores de decisão, para depois pressioná-los a fim de defenderem seus pontos de vista. Destarte, diferentemente de muitos movimentos sociais, os grupos de interesse não repudiam as formas institucionalizadas de fazer política, mas, uma vez as conhecendo, utilizam-se do domínio de tais informações para a concretização de seus objetivos. (Nesse sentido, ver GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. A atuação do movimento pela criação da Defensoria Pública de São Paulo durante o processo de formulação, discussão e deliberação do PLC n. 18/2005. In: HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo (Org.). *A Defensoria Pública do Estado de São Paulo: por um acesso democrático à justiça*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 136).

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

representação política e que, tal como a maioria devidamente representada, possuem legítimos interesses e, assim, viabilizam maior participação social desses setores populacionais normalmente alijados dos processos estatais decisórios. Ocorre que em muitos casos, justamente por inexistir regulação, os grupos setorializados, mesmo defendendo interesses de uma minoria, por serem economicamente mais fortes e organizados que o restante da população, conseguem fazer prevalecer suas propostas, ainda que possam contrariar o interesse público, o que desvirtua a legitimidade dessa atuação.

Alexandre de Moraes une-se aos autores que apontam que a atuação dos grupos de pressão na atualidade, mesmo defendendo interesses de uma minoria, conseguem amplo domínio na constituição dos parlamentos e, por decorrência, possuem determinante poder de influência nas decisões políticas do Estado¹⁹.

Por sua vez, Karl Loewenstein, ao discorrer sobre o pluralismo e a sociedade tecnológica de massas, afirma que o fenômeno da formação de “*grupos de interés*” e sua participação no processo decisório de poder se intensificou de tal maneira que os conduziu a agirem efetivamente como “*grupos de presión*”. Identifica que, em geral, os grupos de pressão utilizam-se de todos os meios de informação, persuasão e propaganda direcionada aos detentores oficiais do poder, até mesmo junto aos Tribunais, supostamente neutros²⁰.

278

Em decorrência do pluralismo social, emergiram inúmeros grupos pluralistas que atuam como verdadeiros “grupos de pressão” e visam a defender seus interesses perante o Estado e por meio do Estado, ainda que conflite com o interesse público. Tais grupos intensificaram e diversificaram seu *modus operandi* ao perceberem a ineficiente representatividade popular dos partidos políticos e, conseqüentemente, dos parlamentares. Karl Loewenstein afirma que a atuação desses grupos ocorre desde a revolução industrial com o conseqüente advento da sociedade de massas e que:

[...] ninguna sociedad estatal moderna puede ser analizada exclusivamente a la luz de sus instituciones constitucionales y legales, prescindiendo del papel que los grupos pluralistas juegan en el proceso político [...]. La mayor parte de estos grupos está orientada económicamente, pero ellos buscarán promover sus intereses influyendo o presionando directamente sobre los detentadores del poder²¹.

Esses grupos de pressão passam por um processo de crescimento quantitativo e qualitativo, evoluindo seus procedimentos de pressão perante o poder público. O problema exacerba-se uma vez que inexistem mecanismos legais de controle e regulamentação e, na prática, verifica-se que, diante dessa ausência

¹⁹ Cf. MORAES, op. cit., p. 47-63.

²⁰ Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1982. p. 427-439.

²¹ Ibidem, p. 427-429.

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

de regulação, tais grupos radicalizam a imposição de suas propostas, não reconhecendo posições divergentes das suas, o que enfraquece o pluralismo. Intensifica-se essa preocupação porque esses grupos atuam nos bastidores, por meio de *lobbies*²² e outros artifícios, sendo-lhes conferida irresponsabilidade política por seus atos. Suas ações passam despercebidas pela opinião pública, pois atuam de modo invisível na formação das decisões estatais. Por consequência, amplia-se a distância existente entre a vontade do povo e a atuação de seus representantes.

No Brasil, tal atividade esteve fortemente presente na formação da Constituição de 1988. Paulo Bonavides afirma que existiram inúmeros *lobbies* que jamais existiram em outras constituintes, tornando-se prática constante no Congresso. Afirma que a ação partidária foi substituída pela movimentação desses grupos, identificados pelo autor como: *lobby* santo, da Igreja Católica; *lobby* evangélico, das várias ramificações protestantes; *lobby* dos prefeitos; governantes; multinacionais; mulheres; cartorários; servidores públicos, todos como “influenciadores ou deturpadores da vontade da Constituinte”. São suas palavras:

[...] os grupos de pressão, tanto no meio empresarial como das classes obreiras e respectivas organizações sindicais, jamais se mostraram tão ativos e assíduos no Congresso quanto nesse período, trazendo à elaboração constitucional uma dimensão nova de participação²³.

Ao ser analisado esse supramencionado conjunto de ideias e reflexões feitas por tantos autores, infere-se que essa chamada crise da democracia representativa há muito já foi constatada. Há muito mais tempo isso é sentido e vivenciado pela sociedade civil, que ainda hoje constata diariamente, por meio de jornais e da vida cotidiana, o imenso hiato existente entre sua vontade e a dos poderes constituídos. As manifestações de descontentamento ocorridas em junho de 2013 não podem ser analisadas sem esse contexto. A história, como ciência, não ampara tais fatos como meras coincidências advindas do acaso.

279

LEGITIMIDADE E DEMOCRACIA: DA NECESSIDADE DE ROBUSTECIMENTO DE INSTRUMENTOS DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

A concepção de legitimidade não tem um sentido unívoco e tampouco estático. Genericamente, pode-se conceber a legitimidade como um atributo do Estado, consistente na presença, em uma parcela significativa da população, de

²² *Lobby* pode ser compreendido como “o processo pelo qual os grupos de pressão buscam participar do processo estatal de tomada de decisões, contribuindo para a elaboração das políticas públicas de cada país” (OLIVEIRA, A. C. J. *Lobby e representação de interesses: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil*. Tese (Doutorado). Campinas: Unicamp, 2004, p. 12, apud, GOZETTO, op. cit., p. 147).

²³ ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB, 2002. p. 495 e 476.

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por essa razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão²⁴.

Entretanto, ao aprofundar esse raciocínio, Bobbio assevera que o consenso em relação ao Estado não é livre, mas sim forçado e manipulado, inclusive em Estados democráticos, pois o consenso é uma necessidade para qualquer modalidade estatal. Portanto, limitar a ideia de legitimidade à noção de aceitação e consenso torna o conceito incompleto. Legitimidade, tal como muitos outros termos da linguagem política (liberdade, democracia, justiça etc.), designa, ao mesmo tempo, uma situação e um valor de convivência social. A *situação* a que o termo se refere é a aceitação do Estado por um segmento relevante da população; o *valor* é o consenso *livremente* manifestado por uma comunidade de homens autônomos e conscientes. Existem diferentes graus e intensidades de adesão e consenso ao Estado e, nessa medida, existem também diversas maneiras de manipular a obtenção dessa adesão, sendo legítimo o Estado cujo consenso tem condições de ser manifestado mais livremente. Destarte, é fundamental integrar nessa definição o aspecto de *valor*, elemento constitutivo do fenômeno. Bobbio afirma que a legitimidade do Estado é uma situação nunca plenamente concretizada na história, a não ser como aspiração, e que um Estado será mais ou menos legítimo à medida que torna real o *valor* de um consenso livremente manifestado por parte de uma comunidade de homens autônomos e conscientes²⁵.

280

Tal como no sentido específico da ciência política, legitimidade, na visão clássica do direito, tem a ver com a ideia de aceitação social e consenso. De certa maneira, seria a correspondência aos sentimentos dos participantes da vida social, ou seja, a adequação do direito em vigor com os ideais democráticos e anseios sociais. Tratar-se-ia, portanto, de uma referência a uma ordem de valores, numa visão de mundo historicamente situada. Aliás, o fundamento de uma ordem jurídica é, no plano filosófico, o valor ou o complexo de valores que legitima a ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade. Uma regra jurídica tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido e necessário à coletividade. A carga ideológica das opções valorativas é inegável e deve ser

²⁴ Norberto Bobbio esclarece que na linguagem comum, o termo “legitimidade” possui dois significados, um genérico e um específico. Em seu sentido genérico, legitimidade aproxima-se da ideia de justiça e racionalidade, daí falar-se em “legitimidade” de uma decisão, de uma atitude etc. Já o sentido específico de legitimidade é objeto de estudo da ciência política, analisando-se o Estado. Destarte, as considerações contidas no presente trabalho estarão em consonância com o sentido específico do termo (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. v. 1, p. 675). Ver também: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 163.

²⁵ Cf. BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, op. cit., p. 678-679.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 269-304, jul./dez. 2013

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

revelada. O suporte axiológico deve ser buscado no quadro normativo vigente a partir do texto e do contexto das normas jurídicas, mormente as constitucionais²⁶.

Na seara do direito, a legitimidade é uma qualidade positiva que implica a correspondência à expectativa que dele têm seus sujeitos, os que formam a sociedade e adotam o ordenamento jurídico. Contudo, tal como na ciência política, a concepção de legitimidade não pode dar a noção de passividade, subalternidade, sujeição ou mera concordância. Legitimidade não se coaduna com indivíduos que se limitam a simplesmente concordar com as normas ou serem obrigados à observância destas. A concepção de legitimidade é plenamente compatível com as noções ativas de *participação social e identificação*, com íntima relação nos processos de feitura de normas e de decisões políticas fundamentais.

Destarte, legitimidade e participação social englobam dois aspectos: formal (modo de definir valores) e material (definição do conteúdo dos valores). Rothenburg assevera que a norma jurídica é legítima, ou seja, dotada de legitimidade, quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado. A legitimidade, portanto, seria um conceito material, ao passo que a legalidade seria um conceito formal²⁷.

No âmbito dos valores plasmados no atual quadro constitucional vigente no Brasil (e na maioria dos países), existe clara opção social pelo regime democrático. Nesse sentido, o fundamento, a atuação e a finalidade do ordenamento jurídico da comunidade devem orientar-se de acordo com os sentimentos e expectativas *livremente* expressados pelos participantes. Como consequência, exclui-se a possibilidade de legitimar o poder de ordenação social por meio do uso da força. O poder político não é um fenômeno de força, não se apoia na violência, mas no livre-consentimento, na livre-adesão e no reconhecimento de grande parte de cidadãos a ele sujeitos, em fatores, portanto, de consciência, naquela eficácia psicológica que um sistema de normas, consubstanciando um programa de vida em comum, exerce sobre a alma dos seres humanos. Portanto, é preciso que essa legitimidade derive do livre-acordo, que seja consensual e participativa no âmbito da comunidade²⁸.

281

²⁶ Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 2005. p. 96.

²⁷ Cf. *ibidem*, p. 97.

²⁸ Cf. *ibidem*, p. 99-100. Humberto Dalla Bernardina de Pinho ressalta que há distinções entre essa legitimidade político-social com a legitimidade jurídica, asseverando que o ponto de contato entre ambas reside na justificação do exercício do poder (Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 173).

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

Porém, esse livre-consenso é relativo, pois não é unânime e tampouco eterno. Nas sociedades modernas, pluralistas, existem diferentes visões e interesses que atuam legitimamente no espaço público e em busca da realização de seus valores e intenções. Essa atuação é essencial para a legitimidade e efetividade das normas jurídicas, mormente as constitucionais. O consenso deriva de conflitos e compromissos entre os participantes da vida social.

Os órgãos do sistema de justiça, por sua vez, por não serem eleitos mediante voto, são encarregados do zelo e eficácia social das normas jurídicas, desempenhando relevante papel na obtenção e manutenção do consenso, pois lhes compete traduzir, em termos jurídicos, as opções políticas que lhes são submetidas e que lhes podem ter sido deliberadamente deixadas pelas instâncias políticas que não conseguiram obter o consenso e a autoridade necessários para mantê-las. Os atores do sistema de justiça sensibilizam o espírito constitucional de órgãos e cidadãos e desempenham, mediante sua interpretação e aplicação, nos processos pluralistas de composição de interesses, uma função pacificadora, mantenedora e promotora de consenso²⁹.

Diante dessas premissas, Rothenburg³⁰ assevera que a legitimidade apenas pode ser compreendida sob uma perspectiva que transcende uma concepção meramente formalista do fenômeno jurídico, sendo necessário ir além, adentrar na realidade social e na sua fundamentação. Portanto, a análise da legitimidade nunca poderá ser estática, pois a realidade social é cambiante, e a legitimidade precisa passar por um teste de acompanhamento e renovar-se constantemente, sob pena de caracterizar-se por uma ilegitimidade superveniente.

282

Por sua vez, a democracia relaciona-se umbilicalmente com a legitimidade. Democracia e legitimidade são conceitos de recíproca e permanente implicação, pois na democracia existe a expectativa social de que o poder seja exercido levando em consideração os anseios populares. Em regra, a legitimidade democrática é feita mediante a decisão da maioria dos sujeitos que irão lidar com o objeto da decisão. Portanto, em geral, a vontade da maioria é o meio pelo qual se chega ao consenso.

Todavia, uma compreensão mais profunda da democracia revela uma maior complexidade na análise da obtenção do consenso. É preciso garantir mecanismos efetivos de participação individual e dos grupos interessados nos debates que antecedem as decisões. É preciso vedar uma ditadura da maioria. A democracia precisa reservar o devido espaço para a participação democrática das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis, a fim de que sejam minorados os quadros de exclusão e desigualdade, que não se coadunam com a ideia de democracia.

²⁹ Com base nas ideias de ROTHENBURG, op. cit., p. 101-102.

³⁰ Cf. *ibidem*, p. 97.

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

A essência da democracia constitucional é a possibilidade de ampla participação no processo político e econômico por todos os grupos pluralistas³¹. A democracia deve admitir o pluralismo existente no meio social e possibilitar meios justos de composição de conflitos que inexoravelmente emergem do convívio social, em decorrência da multiplicidade de interesses em jogo. Esse pluralismo significa aceitar a convivência em sociedade de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais e econômicos, culturais e ideológicos. O Estado admite essa sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos, para, em seguida, construir processos dialógicos que permitam solucionar, com justiça, os inexoráveis conflitos sociais mediante a oportunidade de efetiva participação dos grupos plurais nesses processos decisórios. José Afonso da Silva analisa ser necessária essa compatibilização entre a sociabilidade e o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis³².

Flavia Piovesan assevera que a atual Constituição Federal apresenta o maior grau de legitimidade popular entre todas as constituições brasileiras justamente por ter assegurado, mediante o grande número de apreciação de emendas, a participação popular no seu processo de elaboração³³. Thais A. Soares ressalta que no Brasil, após o processo de abertura política ocorrido nos anos de 1980, em especial depois do advento da Constituição Federal de 1988, intensificou-se a participação social nos processos decisórios, fator que pode robustecer a legitimidade das escolhas institucionais³⁴. Nesse contexto, as instituições democráticas precisam acolher tais mudanças e cambiar suas posturas no sentido de permitir maior interação e participação social.

283

³¹ Cf. LOEWENSTEIN, op. cit., p. 424.

³² Cf. SILVA, op. cit., p. 147.

³³ Cf. PIOVESAN, Flavia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, ano 1, n. 1, jul./dez. 2008, p. 162. Em sentido diverso, Oscar Vilhena Vieira comenta que a atual Constituição, por contemplar múltiplos grupos de interesses presentes no processo constituinte, bem como a intensa participação da sociedade geraram um documento que abrigou interesses distintos ou mesmo contrapostos. Isso gerou uma Constituição assimétrica no reconhecimento de direitos, na proteção de interesses e mesmo na preservação de esferas de poder. Assim, a Constituição brasileira procurou satisfazer os diversos setores organizados da sociedade, ainda que de forma não simétrica, transferindo para o sistema político e para o Judiciário a responsabilidade de sua concretização ao longo do tempo (Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Do compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente. In: DIMOULIS, Dimitri; GLEZER, Rubens Eduardo; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto et al. (Org.). *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. Livro Eletrônico. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/-10959/Resili%C3%A2ncia%20constitucional.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 08 set. 2013).

³⁴ Cf. SOARES, Thais A. A atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo: a construção de um modelo inovador. In: HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo (Org.). *A Defensoria Pública do Estado de São Paulo: por um acesso democrático à justiça*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 193-194.

Aliás, essa otimização da participação social pode se revelar um poderoso antídoto para a atual crise de legitimidade da democracia representativa. Por meio de um efetivo resgate e aprimoramento dos mecanismos de democracia participativa, pode-se obter maior consonância e equilíbrio entre a vontade da sociedade civil e a dos poderes constituídos.

Boaventura de Sousa Santos³⁵ harmoniza sua voz com a de inúmeros pensadores³⁶ no sentido da necessidade de fortalecimento dos mecanismos da democracia participativa para contrabalançar as injustiças decorrentes dessa crise da democracia representativa que em muito prejudica o real detentor do poder: o povo. Esse necessário fortalecimento da participação do povo na condução das decisões estatais rompe com a reacionária concepção de democracia elitista. Os defensores dessa ideia postulam que a “democracia possível” na realidade seria um governo cujas decisões seriam tomadas por uma elite teoricamente mais apta para o bom exercício das funções estatais. Ou seja, não seria razoável que o povo decidisse sobre todas as questões estatais por não ter capacidade para tanto³⁷. Sobre isso, Marilena Chauí denuncia o papel da imprensa conservadora em explorar a “ignorância” ou “incultura” do povo para:

[...] justificar a necessidade de dirigi-lo do alto e, sobretudo, para identificar a possível consciência da dominação com o irracional, visto que lutar contra ela [a imprensa] seria lutar contra a verdade (o racional) fornecida pelo conhecimento. [...] o discurso sábio e culto, enquanto discurso do universal, pretende unificar e homogeneizar o social e o

³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Revista Caros Amigos*, São Paulo, ano 7, n. 78, set. 2003, p. 34-38. Ver também: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 270-276.

³⁶ Entre eles, Amartya Sen argumenta que na filosofia política contemporânea há ampla aceitação da ideia da democracia como “governo por meio do debate” (ver: SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 358). Por sua vez, Ana Rita Vieira Albuquerque acresce, com base em Habermas, que hoje se defende a ideia de “democracia deliberativa”, cuja força consiste na legitimação das decisões a partir da esfera pública pluralista, ampliando-se o alcance da cidadania, uma vez que esta não ficaria limitada a participação política. Como alternativa à democracia deliberativa, aponta as ideias da filósofa Iris M. Young, que defende a “democracia comunicativa”, cujos participantes partem com diferenças de cultura, perspectivas e interesses, mas com o objetivo de localizar ou criar interesses comuns que todos possam compartilhar (Cf. ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. A concretização dos direitos fundamentais sociais através da Defensoria Pública: para além dos conflitos de interesses. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. *Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/09*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 305).

³⁷ Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972, passim e *Reconstrução da democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979, passim. Dallari explica que os defensores desta concepção afirmam que “o povo é julgado incapaz de uma participação consciente, devendo ser afastado das decisões, ficando estas a cargo de indivíduos mais preparados, capazes de escolher racionalmente o que mais convém ao povo” (DALLARI, op. cit., p. 303).

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

político, apagando a existência efetiva das contradições e das divisões que se exprimem como luta de classes³⁸.

Conforme explica José Afonso da Silva, a tese da democracia elitista deve ser refutada, pois transforma em pressupostos os objetivos da democracia. Ou seja, educação, nível de cultura e autonomia de pensamento não constituem pressupostos para o exercício da democracia, mas seus objetivos: “a democracia não precisa de pressupostos especiais. Basta a existência de uma sociedade. Se seu governo emana do povo, é democrática; se não, não o é”³⁹. Nesse diapasão, ensina Dallari:

[...] a democracia é autogoverno, e exige que os próprios governados decidam sobre as diretrizes políticas fundamentais do Estado. O argumento de que o povo é incapaz de uma decisão inteligente não pode ser aceito, porque contém o pressuposto de que alguém está decidindo se a orientação será considerada boa ou má de acordo com as preferências de quem a estiver julgando⁴⁰.

Portanto, a democracia elitista estrutura-se na desigualdade, o que contradiz o fim último da democracia, que é a igualdade substancial. Com efeito, o sistema democrático não admite a extrema desigualdade entre as diferentes classes sociais, mas tão somente o pluralismo existente na sociedade e a consequente existência de relativas desigualdades, decorrentes da diferença de mérito individual e de contextos culturais. No entanto, a todos devem ser conferidas igualdade de oportunidades como meio de se corrigirem as injustiças existentes “desde o ponto de partida” das vidas dos seres humanos. Destarte, não se deve conceber a democracia como “um conceito estático, absoluto, como algo que há que se instaurar de uma vez e assim perdurar para sempre”⁴¹.

A democracia é um processo dialético que a cada etapa de sua evolução incorpora novos conteúdos, enriquecendo-se de novos valores. Assim, a atual crise da democracia representativa irá determinar a construção de novas metodologias para aperfeiçoamento do princípio democrático⁴², a fim de que os

285

³⁸ CHAUÍ, Marilena. Cultura e democracia: discurso competente e outras falas, apud, FELINTO, Marilene. Os juízes de Lula e o pesadelo da imprensa. *Revista Caros Amigos*, São Paulo, ano 7, n. 77, ago. 2003, p. 7.

³⁹ SILVA, op. cit., p. 132.

⁴⁰ DALLARI, op. cit., p. 304.

⁴¹ SILVA, op. cit., p. 133.

⁴² Existem autores que indagam: “Em relação à democracia representativa, será esse um momento de crise ou de oportunidade para o aperfeiçoamento do sistema democrático?” Pode-se adotar uma postura de aproveitar esse momento para a adoção de inovações que tornem o Estado mais permeável, transparente, autônomo e forte, sujeito com mais intensidade às demandas populares (Cf. MELLO, Leonardo; SILVA, Júlio. Participação e democracia: além de um jogo de palavras. *Democracia Viva*, Rio de Janeiro, n. 18. set./out. 2003, p. 73, apud, CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. *Uma fenda na justiça*: as inovações democráticas construídas na Defensoria Pública. São Paulo: Hucitec, 2010. p. 180-181).

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

processos decisórios estatais estejam cada vez mais próximos da vontade popular. Essa é a concepção também de Cândido Rangel Dinamarco:

Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de *influência* sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia⁴³.

O atual momento de crise da democracia representativa pode se revelar como uma excelente oportunidade para o surgimento e desenvolvimento de importantes e inovadores mecanismos que fomentem e qualifiquem a participação social nas decisões estatais. Por consequência, tais inovações podem transformar o atual modelo estatal, tornando-o mais transparente e permeável à prestação de contas e ao diálogo com a sociedade. Nesse sentido, o fortalecimento dos instrumentos de democracia participativa podem viabilizar maior interação e participação social na construção das decisões políticas fundamentais, robustecendo a combatida legitimidade democrática dos poderes constituídos. E, por meio dessa mudança de postura da própria sociedade, também será aberto campo para o recrudescimento da maior conscientização sobre os direitos e deveres, bem como sobre o exercício ativo da cidadania⁴⁴, qualificando ainda mais a participação popular. Conforme defende Susana Henrique da Costa:

Com a democratização das instituições brasileiras, ocorrida depois de um longo período autoritário, a participação popular, por meio do exercício da cidadania, desponta como importante mecanismo de definição dos objetivos do Estado. Refletindo essa tendência, o nosso ordenamento jurídico previu uma série de fóruns de debates populares (conselhos, audiências etc.) que objetivam propiciar alguma sorte de controle da atividade estatal, mas também e principalmente, discutir

286

⁴³ DINAMARCO, op. cit., p. 201-202. Nesse mesmo sentido, assevera Canotilho: “[...] o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder (art. 2º), a participação democrática dos cidadãos (art. 9º/c), o reconhecimento constitucional da participação directa e activa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático (art. 109º) e aprofundamento da democracia participativa (art. 2º)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 288).

⁴⁴ Rubens Naves defende que a promoção da cidadania depende do poder do Estado em implementar políticas públicas, assegurando a todos os brasileiros o exercício de seus direitos. Compreender o significado da cidadania, a seu ver, seria a capacidade de entendimento da relação que se estabelece entre o indivíduo e o setor público (Cf. Novas possibilidades para o exercício da cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2013. p. 545).

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

alternativas de atuação e finalidades a serem alcançadas em determinados serviços públicos ou segmentos sociais (meio ambiente, urbanismo, criança e adolescente, idosos, saúde, dentre outras). A conscientização e a participação da sociedade civil é uma meta do Estado moderno e sua concretização é apontada como essencial para a realização de mudanças necessárias e imperativas na realidade pátria⁴⁵.

Ana Rita Vieira Albuquerque defende que a realidade social atual impõe a construção de uma esfera pública pluralista fundada na generalização da cidadania, inclusive com o objetivo de superar o mito do Estado forte e dos particularismos que ainda predominam na esfera econômica⁴⁶. Para tanto, defende o enfrentamento não apenas da injustiça social, mas também da injustiça cultural, dos preconceitos, mediante uma política de reconhecimento. Paralelamente, defende que haja um fomento à maior participação social nas decisões, tendo os atores do sistema de justiça um papel-chave nesse tema:

É necessário que se aperfeiçoe a representação direta nas demandas populares para a formulação de políticas públicas. A criação de Conselhos Populares do Meio Ambiente e Comitês de Bacias Hidrográficas são exemplos da necessidade de informação e participação da comunidade local na tomada de decisões para a implantação de políticas públicas mais democráticas e coerentes. Os espaços abertos através da Defensoria Pública para a informação e proteção de minorias vulneráveis e populações tradicionais significam uma tentativa de aumentar a participação de diferentes atores sociais na construção da cidadania ou da democracia participativa⁴⁷.

Marcelo Pedroso Goulart⁴⁸ assevera que a democracia moderna deve caminhar para otimizar o espaço de participação popular na esfera política. Daí se falar em democracia como um projeto histórico substancial de uma sociedade fundada em relações sociais participativas e igualitárias. Nesse sentido, a concretização do projeto democrático deve caminhar para a inversão do processo de concentração do poder político e econômico, com a ampliação dos espaços de participação popular na tomada de decisões nessas duas esferas.

⁴⁵ COSTA, Susana Henrique da. A participação popular nas escolhas públicas por meio do Poder Judiciário: o papel das ações coletivas. In: LIVIANU, Roberto (Coord.). *Justiça, cidadania e democracia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo – Ministério Público Democrático, 2006. p. 199.

⁴⁶ Cf. ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. A concretização dos direitos fundamentais sociais através da Defensoria Pública: para além dos conflitos de interesses. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *Uma nova defensoria pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/09*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 306.

⁴⁷ Ibidem, p. 307.

⁴⁸ GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 105.

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

As reflexões teóricas acima delineadas podem encontrar fértil terreno para aplicação fática. Em termos práticos, poder-se-ia pensar em alargar o espectro de decisão dos processos eleitorais brasileiros. A cada dois anos, renova-se o ciclo de eleições, pois nesse período ocorrem as eleições municipais e dois anos mais tarde as eleições presidenciais. Nesse sentido, já que haverá imenso gasto de dinheiro público para que a sociedade responda a cinco questões (presidente da república, senador, deputado federal, governador estadual e deputado estadual), por que não se aproveita a ocasião para fazer outras perguntas ao povo e deixar que ele decida diretamente questões importantes, como o voto secreto ou aberto de seus representantes no parlamento, financiamento público de campanha, aborto de feto anencéfalo etc.? Será que delegar alguns relevantes temas para a decisão direta da sociedade não poderia robustecer a legitimidade das escolhas?

Por fim, além da necessidade de ampliação da participação popular como contraponto à concepção de democracia elitista e à crise da democracia representativa, essa participação social nos destinos das políticas e na construção da cidadania há de ser qualificada. Nesse sentido, torna-se necessário um olhar para a atuação dos atores do sistema de justiça nesse contexto. Um primeiro passo seria a socialização dos conhecimentos e saberes dos operadores do direito, em consonância com a função social de suas respectivas profissões, compartilhando com os setores populacionais historicamente alijados dos processos inclusivos temas que estes não problematizam em suas escolas, mediante, por exemplo, projetos de educação em direitos que possam conscientizá-los sobre seus direitos sociais e políticos, robustecendo o conhecimento e a conscientização sobre os elementos-chave da cidadania e, assim, fortalecer o regime democrático, em harmonia com os preceitos constitucionais que determinam a erradicação da marginalização e o combate às desigualdades sociais e regionais.

Porém, como se verá no tópico a seguir, não são poucos os desafios frente aos atores do sistema de justiça.

O DESAFIO DA CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA FRENTE AOS ATORES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

“Numa república estruturada em bases democráticas, os cidadãos têm o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis e honestos.”

(Celso de Mello, ministro do Superior Tribunal Federal)

Ainda que desprovida da intensidade ideal, as funções do poder estatal conhecidas como legislativa e executiva estão mais habituadas à participação da sociedade civil em suas decisões. Quando da formulação das políticas públicas, a sociedade civil precisa contar com mecanismos eficientes de participação a fim de que elas contem com a esperada legitimidade. A construção de políticas públicas é um processo contínuo e que envolve várias fases, entre elas, a elaboração

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 269-304, jul./dez. 2013

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

da agenda, sua formulação, implementação e sua avaliação. Interdependentes, essas fases do processo são fortemente influenciadas pela cultura política vigente e pela ação de grupos de interesses. Cabe aos detentores do poder decisório ofertar e estimular a realização de audiências públicas, seminários e reuniões de trabalho abertas à participação e ao diálogo social, a fim de se criar ambiente propício para a interação com o povo, mediante troca de informações e debates entre os parlamentares e os diversos grupos de interesse e a sociedade civil não organizada. Essa alteridade é chave para o robustecimento da legitimidade democrática que deve pautar as escolhas dos representantes populares.

Some-se a esse contexto que tanto o Executivo quanto o Legislativo, em suas diversas áreas de atuação, estão, e quase sempre estiveram, sujeitos à eleição, perda, cassação ou não renovação de mandato, *impeachment* etc., fatores que contribuíram, e contribuem, para essa interação com a sociedade civil na medida em que estão sob o influxo das pressões populares. Portanto, tais funções amoldaram-se à participação e fiscalização social, haja vista ser a sociedade constantemente fomentada a votar, protestar, participar de reuniões, audiências públicas, colaborar na construção de políticas públicas etc.

Contudo, o Judiciário e os demais atores do sistema de justiça não estão envoltos a esse contato com a sociedade civil organizada. Tradicionalmente, o sistema de justiça tem poucos e ineficientes mecanismos de fiscalização e acompanhamento da atuação de suas instituições, sob o pretexto de que tais instrumentos poderiam configurar indevidas ingerências ao seu bom funcionamento. Por consequência, o sistema de justiça adquiriu feição hermética, distante e avessa à participação popular direta. Muitos são os obstáculos ao fomento dessa participação social, entre eles a composição elitista do sistema de justiça, a formação excessivamente legalista e dogmática dos operadores do direito, as vestimentas e estruturas prediais, a linguagem de difícil compreensão para o público em geral etc.

No que tange à linguagem comumente utilizada pelos operadores do direito, que caracteriza o cotidiano do Judiciário, esta se revela inacessível mormente à população de baixa renda, servindo como um agravador na hierarquização que muitas vezes é identificada na relação entre esses operadores e a população hipossuficiente. Muitos profissionais do sistema de justiça não se preocupam em estabelecer meios de diálogo que permitam maior conexão com a população: além da linguagem, ressalte-se que o próprio ritual do Judiciário exaspera esse distanciamento, mediante o uso de vestimentas e adoção de formalidades que dificultam a compreensão do público leigo⁴⁹, sem contar a suntuosidade das

⁴⁹ Nesse sentido, ver GARAPON, Antoine. *O Juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 61.

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

construções físicas, com seus “infinitos” e “labirínticos” corredores e gabinetes. Destarte, urge uma maior aproximação da população ao sistema de justiça, envolvendo-a no cotidiano do funcionamento do direito, o que contribuirá para maior difusão do conhecimento jurídico e, por via reflexa, para um exercício da cidadania com maior consciência.

Essa discussão sobre o encurtamento da reconhecida distância social e a necessária aproximação do sistema de justiça à população amolda-se ao contexto pós-Constituição Federal de 1988, no qual foi possível verificar várias propostas e estratégias de democratização institucional, como os Juizados Especiais. Em São Paulo, citem-se, como exemplo dessa política de descentralização de serviços, os CICs (Centros de Integração da Cidadania) e os CRAVIs (Centros de Referência e Apoio às Vítimas de Violência), equipamentos que dialogam com o sistema de justiça em locais estrategicamente próximos ao público-alvo, com atendimento jurídico e interdisciplinar⁵⁰.

290

Cabe aos atores do sistema de justiça romper com essa tradicional lógica sistêmica de distanciamento social para incorporar em sua concepção, estrutura e forma de atuação o fomento à participação popular mediante mecanismos que viabilizam escuta qualificada e interação, o que poderá trazer efetiva inovação em sua legitimidade de atuação. Tais concepções são bem mais palatáveis para a atuação do Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia, Universidades e Faculdades de Direito etc., mas nem tanto para o Judiciário, haja vista a tradicional concepção de afastamento social como condição de manutenção de sua imparcialidade. Entretanto, aos poucos, tal concepção vem se alterando em busca de se alcançar um fortalecimento da legitimidade da atuação do sistema de justiça.

A sociedade atual é altamente estratificada, pluralista, com múltiplos e antagônicos interesses em conflito. Desde o final da revolução industrial, emergiu-se uma sociedade de massa, cujos conflitos, também de massa, não antes previstos nas leis, fizeram com que adviessem leis inovadoras para a tutela dos interesses transindividuais e, com isso, mudanças foram exigidas na postura do Judiciário⁵¹. A construção liberal de um juiz distante e não inserido no meio social como meio de garantir sua isenção não mais se amolda aos tempos atuais⁵².

⁵⁰ Cf. SOARES, Thais A. A atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo: a construção de um modelo inovador. In: HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo (Org.), op. cit., p. 180-183. Ver também: GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Assistência jurídica pública: direitos humanos e políticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 82-84.

⁵¹ Ver: LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 30, 38 e 136. Ver também MACHADO, Antonio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 116.

⁵² Ver, nesse sentido, GARAPON, op. cit., p. 241.

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

A imparcialidade deve ser mantida, mas isso não significa que o juiz deva ser neutro e indiferente na marcha processual e na produção de resultados socialmente justos. Essa postura proativa judicial, consoante aos atuais tempos, é compartilhada por Dinamarco:

Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo – eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar. Entram aí as convicções sociopolíticas do juiz, que não de refletir as aspirações da própria sociedade; o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, por que pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito. O juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença⁵³.

O Judiciário, historicamente, não está habituado a ouvir a população para legitimar suas decisões. Porém, é possível observar, ainda que timidamente, algumas mudanças de posturas no sentido de ao menos ouvir a sociedade antes de decidir. Portanto, além de ouvir as partes processuais, o Judiciário caminha no sentido de consultar a sociedade antes de proferir sua decisão final. Essa consulta não visa a turbar a necessária imparcialidade, mas tem o intuito de convidar a sociedade civil a participar do debate mediante sua oitiva qualificada, fato que resultará em maior legitimidade das decisões.

A título de exemplo, cite-se o tema da oferta de creches na cidade de São Paulo. A falta de vagas foi objeto de uma ação civil pública proposta por entidades do terceiro setor que atuam na área do direito à educação. A Defensoria Pública e o Ministério Público estaduais manifestaram-se nos autos, convidados como entidades interessadas em debater e acompanhar a garantia do número de vagas suficientes para o atendimento da demanda na capital do Estado.

Além dessa oportunidade de debate “endoprocessual”, ocorreram sucessivas reuniões entre os interessados, com a participação do Judiciário, secretaria municipal de educação, promotores de justiça e defensores públicos, além de uma *audiência pública ocorrida na sede do Tribunal de Justiça paulista* para ampliar o alcance do debate acerca do tema. Somente após todo esse processo de problematização da questão sobreveio a decisão, em dezembro de 2013, determinando

⁵³ DINAMARCO, op. cit., p. 231.

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

ao Município de São Paulo a criação de 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas da Capital nos próximos três anos.

Esse instrumento de oitiva de entidades especializadas e autoridades de um dado assunto há muito é utilizado pelo STF, mas a inovação da iniciativa do Tribunal de Justiça paulista é um importante marco para que a sociedade civil organizada e não organizada coloquem seu ponto de vista diretamente aos julgadores. Essa oportunidade de direta interação com a população robustece a legitimidade democrática das decisões judiciais.

Talvez o Judiciário assim esteja agindo ao ver os demais atores do sistema de justiça, pois se as mudanças vêm ocorrendo no Poder Judiciário, acontecem com muito mais veemência com outros atores, tais como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Marcelo Pedroso Goulart, ao discorrer sobre o Ministério Público, em reflexão que, *mutatis mutandis*, pode muito bem ser relacionada com a atuação da Defensoria Pública, assevera que o momento e as demandas atuais exigem mudanças na atuação institucional e, assim, aquele promotor de justiça que outrora tinha atuação *receptiva* de demandas, aguardando comodamente em seu gabinete que as demandas chegassem ao seu conhecimento, dá lugar a um outro profissional que, por sua vez, deve diligenciar *proativamente* na solução dos problemas. Destarte, se antigamente o Ministério Público, após reunir elementos, limitava-se a postular perante o Judiciário, em atuação meramente *judiciária*, passa a assumir postura proativa, adotando soluções *jurídicas e extrajudiciais*, valendo-se do auxílio do Judiciário quando esgotados os demais modos de solução de conflitos, fato que estimula a inovação e criatividade institucional na construção de respostas e soluções. Assim, deixa de ser mero *agente processual* para atuar como verdadeiro *agente político de concretização de políticas públicas*.⁵⁴

Nesse sentido, a título de exemplo, cite-se o plantão judiciário instalado, em 2013, nas dependências do CRATOD (Centro de Referência de Álcool, Tabaco e Outras Drogas), na cidade de São Paulo. A fim de melhor atender a população (pacientes e seus familiares) no que tange ao tema das drogas, o Poder Judiciário celebrou parceria com o Governo Estadual e contou com a colaboração do Ministério Público, OAB e Defensoria Pública. Ao invés de se limitarem a judicializar demandas, os atores, mormente os promotores de justiça e defensores públicos, realizaram atendimento jurídico *interdisciplinar* em prol da população, levando ao Judiciário apenas os casos que o poder público voluntariamente não solucionava de modo eficaz. Dessa maneira, como agentes políticos de concretização de políticas públicas, atuaram extrajudicialmente no acionamento e otimização da articulação da rede estadual e municipal para garantir melhor atendimento à população sem necessariamente acionar o Judiciário.

⁵⁴ GOULART, op. cit., p. 81-83 e 116-121.

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

Ainda sobre o Ministério Público, há quem defenda que ele deve atuar como Ouvidor do povo, sintoma da atual concepção de democracia na medida em que o Estado Social, como resultado das lutas e conquistas das classes trabalhadoras, precisa contar com ampla participação social na política. Por isso, a atual democracia carece de mecanismos de controle social das políticas públicas, mecanismos esses que também são resultados do processo de socialização da política. Esse processo de aprofundamento da democracia, marcado pela progressiva ampliação da participação popular e pela extensão de direitos, poderá apresentar o almejado robustecimento da legitimidade democrática estatal. Uma das formas de exercício desse controle social é por meio da figura do *ombudsman* ou defensor do povo, agente inspirado na antiga figura sueca do Comissário Supremo do Rei⁵⁵. Nesse sentido, no Brasil, outorgou-se ao Ministério Público essa função de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, nos termos do art. 129, II, da Lei Maior. Portanto, cabe a esta instituição realizar diagnósticos, estabelecer metas, planejar ações, visitar equipamentos, promover audiências públicas, reunir-se periodicamente com os responsáveis pela direção dos serviços etc. Caso, na prática, o Ministério Público não faça tais imprescindíveis misteres, deve contar com eficiente Ouvidoria para colher as diretas manifestações dos cidadãos sobre sua atuação e, assim, otimizar o desempenho de suas atividades e melhor legitimar sua missão frente à população.

293

No que tange à Defensoria Pública, a interação com a sociedade também se faz presente, fruto de um desejo da própria população. Nesse sentido, cite-se o exemplo da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. A lei estadual⁵⁶ que criou essa instituição não foi fruto da benevolência estatal, mas consequência da reivindicação de mais de quatrocentas entidades da sociedade civil que lutaram por décadas nesse sentido. Justamente por causa desse diálogo com a sociedade, a lei paulista conta com ao menos três grandes instrumentos que permitem intensa participação social nos destinos da instituição, quais sejam, (1) o Momento Aberto nas sessões do Conselho Superior da Defensoria Pública (CSDP), (2) a Ouvidoria externa e (3) “Ciclo de Conferências”, contrariando o legado do sistema de justiça brasileiro, medida que inovou o cenário jurídico ao estabelecer hipóteses de democracia participativa em seu funcionamento, em clara consonância com a visão moderna do princípio democrático⁵⁷.

No que tange ao supramencionado primeiro instrumento, esclareça-se que o Conselho Superior da Defensoria Pública (CSDP), nos termos do art. 31 da

⁵⁵ Cf. Idem, *ibidem*, p. 171-173.

⁵⁶ Lei Complementar Estadual (LCE) n. 988, de 09 de janeiro de 2006, que passará a ser designada, no presente trabalho, como LCE n. 988/2006.

⁵⁷ Sobre o assunto, ver: CARDOSO, op. cit., *passim* e HADDAD, op. cit., *passim*.

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

LCE n. 988/2006, é o órgão deliberativo máximo da instituição, composto majoritariamente por defensores públicos eleitos pelos seus pares, funcionando como uma espécie de poder legislativo interno⁵⁸. Ordinariamente, o CSDP reúne-se uma vez por semana, em sessões públicas e abertas ao público, com registro escrito do teor das reuniões. O estreito contato que os primeiros defensores públicos mantiveram com a sociedade civil organizada desde antes do advento da Defensoria fortaleceu a convicção sobre a necessidade de constantes oitivas da população sobre a eleição de prioridades e construção da política institucional de atuação. Destarte, o modelo organizacional foi desenhado para permitir a continuidade da direta e desburocrática manifestação popular aos principais dirigentes institucionais.

Nesse sentido, o art. 29, § 4º, da LCE n. 988/2006, previu a possibilidade de, durante as sessões públicas do CSDP, ser franqueada a palavra a qualquer pessoa. Essa possibilidade passou a ser chamada de “Momento Aberto” e ocorre em todas as sessões públicas do CSDP, uma vez por semana, viabilizando contato direto da população junto à instituição. Assim, qualquer pessoa poderá expor um assunto que julgue relevante para os rumos institucionais e sobre uma demanda a ser tutelada. O “Momento Aberto” ocorre desde junho de 2006 e, desde então, vem sendo fomentada maior participação social, a fim de que seja efetivado esse importante meio de debate e fonte de informações relevantes sobre a situação prática em muitas localidades do Estado.

294

O direito à voz e ao diálogo direto com a população, sem maiores burocracias e formalidades, constitui claro canal de democracia participativa, em reforço da legitimidade da instituição perante a sociedade civil, que tanto se mobilizou pela criação e estruturação da carreira. Dessa maneira, qualquer pessoa do povo pode levar diretamente seu pleito para o conhecimento dos conselheiros da Defensoria paulista e toda a cúpula da instituição. Trata-se de importante mecanismo de integração entre a Defensoria e a sociedade civil, numa política de abertura e acesso às instituições que compõem o sistema de justiça, historicamente hermético e alheio a formas de participação social. Desde o surgimento da Defensoria, é muito frequente a presença de representantes de entidades sociais nas reuniões fazendo o uso desse importante instrumento. Movimentos sociais de defesa dos direitos humanos, da criança e adolescente, dos idosos, das mulheres, dos negros, da diversidade sexual, da moradia, das questões ambientais etc. sempre levam seus pleitos, críticas, sugestões, contribuindo decisivamente para um melhor diagnóstico da atuação e formulação de mudanças nas diretrizes institucionais, além de melhor legitimar as escolhas da instituição.

⁵⁸ Conforme dispõe o inc. III, do art. 31, da LCE n. 988/2006, ao CSDP compete “exercer o poder normativo no âmbito da Defensoria Pública do Estado”. Thais A. Soares denomina o CSDP como a “alma da Defensoria Pública” (Cf. SOARES, Thais A. A atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo: a construção de um modelo inovador. In: HADDAD, op. cit., p. 208).

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

No que tange ao segundo instrumento, qual seja, a Ouvidoria externa, a Defensoria Pública paulista foi a primeira instituição do sistema de justiça brasileiro a ter uma Ouvidoria externa em sua estrutura, colocando-a como um canal de permanente contato com a sociedade⁵⁹. Nos termos do art. 36 da LCE n. 988/2006, a Ouvidoria-Geral constitui órgão superior da Defensoria Pública de São Paulo, com assento no CSDP, embora sem direito a voto, devendo participar da gestão e fiscalização da instituição e de seus membros e servidores. A inovação vem disposta no art. 37 da mesma lei, que estatui:

Art. 37. O Ouvidor-Geral será nomeado pelo Governador do Estado, dentre os indicados em lista tríplice organizada pelo Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana – CONDEPE, para mandato de 02 (dois) anos, permitida uma recondução, respeitado o mesmo procedimento.

Dessa maneira, conclui-se que o Ouvidor-Geral não é membro da Defensoria Pública e nem pode ser, nos termos do § 4º desse mesmo artigo, daí se dizer que a Ouvidoria é externa, pois ele será indicado pela sociedade civil organizada. A sociedade civil, portanto, está representada por meio da Ouvidoria-Geral da Defensoria, que, por sua vez, tem como finalidade não só ouvir a sociedade, mas também ampliar o contato com a população mediante o acompanhamento dos trabalhos institucionais e encaminhamento das manifestações dos cidadãos acerca do trabalho da Defensoria, constituindo canal permanente de comunicação com a sociedade civil.

A previsão de uma Ouvidoria externa, composta por representantes advindos de fora da carreira, constitui inovador mecanismo de controle e participação social e que, por sua vez, gera um novo referencial não apenas para as Defensorias⁶⁰, mas para todo o sistema de justiça. Outrossim, passa-se a mensagem à sociedade de que além da Corregedoria da instituição, composta por defensores públicos, existe um outro mecanismo de fiscalização e acompanhamento do trabalho institucional, composto por integrantes de fora da instituição, o que ressalta a isenção e afasta eventual corporativismo na apuração das demandas e manifestações da sociedade.

Luciana Zaffalon⁶¹ assevera que, pela primeira vez, o sistema de justiça vê nascer uma instância participativa apta a compor um espaço de diálogo com

⁵⁹ Cf. Idem, *ibidem*, p. 210.

⁶⁰ A inovação inaugurada em São Paulo surtiu efeito na lei nacional da Defensoria (LC n. 80/94). A LC n. 132/2009, que conferiu nova redação à LC n. 80/94 e inseriu o art. 105-B, que lançou a diretriz para a escolha de Ouvidores-Gerais externos para dar maior isenção no desempenho de suas atribuições. Nesse sentido, ver: CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. Participação social na defensoria pública: inovações democráticas na esfera do sistema de justiça. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *Uma nova defensoria pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/09*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 181-183.

⁶¹ CARDOSO, op. cit., p. 173 e 182.

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

atores capacitados à construção igualitária de argumentos nas instâncias decisórias existentes. Entretanto, é preciso ressaltar, remanesce o desafio de analisar se na prática haverá a concretização dessa capacidade de efetivar autônomo e qualificado diálogo, o que perpassa pela necessária capacidade dessa Ouvidoria em se vincular, de fato, ao cotidiano da instituição que ela acompanha e em sua capacidade estrutural de absorção e compreensão dos mais variados temas que são foco da Defensoria.

Por fim, no que tange ao terceiro instrumento, qual seja, o “Ciclo de Conferências”, ressalte-se que o art. 164, XIX, da LCE n. 988/2006, estatui, como um dos deveres funcionais dos membros da Defensoria Pública estadual, a fiel observância do plano anual de atuação, aprovado pelo CSDP. Esse plano anual de atuação fixa as diretrizes institucionais de atuação, e sua elaboração e acompanhamento envolvem os mais variados órgãos da Defensoria, entre eles a Defensoria Pública Geral, o CSDP, a Corregedoria-Geral e a Ouvidoria-Geral. A novidade, em termos de democracia participativa, está na necessidade de participação popular na elaboração e acompanhamento da execução dele.

Dispõe o art. 19, I, da LCE n. 988/2006, que à Defensoria Pública Geral compete, entre outras atribuições, elaborar e propor ao Conselho Superior o plano anual de atuação da Defensoria Pública do Estado. Ao CSDP, por sua vez, compete discutir e aprovar o plano proposto, conforme art. 31, XIX, da lei em comento. Já a Corregedoria-Geral deverá acompanhar sua execução, nos termos do art. 34, XIII, da mesma lei. Dessa análise, infere-se que vários órgãos da Defensoria atuam em relação de complementaridade, a fim de otimizar a aplicação das regras desse plano. Nesse sentido, os arts. 9º e 19, X, estabelecem que a proposta orçamentária anual da Defensoria Pública do Estado deverá atender aos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, observando os princípios institucionais e *as diretrizes estabelecidas no plano anual de atuação*, o que demonstra a força normativa desse plano na efetividade da política de atuação institucional.

A inovação democrática na construção do plano anual de atuação da Defensoria paulista, nos termos do art. 7º, § 3º, da LCE n. 988/2006, consiste na necessidade de prévia feita de Conferência Estadual, por sua vez precedida de inúmeras Pré-Conferências Regionais, a cada dois anos, a fim de oportunizar à população a possibilidade de manifestação sobre assuntos que julgue relevantes para a construção das diretrizes institucionais de atuação. Essa diretriz, corroborada no art. 6º, III e § 3º, dessa lei, estabelece como direito dos usuários que se socorrem da Defensoria estadual, além da informação e recebimento de um serviço público de qualidade, a possibilidade de participarem na definição das diretrizes institucionais da Defensoria Pública e de acompanharem a fiscalização das ações e projetos desenvolvidos pela instituição, da atividade funcional e da conduta pública dos membros e servidores.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 269-304, jul./dez. 2013

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

Tal previsão vem corroborada também no art. 31, XIX, da LCE n. 988/2006, que diz caber ao CSDP discutir e aprovar o plano anual de atuação, garantida a ampla participação popular, em especial de representantes de todos os conselhos estaduais, municipais e comunitários, de entidades, organizações não-governamentais e movimentos populares, por meio da realização de Conferências Estaduais e Regionais. Portanto, inegavelmente, esse mecanismo constitui fator de inovação em termos de democracia participativa, uma vez que fomenta a população a participar da construção das linhas gerais de atuação da Defensoria.

Portanto, o plano anual de atuação é precedido de uma Conferência Estadual e esta, por sua vez, é precedida de inúmeras Pré-Conferências Regionais. A esse procedimento dá-se o nome de “Ciclo de Conferências”⁶². Cada Regional da Defensoria (composta por uma ou mais Unidades de Atendimento da Defensoria Pública) organiza uma Pré-Conferência que convida os cidadãos, entidades e movimentos sociais das cidades que compõem a Regional.

No referido evento, prestam-se contas sobre o que foi feito pela Regional da Defensoria nos últimos dois anos e ouve-se a população presente sobre suas novas manifestações que, por sua vez, ficam registradas em documentos escritos que guiarão a atuação daquela Regional da Defensoria nos dois próximos anos⁶³. Ao término de cada Pré-Conferência Regional, são eleitos delegados que a representarão na Conferência Estadual. Ao fim da realização das Pré-Conferências Regionais, os delegados eleitos em cada uma delas se reúnem na capital do Estado, onde ocorre a Conferência Estadual que, em regra, segue o mesmo modelo, ou seja, prestam-se contas sobre o que foi feito nos últimos dois anos pela instituição como um todo e abrem-se novas rodadas de discussão e oitivas da população presente para a construção de novas diretrizes gerais (abrançência estadual) de atuação para os próximos dois anos. Encerrada a Conferência Estadual, o documento escrito decorrente é enviado à Defensoria Pública Geral para a formulação do plano anual de atuação. Depois de dois anos, esse ciclo reinicia-se, tendo a Defensoria Pública uma comissão permanente⁶⁴ de monitoramento das

297

⁶² O “Ciclo de Conferências” é regulamentado mediante a Deliberação CSDP n. 36, de 02 de março de 2007, com as modificações dadas pela Deliberação CSDP n. 116, de 06 de março de 2009.

⁶³ As ações locais, indicadas nos relatórios produzidos nas Pré-Conferências Regionais, são submetidas à ratificação pelo plenário da Conferência Estadual, estando sujeitas a eventuais ressalvas. Porém, desde já, apresentam importantes subsídios de acordo com a realidade local de cada Regional da Defensoria, municiando os Defensores daquela localidade com informações que possam otimizar diagnósticos e novas hipóteses de atuação.

⁶⁴ Essa comissão foi criada mediante Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública (Deliberação CSDP n. 49, de 11 de outubro de 2007). Cabe à comissão permanente monitorar as propostas elaboradas durante o Ciclo de Conferências, mediante a verificação quadrimestral do encaminhamento dado a elas, e cuida da análise das viabilidades e fatores de risco, que consiste na avaliação dos obstáculos verificados ou vislumbrados, que potencialmente impediriam ou dificultariam a implementação dos enunciados eleitos pela sociedade. Esse trabalho é sistematizado em relatório de acompanhamento e é publicizado pelo site da Defensoria paulista.

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

propostas eleitas em conferências, a fim de que a atuação da instituição não se distancie das diretrizes problematizadas junto à população.

Muitas dessas experiências já foram vistas e incluídas em práticas no âmbito do Legislativo e Executivo. Entretanto, destaca-se a maneira como isso é feito no âmbito do sistema de justiça⁶⁵, o que configura claro viés inclusivo da população carente, normalmente alijada de tais discussões. Outrossim, divulga informações de alto interesse social e ainda fomenta a participação popular na vida política, porque desperta nesse público o interesse em participar da construção de políticas públicas de outras searas como a segurança pública e saúde.

A democratização do acesso à Defensoria Pública robustece a legitimação no exercício de suas funções garantidoras de cidadania dentro da estrutura do sistema de justiça, pois, com a participação social, torna-se possível a compreensão do quadro de exclusão da ordem jurídica que precisa ser superado e quais demandas carecem de priorização. Por meio dessa participação social, a atuação da Defensoria Pública encontra consonância com os interesses das pessoas que ela defende, potencializando sua legitimidade perante a população carente⁶⁶. E não poderia ser diferente, pois, se essa instituição se credencia a lutar pela implementação de políticas públicas que viabilizem maior acesso à justiça e inclusão social dos marginalizados e hipossuficientes, sua organização interna precisa ser coerente com o fomento à participação popular, “bandeira” tão defendida pela instituição em sua atuação.

298

Diante dessa perfunctória análise do atual momento de alguns dos atores do sistema de justiça, como o Judiciário, Ministério Público e Defensoria, pode-se asseverar que a postura de se estar aberto à oitiva, ao diálogo e à participação social não representa perda da imparcialidade do Judiciário e tampouco ingerência da sociedade nos rumos dessas instituições. Muito pelo contrário, essa interação robustece a legitimidade do sistema de justiça perante a população, mormente nesse contexto de crise. Por meio dessa postura, cria-se ambiente que visa a não repetir os erros da democracia representativa que, por sua vez, vive sua atual crise por conta principalmente do distanciamento em relação aos setores populacionais hipossuficientes que deixaram de ver nos eleitos seus lídimos representantes.

Essa mudança de postura dos atores do sistema de justiça implica o aumento de sua capacidade de ouvir quem está de fora, em claro viés de humildade. Conforme ensina André Comte-Sponville, a humildade é uma virtude lúcida à medida que se coaduna com posturas conscientemente discretas em decorrência de lúcidas constatações sobre a realidade. Portanto, humildade

⁶⁵ CARDOSO, op. cit., p. 191.

⁶⁶ Idem, ibidem, p. 190-191.

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

revela conhecimento e reconhecimento da realidade atual associada com a coragem de cumprir desafios de mudanças de atitudes⁶⁷.

Nesse sentido, o sistema de justiça caminha, ainda que com certa lentidão, em consonância com o momento atual da história que, por sua vez, exige mudanças de pensamentos e atitudes. Mediante o exercício da humildade, as funções legislativa, executiva e jurisdicional (incluídos aqui os atores do sistema de justiça) podem adotar maior participação social qualitativa e dialógica em suas diretrizes fundamentais, a fim de melhor fortalecer a legitimidade democrática tão ferida com a atual crise da democracia representativa. E o exercício desta virtude consiste principalmente no movimento de oitiva da população.

A melhor interação com a sociedade civil, além de urgente, pode representar harmonia com a tese de Boaventura de Sousa Santos, que, por sua vez, assevera existir na atualidade um “novíssimo pluralismo jurídico”, incentivado por aquilo que esse autor denomina como “constitucionalismo transformador”. Ele afirma que a vontade constituinte das classes populares nas últimas décadas no continente latino-americano tem se manifestado numa vasta mobilização social e política que configura um constitucionalismo a partir de baixo, protagonizado pelos excluídos e seus aliados, com o objetivo de expandir o campo do político para além do horizonte liberal, por meio de uma nova institucionalidade, uma nova territorialidade, uma nova legalidade (pluralismo jurídico), um novo regime político (democracia intercultural) e novas subjetividades individuais e coletivas (indivíduos, comunidades, nações, povos, nacionalidades⁶⁸). *Mutatis mutandis*, é possível vislumbrar essa teoria no recrudescimento da participação da sociedade civil organizada e não organizada nas diversas reivindicações que os noticiários diariamente problematizam.

A democracia, há tempos devidamente proclamada no papel, carece de implementação nos moldes acima delineados. Seu desafio consiste em concretizá-la no dia a dia dos brasileiros que, diante dos desrespeitos fáticos aos ditames constitucionais, bradam e querem ser ouvidos. A humildade necessária aos atores do sistema de justiça começa justamente na necessária oitiva e no qualitativo diálogo com a população.

Talvez as manifestações de junho de 2013 possam contribuir para fortalecer esse conjunto de mudanças que ocorrem perante as três funções do poder estatal, em consonância com a supramencionada tese de Boaventura de Sousa Santos. Nesse sentido, Márton Reis explana que:

⁶⁷ COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 153-155.

⁶⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática na justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 116.

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

Aqui no Brasil também estamos reinventando a democracia, às voltas com as mazelas de um “colonialismo-de-nós-mesmos” que teima em sobreviver sob a forma da compra de votos, da ausência de uma educação emancipatória, do abuso do poder político, de partidos-capitanias, da escravidão política da mulher, das campanhas financiadas exclusivamente pelos ricos. Quando falamos em despertar para a conquista plena dos direitos, cobramos na verdade a construção de uma nova democracia.

(...)

A luta por transparência e participação popular se confunde, assim, com uma luta em defesa da democracia. Não de uma representação distorcida, que inunda os mandatos com representantes de uma minoria mobilizada e opulenta, mas da maioria que reinventa silenciosamente a experiência democrática. Uma nova democracia, verdadeiramente incluyente, brota na ação dos que hoje se mobilizam em favor da mudança da representação política e da expressão direta do soberano popular⁶⁹.

Talvez essa nova democracia nada mais seja do que cumprir com o desafio de finalmente implementá-la nos moldes delineados pela Constituição brasileira, como assevera Marcelo Pedroso Goulart:

300

Resta traduzir a democracia projetada em realidade. Os obstáculos a serem vencidos são enormes. A elite dirigente brasileira, formada numa cultura autoritária e patrimonialista, não permite a efetiva incorporação das classes populares no processo político e econômico. Nas eleições, o financiamento privado das campanhas deforma a vontade popular. Os espaços da democracia participativa ainda não foram devidamente apropriados pelo povo. As instituições da Administração da Justiça, em especial o Poder Judiciário, têm dificuldades de assimilar o conteúdo dos novos direitos e de interpretar e aplicar o direito à luz dos valores democráticos⁷⁰.

O desafio reside na necessária continuidade e na inovação desse diálogo entre os poderes constituídos e a sociedade, ressaltando-se a necessidade de uma postura mais humilde das funções do poder estatal, mormente as funções atreladas ao sistema de justiça. A imprescindível existência de efetivos canais abertos à participação social na estrutura e funcionamento das instituições democráticas permite um exercício constante de construção de cidadania mediante a vivência do princípio da alteridade, numa relação que engrandece a todos os envolvidos,

⁶⁹ REIS, op. cit., p. 29 e 31.

⁷⁰ GOULART, op. cit., p. 44.

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

além de favorecer a identificação com maior acuidade das necessidades sociais e da construção conjunta de soluções mais eficazes para a superação dos inexoráveis problemas que decorrem do convívio social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As manifestações de junho de 2013, no Brasil, evidenciam a intensidade do descontentamento popular em relação ao modo como são desempenhadas as funções do poder estatal. Ficou mais do que explícito o desejo de mudanças pela sociedade brasileira. Inexoravelmente, exigem-se também transformações na concepção e atuação dos atores do sistema de justiça.

Nesse sentido, o momento de crise não pode ser visto como necessariamente ruim, haja vista que a crise permite reflexões que podem conduzir às necessárias mudanças para a construção de uma nova democracia, na qual se consiga efetivar no plano prático as disposições constitucionais acerca do tema, bem como otimizar a qualidade da participação popular nas escolhas dos rumos do país, a fim de que esta se revele mais articulada e qualificada, robustecendo-se a legitimidade do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O presente trabalho buscou trazer elementos que demonstram certas transformações no modo de atuação de alguns dos atores do sistema de justiça que, paulatinamente, começam a adotar alguns instrumentos de democracia participativa em suas diretrizes de atuação, a fim de robustecer a legitimidade de suas atividades. Nesse sentido, é possível vislumbrar uma tímida sinalização de maior humildade nos atores do sistema de justiça, em postura que representa enorme desafio ao tradicional modo de desempenho de suas atividades, haja vista que esse sistema historicamente se acostumou a agir e decidir levando em consideração apenas o direito achado nos livros e nos Tribunais. Agora, a história compele-o a levar em consideração também o direito achado na rua (na linha do pensamento de Roberto Lyra Filho⁷¹), passando a ouvir os diversos atores sociais antes de suas escolhas.

A opção pelo investimento na escuta qualificada da sociedade e na intensificação do diálogo com o povo para melhor legitimar as escolhas e a construção das diretrizes institucionais de atuação talvez seja sintoma dos atuais tempos. Cabe aos atores do sistema de justiça ter a humildade de observar com lucidez a realidade fática atual para adquirir a consequente coragem para embarcar nesse “trem da história” que, por sua vez, poderá conduzir à construção de um “mundo novo”, aquele tão almejado pela sociedade há tempos.

⁷¹ Cf. LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar direito, hoje? In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). *O direito achado na rua*. Brasília: Editora UnB, 1988, passim.

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB, 2002.
- ARBEX JUNIOR, José. *Showrnlismo: a notícia como espetáculo*. 2. ed. São Paulo: Casa Amarela, 2002.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. *Uma fenda na justiça: as inovações democráticas construídas na Defensoria Pública*. São Paulo: Hucitec, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DIMOULIS, Dimitri; GLEZER, Rubens Eduardo; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto et al. (Org.). *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. Livro Eletrônico. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/-10959/Resili%C3%A2ncia%20constitucional.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 08 set. 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel: le système politique français*. 17. ed. Vendôme-France: Presses Universitaire de France, 1982.
- FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Reconstrução da democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- GARAPON, Antoine. *O Juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 269-304, jul./dez. 2013

Os atores do sistema de justiça frente à crise da democracia representativa

- GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Assistência jurídica pública: direitos humanos e políticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2002.
- GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo (Org.). *A Defensoria Pública do Estado de São Paulo: por um acesso democrático à justiça*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.
- LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.
- LIVIANU, Roberto (Coord.). *Justiça, cidadania e democracia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo – Ministério Público Democrático, 2006.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1982.
- MACHADO, Antonio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de La Brede e de. *O espírito das leis*. Apresentação: Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.
- Pinsky, Jaime; Pinsky, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2013.
- REIS, Márlon. *O gigante acordado: manifestações, ficha limpa e reforma política*. Rio de Janeiro: LeYa, 2013.
- Revista *Caros Amigos*. *Especial: para onde vai a democracia?* São Paulo, ano 6, n. 15, nov. 2002.
- Revista *Caros Amigos*, São Paulo, ano 7, n. 77 ago. 2003.
- Revista *Caros Amigos*, São Paulo, ano 7, n. 78. set. 2003.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. v. 1.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática na justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1994.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Marcos Henrique Caetano do Nascimento

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). *A defensoria pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *Uma nova defensoria pública pede passagem: reflexões sobre a lei complementar n. 132/09*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). *O direito achado na rua*. Brasília: Editora UnB, 1988.

Data de recebimento: 31/12/2013

Data de aprovação: 09/05/2014

REVISITANDO A DEMOCRACIA: A IMPORTÂNCIA DOS PARTIDOS POLÍTICOS NA (R)EVOLUÇÃO SOCIAL

DEMOCRACY REVISITED: THE IMPORTANCE OF POLITICAL PARTIES IN SOCIAL (R)EVOLUTION

Thales José Pitombeira Eduardo*

RESUMO

A democracia, inicialmente considerada pelos pesquisadores como característica da vida dos atenienses, era praticada na Ágora. Hoje o contexto é diferente. A democracia a que se chegou é discutida por elites, a portas fechadas, participando o povo apenas de forma camuflada, tendo em vista o descompromisso dos partidos políticos em levar à consulta popular candidatos aptos ao exercício do poder (são escolhidos aqueles que possuem uma ideologia capaz de atrair votos e beneficiar a tomada do poder pela determinada agremiação). Nesse contexto, explora-se a temática da democracia da sua gênese, passando pelo seu apogeu, até a crise de representatividade que hoje se vive.

Palavras-chave: Revisitando; Democracia; Importância; Partidos políticos; (R)evolução social.

ABSTRACT

Democracy, initially considered by the investigators as characteristic of life of the Athenians, was practiced in the Agora. Today the context is different. Democracy arrived at is discussed by elites behind closed doors, the people participating only camouflaged form, given the lack of commitment of political parties to bring the popular consultation, able to exercise power candidates and not those who have an ideology capable to attract votes and benefit the seizure of power by certain college. In this context, it explores the theme of democracy since its genesis, through its heyday and the coming of representativeness that today lives crisis.

Keywords: Revisiting; Democracy; Importance; Political parties; Social (r)evolution.

* Possui graduação em Direito e Pós-Graduação em Direito e Processo Tributários ambos pela UNIFOR. Mestrando em Direito Constitucional pela UFC, com pesquisa financiada pela Funcap. Advogado. Professor universitário. Integrante do Grupo de Pesquisa “Tributação Ambiental”, “Finanças Públicas Contemporâneas: a necessária ampliação do foco”, ambos vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Correspondência para/*Correspondence to:* Rua Coronel João Carneiro, n. 67, apto 502, Fátima, Fortaleza/CE, 60040-560. E-mail: thalespitombeira@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A democracia é considerada por muitos como a forma melhor de se viver em sociedade, de atender aos anseios coletivos e ao bem-estar comum. Nesse contexto, verifica-se que tal regime político vem amadurecendo desde a época da Grécia antiga, em que o povo era protagonista, mas de forma mitigada, já que os imperadores eram quem instituíam tal política como forma de aproximação do poder.

Após seu amadurecimento na época medieval, a democracia ganha contornos mais amplos, na medida em que o povo passava a ser representado por vários indivíduos, e não somente um chefe.

Aproveitando-se do poder, tais representantes, desde o início da democracia representativa, vêm revelando um contexto de corrupção e afastamento do bem-estar social, por isso, diz-se viver numa crise de representatividade.

Para aplacar essa crise, mecanismos de controle do excesso democrático vão aparecendo na doutrina e ganhando respaldo em algumas democracias, inclusive na brasileira, que, atualmente, passa por uma transição.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram estudadas em pesquisa bibliográfica, mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, publicações especializadas, imprensa escrita e dados oficiais publicados na internet, que abordem direta ou indiretamente o tema em análise.

No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto que realizada com o intuito de ampliar os conhecimentos e trazer à baila assuntos que interessam à coletividade. Segundo a abordagem, é qualitativa, com a apreciação da realidade no que concerne ao tema no ordenamento jurídico pátrio.

Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, explicando, classificando e esclarecendo o problema apresentado, e exploratória, uma vez que procurará aprimorar ideias, com maiores informações sobre a temática em foco, máxime no que se refere à participação dos partidos políticos no contexto da crise da democracia contemporânea.

A gênese da democracia e o sistema político “monoprotagonizado”

Ao falar em democracia, sempre se lembra de Atenas. A doutrina não é uníssona no que se refere ao “surgimento da democracia”. Moses Finley¹ afirma, por exemplo, que a formação democrática foi inicialmente verificada na Ilha de

¹ FINLEY, Moses I. *Democracia antiga e moderna*. Tradução de Waldéa Barcellos e Sandra Bedram. Rio de Janeiro: Graal, 1988. p. 34.

Quios, entre os anos de 575 e 550 a.C. Simone Goyard-Fabre, contudo, indica o nascedouro da democracia na Grécia Antiga, há cerca de 2 mil anos, conforme trecho a seguir “[...] a democracia é grega de nascença [...]”². Atestando o desencontro das informações, John Keane³ reestrutura essa ideia, afirmando que é um clichê dizer que a democracia se originou em Atenas, não atentando para as pesquisas sobre as assembleias da antiga Síria-Mesopotâmia e para as contribuições do mundo islâmico.

Sólón é apontado como o maior legislador de todos os tempos. Seus feitos positivos somam tanto no aspecto social quanto econômico. Começou a abolição das dívidas, libertou aqueles que haviam sido escravizados, aboliu algumas sentenças de morte, reorganizou o governo ateniense, criou uma assembleia para fazer leis com a participação dos cidadãos, impediu o crescimento dos bairros nobres para estabelecer o modelo de pequenas e médias propriedades, conforme explica Ignacio Medina Núñez:

En 594 a.C., Solón fue elegido arconte de Atenas [...] Empezó aboliendo todas las deudas; liberó a quienes habían sido esclavizados por ellas, abolió las penas de muerte establecidas por Dracón (salvo las de asesinato), creó tribunales populares; reorganizó el gobierno ateniense creando una asamblea para elaborar las leyes con participación de los ciudadanos: fue el punto de partida para la posterior democracia. [...] Sin embargo, fue un político moderado y no un reformador radical porque nunca quitó a la nobleza sus grandes privilegios ni realizó una reforma agraria; sin embargo, su época fue el símbolo del comienzo de la transición al pensamiento ciudadano, contra el cual aparecieron en ese siglo las poesías de Píndaro [...] En lo económico, Solón impidió el crecimiento de las fincas nobiliarias para establecer el modelo de las pequeñas y medianas propiedades; esto fue acompañado de una nueva administración política: “Solón privó a la nobleza de su monopolio de los cargos al dividir a la población de Atenas en cuatro clases de rentas: A las dos clases superiores les concedió el derecho a las supremas magistraturas; a la tercera, el acceso a los cargos administrativos inferiores, y a la cuarta y última, un voto en la asamblea de ciudadanos, que a partir de entonces se convirtió en una institución regular de la ciudad”⁴.

² GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia? a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 10.

³ KEANE, John. *Vida e morte da democracia*. Tradução de Clara Colloto. São Paulo: Edições 70, 2010. p. 785.

⁴ MEDINA NÚÑEZ, Ignacio. Significados de la política en la Grecia clásica. *Utopía Y Praxis Latinoamericana*, v. 16, n. 52, jan. 2011, p. 21. Fuente Académica, EBSCOhost (accessed July 21, 2013).

Thales José Pitombeira Eduardo

Philippe Gigantès⁵ ensina que, no governo de Sólon, todas as deliberações ocorriam em público, ao ar livre, podendo cada cidadão observar e ouvir tudo. Essa liberdade cede espaço à voracidade dos macedônios, que se aproveitaram da fragilidade de Atenas após a sobrevivência aos ataques dos inimigos espartanos e persas.

Uma rebelião apoiada pelo rei de Esparta, Cleómenes, fez Clístenes subir ao governo, renovando o sistema político da democracia, estabelecendo a primeira forma de democracia direta, conforme ressalta Ignacio Medina Núñez:

Una rebelión apoyada por Cleómenes, rey de Esparta, llevó a Hipías al exilio, y puso a Clístenes como gobernante de Atenas, quien volvió a renovar el sistema político de la democracia. Clístenes integró un consejo de gobierno de 500 miembros, con lo cual estableció la primera forma de democracia directa, y unificó la conciencia nacional en torno al Estado griego. Fue “una auténtica forma de democracia directa, que alivió algunas de las tensiones sociales y permitió realizaciones benéficas en todos los órdenes de la vida. Más aún, se alcanzó un grado de equilibrio sociopolítico, el cual se consolidó durante la lucha contra Persia y creó una conciencia de unidad nacional de toda Grecia”. De hecho, más que a Solón, se puede atribuir a Clístenes la verdadera fundación de la democracia en Atenas a partir de la nueva división y organización territorial en tres partes en donde las tribos pudieron tener acceso directo a las decisiones públicas de la ciudad. En el siglo V a.C., Atenas se convirtió de manera definitiva en el centro cultural de Grecia y junto con Esparta fueron el eje de la vida de todos los griegos⁶.

308

Clístenes, por volta de 507 a.C., implantou-a, sistema político considerado perfeito, uma vez que todo cidadão tinha acesso à tomada das decisões. Ocorreu, também, nessa época, o ostracismo, que significa dar exílio para todo aquele que ameaçasse a democracia, sem que houvesse privação da propriedade. John Keane acrescenta que:

[...] Clístenes também representou um papel vital, pois fez o impensável: foi ele quem estendeu as liberdades políticas para baixo, para os anteriormente excluídos da cidadania, provendo assim a direção necessária e o envolvimento público mais amplo no difícil processo de remoção das restrições da tirania ateniense, dessa vez construindo uma alternativa viável. Clístenes começou pelas fileiras intermediárias de agricultores, artesãos, mercadores e outros proprietários – cidadãos com

⁵ GIGANTÈS, Philippe. *Poder e ambição*. Tradução de Gilson Baptista Soares. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004. p. 29.

⁶ MEDINA NÚÑEZ, op. cit., p. 22. Fuente Académica, EBSCOhost (accessed July 21, 2013).

Revisitando a democracia

tempo suficiente e disponível para se interessarem pelos assuntos públicos. Com certeza ele compartilhava a reticência de sua classe em relação aos pobres e aos destituídos de poder⁷.

O exercício pleno da democracia ateniense dava-se na *Ágora*, local destinado à congregação, na época da democracia de assembleia, onde se realizavam conversas, festivais, negociações, competições, julgamentos públicos, teatros, exibição corporal etc. Os cidadãos atenienses usavam a praça para propósitos públicos. A democracia era uma forma enérgica de vida, fazia parte do cotidiano, dava aos cidadãos prazer nos encontros públicos. Todos se comportavam como iguais, inclusive os animais, os escravos, os estrangeiros, tratava-se, realmente de propriedade coletiva. Também era o local onde se exercitava a espiritualidade, pois as divindades davam aos cidadãos conselhos e instruções.

Clístenes, de fato, como líder político, realizou obras significantes, aponta a História, conforme relatado, mas é equivocado afirmar que é responsável por fundar a democracia em Atenas⁸.

Por volta de 461 a.C., Péricles dirigiu Atenas e aprimorou a democracia, criando uma remuneração para os ocupantes de cargos públicos (*mistoforia*) e possibilitando a participação popular nos assuntos da administração da cidade.

Em 431 a.C., Atenas e Esparta iniciaram a Guerra do Peloponeso. Após a vitória de Esparta, houve o retorno da oligarquia na Grécia e o fim da democracia. Após tantas guerras, os gregos se tornaram vulneráveis, abrindo caminho para os oportunistas macedônicos.

Filipe II, da Macedônia, em 359 a.C., subiu ao poder e, em 338 a.C., esmagou os democratas. A batalha culminou no assalto à *Ágora* e na substituição do governo democrático por uma oligarquia. Muitos atenienses foram privados dos seus direitos civis.

Durante a dominação pelo império macedônico, a democracia ateniense tornou-se um fóssil, mas o movimento expansionista promovido por Alexandre, o Grande, filho de Filipe II, culminou na difusão da cultura grega pelo Oriente (*helenismo*).

Após a morte de Alexandre, houve a divisão do Império Macedônico, e o enfraquecimento político possibilitou a conquista romana, nos séculos II e I a.C., época da república romana.

Na alta Idade Média, foi a vez do império bizantino tomar o poder. Nessa época, as culturas gregas e cristãs se misturavam. A democracia tornou-se um assunto esquecido, principalmente no seio político.

⁷ KEANE, John. *Vida e morte da democracia*. Tradução de Clara Colloto. São Paulo: Edições 70, 2010. p. 41.

⁸ KEANE, op. cit., p. 40.

Na era cristã, determinados comportamentos e narrações bíblicas bem representam a democracia, apesar de trágicos. No Capítulo XIX, do Evangelho de João,⁹ Pilatos procura libertar Jesus, pois não encontra base para acusá-lo. Então, levou-o a plebiscito, decidindo o povo judeu por crucificá-lo.

Inclusive, há aquela tradicional cena em que o governador romano lava suas mãos, representando uma abstenção ao veredicto prolatado em desfavor de Jesus. De fato, deixando as discussões religiosas de lado, o destino dado a Jesus foi decidido pelo povo, e não propriamente pelo governo. Keane analisa esse aspecto, tomando, por base, os pensamentos de Filo, revelando o ponto de encontro entre o cristianismo e a democracia:

O sistema de autogoverno chamado democracia trata da igualdade sobre a lei (*isotás*), gostava Filo de dizer. Mas ele também salientava que isso não significava que a democracia fosse o governo do povo, algo que ele via com desaprovação. [...] as meditações de Filo sobre a democracia, incluindo sua rejeição ao domínio popular, nasceram das condições da pós-democracia: embora, em sua parte do mundo, a linguagem da *démokratia* estivesse praticamente extinta, muitos relatos remanescentes mostram bem com quanta frequência, nas praças das cidades da região, nos anfiteatros e nas pistas de corrida, um *demos* animado continuava a gritar, a barganhar ou a disputar seu caminho para o sucesso, com frequência em oposição ao domínio de cima para baixo. Algumas vezes houve momentos bizarros de grandes consequências, como em Jerusalém [...], onde durante a Páscoa, uma “multidão começou a declarar suas exigências, como usualmente fazia”, para a libertação de um prisioneiro, um homem acusado de assassinato. O governador local, chamado Pilatos, de início recusou o pedido do grupo. [...] Prevaleceu a força dos pulmões. O homem acusado de assassinato foi libertado; Jesus foi crucificado pelos soldados, flagelado e crucificado. Tais resultados confirmam a suspeita de Filo de que o domínio pelo povo sempre sofria contradições agonizantes [...] ¹⁰.

Há de se ressaltar que, nesta época, Roma vivia uma política populista, *et panis, et circensis*, uma vez que, temerosos da revolta popular, o governo preferia encobrir os problemas sociais com práticas que divertissem o povo romano.

Outra passagem bíblica que se pode citar acerca do livre-arbítrio, ou seja, possibilidade de escolha, que revela um dos pilares da democracia, é aquela inserida no Capítulo II do Livro do Gênesis¹¹. Deus criou o homem e a mulher e lhes ordenou que comessem todo e qualquer fruto do jardim do Éden, menos o da

⁹ BÍBLIA SAGRADA. Novo Testamento. João, Capítulo XIX. São Paulo: Vida, 2001. p. 1432-1433.

¹⁰ KEANE, op. cit., p. 102-103.

¹¹ BÍBLIA SAGRADA. Antigo Testamento. *Gênesis*. Capítulo II. São Paulo: Vida, 2001. p. 3.

árvore do conhecimento do bem e do mal. Como ambos podiam escolher, acabaram, por tentação, comendo do indevido fruto, e daí conta-se que a maldição foi passada em sua geração.

Deus também revela comportamento democrático inclusive diante dos seus anjos. Lúcifer era um membro do corpo celestial, resplandecido com pedras preciosas e sabedoria. Acabou sendo banido do monte santo por querer tomar o lugar divino¹². Intrigante é saber que a partir da tentação da serpente os homens chegaram ao conhecimento, ao discernimento, à capacidade intelectual, que se diz aproximar ao poder de Deus. E é exatamente por essa progressão que se leva à decadência moral, que tudo indica será o maior fator da bancarrota mundial.

Os ideais de algumas religiões estão vinculados à democracia, isso porque muitos princípios são comuns a ambos, conforme corrobora a doutrina de Hans Kelsen:

Na verdade, existem, atualmente, Estados democráticos na parte não cristã da humanidade, como, por exemplo, as democracias maometana, judaica e hindu. O que Maritain tenta de fato mostrar não é exatamente uma relação essencial entre democracia e religião cristã, mas uma relação entre democracia e certos princípios político-morais que supõe possuírem o caráter de Direito natural e que – com escassa justificação – identifica, ou considera harmônicos, com a lei evangélica (“*loi évangélique*”) enquanto moralidade cristã específica¹³.

Na era iluminista, os reis europeus criaram um sistema de gestão em que o poder do rei era controlado somente por Deus, não havia a possibilidade de se sobrepor à vontade do soberano, seja qual fosse a instituição.

Ocorre que a classe emergente, a burguesia, decidiu enfrentar os monarcas, máxime no que se refere à forma de governo, à péssima situação social e, principalmente, à arbitrariedade armada em relação aos tributos.

Dentre os mais comentados, à época, está o rei da França. Robert Darnton esclarece essa história:

Erguendo seu castelo em Versalhes, Luís XIV pretende construir um novo sistema de governo, o absolutismo, no qual o rei só responde perante Deus pelo exercício de seu poder. Nenhuma instituição pode mais interpor-se à vontade do soberano, nem o parlamento, reduzindo a sua função de tribunal; nem os Estados provinciais, dominados pelos intendentess; nem os grandes do reino, domesticados ao redor do trono na

¹² Idem, p. 28.

¹³ KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 247, grifo no original.

Thales José Pitombeira Eduardo

corte. A cultura torna-se um instrumento do absolutismo, tanto nas academias, onde se canta a glória do Rei-Sol, quanto no teatro, onde o classicismo faz parte do culto do poder supremo¹⁴.

Luís XIV abusou fortemente de seu poder. Embora não haja prova concreta, acredita-se que Maria Antonieta, sua esposa, em razão da crise agrícola, em 1788, mandou a população faminta comer brioques, atestando uma verdadeira ironia à situação miserável da sociedade francesa. Por essa indiferença e sarcasmo, foram levados à guilhotina. Apoderados pela bravura de Napoleão Bonaparte, a sociedade francesa marchou contra a tirania do absolutismo. O hino nacional da França representa uma verdadeira relíquia à luta pela democracia. Aliás, as fontes intelectuais fundadoras das democracias modernas estão na origem da Revolução Francesa. Veja as linhas doutrinárias de Hans Kelsen:

A ideia política do século XIX, nascida das revoluções americana e francesa do século XVIII, foi a democracia. Sem dúvida, também existiam na civilização ocidental forças extraordinárias a serviço da manutenção do princípio autocrático. Seus representantes, porém, foram estigmatizados como reacionários. O futuro pertencia a um governo pelo povo. Essa era a esperança de todos os que acreditavam no progresso, que defendiam padrões mais elevados de vida social. Foi, sobretudo, a jovem e ascendente burguesia que lutou por essa ideia¹⁵.

312

Na verdade, o que se verifica na história da evolução social é que o homem sempre buscou algo que lhe satisfizesse, mesmo que, muitas vezes, utópico. A luta pelo melhor é característica do ser humano, portanto, inerente à sua condição, pois as ideias que levam à perfeição incomodam-no até encontrar uma situação mais próxima de seus sonhos, principalmente no que se refere à política. Estudiosos, inclusive, defendem que esse traço marcante dos indivíduos é manifestado inconscientemente, pois a lucidez de que a vida continuará estática é um sentimento que a mente rechaça, tudo para afastar uma suposta lesão ao órgão vital da sanidade: o cérebro. Por isso, leia-se a tese defendida por Richard Rorty:

Na realidade, não podemos viver sem utopias. Quem poderia levar a política a sério se não houvesse a esperança de tornar as coisas melhor para as gerações futuras, de criar um mundo melhor para seus descendentes? Nunca deveríamos destacar um velho sonho utópico se não for para substituí-lo por outro ainda melhor. Ainda que seja muito difícil

¹⁴ DARNTON, Robert. A eclosão das luzes. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 23-24.

¹⁵ KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 139.

Revisitando a democracia

imaginar a realização de uma utopia, não se justifica que renunciemos à tentativa de criá-la. Caso contrário, que faríamos de nossas vidas? Que outra coisa seria capaz de dar-lhes sentido?¹⁶

Surgem, também, nesse contexto, pensadores como Voltaire. Na Inglaterra, havia outros princípios que mais correspondiam aos anseios da sociedade. Seus escritos explodem na França, sendo considerado, pela Igreja, como manual de heresias. Após um tempo, a sociedade passa a assimilar com mais vigor seus ensinamentos, propagando-se, nesse momento, outros filósofos, como Rousseau.

O iluminismo, contudo, faz com que se provoque uma reação no homem: uso crítico de sua razão. Para se chegar à democracia moderna, igualdade de direitos e dignidade, teve que se passar pelo século das luzes. Esse movimento fez nascer a liberdade.

Ainda na propagação das ideias dos filósofos, há de se ressaltar que as Enciclopédias foram de fundamental importância como instrumento divulgador dos ideais liberais. Os filósofos Diderot e D'Alembert foram os responsáveis por essa compilação.

O barão Montesquieu fora responsável pela criação da obra “O Espírito das Leis”, que propunha a divisão dos poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. A criação da Constituição limitaria o poder absolutista do rei. O compilamento das normas garantia ao povo segurança em relação aos desmandos.

Ainda no que diz respeito a Montesquieu, Simone Goyard-Fabre faz importante análise acerca do pluralismo partidário, ideia não sedimentada nessa época inicial da democracia, revelando a importância no contexto da expressão das opiniões populares e a limitação do poder:

O pluralismo partidário é também, segundo Montesquieu, o que permite, considerando a diversidade das opiniões e tendências, limitar a autoridade do poder. Graças à pluralidade das ideias que os partidos representam e exprimem no seio do povo, eles fazem com que as leis se alinhem aos “hábitos e costumes”, cujo conjunto forma “o espírito geral de uma nação”. [...] Mas, para que um povo possa gozar da liberdade, “é preciso que cada um possa dizer o que pensa”¹⁷.

Nessa perspectiva, verifica-se que os primeiros registros da democracia revelam a implantação desse sistema, por meio da vontade de um representante

¹⁶ RORTY, Richard. Repensar a democracia. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 135-136.

¹⁷ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia? a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 139, grifo no original.

Thales José Pitombeira Eduardo

(não havia vários representantes da sociedade), ouvindo, notoriamente, a vontade do povo, mas com o intuito de se fixar no poder, não propriamente de gerar um bem coletivo; isto na verdade era uma consequência, e não o fim. Mais tarde, os pensadores iniciaram o processo de modificação da democracia e prepararam um aporte teórico para embasar um novo sistema, conforme se verá nas linhas a seguir.

Da construção da democracia “multiprotagonizada” à crise da representatividade

Já no fim do século XVIII, os reis realizaram reformas nas ideias iluministas, assessorados pelos déspotas esclarecidos. O objetivo era atenuar as tensões entre os monarcas e a burguesia. Contudo, estavam longe de representar uma limitação ao poder supremo. Somente com a revolução burguesa e com a independência dos Estados Unidos fizeram com que os ideais iluministas se tornassem concretos, consolidando-se a partir do início do século XIX. Mais tarde, após inúmeras guerras civis, cedeu-se espaço à democracia e ao fim da escravidão. As lições de Sean Wilentz fundamentam essa ideia:

314

Pondo fim à capital crise política ligada à abolição da escravidão, a guerra civil anunciava novas crises, vinculadas à forma e ao fundo da democracia americana. Durante os primeiros decênios do século XIX, democracia na América significava em grande parte democracia para os brancos. Entretanto, a abolição da escravidão abriu novas possibilidades. Para começar, o Norte vitorioso tentou, mediante emendas à Constituição, assegurar o conjunto dos direitos do cidadão para os antigos escravos do sexo masculino¹⁸.

Essas lutas contra a autocracia, no fim do século XVIII e início do XIX, foram determinantes para a criação do parlamentarismo. Se o povo estava insatisfeito com o governo dos monarcas, era necessário criar uma instituição que conferisse representação popular. A voz do povo deveria ter influência na formação dos princípios que regeriam o Estado. As constituições surgem justamente para dar guarida à limitação do poder soberano em relação aos direitos do povo, conforme doutrina de Gordon S. Wood:

Enquanto o século XVIII inglês continuava a considerar a constituição do ponto de vista da constituição do poder, como um negócio ou um contrato entre as ordens do rei e do povo, os americanos faziam da

¹⁸ WILENTZ, Sean. Os ciclos revolucionários no século XIX na América. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 60.

constituição um ato da soberania do povo criando e limitando o poder. O poder, em outras palavras, não era algo preexistente com que o povo devesse compor: era criação sua¹⁹.

O parlamentarismo, portanto, foi decisivo para garantir que o poder, agora, emanasse do povo, e não mais do monarca. A escolha da maioria deveria prevalecer sobre os interesses privatísticos²⁰, ainda mais quando feriam os anseios da sociedade. Isso representa, então, a ideia da democracia, o poder do povo, representado pelos parlamentares, para garantir que as importantes decisões tomadas estarão vinculadas à vontade da maioria. Pode-se dizer, assim, que os rumos que o parlamento segue são determinantes para o destino da democracia.

Marilena Chauí comenta acerca da democracia, que é um “*regime político eficaz*”, firmado no contexto da cidadania organizada em partidos políticos, com a manifestação volitiva do processo de escolha dos representantes para gerar a rotatividade das soluções técnicas para os problemas econômicos e sociais²¹.

Importante, ainda, ressaltar acerca do parlamento que constitui um verdadeiro órgão em que genuinamente se dispõe de diferentes ideais e opiniões políticas, inclusive na sua forma estrutural. Esse ambiente propício ao debate favorece a evolução social.

Para eleger esses representantes, os partidos políticos assumem uma importante função. É cediço que a voz de um indivíduo dificilmente prevalecerá, então, entendeu-se que a reunião de pessoas que detinham ideias comuns em um só órgão favorecia mais a sua aplicação. Considerando que era possível haver vários grupos, defendendo conceitos diferentes, era mais fácil e democrático eleger quem estaria mais preparado para assumir a representação popular; e mais, quais eram, de fato, os princípios que mais condiziam com os anseios da sociedade em geral.

O pluripartidarismo, portanto, possui uma verdadeira importância para o sistema democrático. Isso porque o totalitarismo é um imponente inimigo, já que representa o governo e a existência de um só partido; basta lembrar dos estragos decorridos em razão do nazismo e stalinismo.

¹⁹ WOOD, Gordon S. Os modernos. O pensamento político na época da revolução americana. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 108.

²⁰ “[...] A supremacia do interesse público sobre o particular não pode nunca depender da ‘bondade’ dos parlamentares e governantes, devendo, ao invés, fundar-se no cumprimento das leis. A ideia de que os partidos políticos servem à democracia e que esta precisa de excelência na administração pública é essencial para a preservação do regime democrático [...]” (KLEIN, Antonio Carlos. *A importância dos partidos políticos no funcionamento do Estado*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 144).

²¹ CHAUÍ, Marilena. O que é política? In: NOVAIS, Adalberto (Org.). *O esquecimento da política*. Rio de Janeiro: Agir, 2007. p. 50-51.

Por isso, esse agrupamento de afinidades políticas daria ao povo um grau de escolha maior, além do mais, favoreceria que essa opção fosse, naquele momento, a mais interessante para o desenvolvimento social. Daí se conferir aos partidos políticos uma importância no sistema democrático.

Há de se considerar que a Constituição Federal atribuiu, genericamente, aos partidos políticos grau importante na participação democrática. O fundo partidário representa uma manifestação notória da importância que os partidos exercem na democracia, tendo em vista os importantes numerários recebidos anualmente dos cofres públicos²² (para reflexão: a divisão do fundo partidário igualitário para assegurar que todos possam chegar ao poder não seria mais democrática?). Outro aspecto importante é justamente o financiamento privado dos partidos²³. Essa dupla fonte de renda acaba por deturpar a natureza da entidade.

O financiamento público direto não deveria ser a única e mais salutar fonte de auferir recursos do partido. Seria mais conveniente que houvesse uma política intrapartidária de geração de fundos, tais como venda de produtos que se vinculem à marca do partido e de suas ideias, realização de eventos que divulgassem os pensamentos da agremiação, contribuições dos próprios filiados etc.

²² “[...] A disponibilidade de recursos visa a impedir que os partidos políticos operem apenas periodicamente e os impulsiona a quebrar a letargia típica do período de entressafra eleitoral, com a realização de seminários, palestras, debates e outros eventos que tragam à tona os problemas do País e do cotidiano governamental, formando a cidadania dos filiados e orientando os partidos na aproximação de seu programa e de suas metas com as expectativas populares. A existência do fundo partidário traz, uma vez mais, o questionamento sobre a natureza dos partidos políticos. É que, sendo o fundo partidário uma **fonte pública** de financiamento aos partidos políticos brasileiros, personalidades jurídicas de **direito privado** (como, já foi visto, consagra a Constituição de 1988), fica evidenciado que o tratamento dispensado aos partidos políticos, tanto neste tópico quanto no que diz respeito à prestação de contas, discrepa da natureza formal prevista na Lei Maior. Assim, os partidos políticos não são (e não podem ser tratados como) entidades privadas, conforme já insistimos em diversas passagens anteriores. Deve-se, no futuro, para a garantia de um enquadramento jurídico adequado, revisar a natureza partidária, dando-lhe uma fórmula *semipública* (ou *semiprivada*, como queiram), visto que a sua natureza é verdadeiramente híbrida [...]” (KLEIN, Antonio Carlos. *A importância dos partidos políticos no funcionamento do Estado*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 106-107, grifos no original).

²³ “[...] O Estado democrático, por sua vez, deve colocar alguns instrumentos à disposição dos partidos que lhes facilite o financiamento das suas atividades. Obviamente, os partidos políticos necessitam de recursos financeiros para desenvolverem normalmente suas múltiplas funções. Idealmente, devem contar com um tipo de financiamento que cubra os seus gastos necessários, sem que caiam na dependência financeira unilateral de um indivíduo ou de um setor específico da sociedade. Dado que a existência de partidos é essencial para um sistema democrático, muitos países preveem um subsídio estatal para eles. Este subsídio pode ser outorgado ora em forma de **contribuições partidárias** diretas do tesouro nacional (como reembolso de gastos de campanha) ou em forma de subsídio indireto, com a possibilidade de dedução, na declaração de renda, das doações efetuadas para os partidos [...]” (HOFMEISTER, Wilhelm; SANTOS, Gustavo Adolfo P. D. Santos. Os partidos políticos na democracia: uma introdução para a formação política. *Escola Política*, Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, n. 2, p. 15-100, 2007. p. 45, grifo no original).

Revisitando a democracia

O Estado poderia fomentar de forma indireta, com a isenção de tributos. Se o intuito é promover a democracia, não haveria motivo para um partido receber mais recursos do fundo que outro, apenas pelo fato de conter mais representantes eleitos. Isso faz com que o partido com maioria de representação tenha mais força econômica e se perpetue no poder, o que, certamente, não é o intuito do Estado Democrático de Direito. Para essa realidade, Hans Kelsen ressalta:

Os partidos políticos – assim responderemos – só representam interesses de grupos de indivíduos; têm como base, portanto, o egoísmo [...]. Contudo, é preciso reconhecer que eles não estão em condições de afastar-se muito do terreno da comunhão dos interesses materiais²⁴.

Na atual situação social, a simples eleição de representantes não garante a democracia nem favorece a sua permanência. A sociedade, no exercício do poder fiscalizatório, deveria dar mais sugestões e cobrar mais retorno dos congressistas, permitindo ao parlamento uma maior orientação da sua própria atividade legislativa. Além disso, é necessário, também, que seja possível, em virtude de uma prerrogativa legal, barrar projetos que não favoreçam a coletividade, mesmo havendo as Comissões Internas, que, teoricamente, têm essa competência.

De certo, hoje, o Poder Legislativo sofre uma forte crise no que diz respeito à sua função social. Vejam-se os ensinamentos de Hans Kelsen:

A irresponsabilidade do deputado perante seus eleitores, sem dúvida uma das causas essenciais do descrédito em que caiu hoje a instituição parlamentar, na realidade não é um elemento necessário, como transparecia da doutrina do século XIX. Assim, mesmo nas constituições atuais existem disposições que merecem ser consideradas e que são passíveis de desenvolvimento ulterior²⁵.

É preciso que se diga, também, que há entraves à irresponsabilidade dos parlamentares. É necessário que haja uma proteção e autonomia em relação às suas opiniões no exercício de sua função; contudo, isso não deve ser um entrave à responsabilização por faltas graves, principalmente no que se refere àquelas que ofendem o interesse público. Veja a crítica formulada por Hans Kelsen:

O fato de um deputado só poder ser perseguido pelos tribunais e, sobretudo, preso por um delito cometido após consenso do parlamento é um privilégio que remonta à época da monarquia feudal, vale dizer que à época em que era mais encarniçada a oposição entre parlamento e governo monárquico. Tal privilégio chega a ser justificado até sob a monarquia constitucional [...] Mas, numa república parlamentar, em que o governo não passa de uma comissão do parlamento e é submetido

317

²⁴ KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 40.

²⁵ KELSEN, 1993, p. 54-55.

Thales José Pitombeira Eduardo

ao controle mais rigoroso da oposição, aliás, de toda opinião pública, e em que a independência dos tribunais certamente não está menos garantida do que sob a monarquia constitucional, é um contrassenso querer proteger o parlamento de seu governo²⁶.

Como já se falou, é necessária a adoção de uma sistemática em que o povo pudesse revogar os poderes conferidos a um parlamentar eleito. Isso porque não é incomum se ouvir queixas de estar o parlamento afastado das finalidades públicas. Hans Kelsen exemplifica que “[...] *A constituição da Rússia Soviética vai bem mais longe. Permite que os eleitores revoguem, a qualquer momento, seus deputados nos diversos Conselhos, o que angariou para tal constituição as simpatias de grande número de trabalhadores estrangeiros [...]*”²⁷.

Embora seja cogitável a existência de uma democracia sem parlamento (democracia direta), a sua formação é inviável. Por isso, o parlamento é essencial, embora se necessite de uma readaptação dessa forma indireta de se governar, conforme ensina o referido autor:

Não se pode duvidar seriamente de que o parlamentarismo não seja a única forma *real* possível em que possa realizar-se, na realidade social hodierna, a ideia da democracia; por isso, a condenação do parlamentarismo é, ao mesmo tempo, a condenação da democracia.

318

De fato, é necessário manter o parlamento; mas, tendo em vista a sua forma atual de ação, é preciso criar mecanismos que controlem mais a atuação de seus membros. Afinal, não se pode tolerar que um deles defenda interesses que não tragam benefícios à coletividade pelo simples fato de, anteriormente, terem sido eleitos²⁸.

A corrupção nas democracias é um mal, que se torna mais grave quando vista nos órgãos, como no caso do parlamento. Vejam-se os ensinamentos de Diego Gambetta:

²⁶ KELSEN, 1993, p. 55.

²⁷ KELSEN, 1993, p. 57.

²⁸ “[...] Para finalizar, recorde-se que a administração pública está sujeita a uma continuidade no desempenho de sua ação e que a rotatividade dos cargos políticos, proporcionada pelo sistema democrático, não pode representar uma ameaça nem à realização das obras públicas, nem à prestação dos serviços públicos essenciais. O interesse público encontra-se acima das disputas políticas. É criminoso tanto endividar o governo para as gerações futuras quanto abandonar pela metade uma obra pública, quando houver condições de concluí-la, apenas porque esta tenha sido iniciada por um adversário político da administração em mando. A frequência com que acontecem tais fatos ainda registra níveis absurdos, sobretudo na esfera municipal. No legislativo, o mal originário da falta de um trabalho de qualificação no seio partidário é nítido. Nas casas legislativas pátrias (nas três esferas, mas principalmente nos Municípios), assiste-se a sessões legislativas preenchidas com pautas inúteis: nomeação de ruas, distribuição de medalhas e discursos cuja pertinência estaria reservada a botequins. Tudo isso em detrimento de votações importantes (jogadas para as calendas) e da fiscalização das ações do Executivo [...]” (KLEIN, Antonio Carlos. *A importância dos partidos políticos no funcionamento do Estado*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 145).

Não deveria ser possível comprar o veredicto de um juiz. Um fiscal não deveria aceitar suborno para fechar os olhos a uma fraude fiscal. Os contratos públicos deveriam ser destinados às empresas que oferecessem os preços mais baixos, e não às que oferecem propinas mais gordas, os empregos deveriam ser dados aos melhores candidatos, e não aos amigos. Um remédio não testado não deveria ser autorizado pelos responsáveis pela saúde pública em conluio com os laboratórios farmacêuticos, e os professores não deveriam comunicar antecipadamente os temas dos exames aos candidatos [...] Além disso, os políticos mais corruptos devem ser ainda mais temidos nas democracias que nas aristocracias, pois seu mau exemplo cria ainda mais corrupção²⁹.

Évelyne Pisier revela importantes indícios de uma democracia moderna em crise e alerta:

Assim, a democracia moderna precisa estar constantemente cuidando para não resvalar nem no Estado despótico nem no Estado populista, os dois extremos temidos por Montesquieu. Duplamente realista, Montesquieu insiste na necessidade de um pluralismo da representação política, que entende como pluralismo das forças sociais³⁰.

Muitas vezes, a sociedade, depois de ter vivido a máxima de uma extremidade, experimenta, em outro momento, outra extremidade. Isso se verifica quando uma nação, logo após passar por uma experiência democrática, vivenciar um golpe de Estado, normalmente militar. Essa situação é comum quando a sociedade passa por um processo de mudança em busca da evolução; apesar de que, mesmo vivendo situações extremas, tanto de um lado quanto de outro, no caso analisado verifica-se justamente dois polos de regimes políticos, quais sejam, a democracia e a plutocracia. Atenas também passou por tal fase; veja-se o que diz Josiah Ober:

A Atenas democrática sobreviveu a catástrofes militares, à peste devastadora e à perda de seu império. Finalmente, foi um inimigo militarmente superior, e não uma decadência interna, que encerrou a grande experiência ateniense de democracia direta. Os conquistadores macedônicos do norte da Grécia, suspeitando do “poder do povo”, obrigaram os atenienses a aceitar um governo plutocrático em 322 a.C.³¹.

Os Estados criados após a Primeira Guerra Mundial adotaram o princípio democrático. São incontestáveis os avanços que a democracia trouxe à sociedade,

²⁹ GAMBETTA, Diego. Civismo e corrupção. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 301 e 308.

³⁰ PISIER, Évelyne. Repensar a democracia. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 145-146.

³¹ OBER, Josiah. Democracia direta. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 197.

Thales José Pitombeira Eduardo

principalmente no que se refere aos direitos humanos. Hoje, considerado importante vetor na defesa a favor do ser humano, pelo simples fato de estar nessa condição, em face das arbitrariedades mais diversas possíveis, inclusive abrangendo as de trato internacional. Veja-se o que diz Pierre Bouretz:

Sob seu aspecto de direitos universais abstratos, os direitos humanos são reconhecidos nas sociedades democráticas como o limite estabelecido para a ascendência da sociedade e do poder sobre a esfera privada do indivíduo. Declinam-se essencialmente como liberdade de opinião e de comunicação, propriedade de si mesmos e dos bens, direito de ir e vir, direito ao respeito da intimidade, direito de participar da gestão política das questões comuns [...] ³².

A democracia também passou por questionamentos acerca da sua validade. Instituído o voto, considera-se que o povo, na manifestação da sua majoritariedade, tem a competência para eleger os seus representantes no parlamento e, também, na chefia do Poder Executivo. Ocorre que Hans Kelsen questiona: “[...] *Por que a opinião da maioria é verdadeira, e falsa a da minoria? E, se ela pode ser verdadeira em um dado momento, por que não é verdadeira em outro, quando a opinião dos que estavam em minoria alcançam a maioria em outra eleição?* [...]” ³³.

320

Na verdade, crê-se que tal modelo fora adotado não por a maioria ter razão em relação à opinião da minoria, mas pelo fato de o risco de erro em considerar a vontade da maioria sobre a da minoria ser menor. Isso porque há mais validade em relação à escolha de uma universalidade de indivíduos. O problema que se coloca é: qual a situação dessa maioria? Esse, sim, é um dos verdadeiros questionamentos em relação ao exercício do sistema democrático. Essa referida validade só se manifesta de forma inequívoca se a maioria representar indivíduos capazes de escolher, isentos de qualquer vinculação material, e se os interesses pretendidos estiverem de acordo com os consagrados importantes pela sociedade.

Ronald Dworkin questiona, também, o poder dos juízes de declarar uma norma inconstitucional, mesmo esta tendo sido aprovada indiretamente pelo povo (maioria), caracterizando como um efeito do constitucionalismo:

Trata-se do constitucionalismo – que confere a juízes não eleitos o poder de contestar as decisões dos poderes executivos ou legislativos designados democraticamente, a partir do momento em que elas violem, a seus olhos, os direitos do homem assegurados pela Constituição [...]. Muitas pessoas consideram que o constitucionalismo é extremamente antide-

³² BOURETZ, Pierre. Montesquieu e Rousseau: dois debatedores da democracia. In: DARN-TON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 114.

³³ KELSEN, 1993, p. 177.

mocrático – na medida em que subordina os cidadãos comuns a uma elite de juízes. Outros no entanto sustentam o contrário, argumentando que o constitucionalismo protege os direitos humanos, que são a alma da democracia³⁴.

Ora, o fato de o Poder Judiciário controlar os atos dos Poderes Executivo e Legislativo decorre do sistema *checks and balances*. Embora o Estado seja uno, bem como seu poder, para garantir a eficiência, há tal divisão. É plenamente considerável que o Poder Judiciário interfira nos atos dos demais quando os direitos humanos estão, de alguma forma, sendo violados.

Além do mais, com essa atuação, não há ganho nenhum ao que declarou tal inconstitucionalidade. Há, na verdade, um ganho social, pois a classe de juristas é especializada no estudo do ordenamento jurídico, e não é porque seus membros não foram eleitos pelo povo, que isso faria com que não pudesse haver esse controle, afinal a base da magistratura é contratada por concurso público, inclusive com um rigor considerável, exigindo do indivíduo uma boa preparação para lidar com condições de enfrentar casos reais.

Os partidos políticos³⁵ deveriam agregar os interesses da sociedade, mas não é isso que vem ocorrendo. Pelo contrário, o desencanto com os partidos tem se expandido, sendo alvo de inúmeras críticas. Eles têm experimentado baixo prestígio junto à população. As justificativas são clássicas, tais como a frustração das expectativas, expostas com a mudança do jornalismo, que adotou uma função investigativa e denunciativa dos escândalos e tem contribuído para alertar a sociedade para a crise da banalização da política e de seus partícipes.

Joseph La Palombara estabelece quatro critérios para se determinar o conceito mais próximo de partido político. O primeiro seria a organização durável; o segundo a organização local bem estabelecida, mantendo relações regulares e variadas com o escalão nacional; o terceiro seria a vontade deliberada dos dirigentes da organização de exercer diretamente o poder; e o quarto critério: a preocupação em se obter suporte popular. Nos seguintes termos, posiciona-se:

Somados os quatro elementos, poder-se-ia definir um partido político, de acordo com tais parâmetros, como entidade duradoura e de extensão nacional que dá relevo aos núcleos locais, procura atingir o poder para

³⁴ DWORKIN, Ronald. Direitos fundamentais. A democracia e os direitos do homem. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 156-157.

³⁵ Nesse contexto, interessante o conceito de partido político trazido por Edmund Burke: “[...] Un partido es un cuerpo de hombres unidos para promocionar un medio de la unión de sus esfuerzos el interés nacional sobre la base de un principio concreto respecto del cual todos se muestran de acuerdo [...]” (BURKE, Edmund. *Thoughts on the causes of present discontent*. In: Luis I. Bredvold; Ralph G. Ross (Eds.). *The philosophy of Edmund Burke*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1960. p. 34).

Thales José Pitombeira Eduardo

exercê-lo e conta, para isso, angariar adeptos e eleitores a fim de construir uma base de apoio na população, sem a qual não haverá partidos políticos e seus dirigentes manterem-se estavelmente no poder³⁶.

O afastamento dos objetivos constitucionais por parte dos partidos políticos, paradoxalmente criados pela Constituição, agrava-se com a falta de compromisso quando da indicação à sociedade dos políticos mais aptos a ocupar determinados cargos:

Era um grande paradoxo que Canotilho bem traduz ao constatar que “os partidos tinham um papel constitucional, mas, ao mesmo tempo, eram remetidos para o domínio dos *acontecimentos extraconstitucionais* [...]”. Em resumo: os partidos políticos, organizações voltadas para a conquista do poder político (representado pelo aparelho estatal), desempenham, reconhecidamente, uma função de mais alto relevo e consideração na esmagadora maioria das comunidades estatais do planeta. Na posição de **titulares do monopólio eleitoral**, aos partidos foi conferida, de forma tácita ou expressa, a função de **intermediador político** entre a sociedade e o Estado. Cabe aos partidos políticos, nas democracias representativas modernas, selecionar e indicar os que serão candidatos no processo político, nos pleitos eleitorais destinados ao preenchimento dos principais cargos públicos³⁷.

322

Há quem sustente que, mesmo por conta desses problemas de legitimidade dos partidos, a democracia não fica abalada, porque surgem outros interessados que passam a influenciar no processo político:

Tais desenvolvimentos que andam de mãos dadas com o enfraquecimento de diferentes partidos não são necessariamente uma crise da democracia, mas apontam para outra forma da democracia em que, embora os partidos continuem a assumir as funções supramencionadas, outras organizações sociais, bem como os meios de comunicação, também passam a exercer uma maior influência sobre o processo político do que em tempos já idos³⁸.

A quantidade de partidos políticos não determina a qualidade de uma democracia, apenas releva um pluralismo. A concepção mais contemporânea de democracia significa a construção de um Estado baseado numa Constituição que

³⁶ LAPALOMBARA, Joseph, 1966, p. 38, apud KLEIN, Antonio Carlos. *A importância dos partidos políticos no funcionamento do Estado*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 40.

³⁷ KLEIN, Antonio Carlos. *A importância dos partidos políticos no funcionamento do Estado*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 51-53, grifos no original.

³⁸ HOFMEISTER, Wilhelm. Problemas da democracia partidária: América Latina à luz das experiências internacionais. *Cadernos Adenauer*, Partidos políticos: quatro continentes. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, VIII, n. 3, p. 9-31, nov. 2007, p. 13.

assegure aos indivíduos os direitos e garantias fundamentais em sua acepção máxima. Ou seja, o Estado Social, sem provocar um engessamento no modelo econômico, consagra os direitos sociais pela atuação direta da democracia.

É consenso que os partidos políticos são frágeis e distantes dos anseios sociais. Há necessidade urgente de uma reforma política, cuja primeira seleção do candidato apto a exercer o múnus público ocorreria, de forma séria, em assembleia no partido político, com participação da sociedade. Esse mecanismo poderia fortalecer (não no sentido eleitoral) o partido político e tornar mais interativa e democrática as relações entre eleitores e representantes. Dessa forma, a atuação na vida pública poderia ser mais ética.

Favorecer, também, mecanismos de vinculação entre candidatos eleitos com as propostas apresentadas durante a campanha e as ideias do partido a que está filiado, que podem auxiliar no processo de reestruturação político-partidária.

Os problemas de representatividade que se percebem, atualmente, estão relacionados com a anomalia do nosso sistema de eleição proporcional, tendo em vista que este é um método eleitoral em que se vota no conjunto de ideias, propostas, programas do partido; entretanto, no Brasil, o voto se expressa de forma nominal ao candidato, e não ao partido, pondo em negação o próprio sistema.

Esse equívoco faz com que haja muitas candidaturas, o que torna o processo complexo, considerando a diversidade de candidatos, muitos sem condições de exercerem cargos públicos, a serem escolhidos pelos eleitores. O disparate é tão grande que dois candidatos do mesmo partido, teoricamente, com as mesmas bases de ideias, podem vir a ser ferrenhos adversários. Nesse contexto, muitas vezes, vence aquele que consegue ser mais visto, projetado na mídia com uma imagem camuflada. A personalização do voto leva ao enfraquecimento dos partidos políticos e faz com que os parlamentares considerem seu mandato um conquista pessoal

O discurso falacioso de que a democracia brasileira está num processo de evolução e que precisa passar por etapas, para que consiga dar tempo aos partidos de mostrarem aos brasileiros os resultados, parece hibernar no mundo das ideias.

O que se tem visto é que os partidos políticos são ineficientes, e sua atuação está distorcida e longe dos anseios sociais. O partido deveria se voltar para o povo, e não para o candidato. Outro fato que deturpa o sistema político é a possibilidade de parlamentares ocuparem cargos no Poder Executivo sem renunciar seus mandatos, claramente em troca de favores entre partidos. É notório que a função fiscalizadora do Congresso Nacional fica comprometida.

A revolução social e a perspectiva de mudança na representatividade no Brasil: a crise de legitimidade

A sociedade brasileira viveu (e está ainda presenciando) inúmeras manifestações populares espalhadas por praticamente todos os Estados da Federação, incluindo aqueles que compreendem as principais capitais.

Thales José Pitombeira Eduardo

O descontentamento se deu principalmente em razão do aumento da passagem de ônibus no município de São Paulo e de Porto Alegre, ocasião em que os manifestantes aproveitaram para reivindicar outras necessidades básicas ainda não prestadas pelo Estado de forma satisfatória, tais como educação, saúde, segurança etc.

Ao que parece, os protestos foram (e estão sendo) encabeçados pelo Movimento do Passe Livre (MPL), que encorajou e despertou toda a sociedade brasileira a aderir ao movimento no intento de que a repercussão fosse mais forte em razão dos principais veículos de comunicação impresso e televisivo do mundo, além de órgãos e de entidades oficiais internacionais, estarem focados no Brasil por ocasião da Copa das Confederações 2013.

A revolta da sociedade se revelou num clamor geral pelo descaso para com o cidadão, mesmo diante de um Estado rico e potencialmente forte. Para além disso, o descontentamento também foi revelado pelos inúmeros privilégios e benefícios infundados dos parlamentares e integrantes dos altos cargos políticos, com gastos absurdos com viagens e eventos, sem se falar nos valores dos referidos subsídios.

Nesse contexto, a importância dos partidos políticos para o bom funcionamento da administração pública frente aos serviços a serem prestados ao cidadão é notória. A doutrina corrobora esse entendimento:

324

A importância do estudo dos partidos políticos no contexto jurídico nos parece óbvia, mas muitos não encontram o *elo* ou *gancho*. Os partidos políticos respondem diretamente pela formação da classe que irá dirigir o país, por deterem constitucionalmente o **monopólio eleitoral**, visto que estar filiado a um partido político é uma das condições de elegibilidade (artigo 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal). Portanto, a boa regulamentação dos partidos políticos influencia, ainda que de forma indireta, o bom funcionamento da administração pública e o regular desempenho das casas legislativas. Tal fato incontestável fez com que os partidos políticos passassem a ter tratamento constitucional, como registra, dentre outras, a nossa Carta Magna atual, em seu décimo sétimo artigo. Não por acaso, o mencionado artigo é o que precede imediatamente o Título III, *Da Organização do Estado*, e o Título IV, *Da organização dos Poderes*, sinalizando que há um envolvimento instintivo dos partidos políticos com estas questões³⁹.

Contudo, os esforços dos políticos no cenário brasileiro têm sido, predominantemente, para fins de demagogia e populismo⁴⁰. Em cada período de eleição,

³⁹ KLEIN, 2002, p. 22-23, grifos no original.

⁴⁰ “[...] A organização é, pois, uma estrada que leva ao poder político, mas é também, e principalmente, base da estabilidade política e condição essencial para que vingue a liberdade. [...] A presença ou ausência dos partidos políticos, em concorrência real pelo poder, influi decisivamente neste panorama. Nas democracias, a possibilidade de alternância de forças no poder sustenta o imperativo da **qualidade** do exercício dos mandatos. Estando sujeitos a perder pontos preciosos na cotação do eleitorado, ao abalarem a sua confiança através do mau emprego

verifica-se a magnitude das campanhas eleitorais, visando a melhor e mais forte divulgação do(a) determinado(a) candidato(a)⁴¹. Os partidos mais dependem de auxílios empresariais e cabos eleitorais que do apoio popular. Na Alemanha, inclusive, as despesas partidárias são tratadas como de orçamento público, com o objetivo de equilibrar o abuso do poder econômico⁴².

de suas energias a cargo (o que implica serem descartados no pleito seguinte), os políticos se esforçam para agradar o povo, alguma vez de forma demagógica, outras vezes, porém, de maneira mais produtiva. [...] Em conclusão, podemos afirmar que as crises democráticas são rapidamente contornáveis porque o sistema político democrático carrega, dentro de si, mecanismos que permitem a superação do problema sem grandes traumas. Enquanto isso, nos regimes de força, centralizadores por excelência, encontram-se necrosadas as soluções para os impasses e o conflito, que, quando a intolerância atinge o auge, irrompe em revolução: é uma questão de tempo [...]” (KLEIN, 2002, p. 35-37, grifo no original).

⁴¹ “[...] é necessário haver formas de controle similares às que se aplicam às entidades que lidam com o patrimônio público e se condicionam a finalidades eminentemente públicas. O controle financeiro exercido pela Justiça Eleitoral brasileira não inibe nem conflita com o exercício pelo Tribunal de Contas, tendo, cada um, seus cuidados preponderantes e podendo prestar auxílio mútuo. A preocupação central consiste em evitar, sobretudo nos pleitos, o abuso do poder econômico. Embora seja impraticável que os partidos operem sem recursos, é inadmissível que a utilização desigual acentuada dos meios econômicos conduza a uma perversão da vontade do eleitorado. Infelizmente, o *clientelismo* ainda é uma prática eleitoral acintosamente presente em incontáveis bolsões do País. Um grande número de parlamentares e governantes galgam a vitória nas urnas à custa de dinheiro, e não de ideias, maculando irremediavelmente seus mandatos. É impensável que um agente político que ‘comprou’ sua vaga (ao despejar rios de dinheiro em uma campanha eleitoral) não venha a desempenhar suas funções com o firme propósito de fazer valer e resgatar seu ‘investimento’. A prestação de contas aparece, destarte, como uma figura importante no Direito Eleitoral, ainda que sua presença seja mais inibidora que eficaz, ante a insuficiência dos meios de que dispõe para combater a formação de um *caixa dois* resultante das polpudas e mui desinteressadas doações de empresários a políticos [...]” (KLEIN, 2002, p. 100, grifos no original).

⁴² “[...] Os partidos políticos podem também existir como **entes públicos autárquicos**. É o que acontece na Alemanha, onde as campanhas eleitorais e demais despesas partidárias saem dos cofres públicos, tentando-se, assim, um equilíbrio real e buscando-se evitar o abuso do poder econômico, o que nem sempre é possível conforme se verifica com o recente escândalo envolvendo o Partido Democrata Cristão e a figura quase mitológica do ex-*Premier* germânico Helmut Kohl. Há ainda partidos que são tratados constitucionalmente como **peças jurídicas de direito público interno**, tratamento dispensado aos partidos políticos brasileiros na Constituição Federal de 1967, fato que importava em uma disciplina rigorosa das entidades partidárias, vistas como verdadeiras figuras paraestatais, a ser exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral. [...] A maioria dos publicistas defende, no entanto, que a *constitucionalização* (a formalização jurídico-constitucional do papel dos partidos políticos) é etapa necessária para os organismos partidários. É, de fato, uma etapa importante, mas não indispensável. Os partidos políticos, como parte da Constituição viva, ‘pertencem ainda a uma concepção de democracia contra a qual eles bracejam ou investem e que vem a ser a democracia liberal. O lugar dos partidos, porém, [...] é no Estado social, na democracia de massas, onde chegam à plenitude de seu poder e reconhecimento jurídico.’ Em suma: existem partidos políticos que por uma razão qualquer encontram-se fora do ordenamento jurídico de um Estado, sobrevivendo, entretanto, enquanto organismo partidário. Embora seu *habitat* natural seja a democracia representativa, onde vigora o pluripartidarismo, os regimes totalitários, cômicos de sua importância, criaram *ambientes artificiais*, gerando uma espécie de vida em cativeiro, no bojo de suas plúmbeas estruturas, para os partidos políticos. Ressalte-se, porém, que ‘os partidos políticos são essencialmente competidores – **competidores legítimos** – do que uma comunidade possui em matéria de poder político [...]” (KLEIN, 2002, p. 43-45, grifos no original).

Thales José Pitombeira Eduardo

Há uma verdadeira disputa, na época da propaganda eleitoral, pelo poder, mais facilmente conquistado quando a ideologia é “mais bem” manipulada nos meios de comunicação. Simone Goyard-Fabre revela a exposição ao risco da democracia neste aspecto:

A competição entre os partidos, atizada pela propaganda, caso necessário, pela manipulação, se exaspera e, se se deixar reduzir a determinações econômicas ou morais, transforma-se numa luta intestina que nada mais é senão uma relação de forças. [...] A partir daí, a democracia fica exposta ao risco de ver os partidos políticos não corresponderem apenas ao pluralismo das engrenagens governamentais (como pensavam Hume e Montesquieu, em seu tempo, no contexto de sua teoria constitucional). Os partidos, com efeito, não refletem apenas a diversidade das opiniões, mas são o espaço em que se confrontam os interesses, a rivalidade de sentimentos, o choque das paixões, a desordem dos ímpetos irracionais, a labilidade das resoluções... Sempre carregados de ideologia, estão expostos a uma extrema versatilidade. Então, transforma-se em facções, sempre sensíveis ao fluxo dos acontecimentos, e, em vez de serem a expressão de um “liberalismo organizado”, tornam-se o lugar por excelência das disputas e das brigas. As facções, alimentando entre si uma radical inimizade, são ferrenhamente rivais. Portanto, embora seja verdade que o pluripartidarismo faz parte, enquanto reflexo das opiniões diversas do povo, das exigências da democracia, não é possível subestimar os sérios riscos de desvio ao qual ele está exposto⁴³.

326

O primeiro filtro do político mais adequado para ocupar um cargo e trabalhar para o Estado deveria ser feito pelos partidos políticos. Essa, contudo, não é a preocupação. Não se tem como prioridade o benefício social, pois a ascensão política é vista como um meio de vida, um emprego, uma carreira particular sem qualquer dimensão social. Lúcida é a análise de Frank Cunningham nesse aspecto:

Porque são os partidos políticos que competem nas eleições, entender a “regra do governo” é entender o comportamento dos partidos políticos. Estes, por sua vez, são constituídos de políticos, que não buscam mandato com vistas a implementar políticas de proteção, mas, sim, agem somente “para obter a renda, o prestígio e o poder que advém da ocupação do cargo”, finalidade para a qual eles se unem com outros em um partido político para competir pelos espólios do governo [...]. Downs, assim, descreve sua “tese principal” de que os “partidos na política democrática são análogos a empreendedores em uma economia que busca lucro” na formulação de “qualquer política que eles acreditam que irá

⁴³ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 259.

ganhar a maioria dos votos, exatamente como empreendedores produzem qualquer produto que eles acreditam que irá obter os maiores lucros” [...]. Governos têm de desempenhar certas funções sociais (coletar taxas, manter serviços públicos, ter em vista a segurança nacional e assim por diante), e um partido no governo deve manter um número adequado de votantes suficientemente satisfeitos para ser reeleito, de tal forma que na troca os cidadãos ganham alguma coisa em compensação por seus votos. Contudo, esses são subprodutos do objetivo motivador de conseguir se eleger e permanecer no poder [...], do mesmo modo que fornecer a um consumidor um carro é um subproduto de um vendedor de carro fazer uma venda⁴⁴.

No Brasil, tem sido comum pessoas ligadas à mídia, como esportistas, cantores(as), atores e atrizes e outros artistas, vincularem-se a partidos políticos para conseguirem um coeficiente eleitoral suficiente para se elegerem e garantirem a entrada de outros no cenário político, embora não se tenha atingindo um número de votos suficientes.

Isso representa a participação popular de forma emotiva no processo político, o chamado voto de protesto, que elege pessoas que não têm história política no currículo nem condições de ocupar o cargo. É como se houvesse uma oligarquia intrapartidária dentro de uma democracia institucionalizada no Estado:

As razões do conservadorismo da cúpula foram também explicitadas por Michels: é que o “círculo interior”, como escreve Duverger, nunca se dispõe a abandonar o seu mando e articula de todas as formas possíveis para manter-se na chefia da instituição partidária, porque o poder, qualquer poder, corrompe, vicia, traz à tona o pior do homem e faz trocar ideais por ganância e ambição. O exercício do poder corrompe o homem até a alma com imensa facilidade. Em consequência, como somente por meio de uma organização política é que um grupo pode ser conduzido ao poder, e sendo tais organizações entidades de natureza conservadora, cria-se um paradoxo: uma oligarquia dentro de uma democracia que, ante o fantástico apego produzido pelo poder e seus detentores, aos poucos vai gerando a contradição de, por não praticar a democracia interna, erguer contra si as vozes de inúmeros defensores da democracia enquanto sistema. Michels chamou de **lei de bronze** a essa transferência e concentração do poder partidário na cúpula oligarquizada e cristalizada no âmago do partido. A democracia interna partidária, que deveria consistir na participação de todos na direção do partido, portanto, inexistente e prevalece aquilo que Duverger chamou de

⁴⁴ CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia: uma introdução crítica*. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 125-126.

Thales José Pitombeira Eduardo

eleições piramidais. A centralização administrativa dos partidos evita ou abafa as iniciativas que poderiam partir das bases e só permitem a renovação interna na medida em que interessa a cúpula, impedindo o arejamento que novas gerações, com novas ideias, proporcionam⁴⁵.

Os partidos políticos estão se transformando em empresas políticas, com metas de alcançar o poder e formular estratégias para ganhar as eleições⁴⁶. O objetivo é atender aos interesses privados e manipular a massa social, fazendo muitas vezes de forma vil que os interesses dos eleitores sejam os interesses dos eleitos, como forma de camuflar atrocidades. Pierre Bourdieu elucida tais afirmações:

Os que dominam o partido e têm interesses ligados com a existência e a persistência desta instituição e com os ganhos específicos que ela assegura encontram na liberdade, que o monopólio da produção e da imposição dos *interesses políticos instituídos* lhes deixa, a possibilidade de imporem os seus interesses de mandatários como sendo os interesses dos seus mandantes. E isto passa-se sem que nada permita fazer a prova completa de que os interesses assim universalizados e plebiscitados dos mandatários coincidam com os interesses não expressos dos mandantes, pois os primeiros têm o monopólio dos instrumentos de produção dos interesses políticos, quer dizer, politicamente expressos e reconhecidos, dos segundos. Nada, a não ser esta forma de abstenção activa, a qual tem raízes na revolta contra uma dupla impotência, impotência perante a política e todas as acções puramente seriais que ela propõe, impotência perante os aparelhos políticos: o apolitismo, que assume por vezes a forma de um antiparlamentarismo e que pode ser desviado por todas as formas de bonapartismo, de boulangismo ou de gaulismo, é fundamentalmente uma contestação do monopólio dos políticos que representa o equivalente político daquilo que foi, em outros tempos, a revolta religiosa contra o monopólio dos clérigos⁴⁷.

328

⁴⁵ KLEIN, 2002, p. 61-62, grifos no original.

⁴⁶ “[...] Os partidos políticos deveriam encarnar o papel de forças representativas da sociedade civil no plano político. Numa democracia representativa ideal, serviriam de canais de comunicação entre o povo e o Estado. Contudo, na prática, costumam ignorar os desejos daqueles que lhes confiaram votos de esperanças. Agem como se fossem um fim em si mesmo e não um meio de expressão de segmentos da população que se identificam com seu discurso e programa. As entidades partidárias encontram-se totalmente desvinculadas da sociedade, cuja expressão política era seu encargo, e vazias de ideias que, enquanto veículos de opinião, em tese, deveriam carregar. Esse fenômeno principia na falta da democracia interna nas entidades que deveriam ser a expressão maior do sistema democrático, como já se examinou. Tal fato conduz, inevitavelmente, ao antagonismo entre os interesses particulares, ao antagonismo entre os interesses particulares dos membros do partido e os interesses públicos [...]” (KLEIN, 2002, p. 125-126).

⁴⁷ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 168-169, grifo no original.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 305-338, jul./dez. 2013

A revolta social está, portanto, diretamente ligada também à crise dos partidos políticos no comando inicial do processo eleitoral. Tais fatos não parecem razoáveis aos olhos da sociedade, até mesmo pelo tempo⁴⁸ em que os partidos políticos foram implantados⁴⁹ no Brasil e sua evolução diante da Constituição Federal⁵⁰.

A responsabilização dos políticos pelo desvio da finalidade pública ainda está sendo sedimentada na sociedade brasileira. Confunde-se a inviolabilidade e a imunidade com impunidade. Tem-se visto quase uma aversão do povo à política e aos parlamentares. As imagens comumente mostradas pela mídia de destruição das sedes dos poderes são fortes e revelam um descrédito sério, quase se percebendo um colapso do sistema político. Não se acredita mais no valor do Estado. Atesta Simone Goyard-Fabre:

A irresponsabilidade do deputado para com os eleitores não é um elemento necessário do parlamentarismo. É por isso que seria conveniente “fazer desaparecer ou pelo menos restringir essa irresponsabilidade do deputado chamada ‘imunidade’”; esse “privilégio”, que data do

⁴⁸ “[...] Na Carta Magna anterior, os partidos políticos eram, como já se disse, personalidades jurídicas de direito público. Críticas são tecidas a essa velha solução legal, visto que os partidos políticos não exercem funções governamentais, a não ser nos indesejáveis sistemas totalitários, sendo, em geral, veículos políticos da sociedade que não se confundem com o Estado. Nos regimes em que os partidos são considerados órgãos estatais, tal natureza impele a que sua criação seja feita *diretamente* pela lei, como qualquer outro órgão público. O fato de, nos sistemas competitivos, os partidos também perseguirem interesses particulares e, por vezes, opostos aos gerais e aos governistas, é que os torna associações privadas com funções constitucionais, sendo criados, nestas hipóteses, *conforme* a lei. É certo, contudo, que se faz necessário maior fiscalização, um maior controle dos organismos partidários, o que não significa necessariamente cerceamento da liberdade dos partidos. A vinda de mecanismos que sejam capazes de inibir os excessos oriundos da liberdade partidária será positiva caso preste-se a contribuir na consolidação de uma democracia representativa de melhor nível, em que os partidos políticos deixem de ser clubes ou legistas de aluguel e passem a servir como verdadeiros **entes auxiliares do Estado** (Biscaretti di Ruffia) ou **instrumentos do governo** (Linhares Quintana) [...]” (KLEIN, 2002, p. 104-105, grifos no original).

⁴⁹ “[...] Os partidos políticos (protopartidos) surgem no Brasil alguns anos depois de nossa Independência oficial, tendo D. Pedro I já abdicado do trono e estando D. Pedro II ainda por ser coroado. Foi precisamente no período da Regência, entre 1837 e 1838, que nasceram os dois primeiros protopartidos brasileiros: o Partido Liberal, representante da burguesia comercial, e o Partido Conservador, onde se entrincheiravam as elites agrárias e escravocratas [...]” (KLEIN, 2002, p. 87-88).

⁵⁰ “[...] A Constituição brasileira de 1946 foi a primeira Carta Magna que, logo após a Segunda Grande Guerra, preocupou-se em disciplinar as organizações partidárias. Em seu texto, reconheceu, formalmente, a importância de tais entidades em um ambiente democrático e representativo, como pleiteava ser o Brasil. Esta constitucionalização dos partidos políticos foi elogiada e rapidamente copiada por outras nações. Com a diretriz constitucional, desapareceram os partidos estaduais e surgiram partidos políticos nacionais, tais como o Partido Social Democrático (PSD), o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e a União Democrática Nacional (UDN) [...]” (KLEIN, 2002, p. 90).

Thales José Pitombeira Eduardo

tempo da monarquia feudal, está “absolutamente ultrapassado” e não tem mais sentido numa República parlamentar em que “o governo nada mais é que uma comissão do Parlamento” e se encontra submetido ao controle da oposição e mesmo da opinião pública⁵¹.

A função permanente dos partidos é a realização de conferências, congressos, sessões públicas para difusão do programa, promoção de cursos de difusão doutrinária, educação cívica e alfabetização, formação de um instituto de instrução política para a formação e renovação de líderes políticos, renovação constante de bibliotecas de obras políticas, sociais e econômicas, edição de boletins e publicações, além de pesquisas do cenário social do país.

Nos auspícios da promulgação da Constituição Federal, não se previram os males que o excesso de democracia poderia causar. Hoje, a reforma política pretende um plebiscito para limitar certos poderes amparados pela lei. A questão é verificar se a sociedade brasileira está preparada para enfrentar tais assuntos complexos, sem saber a importância de determinadas questões nacionais. É preciso proteger o indivíduo de si mesmo, não é conveniente convocar plebiscito para assuntos desconhecidos pelo povo. É o que revela o trecho abaixo:

330

A democracia não pode ser simplesmente decretada; trata-se de um estilo de vida no qual a dignidade do indivíduo é respeitada pelos outros cidadãos e pelo governo. Porém, certas estruturas institucionais, tanto civis como governamentais, são pré-requisitos para que a democracia fixe raízes e floresça. É por essa razão que o fortalecimento institucional foi eleito uma das mais importantes tarefas para que se garantissem uma democracia sustentável e uma boa governança⁵².

É como se a mentalidade social não acompanhasse a evolução legislativa, o que se revela uma discrepância, já que a lei deve ser reflexo da vontade social. O legislador acerta na previsão normativa, mas prevê um futuro democrático avançado, quando, na verdade, há um retrocesso social, mesmo se vivendo em democracia.

Diante desse problema institucional de crise democrático-representativa, de fragilidade dos modelos políticos em suportar os regimes democráticos, de crise de legitimidade, mostram-se relevantes algumas medidas, tais como: a implantação de educação política nos mais diversos centros de aprendizagem, com o objetivo de (re)afirmação do princípio democrático; criar mecanismos de responsabilização dos partidos políticos por desvio de finalidade pública de seus

⁵¹ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 310.

⁵² ELLIOTT, Kimberly Ann. *A corrupção e a economia global*. Tradução de Marsel Nascimento Gonçalves de Sousa. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. p. 212.

afiliados; criação de condições estatutárias para comungar os interesses sociais com os interesses partidários e, conseqüentemente, do político eleito, como forma de garantir a implementação de políticas sociais antes prometidas; a viabilização de instrumentos jurídicos (Mandado de Segurança, por exemplo) para remediar ilegalidades e abusos de poder cometidos pelos agentes políticos, entre outros.

O que se tem visto como instrumento para melhorar a sociedade e resolver seus males é a edição de leis severas. Antonio Carlos Klein analisa essa realidade no contexto da tendência oligárquica dos partidos políticos:

A crise do papel dos partidos políticos na democracia, porém, é mundial. Em todos os regimes democráticos ela está presente, pois em todos os regimes democráticos se verifica a *tendência oligárquica* no interior dos partidos políticos, exaltada por Michels. Há, por suposto, fatores de ordem regional a contribuir para que os partidos tenham dificuldades no convívio com a sociedade, mas o fenômeno é verdadeiramente universal e dizer que os problemas relativos aos partidos podem ser resolvidos exclusivamente por meio do ordenamento jurídico seria incorrer em sandice. A discrepância entre a legislação e as práticas cotidianas, longe de alimentar uma consciência crítica que busque aproximar o que é ao que deve ser, provoca o surgimento de novas leis, cada vez mais rigorosas e, via de regra, mais difíceis de serem efetivadas, de virem a ser cumpridas. É preciso erradicar a filosofia de resolver problemas com canetadas. As normas jurídicas, por melhores que sejam ou venham a ser, jamais conseguiram, sozinhas, resolver questão alguma. A insuficiência da via normativa decorre da inserção da crise partidária num contexto maior, que é o da crise de governabilidade que atinge os Estados contemporâneos. A governabilidade de uma democracia depende, sobremaneira, da legitimidade das instituições. Já a ingovernabilidade pode ser apontada como produto conjunto de uma crise de gestão administrativa do sistema e de uma crise de apoio político dos cidadãos às autoridades e aos Governos. Em outras palavras: a ingovernabilidade deriva da soma de uma crise de racionalidade, traduzida em um sistema administrativo ineficiente, com uma crise de legitimação, centrada em um sistema representativo que não garante a preservação da lealdade e confiança do povo nos eleitos⁵³.

A sociedade tem reagido gravemente à situação na qual se encontra, tanto em relação ao descaso para com os serviços públicos e à qualidade de vida, além dos escândalos provocados pela corrupção no seio político. Há uma descrença generalizada que movimenta a revolta social e tais manifestações presentes no mundo, em especial no Brasil nos últimos meses. Esclarecendo tais questões, manifesta-se Antonio Carlos Klein:

⁵³ KLEIN, 2002, p. 126-127, grifo no original.

Thales José Pitombeira Eduardo

Os sistemas políticos democráticos vêm falhando na condução de políticas sociais mais eficazes porque o Estado Democrático de Direito, herdeiro do Estado Liberal e do Estado Social, embora tenha ampliado o leque dos direitos fundamentais, permanece sem solucionar inúmeros problemas, por faltarem não só condições materiais para a efetivação de vários direitos, mas também por existirem entraves institucionais para a operacionalização de medidas essenciais. Em consequência disto, uma descrença generalizada do povo nas ações governamentais galga terreno, se acentuando quando o Poder não lhe atende as demandas, não corresponde a suas expectativas. Tal descrença acaba por transbordar para além do governo em exercício e enxerga nos valores democráticos a raiz de todo o mal⁵⁴.

São imagens fortes e chocantes, ver pessoas destruindo as casas parlamentares, símbolos da república. Outros sinais revelam o descrédito dos políticos, como a recusa de comenda de direitos humanos do Senado Federal pelo bispo emérito Dom Manuel Edmilson da Cruz, em 21 de dezembro de 2010, na própria sede em Brasília, em sessão especial, em protesto ao reajuste de 62% (sessenta e dois por cento) dos benefícios dos parlamentares, em meio ao descaso social⁵⁵.

Tais fatos atestam a ameaça passada pelas democracias ocidentais, no problema relacionado à crise de identidade e também a inexistência de valores éticos. Simone Goyard-Fabre atesta:

332

É um fato comprovado nos dias atuais que as democracias ocidentais estão ameaçadas por uma crise de identidade do tipo que acabamos de evocar e que ela se deve à crise da legitimação racional. Nas sociedades “avançadas” que se declaram democráticas não existe mais consenso relativo aos ideais políticos, aos interesses sociais e aos valores éticos; no lugar do sistema de valores tradicionais, o jogo da competição se instalou nessas sociedades industrializadas ao máximo e, com esse jogo competitivo, se dá livre curso ao pluralismo, à irracionalidade, ao individualismo e até ao egoísmo⁵⁶.

A insatisfação da sociedade repousa também no descompromisso dos partidos políticos para com a democracia. Elegendo parlamentares despreparados, despreocupados com a causa pública e firmes no pensamento da política como meio de sobrevivência, os partidos prestam um desserviço ao povo, consoante os ensinamentos de Antonio Carlos Klein:

⁵⁴ KLEIN, 2002, p. 129.

⁵⁵ COSTA, Rosa. Bispo recusa comenda no Senado em protesto contra aumento de salários. *Estadão*, Política. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,bispo-recusa-comenda-no-senado-em-protesto-contr-aumento-de-salarios,656513,0.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

⁵⁶ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 284.

A democracia ainda não encontrou fórmula capaz de garantir que parlamentares e administradores eleitos estejam minimamente à altura de suas funções, uma vez que a ideia de um *concurso*, uma pré-seleção ou hipótese similar, para o preenchimento destes cargos é avessa aos padrões democráticos tradicionais, estando, dessa forma, os quadros humanos dos partidos políticos, muitas vezes, aquém do desejado em matéria não só de caráter, como igualmente de preparo para o exercício dos mandatos. Ao chegarem ao poder, os inaptos e os despreparados perdem tempo precioso procurando aprender o que já deveriam saber. Dificilmente encontra-se um político que esteja à altura de seus deveres. [...] Os partidos políticos são os grandes responsáveis por este enorme desserviço prestado ao povo, por não exercerem a função de educadores de seus filiados, não promoverem regularmente cursos, seminários e palestras onde, além da ideologia, os membros venham a tomar lições de direito, administração pública e outras noções mínimas que lhes sejam úteis para a eventualidade de assumirem o poder. O aperfeiçoamento jurídico do sistema partidário revela-se, assim, extremamente produtivo, por possibilitar, indiretamente, a melhoria dos serviços estatais. Um salto qualitativo no desempenho dos agentes políticos advirá de um salto qualitativo na organização partidária⁵⁷.

Uma tentativa de moralização dos políticos antes de ocuparem os assentos das casas parlamentares seria a realização de um trabalho firme nos partidos políticos, criação de uma espécie de corregedoria interna nessas entidades, com integrantes do povo com poder de voto para a recusa da candidatura de determinados políticos, embora a candidatura livre (candidatura avulsa), sem a intermediação de partidos políticos, seja defendida. O então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Joaquim Barbosa, por exemplo, propôs, em coletiva à imprensa, diminuir ou mitigar, e não suprimir, o peso da influência dos partidos políticos sobre a política do país. Corrobora esse entendimento Antonio Carlos Klein:

A solução, insiste-se, volta a ser do partido político, na forma já explanada, pois cabe a este a melhoria do “produto” que oferecem e, em caso extremo, a retirada das maçãs podres do cesto eleitoral e político antes de causarem danos ao povo e à imagem do partido. Para além do preparo e expurgo prévio, as entidades partidárias devem exercer uma forma contínua de controle da atuação de seus membros com, talvez, a criação de uma corregedoria permanente⁵⁸.

Os eventos sociais que vêm ocorrendo no país devem ser levados a cabo com a implantação de um conjunto de reformas que visem moralizar a máquina

⁵⁷ KLEIN, 2002, p. 142-143.

⁵⁸ KLEIN, 2002, p. 144.

Thales José Pitombeira Eduardo

pública e os serviços que dela dependem. O instituto do *recall* ou voto destituente pode ser um instrumento eficaz no desenvolvimento da democracia brasileira e no combate à corrupção política, moralização da máquina pública e maior satisfação dos interesses públicos, principalmente os urgentes, como saúde, transporte, educação, segurança etc. Nesse caso, o mandato seria revogado pelos próprios eleitores, tendo efeito claro de criar uma identificação entre o eleito e eleitorado, impondo responsabilidades (o que falta no sistema político).

Nesse contexto, ensina referido autor:

Os reformistas defendem que o voto distrital também viabilizaria, em sua esteira, o *recall* ou **voto destituente**, instrumento da democracia direta que permite aos eleitores cassarem o mandato de um político que tenha cometido faltas graves ou não esteja atendendo aos anseios e promessas feitas durante o pleito. Se “uma fração do eleitorado (vinte por cento, por exemplo) entender que é intolerável a conduta inepta de um mandatário, poderá forçar nova eleição, evitando que por todo o decurso de um mandato um eleito sem condições prejudique a comunidade”. Pelo sistema em vigor no país, a única punição aplicável ao político que faltou com os compromissos assumidos em palanque é o voto de protesto, isto é, ou vota-se em seu opositor, ou então se vota em branco, se anula o voto ou não se vai votar⁵⁹.

334

O partido faz o elo entre a população e o governo. Ou seja, o processo democrático se realiza pelos partidos, que tomam as decisões no Poder Legislativo e Executivo. O processo de decisão sofre interferência das agremiações, porque a conduta do político revela, muitas vezes, o alargamento da vontade do partido por determinados grupos de interesses.

Com a implementação do *recall*, a partir do voto distrital, como ocorre no modelo norte-americano, necessariamente, um representante daquela determinada localidade ingressaria no poder e a comunidade que o elegeu teria mais condições de acompanhar os seus trabalhos e benefícios realizados em prol do interesse público. Caso contrário, recolheria o seu voto antes manifestado em favor daquele determinado parlamentar, destituindo-o do poder.

CONCLUSÕES

Os escândalos financeiros e a corrupção têm gerado descrédito e desinteresse da sociedade pela participação na vida política. Além disso, muitos esperam ingressar na vida política para tirar proveito pessoal, principalmente porque o processo de escolha, muitas vezes, não analisa parâmetros de qualificação nem há lisura no processo de nomeação.

⁵⁹ KLEIN, 2002, p. 156, grifos no original.

A política é vista como um modo de sobrevivência para os eleitos, e não como instrumento para se redemocratizar a democracia. Existe um retrocesso permanente na confiança da população para com os partidos e a política.

Manifestações estão ocorrendo com o intuito de externar a indignação da sociedade em relação à corrupção política e ao descaso social, manifestando-se em forma de verdadeira revolta e ira, principalmente da juventude, que estava distante do processo político. O descrédito, a desconfiança das instituições públicas, das organizações sociais, e a incapacidade da política de solucionar os problemas também têm fomentado as manifestações.

A democracia, antes criada num espaço público (Ágora), vivenciada de forma natural na sociedade ateniense, hoje é relacionada com o sistema que trata a política como meio de vida, e não como forma de se chegar à melhoria do bem comum.

Nesse contexto, os partidos políticos poderiam auxiliar sobremaneira as pessoas com aptidão a ocupar cargos públicos cheguem ao poder, não com o intuito de satisfazer anseios particulares, mas o de buscar o interesse público.

É preciso criar mecanismos de “controle” da democracia, no intuito de ela se aprimorar e se tornar um instrumento de avanço social, e não de retrocesso. Nesse aspecto, o *recall* e o controle dos partidos políticos poderiam ser soluções para os problemas sociais vistos atualmente.

REFERÊNCIAS

- BÍBLIA SAGRADA. *Novo testamento*. São Paulo: Vida, 2001 (João, Capítulo XIX).
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- BOURETZ, Pierre. Montesquieu e Rousseau: dois debatedores da democracia. In: DARN-TON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- BURKE, Edmund. Thoughts on the causes of present discontent. In: BREDVOLD, Luis I; ROSS, Ralph G. (Ed.). *The philosophy of Edmund Burke*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1960.
- CHAUÍ, Marilena. O que é política? In: NOVAIS, Adalberto (Org.). *O esquecimento da política*. Rio de Janeiro: Agir, 2007.
- COSTA, Rosa. Bispo recusa comenda no Senado em protesto contra aumento de salários. *Estadão*, Política. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,bispo-recusa-comenda-no-senado-em-protesto-contr-aumento-de-salarios,656513,0.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2013.
- DARN-TON, Robert. A eclosão das luzes. In: DARN-TON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 21-30.

Thales José Pitombeira Eduardo

DELMAS-MARTY, Mireille. Das instituições. Direitos fundamentais. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 163-174.

DWORKIN, Ronald. Direitos fundamentais. A democracia e os direitos do homem. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 155-162.

ELLIOTT, Kimberly Ann. *A corrupção e a economia global*. Tradução de Marsel Nascimento Gonçalves de Sousa. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

FINLEY, Moses I. *Democracia antiga e moderna*. Tradução de Waldéa Barcellos e Sandra Bedram. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia: uma introdução crítica*. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

GAMBETTA, Diego. Civismo e corrupção. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 301-313.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GIGANTÈS, Philippe. *Poder e ambição*. Tradução de Gilson Baptista Soares. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

HOFMEISTER, Wilhelm. Problemas da democracia partidária: América Latina à luz das experiências internacionais. *Cadernos Adenauer*, Partidos políticos: quatro continentes. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, VIII, n. 3, p. 9-31, nov. 2007.

HOFMEISTER, Wilhelm; SANTOS, Gustavo Adolfo P. D. Santos. Os partidos políticos na democracia: uma introdução para a formação política. *Escola Política*, Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, n. 2, p. 15-100, 2007.

KATZ, Elihu. Os meios de comunicação. A democracia e os direitos do homem. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 325-334.

KEANE, John. *Vida e morte da democracia*. Tradução de Clara Colloto. São Paulo: Edições 70, 2010.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KLEIN, Antonio Carlos. *A importância dos partidos políticos no funcionamento do Estado*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MEDINA NÚÑEZ, Ignacio. Significados de la política en la Grecia clásica. *Utopia Y Praxis Latinoamericana*, v. 16, n. 52, jan. 2011, p. 13-37. Fuente Académica, EBSCOhost (accessed July 21, 2013).

OBBER, Josiah. Democracia direta. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 191-200.

PISIER, Évelyne. Repensar a democracia. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 143-151.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 305-338, jul./dez. 2013

Revisitando a democracia

PISIER, Évelyne. Montesquieu e Rousseau: dois debatedores da democracia. In: DARN-
TON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio
de Janeiro: Record, 2001. p. 109-116.

RORTY, Richard. Repensar a democracia. In: DARN-
TON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 135-141.

WILENTZ, Sean. Os ciclos revolucionários no século XIX na América. In: DARN-
TON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de
Janeiro: Record, 2001. p. 53-61.

WOOD, Gordon S. Os modernos. O pensamento político na época da revolução ameri-
cana. In: DARN-
TON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de
Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 103-108.

Data de recebimento: 10/12/2013

Data de aprovação: 20/06/2014

TELEDEMOCRACIA: A DEMOCRACIA NUMA SOCIEDADE EM REDE COMO FORMA PERIFÉRICA DE PARTICIPAÇÃO DE NOVOS SUJEITOS E DE CONSTRUÇÃO DE NOVOS DIREITOS

TELEDEMOCRACY: DEMOCRACY IN A NETWORKED SOCIETY AS PERIPHERAL FORM OF PARTICIPATION OF NEW SUBJECTS AND CONSTRUCTION OF NEW RIGHTS

Cláudio José Franzolin*

RESUMO

O trabalho procura analisar como a internet avança na sociedade e como ela reflete na compreensão da democracia na contemporaneidade, contribuindo para a construção de uma cidadania mais ativa e mais sensível às transformações sociais, levando em conta que hoje a sociedade em rede elimina a barreira do tempo e do espaço com reflexos na política e na manifestação do poder.

Palavras-chave: Internet; Democracia; Sociedade em rede; Novos direitos.

ABSTRACT

The paper analyzes how the internet advances in society and how it reflects on the contemporary understanding of democracy, helping to build a more active and more sensitive to social transformations citizenship, taking into account that today's networked society eliminates the barrier of time and space, after the internet also produces reflections on politics and manifestation of power.

Keywords: Internet; Democracy; Network society; New rights.

* Advogado. Doutor em Direito pela PUC/SP. Especialista em direito dos contratos pelo Centro de Extensão Universitária (CEU) e em direito empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Associado do Instituto de Direito Privado. Autor de capítulos de livros e de artigos científicos. É professor na PUC-Campinas. É Coordenador do Curso de Direito da Universidade São Francisco (USF-Campus Bragança Paulista), onde também é professor de direitos humanos. Leciona em cursos de Pós-Graduação. Correspondência para/Correspondence to: Estrada da Ródia, 7090, Condomínio Residencial Espaço e Verde, I, casa 42, Vila Holândia, Distrito de Barão Geraldo Campinas/SP, 13085-906. E-mail: cfranzol30@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Sem abrir mão das questões que norteiam a organização do Estado democrático e dos seus variados aspectos que estabelecem parâmetros e critérios para sua compreensão, como proposição básica é preciso reconhecer que a democracia não é um fenômeno estático e imobilizado; ela tem como característica fundamental o fato de que varia em função de diversas circunstâncias. Conforme Peter Dahlgren¹, ela é um projeto que avança para o fortalecimento da participação dos grupos, coletividade e das minorias.

No entanto, o que se nota é que a democracia atual não está preparada para a crescente ação do cidadão na vida e nas decisões políticas, ou seja, está-se diante de uma democracia, conforme expressão de Luzia Helena Hermann de Oliveira², a meio caminho, que não se efetiva, que não se consubstancia.

Para transformar e assegurar o reconhecimento da legitimidade dos grupos e movimentos sociais como participantes das decisões e condução da vida pública, é preciso romper com a compreensão estreita de democracia pautada, apenas, sob o fundamento de que, para ela se efetivar, decorre de um processo centrado na decisão da maioria como forma para definir as decisões coletivas³.

340

Outrossim, a democracia atual, no modo em que se apresenta na prática, não garante a efetiva participação e realização da cidadania, pois não é apenas no sufrágio e no voto que se concretiza o processo democrático. Sustentar que o poder do Estado é do povo⁴ e para o povo não fixa, e nem se realiza, o Estado

¹ DALGHEN, Peter. Mejorar la participación: la democracia y el cambiante entorno de la web. In: INNERARITY, Daniel; CHAMPEAU, Serge (Coord.). *Internet y el futuro de la democracia*. Barcelona: Espasa Libros, 2012. p. 1-68, em especial, p. 5.

² Rumos da democratização brasileira: a consolidação de um modelo majoritário de democracia? *Revista de Sociologia e Política [Dossiê democracia, políticos e partidos]*, Curitiba, n. 15, p. 11-29, em especial, p. 11, nov. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782003000100001>. Acesso em: 8 abr. 2014.

³ Roberth Dahl descreve sobre o processo democrático para se chegar às decisões governamentais. Após expor sobre os Estados Democráticos, citando Aristóteles, como governo do povo, afirma que, para o povo governar, as pessoas devem ter algum modo de governo, um processo de governo (*A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 166). O autor, mais a frente, é contundente acerca da falta de legitimidade da maioria para servir como valor fundante para conduzir as decisões coletivas. Afirma que: “a conclusão de nossa exploração do domínio da maioria é a seguinte: a busca por uma única regra capaz de especificar como as decisões coletivas devem ser tomada num sistema governado pelo processo democrático está fadada ao fracasso”. Mas reconhece que, se há regra da maioria, deve ser observada, “somente após uma avaliação cuidadosa das circunstâncias nas quais essas decisões [da maioria] provavelmente serão tomadas” (Idem, p. 255).

⁴ Na Constituição Federal, dispõe o art. 1º. Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

como democrático, principalmente se considerados a precariedade e o enfraquecimento na atuação dos partidos políticos e na construção de um projeto coletivo baseado nas regras centradas apenas no sistema político-administrativo encarregado de fixar as decisões vinculantes.

Assim, emergem manifestações sociais, promovendo: o rompimento em relação às apatias dos indivíduos diante das novas necessidades sociais; a busca e o reconhecimento de novos direitos sociais; a fragmentariedade nos interesses dos grupos sociais de acordo com suas necessidades específicas (homossexuais, portadores de necessidades especiais, portadores da AIDS, mutuários, consumidores, entre tantos outros). São fenômenos que decorrem da evolução e da transformação do processo democrático. Ou seja, desencadeia-se uma tensão entre os novos sujeitos que se destacam nas organizações sociais não institucionais e periféricas – e em especial, por meio das redes sociais – diante da insensibilidade dos poderes do Estado.

Para subsidiar o fortalecimento dessas manifestações que emergem em vários grupos da sociedade civil, concorda-se com os valores de democracia apontados por Norberto Bobbio⁵ de que ela se associa a um conjunto de regras, fundada na decisão tomada pela maioria, porém incrementa ao afirmar a necessidade de que, concomitantemente, é preciso assegurar direitos e ampliar os sujeitos de direitos. Segundo ele,

o que acontece agora é que o processo de democratização, ou seja, o processo de expansão do poder ascendente está se estendendo da esfera das relações políticas, das relações nas quais o indivíduo é considerado em seu papel de cidadão, para a esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado na variedade de seu *status* e de seus papéis específicos, por exemplo, de pai e de filho, de cônjuge, de empresário e de trabalhador, de professor e de estudante, e até mesmo de pai de estudante, de médico e de doente, de oficial e de soldado, de administrador e de administrado, de produtor e de consumidor, de gestor de serviço público e de usuário etc.⁶.

Nesta rota, para avançar no sentido de democracia, a partir de um processo democrático, conforme aponta Robert Dalh⁷, não há uma sociedade realmente democrática. Em contrapartida, reconhece-se que a democracia também não se realiza por meio da ideia aristotélica do poder do povo⁸.

⁵ *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 66.

⁶ Idem, p. 67.

⁷ DALH, op. cit., p. 166.

⁸ DALH, op. cit., p. 166.

Cláudio José Franzolin

A partir daí, Robert Dahl⁹ apresenta cinco pressupostos que servem como amparo para se chegar a processo democrático (a democracia se realiza no processo democrático), tais quais: a) oportunidade igual, adequada e assegurada a todos de expressarem suas preferências; b) oportunidade igual de o cidadão expressar suas escolhas; c) acesso às informações necessárias aos cidadãos para avaliar e validar a questão decidida pelos representantes; d) participação efetiva dos cidadãos ao longo de todas decisões vinculativas; e) a oportunidade para os cidadãos decidirem sobre as questões colocadas na agenda¹⁰.

O que interessa é que se tenha em mira que a concepção de democracia contemporânea é a crescente necessidade de se efetivar o reconhecimento da pluralidade, diversidade, promovendo a inclusão social e ampliando o debate na sociedade. Enfim, a democracia contemporânea deve ser compreendida para efetivar as liberdades públicas, para reconhecer que o Poder do Estado não é absoluto e para realizar os direitos humanos, pois estes se revestem de um significado político, jurídico e social e, por isso, não podem ser rechaçados nem afastados do Estado que se afirma Democrático¹¹.

342

Neste sentido, despertam-se alguns questionamentos a serem enfrentados e expostos ao leitor: o sistema ou processo democrático passou a incorporar uma tendência mais participativa dos indivíduos no ambiente social em virtude da expansão da internet? Como avançar no processo democrático sem se fixar apenas na regra da maioria? Como os novos direitos podem ganhar dimensão e efetividade como resultado social diante das incertezas de uma economia de mercado e não atendimento de necessidades básicas da coletividade? A vulnerabilidade dos indivíduos pode ser atenuada e minimizada em virtude da ampliação dos meios eletrônicos disponíveis na internet como palco isento de limitações, no qual é possível captar novos problemas, conduzir e articular, de modo mais livre, as necessidades coletivas?

A problemática a ser enfrentada no presente trabalho vincula-se à ideia de construção e reconstrução da forma como a instauração de uma nova ordem constitucional, reconhecida como democrática, aborda uma série de incertezas quanto ao efetivo fenômeno de democratização e de modificação nas atitudes e nos comportamentos dos indivíduos em relação à política, provocado por uma série de fatores, por exemplo: o consumo, a globalização, a ampliação das fontes de informações, a telemática, entre outros, em que se ampliam os interesses e as

⁹ Idem, p. 166.

¹⁰ Agenda, para o autor, significa as questões que dizem respeito à coletividade e que devem ser levadas ao debate ou não.

¹¹ Neste sentido: Celso de Mello. Democratização do Poder Judiciário e acesso à Justiça. *Revista Justiça e Democracia [Associação Juizes para a democracia]*, n. 4, 2001, p. 41-51, em especial, p. 48.

necessidades das pessoas e das coletividades, cada vez mais difusas, ante a diversidade e a complexidade de uma sociedade cada vez mais plural.

Os ensinamentos de Jürgen Habermas são valiosos para reconhecer a ampliação e a renovação do processo democrático por meio da internet, conforme expõe o autor:

A formação da opinião desatrelada das decisões realiza-se numa rede pública e inclusiva de esferas públicas subculturais que se sobrepõem umas às outras, cujas fronteiras reais, sociais e temporais são fluidas. As estruturas de tal esfera pública pluralista formam-se de modo mais ou menos espontâneo, num quadro garantido pelos direitos humanos. E através das esferas públicas que se organizam no interior de associações movimentam-se os fluxos (...), formando-se os componentes informais da esfera pública geral. (...). A formação democrática da opinião e da vontade depende de opiniões informais que idealmente se formam em estruturas de uma esfera pública política não desvirtuada pelo poder. De sua parte, a esfera pública precisa contar com uma base social na qual os direitos iguais dos cidadãos conseguiram eficácia social (...)¹².

Neste sentido, uma vez que a esfera pública é ilimitada – conforme palavras extraídas do trecho acima, a internet revela a possibilidade de expandir o debate numa sociedade plural e complexa e se torna uma ferramenta que contribui para ampliar os debates na opinião pública e para articular questões a serem introduzidas nas agendas parlamentares e dos administradores públicos.

343

A INTERNET E SUA INSERÇÃO NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO PARA A CONSTRUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO MAIS ATIVA DO CIDADÃO

A respeito do crescente diálogo entre democracia, direito e internet (TIC – Tecnologias de Informação e Comunicação), parte-se, como premissa maior e proposição básica fundamental, do recém-publicado Relatório do Desenvolvimento Humano¹³, neste ano de 2013, sob o título *A ascensão do Sul: progresso humano num mundo diversificado*.

Este relatório analisou a evolução geopolítica dos nossos tempos e apontou quatro pontos cardeais fundamentais, tendo em vista a manutenção da dinâmica para assegurar o desenvolvimento humano de forma mais efetiva e real, quais

¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Traduzido do original alemão. Revisado por Daniel Camarínha da Silva. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1992.

¹³ O Relatório do Desenvolvimento Humano, publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, analisa as questões cruciais, como a capacitação política nos Países Árabes, a segurança alimentar na África, alterações climáticas na Ásia, o tratamento das minorias étnicas na Europa Central e os desafios suscitados pela desigualdade, e a segurança dos cidadãos na América Latina (RELATÓRIO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO. Instituto de Cooperação e da Língua. Communications Development Incorporated, Washington DC, 2013).

Cláudio José Franzolin

sejam: **i.** melhorar a equidade, incluindo a dimensão de gênero; **ii.** proporcionar uma maior representação e participação dos cidadãos, incluindo a dos jovens; **iii.** enfrentar as pressões ambientais; **iv.** gerir as alterações demográficas¹⁴.

Entre os quatro apontados, concentrar-se-á o estudo, apenas, na importância de se valorizarem a representação e a participação dos cidadãos.

Por meio dessas atuações mais diretas, é possível o cidadão intervir e participar de forma significativa nos acontecimentos e decisões que afetam suas vidas, ou seja, é preciso, hodierna e intensamente, numa sociedade cada vez mais plural, desenvolver a aptidão e mecanismos para que os indivíduos possam influenciar as decisões políticas.

Para que essa influência se efetive, pontua o Relatório¹⁵ que: **i.** as pessoas devem assumir uma posição mais ativa no intuito de instarem maior responsabilização dos governos; **ii.** elas devem exigir um maior controle e participação na formulação de políticas, reduzindo o poder de controle dos governantes e dos legisladores.

344 E o relatório¹⁶ destaca a Internet de banda larga móvel e outras tecnologias modernas como ferramentas que podem contribuir com essa atuação mais efetiva dos cidadãos. Ou seja, a liberdade ganha fôlego e maior dimensão: “**a internet e a mídia social, enquanto agregadores de baixo custo da opinião pública, amplificam a voz das pessoas**”¹⁷ (g.n.).

Afinal, está-se numa sociedade cada vez mais diversificada e interligada. Nesta rota, conforme pontua o relatório,

As redes de sociedade civil conseguem hoje tirar partido dos novos meios de comunicação social e das novas tecnologias de comunicações, facilitando ainda mais o estabelecimento de ligações entre ativistas locais e transnacionais, e permitindo que as pessoas partilhem ideias e preocupações e criem perspectivas coletivas numa esfera pública global¹⁸.

É o que mostra a história, e essa constatação é mais visível conforme recentemente se tem verificado nos acontecimentos que se difundem pela rede mundial.

Por exemplo, a internet propalou as manifestações de milhões de pessoas contra governos sem legitimidade, colocando líderes nos Estados Árabes em xeque. Começou com movimentos que visavam e reivindicavam maior promoção da dignidade e mais legitimidade, conforme sucedeu com a derrubada da

¹⁴ Ibidem, p. 5.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem, p. 94.

¹⁷ Idem, ibidem.

¹⁸ Idem, p. 109.

ditadura de Hosni Mubarak¹⁹, no Egito; com as constantes práticas tirânicas de Muammar Gaddafi²⁰, na Líbia; depois avançou para Tunísia e para Jordânia; finalmente, chegou à Síria, hoje mergulhada numa guerra civil que é acompanhada em tempo real pelo mundo em rede.

No Brasil, também se acompanhou realidade análoga, com o que ficou denominado “manifestações ou protestos de junho”, que se sucederam, recentemente, em 2013²¹; protestos estes que lançaram às ruas mais de 1 milhão de pessoas nas cidades brasileiras e que teve como causa a insatisfação social contra a alta das tarifas nos transportes públicos.

O que é comum em relação aos movimentos que ocorreram no Brasil e nos outros observados no mundo? Ambos não estão concordes com as práticas políticas que estão sendo empregadas; ambos estão diante de autoridades que controlam o poder, mas que não possuem legitimidade; e a discordância em relação à condução das decisões públicas definidas pelos poderes instituídos é compartilhada na internet em redes sociais.

Em particular, situando-se no contexto dos protestos de junho de 2013, eles foram movidos, fortalecidos, organizados e difundidos por meio de ferramentas tecnológicas típicas de uma sociedade cada vez mais conectada e em rede, quais sejam, o *Twitter* e o *Facebook*.

Assim, em relação a internet, enquanto importante instrumento a serviço da democracia, podem ser destacadas duas posições. Uma, mais promissora, que a considera poderosa aliada para o avanço da democracia, agindo como descentralizadora do poder, dos dados, de modo que as fontes de informações são mais difusas e, assim, a democracia pode ganhar contornos de melhor qualidade e representatividade.

Neste sentido, atua como um movimento contrário à concentração do poder, pois estimula e facilita a comunicação horizontal ou cívica, de forma que as

¹⁹ Em fevereiro de 2011, no calor da convulsão social que levou à queda do presidente Hosni Mubarak, muitos egípcios comuns e políticos de oposição consideravam o Exército e a Justiça as duas únicas instituições independentes e confiáveis do país. <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,analise-liberdade-de-ditador-pode-dividir-militares-e-secularistas,1065752,0.htm>>. Acesso em: 25 dez. 2013.

²⁰ Após mais de quatro décadas de ditadura sangrenta, o líder líbio foi morto em 20 de outubro de 2011. Quem foi este homem poderoso, de origem humilde, que o Ocidente tanto adulou antes de fazer cair implacavelmente? Ainda no início de março de 2011, Muammar Gaddafi estava plenamente certo: seu povo o adorava, sem exceção, e seria capaz de dar a vida para protegê-lo. Embora, àquela altura, o ditador houvesse mandado esmagar, de forma brutal, as manifestações por reformas na Líbia, que desencadearam uma cruel guerra civil. Durante a repressão, pelo menos 30 mil cidadãos foram mortos. Disponível em: <<http://www.universitario.com.br/noticias/n.php?i=12413>>. Acesso em: 27 dez. 2013.

²¹ ARANTES, Paulo; SCHWARZ, Roberto. *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Jinkings Editores Associados, 2013. p. 13-18, em especial, p. 13.

Cláudio José Franzolin

peçoas possam compartilhar informações, promover organizações, estimular identidades e grupos sensíveis a determinados interesses e consequentemente contribuir para a renovação do processo democrático.

A outra sustenta que a internet se movimenta contrariamente à democracia. Para Daniel Innerarity²², a ideia de que ela promove a emancipação democrática é ilusória. Expõe o autor que, à princípio e aparentemente, contribui para aperfeiçoar a participação democrática, a emancipação individual e o fortalecimento da vida associativa, enquanto componentes fundamentais para melhora da democracia; entretanto, ressalva o autor que a internet desperta um ciberutopismo²³.

Neste sentido, o autor sugere alguns questionamentos, quais sejam: **i.** a internet, realmente, ampliou a esfera pública?; **ii.** até que ponto a internet contribui e amplia o poder social diante das elites²⁴? Prossegue o autor²⁵: **iii.** até que ponto é suficiente e realmente aberta a internet? e **iv.** ela favorece a flexibilização das organizações?

Para o autor²⁶, a internet cria novas elites e promove um ambiente de estruturas em rede, onde as grandes corporações (por exemplo, *Microsoft, Google etc.*) limitam, reduzem ou, simplesmente, condicionam e centralizam informações em sítios de busca (*links*), criando uma falsa sensação de liberdade.

346

Percebe-se que ela pode ou não ampliar o espaço da representatividade democrática, pode ou não assimilar novas formas de ações sociais, pode ou não debilitar o poder das instituições que sejam fundamentais para a preservação e fortalecimento de um Estado Democrático.

Entre as perspectivas selecionadas, avaliar-se-á o conjunto de fatores que podem contribuir positivamente à internet para o fortalecimento e aperfeiçoamento da democracia, numa sociedade cada vez mais aberta e plural aos novos influxos axiológicos que vão se agregando no contexto contemporâneo.

Se é pluralista, apontam-se grupos autônomos de interesses que querem que eles prevaleçam, o que refoge e enfraquece os valores da democracia representativa. Nesta rota, o autor afirma que a democracia não se esgota, apenas, porque há a conquista do sufrágio universal, baseada na resposta à questão “quem vota?”. Para Bobbio, o desenvolvimento da democracia deve responder à seguinte questão: “onde se vota?”

²² INNERARITY, Daniel. Desenredar una ilusión: notas para una teoría crítica de la democracia digital. INNERARITY, Daniel; CHAMPEAU, Serge (Coord.). *Internet y el futuro de la democracia*. Barcelona: Espasa Libros, 2012, p. 5.

²³ Idem, p. 5.

²⁴ Idem, p. 6.

²⁵ Idem, p. 5.

²⁶ Idem, p. 13.

Enfim, conforme Bobbio²⁷, os grupos tornaram-se os protagonistas e não os indivíduos, e ele conclui que a sociedade não está mais diante de um soberano que é o povo, mas o povo dividido em grupos contrapostos e concorrentes com relativa autonomia diante de um governo central, o que provoca uma série de situações que podem ser difundidas em redes sociais na internet, provocando novas formas e espaço para a atuação e participação num Estado que se reconhece democrático.

IMPACTOS DECORRENTES DA INTERNET NUMA SOCIEDADE EM REDE NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO PARA O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA

A eclosão do ciberespaço, e notadamente da internet, está associada a um movimento crescente de informação, transparência, visibilidade e transmissão de dados sem nenhum tipo de barreiras seja lá onde se sucedem os fatos.

Significa afirmar que o tempo e o espaço na sociedade estão se transformando em virtude das novas tecnologias, o que Manuel Castells²⁸ denomina *sociedade em rede*. Rede, define o autor, “é um conjunto de nós interconectados”²⁹. Enfim, diz-se rede porque a distância e a intensidade da interação entre dois pontos (posições sociais) são menores³⁰. Significa dizer que a distância física, social, econômica, política e cultural para um determinado ponto ou posição pode variar entre zero e o infinito, concluindo o autor que a rede constitui a “nova morfologia social da sociedade, transformando o processo produtivo, o poder, o cultural”³¹.

347

A estrutura social com base em rede é ponto fulcral para avaliar os impactos no processo democrático e influencia a política, pois, afirma o autor³², as redes contribuem para o processamento de novos valores e humores políticos, para o rearranjo de espaços de atuação política, para difundir fatos e para novas formas de manifestações sociais que eclodem na sociedade ampliando o acesso a informações.

Para demonstrar essa dinâmica informativa e formativa de opinião por meio da telemática, Xavier Vida-Folch³³ aponta, exemplificativamente, três fenômenos que ocorreram recentemente na comunidade internacional e que foram difundidos em redes sociais, *blogs* e outros recursos tecnológicos.

²⁷ Idem, p. 35.

²⁸ *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução de Roneide Venancio Majer, com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. I. p. 565.

²⁹ CASTELLS, op. cit., p. 566.

³⁰ Idem, ibidem.

³¹ Idem, ibidem.

³² Idem, p. 567.

³³ Autores y usuarios en la era digital. Cara y cruz de la revolución digital en el periodismo. In: INNERARITY, Daniel; CHAMPEAU, Serge (Coord.). *Internet y el futuro de la democracia*. Barcelona: Espasa Libros, 2012. p. 1-40, em especial, p. 2.

Cláudio José Franzolin

Primeiramente o autor³⁴ aponta o *tsunami* de *Fukushima*, no Japão, em 12 de março de 2011, quando a internet apresentava a notícia da catástrofe e mostrava em tempo real, os vários acontecimentos.

A partir daí, o autor destaca que concorrem com os fatos as interpretações e opiniões pertinentes a eles, o que pode comprometer e refletir na compreensão coletiva em todo o mundo, afinal, no caso da catástrofe envolvendo a energia nuclear, provoca várias repercussões em várias nações.

Assim, na Alemanha, por exemplo, proíbe-se a referida energia; já, na França, foi fixado um período de reflexão e redefinição de política energética.

Outro fenômeno apontado pelo autor³⁵ foi o “movimento dos indignados de 15 de maio (15-M DE 2011)”, em *Puerta del Sol* de Madrid na *Praça da Catalunya* de *Barcelona*³⁶.

Constata-se, conforme alguns observadores, que os movimentos iniciados na comunidade árabe e relatados em redes sociais estimularam o surgimento de outros movimentos, por exemplo, o 15-M na Espanha, demonstrando o poder da internet³⁷.

³⁴ Idem, p. 2.

³⁵ Idem, p. 5.

³⁶ “A morte de Bin Laden e a prisão de Strauss-Kahn trouxeram à tona mais incertezas no complexo cenário mundial. Contudo, um elemento novo, surpreendeu a todos. A irrupção do movimento de ‘indignados’ em Madrid acelerou ainda mais a história. Seguido por quase 200 manifestações em todo o território espanhol, mobilizou centenas de milhares de pessoas no país. O ‘15-M’ [alusivo à data da primeira manifestação] rompeu a apatia do calendário eleitoral espanhol. Pleno 2011, temos um novo Maio na Europa. A juventude e o movimento dos ‘indignados’ estão construindo uma ponte com as revoluções do mundo árabe e a luta do povo da Islândia contra os bancos e a crise. Foram manifestações que tomaram as praças centrais de Barcelona, Valência, Granada, Sevilha, organizando acampamentos permanentes, com decisões assembleístas, atividades diárias, intervenções artísticas. Mesmo proibidos, centenas de milhares de pessoas, no dia da eleições [22 de março] desafiaram o Supremo Tribunal e tomaram as ruas de todo o país. Uma semana em que a Espanha respirou sua nova primavera política. As bases fundamentais para a mobilização da *Puerta del Sol* que se alastrou por toda Espanha combinam dois elementos: os efeitos cada vez mais duros da crise econômica e a marginalização política, efeito do regime controlado por uma partidocracia. A juventude que se expressa nas praças tem constantemente recebido o ‘não’ como resposta. Não há vagas, não há lugar para intervir politicamente, não há moradia digna, não há educação de qualidade, não há possibilidades, não há futuro. A elite social e política espanhola, controlada pelo bipartidarismo a serviço dos bancos fez ‘ouvidos moucos’ durante muito tempo. Agora o barulho é ensurdecedor. (*Maio espanhol*: eles não nos deixam sonhar, não os deixaremos dormir. Disponível em: <<http://revolucaonaoviolenta.blogspot.com.br>>. Acesso em: 24 dez. 2013).

³⁷ A relação que existe com os processos de mobilização recentes do mundo árabe é direta. Não apenas pela eficácia das convocações que, burlando os mecanismos “oficiais”, ocorreram via redes sociais e formas de comunicação alternativa, mas porque a identidade é bem maior. Nas praças da Espanha se podiam ouvir referências tanto da Praça Tahrir quanto da Islândia [país que aprovou o não pagamento de dívida com bancos em dois referendos populares]. Solidários na precarização, solidários na luta. Como referência aos islandeses, que protestaram por um ano durante todos os sábados, os manifestantes cantavam: “Espanha em pé, uma Islândia é”. (*Maio espanhol*: eles não nos deixam sonhar, não os deixaremos dormir. Disponível em: <<http://revolucaonaoviolenta.blogspot.com.br>>. Acesso em: 24 dez. 2013).

Finalmente, o terceiro caso apontado por Xavier Vidal-Folch³⁸ é a quebra do *Banco Lehman Brothers*, em setembro de 2008. Destaca o autor que os periódicos norte-americanos promoveram uma agressiva competitividade no intuito de se colocarem, em primeiro lugar, as versões digitais sobre a quebra; enfim, o autor³⁹ destaca que a internet é regida pelo princípio da instantaneidade, combinando imprensa, análises econômicas, revolução digital, globalização de mercados sem restrição geográfica nem territorial, e, finalmente, cobertura 24 horas.

Enfim, ao assinalar estes três casos, destaca Xavier que a internet, chamada por ele de era digital, sob um prisma otimista, proporciona uma transformação da informação ante a participação mais ativa dos usuários.

Assim, o contexto social, político, cultural e econômico contemporâneo consiste num desenvolvimento tecnológico cada vez mais pautado na desmaterialização e na penetração da telecomunicação e da informática, e a participação política do cidadão no Estado Democrático de Direito passa a incorporar esta realidade.

Conforme apresentado no início do trabalho como proposição básica, a democracia contemporânea busca incorporar novas formas de participação dos cidadãos, e um dos mecanismos para que isso ocorra é o *ciberespaço*, que Peter Dahlgren⁴⁰ denomina como *ciudadanía mediatizada*⁴¹, ou seja, para o autor⁴², os meios digitais contribuem para influenciar o modo social e cultural de participação das pessoas, no modo de se tornarem atores sociais ativos para fazer política⁴³.

Não é o posicionamento de Daniel Innerarity⁴⁴. Para ele, se a internet pode facilitar a destruição dos regimes autoritários, não se apresenta, entretanto, eficaz no momento de se consolidar a democracia.

No entanto, reconhece-se que a internet se faz presente e mais eficiente para fortalecer as práticas midiáticas de participação na democracia. Ou seja, a internet abre novos canais para os cidadãos conduzirem, protestarem, agirem; enfim, ela passa a servir como uma poderosa tecnologia, tornando-se uma arena digital para discussão e a formação de uma nova frente para debates no intuito de fomentar a exteriorização do poder espontâneo que emerge na sociedade civil e também de provocar iniciativas para que ocorram organizações cívicas e audiências públicas.

Ela também aparelha o cidadão preocupado em acompanhar as movimentações que ocorrem na administração pública. Ou seja, conforme Regina Maria

³⁸ VIDAL-FOLCH, op. cit., p. 8.

³⁹ Idem, ibidem.

⁴⁰ DAHLGREN, op. cit., p. 1-76.

⁴¹ Idem, p. 3.

⁴² Idem, p. 4.

⁴³ Idem, ibidem.

⁴⁴ Desenredar una ilusión: notas para una teoría crítica de la democracia digital. Op. cit., p. 19.

Cláudio José Franzolin

Macedo Nery Ferrari⁴⁵, ao citar Eneida Desiree Salgado, é possível, pela internet: verificar contas públicas, informações sobre servidores, orçamento, obras públicas etc.

A autora⁴⁶ também destaca os impactos da tecnologia, no campo eleitoral, pois, por meio da internet, é possível: a obtenção de informações sobre os candidatos a cargos eletivos; declarações de imposto de renda; condenações transitadas em julgado; processos judiciais; desempenho em mandatos anteriores; financiamento de campanhas; projetos de lei e autor ou relator etc.

Essas são apenas algumas situações originárias do acesso de informações a partir da internet, as quais promovem uma atuação maior do cidadão. Aliás, com relação à evolução da tecnologia, vale citar o seguinte:

A drástica transformação do panorama dos meios de comunicação, conectada a uma série de fatores sociais, econômicos, políticos e culturais, apresenta-se como decisiva para o presente contexto histórico. Desde a chegada da internet em escala maciça na década de noventa, tem ocorrido transformação dos meios eletrônicos e de como tem se tornado mais acessível, e respectivas práticas que advieram com a evolução tecnológica. Nos últimos anos, a rede e suas tecnologias complementares como telefonia móvel e as plataformas de redes sociais têm evoluído bastante. Quem um dia teria imaginado que *Facebook*, *twitter* e *Youtube* se tornariam importantes instituições na esfera pública⁴⁷? (tradução livre)

350

Quer dizer o autor⁴⁸ que as redes sociais e a internet repercutem na prática da cidadania o seguinte: **i.** facilitam a comunicação horizontal ou cívica; **ii.** permitem que as pessoas e organizações conectem-se para o compartilhamento de informações e assim, mutuamente, apoiarem-se; **iii.** organizam, mobilizam e fortalecem identidades coletivas.

Neste sentido, a internet contribui para realizar e praticar o que aponta José Joaquim Gomes Canotilho “democratizar a democracia através da participação significativa, e em termos gerais, intensificar a otimização da participação direta e ativa dos homens e mulheres em processo de decisão⁴⁹”.

Reunindo a internet ao processo democrático, ela é uma poderosa ferramenta para aperfeiçoar a interlocução entre a sociedade, a cidadania e o Estado, no sentido de desencadear de forma real a participação dos cidadãos e também

⁴⁵ FERRARI, 2012, Controle social das instituições democráticas, p. 68.

⁴⁶ Idem, *ibidem*.

⁴⁷ DAHLGREN, op. cit., p. 13.

⁴⁸ Idem, p. 13.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 315.

para acompanhar o desempenho e estimular as reivindicações destes, por exemplo a implementação de serviços públicos, e se eles são de qualidade. Também contribui para despertar o senso coletivo e as oportunidades para debaterem as decisões implementadas pelos poderes constituídos e representativos.

TELEDemocRACIA: RUMo A UMA EFETIVA E-DEMOCRACIA PARTICIPATIVA REAL NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Se a democracia é um processo dinâmico, enquanto regime reinante que distribui e procura compartilhar debates e decisões políticas, pode-se trazer à colação o que afirma José Afonso da Silva⁵⁰ acerca da democracia enquanto um processo de convivência social, para promover e realizar valores caros à convivência humana.

Acrescente-se a essa proposição as novas tecnologias de comunicação e informações desenvolvidas e aperfeiçoadas por meio da internet, a qual agrega informações que não fluem no vazio, concorrendo para desencadear interesses que podem ganhar espaço e dimensão política estruturados em termos de poder.

A internet transforma a maneira de se fazer política e dos cidadãos participarem, organizadamente ou não, das decisões do poder; ela se revela como instrumento de comunicação extremamente célere e instantâneo, ante o crescente acesso à informações e aos espaços virtuais para a promoção e desenvolvimento de ações que podem impulsionar a cidadania ativa.

Aliás, em um ambiente decorrente da tecnologia da informação numa sociedade que quer ser democrática, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/88), a internet contribui para afastar a concentração do poder, desequilibrar as autoridades das elites enraizadas no poder e, finalmente, revelar a democracia como um sistema de ação numa sociedade denominada por Dahl como “modernas, dinâmicas e pluralistas⁵¹”.

O fato é que a internet cria um ambiente de desintermediação entre representante e representados, por meio do qual o poder se aproxima, mais intensamente, dos cidadãos, o que provoca uma tomada de contato mais direta e mais instantânea, entre as decisões e os cidadãos que sofrem os efeitos da mesma decisão.

Assim, a internet, conforme pontua Daniel Innerarity⁵², não elimina as relações de poder, mas, sim, as transforma. Ou seja, para Peter Dahlgren, sob o prisma da importância da comunicação digital, a democracia provoca uma *metamorfose* porque contribui para aumentar a dinâmica da democracia. Afinal,

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁵¹ DAHL, op. cit., p. 367.

⁵² Desenredar una ilusión: notas para una teoría crítica de la democracia digital. In *Internet y el futuro de la democracia*. Ob. cit., p. 11.

(...) os meios de comunicação *on-line* são uma parte do grandioso ambiente social, político e cultural que se conecta com a vida cotidiana dos indivíduos e também com o funcionamento dos grupos, organizações e instituições. Esses meios de comunicação oferecem possibilidades que atuam e mobilizam de diversas formas por todos os ambientes sociais e, desse modo, influenciam em novas estratégias e táticas da vida diária. Principalmente em relação aos jovens que detêm situações econômicas mais precárias, a Web não se destina a apenas servir para serem espaços virtuais disponíveis para serem visitados; na verdade, é cada vez mais um espaço que faz parte e integra a vida cotidiana⁵³ (tradução livre).

Isso desperta para o que Javier Echeverría denomina *teledemocracia*⁵⁴. Enfim, a *teledemocracia* inaugura, por meio dos recursos disponíveis *on-line*, uma ferramenta no processo democrático, que ele identificou como *e-democracia*⁵⁵.

Assim, se a *democracia* contribui na forma de se revelar o processo democrático, contribuindo para o cidadão participar de forma mais coletiva nas decisões políticas públicas eleitas; se a internet invade todos os espaços sociais, acolhendo organizações sociais diversificadas, nas quais concorrem interesses comuns e antagônicos, individual e coletivo; e se as *redes sociais* atuam como instrumento de pressão, como um poder espontâneo que se revela na *e-sociedade*, pode-se reconhecer que o diálogo entre a internet e a democracia gera uma simbiose e interconexão, contribuindo na revitalização da sociedade civil, organizada ou não, para atuar na solução de problemas, onde há variadas questões e pretensões, típica de uma sociedade como a nossa enquanto complexa e multicultural. Assim, conforme aponta Peter Dahlgren⁵⁶, cresce a importância dos meios de comunicação *on-line* para a participação na vida política.

Registra-se, portanto, um poder espontâneo na sociedade: a teledemocracia, que fortalece um controle maior sobre a atuação do representante eleito, ou seja,

⁵³ “Los medios de comunicación on line son una parte del gran mundo social político y cultural, que se entrelaza con la vida cotidiana de los individuos y con el funcionamiento de grupos, organizaciones e instituciones. Estos medios de comunicación ofrecen posibilidades que se emplean y movilizan de diversas formas por todo el panorama de la sociabilidad y, de esse modo, influyen e las estrategias y las tácticas de la vida diaria y en los marcos de referencia que los dotan de sentido. Especialmente en el caso de los jóvenes en situación económica más precaria, la web no es solo algo que visitan ocasionalmente para buscar algo concreto; es cada vez más un espacio fundamental de sua vida cotidiana” (Mejorar la participación. La democracia y el cambiante entorno de la web. Op. cit., p. 24).

⁵⁴ Democracia em internet? In: *Internet y el futuro de la democracia* [Coord. Daniel Innerarity; Serge Champeau]. Barcelona: Espasa Libros, 2012, 1-67, em especial, p. 31.

⁵⁵ VILLAR, Susana del Río. Democracia europea: participación, comunicación y nuevos recursos en red. In: INNERARITY, Daniel; CHAMPEAU, Serge (Coord.). *Internet y el futuro de la democracia*. Barcelona: Espasa Libros, 2012, p. 77.

⁵⁶ Mejorar la participación. La democracia y el cambiante entorno de la web, p. 57.

a internet promove uma democracia mais sensível e mais apta a exigir soluções e respostas mais rápidas aos mais variados anseios numa sociedade como a brasileira, heterogênea e plural.

A importância da internet para o fortalecimento das organizações sociais se dá por concorrerem valores decorrentes da dignidade humana, o que se efetiva no Estado Democrático de forma crescente por meio da liberdade de expressão⁵⁷, permitindo ideias variadas e posicionamentos que podem ser conduzidos para uma agenda de debate em nível institucional.

Enfim, as ferramentas tecnológicas disponíveis na internet, que se destacam na nossa sociedade, em rede e plural, conforme afirma Leonardo Sakamoto, **“não são apenas ferramentas de descrição, mas de construção e reconstrução da realidade”**⁵⁸ (g.n.), especialmente do processo democrático.

Mais à frente, destaca o autor que **“quando alguém atua através de uma dessas redes, não está simplesmente reportando, mas também inventando, articulando, mudando”**⁵⁹ e, por isso, essa ferramenta tecnológica, “aos poucos, altera também a maneira de se fazer política e as formas de participação social⁶⁰”.

A internet relaciona-se com redes sociais, com a ampliação da participação na disseminação de informações sem limitação de fronteiras ou territorial, ou seja, ela invade e penetra culturas e estimula os usuários a adotarem condutas ativas, por meio de *blogs*, redes sociais, entre outros instrumentos telemáticos. Enfim, nota-se que a internet permitiu uma extensão do espaço público.

Tal cenário estimula debates mais intensos, o que é insito numa democracia, porque ela deve promover valores inerentes à dignidade da pessoa humana e à liberdade públicas. Em suma, inicia-se o terceiro milênio, no entanto, com a restauração do regime democrático, ainda é preciso efetivar a cidadania ativa, e a internet pode contribuir para avançar neste sentido.

⁵⁷ Ao tratar sobre a liberdade de expressão, pode-se afirmar que é uma das formas de materialização da dignidade humana, por meio da qual ela se descortina em dois ângulos de análise e estudo: primeiro, a liberdade de imprensa e a liberdade de informação. A primeira se relaciona com a possibilidade de se assegurar a transmissão de informações ou de notícias, desde que, obviamente, seja dotada de atributos de veracidade, entre outros; segundo, a liberdade de informação, como forma de permitir que a sociedade seja esclarecida, bem como o acesso público acerca do conhecimento; enfim, a possibilidade de se assegurar o acesso aos dados, bem como de o indivíduo receber recomendações e orientações, reconhecendo uma assimetria informacional entre os detentores do poder e os que têm dificuldade para obtenção de quaisquer informações.

⁵⁸ SAKAMOTO, Leonardo. Em São Paulo, o *Facebook* e o *Twitter* foram às ruas. In: ARANTES, Paulo; SCHWARZ, Roberto. *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Jinkings Editores Associados, 2013. p. 95.

⁵⁹ Idem, *ibidem*.

⁶⁰ Idem, *ibidem*.

Cláudio José Franzolin

Aliás, conforme Ronald Dworkin: “os cidadãos, embora coletivamente soberanos, também são, como indivíduos, participantes das contendas que julgam coletivamente”.

Há, portanto, a invasão de novos instrumentos para difundir informações e também relações de poder, bem como novos espaços de participação democrática e de comunicação. Mas vale realçar que as informações não fluem no vazio, totalmente desassistidas do espaço político por parte daquele que está fixado no poder.

Por exemplo, as manifestações sociais contemporâneas distinguem-se daquelas das décadas de 1960 e 1970. Para Regina Maria Macedo Nery Ferrari⁶¹, a participação popular do final dos anos 1960 e 1970 surge no Brasil para buscar e conquistar a democratização.

Já, no contexto atual, prossegue a autora, as manifestações públicas são organizadas para desafiar a ordem política instalada e para revelarem e (re)construírem a democracia participativa, cada vez mais crescente numa sociedade sob a égide de uma Constituição aberta aos novos atores sociais, novos direitos, novos sujeitos, novas pretensões, novos influxos axiológicos.

Para bem demonstrar, pede-se licença para a transcrição acerca dos manifestos de junho e de como as redes sociais e a internet ampliaram, de forma rápida e eficiente, as organizações e as opiniões no âmbito da coletividade, conforme apresenta Marcos Nobre:

354

Aqui a importância decisiva da internet e das redes sociais, de que tanto se fala. São espaços em que a própria opinião vai se construindo em diálogo e em contraste com outras e não apenas como a favor ou contra propósitos de um artigo de jornal ou reportagem de TV. A mesma pessoa postava uma opinião de manhã e outra oposta à tarde. Os acontecimentos se sucediam e mudavam de sentido e eram acompanhados por mudanças de opiniões e perspectivas. A própria ideia do que tinha acontecido mudava conforme novos relatos surgiam e se espalhavam. Com seu radical pluralismo, a internet e as redes sociais racharam (...). De um lado tiraram da mídia tradicional o monopólio da formação de opinião e da vocalização de insatisfações. (...). A internet é decisiva também nas performances de protesto. **Tão importante quanto se sentir parte é fazer sua própria manifestação, é encenar a individualidade sem diluí-la no coletivo, sem colá-la em uma liderança ou grupo**⁶². (g.n.)

⁶¹ Controle social das instituições democráticas. *Revista de Interesse Público*, n. 73, p. 61-76, em especial, p. 61.

⁶² *Choque de democracia: razões da revolta*. São Paulo: Editora Schwarcz, 2013. p. 19-20.

Assim, conforme ensina Marcielle Berger Bernardes, nota-se que a dimensão do poder político e a maior participação democrática passam, necessariamente, na crescente penetração do ambiente *digital*, estimulando o debate para serem reconhecidos novos direitos, por meio de “novos espaços de comunicação, transparentes e universais, permitindo inclusive suscitar práticas políticas⁶³” mais sensíveis diante de novos valores que decorrem dos direitos humanos presentes cada vez mais nos debates políticos.

Por conseguinte, não se pode pensar em práticas políticas que contribuam para a efetivação da democracia, prescindindo da realidade que perpassa no âmbito das redes que se formam na internet. Tanto que Paul Mathias⁶⁴ aponta que a vida democrática deve reassumir-se e reinterpretar-se à luz do que é denominado, pelo autor, como *ecossistema digital*⁶⁵, sendo que as ferramentas digitais disponíveis devem se revelar como novos espaços para a expressão democrática.

Enfim, seja qual for a extensão das redes sociais, a vontade de um indivíduo ou de um grupo ostenta a aptidão para não serem receptores de informações, mas, sim, criadores de espaços para influenciar fortalecendo a liberdade e a solidariedade.

Esta simbiose sociedade-democracia-internet promove impactos no âmbito político, passa pelo desaparecimento dos obstáculos decorrentes das distâncias e amplia a possibilidade de decisões rápidas. Afinal, a vida social, hodiernamente, está totalmente informatizada, e a participação se revela mais potencializada, rompendo, aos poucos, como o sentido de democracia, numa concepção de Estado Liberal baseado, exclusivamente, em decisões centradas a partir da promoção do liberalismo econômico e de mercado.

A CONSTRUÇÃO DE NOVOS DIREITOS NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

A preocupação, até então, no Estado liberal é com a igualdade meramente formal⁶⁶. No entanto, com a evolução da articulação e capacidade política que emerge na sociedade civil, rompe-se, aos poucos, a cidadania passiva. Com o Estado Democrático e Social, buscam-se a igualdade substancial e maior penetração do Estado nos mais variados fenômenos econômicos e sociais, além de se legitimar maior controle e interferência do cidadão na definição das políticas a serem implantadas no Estado.

⁶³ *Democracia na sociedade informacional: o desenvolvimento da democracia digital nos municípios brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50.

⁶⁴ En las redes de Solón: para una concepción cultural de la democracia digital, op. cit., p. 37.

⁶⁵ Idem, ibidem.

⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 88.

Cláudio José Franzolin

Significa afirmar que a sociedade civil, aos poucos, interfere na construção e reconstrução do pensamento jurídico, haja vista o crescimento e fortalecimento do ideal democrático, que é fortalecido pela profusão da atuação mais ativa das redes sociais numa dimensão instantânea e globalizada nunca antes vista.

Tal compreensão reflete na interpretação da Constituição. Conforme Eros Grau, a Constituição é *marcadamente principiológica – e, por conseguinte, programática –*, no sentido de que dispõe não apenas de regras, mas também de princípios⁶⁷. Por isso, ele sugere uma *interpretação operativa*⁶⁸, em que a ordem jurídica se encontra com a ideologia reinante considerando a realidade política^{69 e 70}.

O que vale destacar é que, numa *teledemocracia*, a sociedade civil ganha forças para: **i.** recepcionar novos valores, que passam a ser reconhecidos mais imediata e espontaneamente; **ii.** reconhecer direitos humanos que transcendem a soberania estatal; **iii.** tutelar novos direitos revelados numa sociedade mais plural; **iv.** legitimar o poder espontâneo valorizando o coletivo.

Quanto as três primeiras considerações decorrentes do impacto da *e-democracia*, destaca-se que a Constituição tem a aptidão para refletir e traduzir em valores como a solidariedade e a igualdade substancial os quais que vão se incorporando e transformando.

356

Contribuí, assim, a afirmação de Norberto Bobbio de que o sistema jurídico não é um conjunto de regras já postas e transmitidas, mas um conjunto de regras em movimento a serem constantemente articuladas no ambiente social. Nessa perspectiva, “a principal atividade do jurista não é mais a interpretação de um direito já construído, mas a pesquisa de um direito a ser construído”⁷¹.

⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 159.

⁶⁸ Idem, p. 193.

⁶⁹ Escreve Grau que a ordem econômica na Constituição Federal opta por um regime de economia liberal e só admite a intervenção para coibir e repudiar os abusos relacionados à concorrência. O autor esclarece que a Constituição apresenta contradições, como: ela acolhe o liberalismo, mas também o intervencionismo; aceita o capitalismo e, ao mesmo tempo, a justiça social (p. 232-233). Ademais, pondera que a Constituição não pode ser incoerente e assim a livre-iniciativa, enquanto princípio da economia liberal, há que se amoldar à busca de uma sociedade justa e solidária, valorizar o trabalho, assegurar a dignidade humana como fundamento da República. E afirma que “a liberdade amplamente considerada – insisto neste ponto – liberdade real, material, é um atributo inalienável do homem, desde que se conceba inserido no todo social, e não exclusivamente em sua individualidade (o homem social, associado aos homens, e não o homem inimigo do homem)”. (GRAU, 2001, p. 249).

⁷⁰ Maria Helena Diniz entende que as normas dos arts. 2º; 5º; 170, I a IX, entre outros, ostentam *função eficaz de bloqueio permitindo ao intérprete operacionalizar o sistema normativo*. (*Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 119).

⁷¹ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Consultoria técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p. 41.

No entanto, conforme ensina Konrad Hesse⁷², a força que desperta da Constituição não reside nela em si. Ou seja, a Carta se aponta como força ativa para orientar os movimentos que ecoam no sistema social. Assim, conforme Konrad Hesse, **só se ecoa e se movimenta a Constituição se ela é manejada de forma ativa.**

Neste contexto, o homem expandiu para novas necessidades, o Estado assumiu novas posturas, e a Constituição imprimiu sua força normativa e reduziu a dicotomia entre direito público e privado, contribuindo para o que culmina, hoje, com a necessidade não só da construção de direitos, mas, inclusive, de sua realização.

Ademais, esclarece Bobbio que os “o desenvolvimento dos direitos do homem ocorreu, especialmente, a partir do final da guerra, considerando duas direções: na direção da sua universalização e na de sua multiplicação⁷³”.

Concorrendo com a universalização, segundo Bobbio, a multiplicação dos direitos do homem, que se desenvolvem e se renovam na sociedade. E, assim, explica o autor três fundamentos: “i. aumentou a quantidade de bens merecedores de tutela; ii. foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; iii. o homem **não é mais considerado como ente genérico ou abstrato, mas na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc.** Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* de indivíduo⁷⁴” (g.n.).

Assim, a Constituição aberta incorpora novos direitos e reconhece o pluralismo. E mais: a sociedade torna-se mais participativa e complexa, expandindo-se suas necessidades, e novas situações jurídico-pessoais vão se despontando, o que canaliza para novas aspirações, novos direitos⁷⁵, novos interesses, novas

⁷² *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁷³ Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 82.

⁷⁴ Idem, p. 83.

⁷⁵ Para Antônio Carlos Wolkmer, “a conceituação de novos direitos deve ser compreendida como a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas) emerge informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabam se instituindo formalmente”. Para ele “a proposição nuclear aqui é considerar os ‘novos’ direitos **como** resultantes de lutas sociais afirmadoras das necessidades históricas na contextualidade e na pluralidade de agentes sociais. (...) As mudanças e o desenvolvimento no modo de viver, produzir, consumir e relacionar-se de indivíduos, grupos e classes podem perfeitamente determinar anseios, desejos e interesses que transcendem os limites e as possibilidades do sistema, propiciando situações de necessidade, carência e exclusão. Uma projeção para espaços periféricos como o brasileiro demonstra que as reivindicações e as demandas, legitimadas por sujeitos sociais emergentes, incidem, prioritariamente, sobre direitos à vida, ou seja, direitos básicos de existência e de vivência com dignidade. Claro está, portanto, que o surgimento dos ‘novos’ direitos são exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante das novas condições de vida e das crescentes

Cláudio José Franzolin

formas de relações jurídicas, enfim, novos sujeitos, dotados de particularidades como direitos, deveres, reivindicações específicas etc.

Enfim, a democracia na sua compreensão contemporânea, pautada nos valores da dignidade humana, estimula o conflito e permite que o cidadão participe ativamente na promoção de direitos, construindo um dos objetivos fundamentais da República Federativa, que é uma sociedade mais justa, fraterna e solidária.

Ou seja, conforme expõe Luiz Pinto Ferreira⁷⁶, a democracia não tem uma compreensão reducionista de que simplesmente é uma maioria aritmética. Na verdade, ela revela a concretização da liberdade e da igualdade humana, ou seja, ela legitima grupos, novos direitos, acesso à justiça, tutelas coletivas e políticas públicas.

É por meio de todo esse conjunto de elementos que se permite uma reconstrução do processo democrático, amparado agora por ferramentas tecnológicas. Assim, a sociedade em rede está conexas, não apenas por meio de identidades culturais delimitadas num ambiente territorial, mas voltada para facilitar a cidadania ativa no controle dos atos do Estado e na participação da construção das políticas públicas conforme os sujeitos e interesses em foco.

Controle social e teledemocracia – primeiros passos da e-cidadania

358

Concorre, ao lado dos valores do Estado Liberal, o reconhecimento do valor do Estado Social que é a solidariedade (art. 3º, I, da Constituição Federal/88 – CF/88), sopesando, a partir daí, formas mais elaboradas de convivência para a realização de direitos sociais, pois, conforme ensina Paulo Bonavides⁷⁷, é no Estado Social que se aperfeiçoam e se consagram, de forma mais efetiva, os valores de um sistema democrático.

Se a democracia contemporânea estimula o debate e valoriza as liberdades públicas e os direitos humanos, por conseguinte, ela revela novos sujeitos e permite que a sociedade esteja aberta ao tempo, ao possível, e ao novo, refletindo na interpretação jurídica, que passa a assumir uma preocupação maior com a realização prática do Direito. Ou seja, segundo afirma Paulo Bonavides⁷⁸, a sociedade consegue concretizar os valores abstratos constantes dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

prioridades impostas socialmente (...). Enfim, o processo histórico de criação ininterrupta dos 'novos' direitos fundamenta-se na afirmação permanente de necessidades humanas específicas e na legitimidade de ação das novas sociabilidades, capazes de implementar práticas emergentes e diversificadas de relação entre indivíduos, grupos e natureza" (Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectiva – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34).

⁷⁶ *Teoria geral do Estado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 543.

⁷⁷ *Do Estado liberal ao Estado social*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 14.

⁷⁸ Idem, ibidem.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 339-364, jul./dez. 2013

Neste sentido, o paradigma de uma efetiva democratização no âmbito do Estado Democrático e Social, por meio de uma transnacionalidade dos direitos humanos, proporciona que a democracia acolha a internet para servir como um instrumento eficaz no intuito de gerar crescimento econômico, criar empregos e fomentar debates e diálogos entre as pessoas, as nações e as civilizações. É um fenômeno que potencializa participação popular pelos mais diversos recursos tecnológicos disponíveis, contribuindo para o aperfeiçoamento democrático.

Tomando como fundamento as hipóteses lançadas por Javier Echeverría⁷⁹, pode-se sustentar que a internet pode ser uma poderosa ferramenta à disposição da cidadania ativa, para a o controle da atuação estatal, pois aquela se apresenta como um novo espaço social para efetivar os controles dos atos do Estado e debater direitos humanos.

Assim, considerando as profundas mudanças pelas quais a sociedade tem passado nas últimas décadas com o fortalecimento da tecnologia da informação, há uma nova realidade social que permite aos cidadãos, mesmo que à distância, um controle mais efetivo e real dos atos do Estado, despertando a *e-cidadania*.

Outra situação que se revela importante para *teledemocracia* é que os espaços virtuais permitem ao cidadão o acesso às informações, antes centradas apenas em meios de comunicações específicos, os quais filtravam de alguma forma o que era ou não conveniente difundir no ambiente difuso.

Nesta rota, a internet rompe com o exclusivismo da informação e passa a ser captada em tempo real e se torna um importante aliado para efetivação da *teledemocracia*, por meio de uma cidadania mais ativa.

E esta cidadania reflete no acompanhamento mais efetivo e em tempo real, por meio de organizações constituídas na sociedade civil, de informações que refletem na agenda dos detentores dos poderes constituídos, como: **a)** contas em consonância ou não com as regras orçamentárias; **b)** aplicação dos recursos em políticas públicas de acordo com as que foram efetivamente eleitas e selecionadas; **c)** desempenho e a profusão de condutas atentatórias à moralidade que se difundem para o conhecimento dos cidadãos, pelas redes sociais aberta a todos; **d)** a conduta dos representantes eleitos no exercício do mandato; **e)** as decisões que eles adotam: se estão em consonância com o que difundiu em suas campanhas eleitorais; **f)** se são sensível e atentos às reivindicações que se apontam na coletividade e que são difundidas na internet; **g)** se conduzem os assuntos tratados pela sociedade civil para a sua agenda de debate parlamentar etc.

⁷⁹ Democracia en internet? In: INNERARITY, Daniel; CHAMPEAU, Serge (Coord.). *Internet y el futuro de la democracia*. Barcelona: Espasa Libros, 2012. p. 20.

Cláudio José Franzolin

Teledemocracia provoca a erosão da democracia? Considerações gerais

Nem todos estão de acordo com a importância da teledemocracia, ou seja, da contribuição da internet para o fortalecimento da democracia. Para muitos, ela não democratiza, apenas, muda o foco do poder econômico,

Além disso, há também os impactos da rapidez com que transitam as informações na rede, podendo comprometer a democracia ante a fragilidade com que são disponibilizadas ou lançadas nela as informações.

Assim, pode-se apontar que há determinados fundamentos teóricos, segundo os quais a democracia pode ser atingida por meio de atuações irresponsáveis no ambiente do ciberespaço, como:

- a) Em virtude da expansão da internet, há o surgimento de novas formas de poder. Javier Echeverría⁸⁰ ensina que, numa análise comparativa com Senhor Feudal na história, há agora o denominado “Senhor das Redes”. Ou seja, as empresas transnacionais do setor de telemática, entre outros setores análogos, agora concorrem e lutam para angariar e captar grupos de amigos e conexões dentro de uma mesma rede. Ou seja, contrário ao fato de que a internet promove a democracia, para o autor, a estrutura de poder, no âmbito das redes telemáticas, se comparada ao regime feudal⁸¹, conta com vários senhorios em que cada um estabelece suas redes sob seu domínio.
- b) Comprometem a legitimidade da *teledemocracia*, tomando como referência Xavier Vidal-Folch⁸², a imediatidade e a instantaneidade inerentes à internet, implicando maior dificuldade na comprovação das informações que nela estão disponíveis. Captando tal proposição, pode-se concluir que tal situação compromete e deforma o exercício da cidadania, pois o cidadão passa a tomar como referências alguns dados ou informações que não correspondem, necessariamente, com a verdade, podendo desestabilizar o poder que é efetivamente democrático.
- c) A internet fomenta uma imprensa mais preocupada em propalar informações quando na verdade deveria preocupar-se em lançar na rede, apenas, dados consistentes.
- d) Segundo Xavier Vidal Folch⁸³, se, por um lado, os elementos multimídias disponíveis podem otimizar recursos escassos, por outro, a internet dificulta o acesso às informações de qualidade.

⁸⁰ Democracia en internet? op. cit., p. 34.

⁸¹ Idem, p. 49.

⁸² Autores y usuarios en la era digital. Cara y cruz de la revolución digital en el periodismo, op. cit., p. 12.

⁸³ Idem, p. 14.

Se captadas essas proposições lançadas por Xavier para este trabalho, certamente elas contribuem para enfraquecer a cidadania ativa, ou seja, na forma colocada por ele, a internet não ajudaria a cidadania transformar o processo de construção da democracia no século XXI. Mas é importante trazer os posicionamentos opostos aos que reconhecem a importância da internet para assim contribuir na manutenção do processo democrático e realização de seus valores.

CONCLUSÃO

Antes de qualquer consideração, foi necessário traçar uma compreensão da democracia. Fixou-se o sentido procedimental da democracia, reconhecendo que o voto, o sufrágio, a representatividade e as decisões da maioria são insuficientes para que ela se efetive no contexto contemporâneo. Para justificar a penetração da internet no processo democrático, é preciso partir de sua compreensão contemporânea na qual ela exige uma participação mais ativa do cidadão; além disso, aquela passa a incorporar valores da dignidade humana e potencializa os direitos humanos legitimando novos direitos e novos atores sociais, assegurando-lhes as liberdades públicas e a inclusão social.

E, assim, o que se pretendeu com o trabalho foi estabelecer o liame entre os seguintes fenômenos: a internet, a democracia ativa e participativa e os movimentos que surgiram no Brasil em junho de 2013, enquanto revelação de uma democracia participativa pelo acesso às redes disponíveis na internet, repercutindo, inclusive, nas agendas dos detentores do poder e dos parlamentares.

Na verdade, o espaço da internet incrementa uma sociedade em rede, o que provoca a eliminação da barreira do tempo e do espaço, refletindo no estudo da democracia, a qual se quer mais concreta e mais real, ante o surgimento de novos direitos e novos interesses. Esses fenômenos agregados provocam o que se denomina aqui de *e- democracia* ou *teledemocracia*, assim designado por autores estrangeiros.

A preocupação neste trabalho foi ratificar que a internet promove a reestruturação do processo democrático como nova ferramenta para contribuir na formulação, debate e construção de políticas públicas; além disso, a internet se apresenta como forma mais precisa e eficiente para controlar o exercício dos que estão no poder.

Mas, ao final, não se deixou de apontar os efeitos nefastos que internet também pode produzir em detrimento de uma sociedade efetivamente mais democrática e plural.

De qualquer forma, a *teledemocracia* se mostra irreversível, seja pela atuação dos grupos de pressão em redes sociais, seja pela fiscalização mais eficiente pelo cidadão, contribuindo muito mais para fortalecer a democracia do que enfraquecê-la.

Cláudio José Franzolin

REFERÊNCIAS

- ARANTES, Paulo Eduardo; SCHWARZ, Roberto. *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Jinkings Editores Associados, 2013.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- BERNARDES, Marciele Berguer. *Democracia na sociedade informacional: o desenvolvimento da democracia digital nos municípios brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Consultoria técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CASTLLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução de Roneide Venancio Majer, com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão de Anibal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- 362 DALGHEN, Peter. Mejorar la participación: la democracia y el cambiante entorno de la web. In: INNERARITY, Daniel; CHAMPEAU, Serge (Coord.). *Internet y el futuro de la democracia*. Barcelona: Espasa Libros, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ECHEVERRÍA, Javier. Democracia en internet? In: INNERARITY, Daniel; CHAMPEAU, Serge (Coord.). *Internet y el futuro de la democracia*. Barcelona: Espasa Libros, 2012.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Controle social das instituições democráticas. *Revista Interesse Público*, n. 73, 2012.
- FERREIRA, Luis Pinto. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- FOLCK, Xavier Vidall. Autores y usuarios en la era digital. Cara y cruz de la revolución digital en el periodismo. In: INNERARITY, Daniel; CHAMPEAU, Serge (Coord.). *Internet y el futuro de la democracia*. Barcelona: Espasa Libros, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Traduzido do original alemão e revisado por Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1992.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2011.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 339-364, jul./dez. 2013

Teledemocracia

INNERARITY, Daniel. Desenredar una ilusión: notas para una teoría crítica de la democracia digital. In: INNERARITY, Daniel; CHAMPEAU, Serge (Coord.). *Internet y el futuro de la democracia*. Barcelona: Espasa Libros, 2012.

MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 1.

MATHIAS, Paul. En las redes de Solón: para una concepción cultural de la democracia digital. In: INNERARITY, Daniel; CHAMPEAU, Serge (Coord.). *Internet y el futuro de la democracia*. Barcelona: Espasa Libros, 2012.

MELLO, Celso de. Democratização do Poder Judiciário e acesso à Justiça. *Revista Justiça e Democracia*, n. 4, 2001.

NOBRE, Marcos. *Choque de democracia: razões da revolta*. São Paulo: Editora Schwarcz, 2013.

OLIVEIRA, Luzia Helena Hermann. Rumos à democratização brasileira: a consolidação de um modelo majoritário de democracia? *Revista Dossiê Democracia, Políticos e Partidos*, n. 15, 2000.

ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Teoria do Estado, democracia e poder local*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SAKAMOTO, Leonardo. Em São Paulo, o Facebook e o Twitter foram às ruas. In: ARANTES, Paulo; SCHWARZ, Roberto (Coord.). *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Jinkings Editores Associados, 2013.

TOURAINE, Alan. *O que é democracia?* Petrópolis: Vozes, 1995.

VILLAR, Susana del Rio. Democracia europea: participación, comunicación y nuevos recursos en red. In: INNERARITY, Daniel; CHAMPEAU, Serge (Coord.). *Internet y el futuro de la democracia*. Barcelona: Espasa Libros, 2012.

WOLKMER, Antonio. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectiva – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

363

Data de recebimento: 29/12/2013

Data de aprovação: 01/04/2014

UMA ANÁLISE HABERMASIANA DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 33

A HABERMASIAN ANALYSIS OF PROPOSED AMENDMENT TO THE BRAZILIAN CONSTITUTION N. 33

*Juliana Cordeiro Schneider**

*Karime Silva Siviero***

RESUMO

Em junho de 2013, o Brasil foi palco de inúmeras manifestações populares, que nasciam nas redes sociais e tomavam o país. No rol de reivindicações, estava o pedido de arquivamento da PEC n. 33, concebida para diminuir o caráter monolítico do Supremo Tribunal Federal e ampliar os poderes do Congresso. O presente artigo objetiva abordar as inovações trazidas pela referida PEC à luz do conceito de separação de poderes defendido por Habermas. Tenciona-se demonstrar que a edição de súmulas vinculantes pelo STF contraria o modelo de democracia deliberativa defendido pelo filósofo alemão. Destaca-se a importância da participação dos cidadãos nos processos decisórios e constata-se a ausência de reflexões mais profundas sobre a função e os limites de atuação do STF. Não se pretende, por óbvio, esgotar o tema, mas enriquecer o debate, evidenciando-se como a teoria do agir comunicativo de Habermas pode ser útil na formação social e institucional de consensos.

Palavras-chave: PEC n. 33; Democracia deliberativa; Súmula vinculante; Controle abstrato de constitucionalidade; Jürgen Habermas.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduada em Ciências Penais pela Rede LFG (Universidade Anhanguera-Uniderp). Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Assessora de Promotor de Justiça. Correspondência para/Correspondence to: Rua Lavoisier, 203, Laranjeiras, Serra, Estado do Espírito Santo, 29165-200. E-mail: julianacschneider@gmail.com.

** Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada-Chefe do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Vila Velha (NUPRAJUR/UVV). Correspondência para/Correspondence to: Avenida Antônio Gil Velloso, 300, apto 201, Praia da Costa, Vila Velha, Estado do Espírito Santo, 29101-010. E-mail: karimesiviero@hotmail.com.

ABSTRACT

In June 2013, Brazil was the scene of numerous popular protests, which were born in social networks and took the country. The demands included the request to file the Proposed Amendment number 33 (PEC n. 33), which aims to reduce the monological character of the Supreme Court and extend the powers of Congress. This article analyzes the innovations brought by the PEC under the concept of separation of powers advocated by Habermas. It intends to demonstrate that the issue of binding precedents by the Supreme Court contradicts the model of deliberative democracy sponsored by the German philosopher. It also highlights the importance of citizen participation in decision making processes and demonstrates the lack of deeper reflections on role and limits of Supreme Court's performance. It is not intended, obviously, being exhaustive, but enrich the debate, evidencing how theory of communicative action can be useful in social and institutional consensus building.

Keywords: PEC n. 33; Deliberative democracy; Binding precedent; Abstract control of constitutionality; Jürgen Habermas.

INTRODUÇÃO

366

O Brasil é nomeadamente um país avesso a protestos. Tanto é assim que, nos últimos 20 anos – desde o *impeachment* do presidente Fernando Collor de Mello ocorrido em 1992, não se viam mobilizações populares de grandes proporções.

A passividade dos brasileiros, contudo, foi rompida em meados de 2013, quando diversas manifestações eclodiram por todo o país. Se inicialmente era possível identificar a causa da insatisfação – o aumento das tarifas de transporte público em cidades como São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador e Recife, as bandeiras defendidas pelos manifestantes multiplicavam-se à medida que a população adería maciçamente ao movimento: pedia-se o fim da corrupção, a prestação de serviços públicos de qualidade, mais investimentos em saúde e educação e o fim dos gastos exacerbados com os grandes eventos esportivos sediados no Brasil nos próximos anos.

Apesar da pulverização das reivindicações, todas convergiam para uma questão fundamental: a insatisfação generalizada dos brasileiros com o sistema político atual e a crise de representatividade majoritária.

O exemplo mais emblemático do colapso da representatividade do Legislativo está na intensa mobilização dos cidadãos em favor do arquivamento da Proposta de Emenda à Constituição n. 33, que objetiva conceder ao Congresso Nacional o poder de interferir nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre súmulas vinculantes, ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 365-388, jul./dez. 2013

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

O apoio quase incondicional à atuação da jurisdição constitucional demonstra que, apesar de o legislador parlamentar ser dotado de legitimação democrática direta, os ministros da Corte Suprema costumam ser identificados como os verdadeiros representantes dos cidadãos, defensores dos interesses da sociedade civil.

Diante deste cenário de intensa mobilização popular em desfavor da Proposta de Emenda à Constituição n. 33, alguns questionamentos são inevitáveis: em que consiste, realmente, a referida PEC? Trata-se de um mecanismo importante para a consolidação da democracia representativa brasileira ou significa uma afronta ao princípio da separação dos poderes?

Essas são algumas indagações a que se pretende responder, tudo à luz do conceito de democracia deliberativa de Habermas e de sua teoria do agir comunicativo. Para tanto, serão analisadas inicialmente as principais mudanças provocadas pela PEC n. 33, assim como os argumentos contrários e favoráveis à aprovação da mencionada PEC.

Em seguida, serão investigadas as características do modelo deliberativo de democracia e de que maneira o procedimento de edição de súmulas vinculantes se relaciona com o modelo habermasiano de democracia.

A próxima etapa do estudo se voltará ao dimensionamento do espaço destinado ao Supremo Tribunal Federal em uma democracia procedimentalista e para a importância da participação dos cidadãos no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Finalmente, de posse dessas informações, será possível avaliar se a Proposta de Emenda à Constituição n. 33 representa algum avanço para a nossa sociedade e em que medida ela contribui para a sedimentação de nossa democracia.

A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 33: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES IMPORTANTES

A PEC n. 33, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles, pretende, em suma, instituir quórum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais; condicionar a atribuição de efeitos vinculantes às súmulas editadas pelo STF a uma posterior deliberação do Congresso Nacional e, finalmente, submeter ao Congresso a decisão declaratória de inconstitucionalidade material de emendas constitucionais em controle abstrato realizado pelo Tribunal Constitucional, sendo que, se o Parlamento (por 3/5 dos seus votos, em reunião unicameral) se manifestar de forma contrária à decisão do STF, a matéria então seria submetida à consulta popular, mediante plebiscito. *In verbis*:

Art. 1º O art. 97 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação:

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 365-388, jul./dez. 2013

“Art. 97. Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros **ou dos membros do respectivo órgão especial** poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público”.

Art. 2º O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de **quatro quintos de seus membros**, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, **propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional**, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

(...)

§ 4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.

Art. 3º O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

“Art. 102.

(...)

§ 2º-A. As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B. A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o § 2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos”. [Grifos nossos]

A aludida PEC está sendo debatida na comunidade jurídica e midiática de forma assaz, tendo até recebido o epíteto de “PEC da discórdia”. Em linhas gerais, os principais pontos de discussão podem ser sintetizados da seguinte forma:

1. A ampliação do quórum necessário para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo pelos tribunais, que passaria a ser de quatro quintos de seus membros, ao invés de aprovação por maioria absoluta, não é um ponto de muita controvérsia. De um lado, muitos sustentam que o atual sistema precisa, realmente, ser aprimorado, o que fortaleceria a presunção de constitucionalidade das leis emanadas pelo Legislativo. Outros, entretanto, criticam o aumento do quórum, ao argumento de que isto inviabilizaria, na prática, a declaração concreta de inconstitucionalidade, diante da divergência de opiniões nos Tribunais.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

A atribuição, pelo Congresso, de efeitos vinculantes às súmulas editadas pelo STF divide as opiniões dos juristas. Para os defensores das súmulas vinculantes, a PEC n. 33 violaria a separação de poderes, tendo em vista que usurparia a competência do Supremo para tal atribuição. Entretanto, os que criticam a competência do tribunal constitucional para editar súmulas vinculantes veem a PEC n. 33 positivamente. Para estes, o STF viola frontalmente o princípio da separação de poderes ao editar súmulas vinculantes, amesquinhando o Legislativo. Do ponto de vista ontológico, as súmulas vinculantes teriam caráter normativo e não jurisdicional, pois embora, se refiram à validade, interpretação e eficácia de normas jurídicas, caracterizam-se pela abstração, generalidade, imperatividade e coercibilidade. Nessa linha, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes, juiz de direito da 23ª Vara Cível de Belo Horizonte aduz: “não percebo, igualmente, qualquer problema a respeito da discussão sobre a súmula vinculante como consequência da industrialização do ato judicial ou a concentração de poder que tal propicia (...)”¹.

2. O ponto mais polêmico da PEC n. 33 são as decisões do STF na declaração de inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal. A PEC aqui cria um modelo curioso e sugestivo, que nada tem de autoritário, haja vista que o eleitor, por intermédio de plebiscito, teria mais participação política.

Para alguns críticos da aludida PEC, haveria afronta à interdependência dos três poderes e a própria harmonia entre eles, ferindo, pois, a Carta Magna. Nota-se que os ordenamentos jurídicos democráticos, após a 2ª Guerra, consagraram o Poder Judiciário como guardião final do texto constitucional. A própria Constituição Federal protegeu essa escolha com o manto da cláusula pétrea da separação de poderes (CF/88, art. 60, § 4º, III), para evitar eventual ditadura da maioria em detrimento dos direitos fundamentais das minorias².

Há, ainda, quem defenda que a PEC n. 33 é, além de inconstitucional, de uma ingenuidade tremenda. Para estes, o que se poderia criticar seriam as decisões, a falta de discussão sobre o perfil e as posições dos Ministros do Excelso Pretório, bem como a forma e o procedimento de nomeação deles e, especialmente, a extensão dos poderes do STF.

¹ FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. *A perigosa demonização do Judiciário*. Disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2013/04/29/a-perigosa-demonizacao-do-judiciario/>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

² MORAES, Alexandre de. *A PEC 33/2011 cria uma crise institucional inútil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/justica-comentada-pec-332011-cria-guerrilha-institucional-inutil>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

Outrossim, critica-se a edição dessa Proposta de Emenda, ao argumento de que seria mera retaliação do Legislativo em face do Judiciário, por coincidir com o julgamento da Ação Penal n. 470, popularmente conhecida como Mensalão, pela Suprema Corte, que condenou 25 réus, entre eles o ex-ministro da Casa Civil José Dirceu, o ex-presidente do PT José Genoíno e os deputados federais João Paulo Cunha (PT-SP), Pedro Henry (PP-MT) e Valdemar Costa Neto (PR-SP). Contudo, esta crítica não seria válida, já que a PEC n. 33 data de 25/05/2011, antecedendo, portanto, o julgamento do Mensalão.

Finalmente, há os que asseveram ser a PEC n. 33 uma boa oportunidade de se repensar o papel do STF, o estreito quórum de declaração de inconstitucionalidade, a conveniência das súmulas vinculantes, o controle abstrato de constitucionalidade e a participação popular no dissenso entre os poderes.

E como encarar essa proposta de emenda à Constituição? Ela é uma má iniciativa, meramente vingativa ou uma boa oportunidade para se repensar a separação entre os poderes no Brasil, sobre o arranjo institucional entre Legislativo e Judiciário e, principalmente, o papel do STF na definição do significado da Constituição? A PEC n. 33 pode representar uma boa oportunidade de se estabelecer uma reflexão muito mais profunda e também mais profícua sobre esses assuntos. É o que se pretenderá expor nos próximos tópicos, fazendo uma análise do assunto à luz das ideias prelecionadas por Jürgen Habermas.

370

O MODELO PROCEDIMENTALISTA OU DELIBERTIVO DE DEMOCRACIA: SOBREPUJAMENTO DOS PARADIGMAS LIBERAL E SOCIAL

É possível afirmar que um dos grandes desafios apresentados às sociedades contemporâneas diz respeito à necessidade de compatibilização entre direitos humanos e soberania popular em Estados democráticos de direito.

Em sua teoria do direito, o filósofo alemão Jürgen Habermas não se furtou à difícil tarefa de contextualizar o modo como o agir comunicativo que ele idealizou influenciaria na estrutura do sistema de direitos. Tratou-se, noutras palavras, de uma tentativa de reconstrução da própria autocompreensão do direito positivo moderno³.

Em suas reflexões, Habermas observa que as ideias de direitos humanos e soberania popular têm determinado a autocompreensão normativa das democracias constitucionais até os nossos dias⁴. Dessa forma, o seu objetivo reside em harmonizar essas duas ideias, extraíveis das noções de autonomia privada e autonomia política, que são imprescindíveis para o entendimento do que seja vida política.

³ MAIA, Antônio Cavalcanti; REDONDO, Manuel Jiménez. *Facticidade y validez (II): el sistema de los derechos*, p. 69.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II, p. 94.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

Realmente, a relação problemática entre as liberdades privadas subjetivas e a autonomia política dos cidadãos caracteriza-se como o fio condutor dos debates sobre os modelos de democracia. Habermas aborda as discussões atuais sobre os modelos de democracia presentes nos círculos filosóficos norte-americanos: de um lado, os defensores do ideal liberal (herdeiros dos pensamentos de John Locke, Immanuel Kant e Stuart Mill) sustentam que a ordem jurídica se constrói a partir de direitos subjetivos. De outro lado, autores com tendências comunitaristas (que assentam raízes sobre os ensinamentos de Aristóteles, na tradição Renascentista e na hermenêutica contemporânea), conferem primazia ao conteúdo objetivo apresentado pela ordem jurídica.

O filósofo da Escola de Frankfurt, situando-se entre os dois extremos, defende um terceiro modelo de democracia, fundado sobre o paradigma procedimental da teoria do discurso, conferindo ao processo democrático conotações normativas mais incisivas do que o modelo liberal e, ao mesmo tempo, mais tênues do que no modelo republicano. Na verdade, Habermas lança mão de elementos de ambas as concepções, articulando-os de maneira inovadora.

Explica-se: Habermas, quando sugere o modelo procedimental como terceira via para as democracias contemporâneas, critica os pensadores liberais pela desconsideração das exigências de solidariedade social. Entretanto, também acha insustentável a concepção comunitarista de comunidade fortemente atrelada às noções de eticidade e cultura.

Segundo o modelo habermasiano, direitos humanos e soberania popular têm cooriginariedade (*Gleichursprünglichkeit*), uma vez que autonomia pública e privada pressupõem-se mutuamente. Conforme ensina Maria Eugênia Bunchaft:

O herdeiro da Escola de Frankfurt, por sua vez, contrapõe-se à perspectiva dicotômica entre direitos humanos e democracia, entendendo que o primeiro não deve ser compreendido como um contrapeso ao segundo, mas como um pressuposto necessário ao processo democrático⁵.

Em sua obra “Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade”, Habermas trata do princípio do discurso antes de introduzir o conceito do que ele denominou de “gênese lógica dos direitos”. Segundo seus ensinamentos, o princípio do discurso pode ser formulado da seguinte maneira: “somente são válidas aquelas normas de ação às quais todas as pessoas possivelmente afetadas poderiam dar o seu assentimento como participantes em um discurso racional”⁶.

Após o delineamento do princípio do discurso, que possibilitaria a análise sobre a legitimidade das normas legais, Habermas justifica a ligação entre este e

⁵ BUNCHAFT, Maria Eugenia. Direitos fundamentais e democracia: um diálogo entre Habermas e Nino. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 5, n. 17, p. 244-270, out./dez. 2011, p. 248.

⁶ HABERMAS, 1997, p. 107.

o princípio da democracia, do qual defluiria o sistema de direitos fundamentais. Nas suas palavras: “o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo”.⁷

Após esta explicação, Habermas elenca os direitos fundamentais. Nas lições de William Rehg, citado por Antônio Cavalcanti Maia:

Em síntese, estes direitos são divididos em cinco categorias. Os três primeiros são basicamente liberdades negativas, *membership rights* (direitos de cidadania), e direitos relativos ao devido processo legal que reunidos garantem a liberdade individual de escolha, e assim a autonomia privada. O quarto – direitos de participação política – garante autonomia pública. Habermas sustenta que cada lado é indispensável e não pode ser simplesmente reduzido ao outro. Sem os três primeiros grupos de direitos não há autonomia privada (e por consequência não há sujeitos livres e iguais de direitos), mas, sem o quarto conjunto, as leis e direitos garantidores da autonomia privada são mera imposição paternalista ao invés de expressão do governo [...]. Finalmente, uma quinta categoria de direitos relativos ao bem-estar social, necessários na medida em que o efetivo exercício dos direitos civis e políticos depende de certas condições materiais e sociais, como por exemplo, que os cidadãos possam satisfazer suas necessidades básicas materiais⁸.

372

Diante do que foi exposto, é possível observar que, para o aludido jusfilósofo alemão, os direitos fundamentais são pressupostos indispensáveis para o funcionamento adequado de uma democracia. O suposto embate entre direitos humanos e soberania popular (autonomia privada *versus* autonomia pública) é resolvido mediante uma associação interna entre os dois conceitos, de maneira que o papel dos direitos humanos não fica restrito à garantia da ordem, mas vai além, servindo como instrumento fundamental de integração e formação da vontade coletiva dentro do espaço público político⁹.

Transpondo essas conceituações de Habermas para a análise do papel exercido pelos Tribunais constitucionais e, mais precisamente, para a realidade brasileira, é possível inferir que a ampliação do âmbito de atuação do Judiciário na proteção da esfera privada de grupos minoritários, quando o processo deliberativo estiver esvaziado de valor epistêmico, pressupõe:

⁷ Id., *ibid.*, p. 158.

⁸ MAIA, Antônio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*, p. 110.

⁹ Carlos Santiago Nino, ao contrário de Habermas, é mais liberal. O autor argentino refere-se aos direitos humanos como um contrapeso ao processo democrático, aproximando-se da concepção liberal de direitos quando estabelece um conjunto de direitos individuais que não podem ser violados em hipótese alguma, nem mesmo com o consenso da maioria. In: BUNCHAFT, *op. cit.*, p. 248.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

[...] a construção de uma nova forma de identidade constitucional inclusiva capaz de gerar adesão afetiva dos cidadãos à Constituição. Nessa perspectiva, embora na teoria habermasiana se possa constatar uma conexão teórica entre procedimentalismo e patriotismo constitucional, especificamente na cultura democrática brasileira, há uma relação fática, mas não contingente, entre substancialismo e *Verfassungspatriotismus*.

[...]

Com efeito, a realidade brasileira demonstra que, muitas vezes, as instâncias deliberativas não atendem a demandas sociais de grupos minoritários, tornando necessária uma maior tutela judicial por meio de argumentos jurídicos racionais. Princípios de abertura argumentativa podem ser resgatados pelo Judiciário, inspirando um processo complexo de articulação da diferença por meio de uma leitura moral da Constituição. [...] Esse aparato hermenêutico-argumentativo é fundamental para inspirar o conteúdo emancipatório da concepção de *Verfassungspatriotismus*¹⁰.

Infere-se, pois, que o objetivo do paradigma procedimentalista do direito é suplantar a crise e as divergências entre os paradigmas anteriores (liberal e social) e fornecer uma legitimação suplementar. Frise-se que o paradigma deliberativo do direito fundado na teoria do discurso traz a necessidade de uma concepção também deliberativa de democracia:

Tal qual o paradigma procedimentalista do direito operou a síntese e a superação dos modelos do Estado liberal e do Estado social, o conceito procedimental de democracia intenta combinar características dos dois modelos de democracia em disputa para fornecer um modelo mais adequado às democracias das sociedades complexas atuais¹¹.

Destarte, conclui-se que o modelo deliberativo de democracia descreve, de modo mais adequado, o funcionamento do sistema de direitos em sociedades complexas, como a brasileira, uma vez que fornece critérios suficientes para o esclarecimento da legitimidade do Direito. Frise-se, como Habermas assevera:

[...] as normas de direito só podem obrigar duradouramente quando os procedimentos que comandaram o seu surgimento forem reconhecidos como legítimos. Nesse momento de reconhecimento faz-se valer um

¹⁰ HABERMAS, Jürgen, apud BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Direitos fundamentais e democracia: um diálogo entre Habermas e Nino*, op. cit., p. 269.

¹¹ COSTA, Taiz Marrão Batista da. *Súmulas vinculantes e democracia: a verticalização das decisões judiciais e a neutralização do espaço público*. Disponível em: <http://www.academia.edu/693590/Sumulas_vinculantes_e_o_paradigma_procedimental_do_direito>. Acesso em: 15 maio 2013, p. 12.

agir comunicativo que, por assim dizer, aparece no outro lado do sistema de direitos, no lado da formação democrática da vontade e da legislação política enquanto tal.¹²

Estabelecidas essas premissas, demonstrar-se-á, nos próximos tópicos, que a PEC n. 33 não respeita o modelo de democracia deliberativa defendido por Jürgen Habermas, devendo, pois, ser reformulada.

O ART. 103-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Incompatibilidade do procedimento das súmulas vinculantes com o modelo habermasiano de democracia

A Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe, além de outras inovações, a possibilidade de o STF editar súmulas vinculantes. Dessa forma, reafirmou-se a pretensão do Supremo Tribunal Federal de revestir-se na condição de soberano, como se fosse o único corpo político a deter a última palavra sobre quase tudo, transformando-se em substituto do poder constituinte soberano¹³. Atualmente, o tribunal constitucional brasileiro é o único ator institucional a ter o poder de decisão para reforma de suas próprias súmulas vinculantes.

374

Pablo Lucas Verdú faz uma analogia com o idioma alemão, asseverando que os Tribunais constitucionais não se limitam a ser o *Hüter* (guardião) da Constituição, mas o *Herr* (dono) dela¹⁴. Não se defende a superioridade do Legislativo sobre os outros poderes, como o fez Kant¹⁵. O que se almeja é o sistema de freios e contrapesos, a fim de que cada poder não abuse de suas funções, usurpando funções constitucionais de outros poderes constituídos e colocando-se acima da própria Constituição e da soberania popular. O próprio Montesquieu exigia que um poder controlasse o outro¹⁶.

Uma das justificativas na emenda constitucional n. 45/2004 para a criação das súmulas vinculantes consiste na morosidade da justiça em face do crescente número de demandas judiciais que sobrecarregavam os Tribunais. Entretanto,

¹² HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 106.

¹³ BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Separação de poderes e constitucionalidade da PEC n. 33/201*. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/100790/>>. Acesso em: 15 maio 2013.

¹⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución en la encrucijada (Palíngenesia Iuris Politici)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994. p. 75-76.

¹⁵ “Todo Estado contém em si três poderes, isto é, a vontade geral se une em três pessoas políticas (trias política): o poder soberano (a soberania), que reside no poder Legislativo; o poder Executivo, que reside em quem governa (segundo a lei) e o poder Judiciário (que possui a tarefa de dar a cada um o que é seu, na conformidade da lei), na pessoa do juiz (...).” KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1997. p. 341.

¹⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois in oeuvres complètes*, reimpr., Paris, Éditions du Seuil, 1990. Livro XI, Cap. VI.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

mesmo após a edição da EC n. 45, o número de processos vêm aumentando no decorrer dos anos, conforme se infere da análise da seguinte tabela:

Tabela 1. Movimentação de Processos no Supremo Tribunal Federal: 2000 – 2013

ANO	PROCESSOS PROTOCOLADOS	PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	JULGAMENTOS	ACÓRDÃOS PUBLICADOS
2013	72.072	44.170	85.000	13.156
2012	72.148	46.392	84.039	11.794
2011	64.018	38.019	93712	14.105
2010	71.670	41.014	98.529	10.814
2009	84.369	42.729	89.355	17.704
2008	100.781	66.873	104.237	19.377
2007	119.324	112.938	159.522	22.257
2006	127.535	116.216	110.284	11.421
2005	95.212	79.577	103.700	14.173
2004	83.667	69.171	101.690	10.674
2003	87.186	109.965	107.867	10.840
2002	160.453	87.313	83.097	11.685
2001	110.771	89.574	109.692	11.407
2000	105.307	90.839	86.138	10.770

375

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF¹⁷.

A partir da análise da tabela acima, é possível verificar que as súmulas vinculantes não atenuaram o fluxo processual da Suprema Corte brasileira. Assim, uma das razões que levou o constituinte derivado a criar o referido instituto nunca se justificou.

Ora, uma tentativa de devolver ao Congresso algum tipo de controle sobre a edição de súmulas vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal, com a alteração do art. 103-A da Carta Magna, é uma discussão interessante. Como a súmula vinculante possui atributos de abstração e obrigatoriedade semelhantes aos de uma lei, faz sentido que a decisão sobre a sua efetividade fique a cargo do Parlamento.

Ademais, a súmula vinculante reforça o caráter monológico do STF, na medida em que não permite a ampliação dos debates dos cidadãos sobre os temas versados nos enunciados vinculantes de relevância político-social, ferindo o paradigma procedimental ou deliberativo de democracia. As súmulas vinculantes

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

conferem um monopólio interpretativo ao STF, permitindo que o tribunal legisle, uma vez que seus enunciados correspondem a normas gerais e abstratas com eficácia *erga omnes*.

O STF, ao elaborar súmulas de forma monológica e impor seu entendimento de forma vinculativa, descumpra precisamente este dever de promoção da democracia deliberativa, na medida em que não promove a autonomia política dos cidadãos, nem sua inclusão dialógica. Mister ressaltar que a comunidade deliberativa não é vista por Habermas como um sujeito substancial, na linha hegeliana, pois, na sua visão, a sociedade não possui uma só interpretação, não é um só sujeito.

O que se percebe, portanto, no plano da facticidade é uma supervalorização do princípio da segurança jurídica em detrimento da legitimidade democrática da formação da vontade pública através do viés comunicativo habermasiano¹⁸. Destarte, sob a perspectiva de uma ética do discurso, os destinatários das súmulas vinculantes deveriam poder se manifestar racionalmente sobre elas, em debates públicos.

Nessa linha, assevera Taiz Marrão Batista da Costa:

376

[...] o mecanismo da súmula vinculante opera com a tensão entre facticidade e validade, mas não elaborando-a como faz o paradigma procedimentalista, mas suprimindo a facticidade em prol da validade. Assim, a deliberação democrática com o fortalecimento da racionalidade da jurisdição, oriunda da aceitabilidade racional, fica prejudicada com o recurso das súmulas vinculantes, devido à supervalorização da segurança jurídica que este opera ao conferir um monopólio interpretativo ao STF. [...] a supervalorização do princípio da segurança jurídica, da legalidade e da validade ocorre em prejuízo da legitimidade democrática da formação da vontade pública por via comunicativa, e, portanto, da democracia.

[...]

A teoria habermasiana, ao atribuir ao tribunal constitucional a tarefa de velar pela prática da autodeterminação deliberativa a desenvolver-se nos fluxos comunicacionais entre a formação institucionalizada da opinião e da vontade e a formação nos círculos informais da comunicação política (núcleo do paradigma procedimentalista), restringe o tribunal constitucional em sua função criativa do direito não apenas no sentido de um dever de observância, mas também de um dever de

¹⁸ LARANGEIRA, Marcelo Farias. *Breves considerações sobre a legitimidade democrática da súmula vinculante a partir da perspectiva discursiva*. Disponível em: <http://www.academia.edu/3264505/breves_consideracoes_sobre_a_legitimidade_democratica_da_sumula_vinculante_a_partir_da_perspectiva_discursiva>. Acesso em: 15 maio 2013, p. 10.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

promoção da política deliberativa, pois nisso residiria sua própria legitimação democrática. Devemos observar, ademais, que isto implica uma concepção procedimentalista da constituição, o que deve excluir a possibilidade de uma jurisprudência de valores a ser ditada pelo pai-regente tribunal aos filhos de menoridade. Por fim, deve-se ter em mente que a teoria habermasiana objetiva a maior racionalidade e legitimação do direito pela ampliação do número de intérpretes da constituição, objetivo este que, inclusive, o tribunal constitucional, segundo o paradigma procedimentalista, deve garantir enquanto guardião das condições do procedimento democrático.

[...] a necessidade de legitimação do direito deve ser suprida pelo agir comunicativo orientado à aceitabilidade racional de todos os possíveis atingidos (horizontalização do processo de tomada de decisões) e não pelas habilidades sobre-humanas de um juiz ou de um corpo especializado de 11 juízes de forma solitária (verticalização das decisões)¹⁹.

Contudo, poder-se-ia argumentar que, mesmo se reconhecendo a legitimidade do Supremo para editar súmulas vinculantes, a proposta trazida pela PEC33 criaria uma crise institucional. A melhor opção, para alguns autores, seria o legislador editar leis contrárias às súmulas ou simplesmente extinguir esse instituto. Nessa esteira, Rafael Tomaz de Oliveira advoga que:

Partilho da opinião de Georges Abboud de que o melhor seria se a proposta pretendesse extinguir de vez um tal instituto (desde a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, o artigo 103-A, introduzido por tal Emenda, se apresenta como inconstitucional), do mesmo jeito que Portugal extinguiu o Instituto dos Assentos (um paralelo lusitano da experiência das Súmulas)²⁰.

377

O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SEGUNDO O PARADIGMA PROCEDIMENTAL

Superação do caráter “zeusísta” do Tribunal Constitucional

A existência de Tribunais constitucionais não é ponto pacífico na comunidade jurídica pelo fato de eles serem sobrecarregados com tarefas que, em tese, seriam do Legislativo. O problema maior seria quando o tribunal se vale do controle de constitucionalidade das normas, chegando a fazer uma interpretação construtiva da Constituição. Desse modo, indaga-se se tal atividade careceria de legitimidade democrática, por ferir a lógica da divisão de poderes no Estado Democrático de Direito.

¹⁹ COSTA, op. cit., p. 3, 29 e 35.

²⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *A persistência do fator conciliador e a EC 33*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-04/diario-classe-persistencia-fator-conciliador-pec-33>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

O tribunal constitucional brasileiro é tido por muitos como superego da sociedade, como ensina Ingeborg Maus. Ele supera a concepção hercúlea de juiz de Dworkin, o qual Habermas tanto critica, chegando a ser pai do próprio Hércules e de todos os semideuses e deuses: é visto, portanto, como o próprio Zeus (caráter “zeusísta”). Habermas critica essa apoteose da função monológica do Judiciário.

Ao se estabelecer um monopólio interpretativo do STF, chega-se, inevitavelmente, a um monólogo da Corte Suprema, semelhante à operação do princípio monológico da teoria do direito solipsista de Dworkin²¹, que é em “tudo incompatível com o modelo deliberativo de democracia proposto por Habermas, o qual pressupõe a formação horizontal da vontade pública por via comunicativa”²².

Consoante Habermas, a lógica da divisão de poderes precisa ser realizada em estruturas modificadas, por exemplo, pela introdução de formas de comunicação e de participação correspondentes ou pelo estabelecimento de processos judiciais ou parlamentares, de processos da formação de compromissos, entre outros²³.

Habermas tem reserva em falar em criatividade de decisões judiciais. Ele sabe que toda interpretação tem algo de criativo, mas não aceita equiparar tal atividade à legislativa, pois isso feriria a lógica de divisão de poderes. Nesta visão, as competências amplas do Tribunal Constitucional Federal não constituem necessariamente uma ameaça à essa lógica²⁴.

378

É importante sublinhar que a lógica da divisão de poderes requer a primazia da legislação democrática sobre as demais instâncias. Isso porque apenas o legislador político pode acessar ilimitadamente as razões normativas e pragmáticas. Enquanto o Legislativo adota um discurso de fundamentação, o Judiciário adota um de aplicação, e o Executivo, um discurso pragmático.

O STF deve examinar as normas controversas do ponto de vista das condições de comunicação e participação. A sociedade brasileira deve cobrar que o Legislativo não se omita, delegando ao Judiciário tarefas que lhe são próprias. Frise-se que política econômica, financeira e social são âmbitos nos quais o tribunal constitucional deveria manter certa reserva, pois neles o Legislador tem toda legitimidade para tomar decisões.

²¹ “É possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros. O próprio Dworkin reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integridade garantida juridicamente, quando vê o igual direito às liberdades subjetivas de Ação fundadas no direito às mesmas liberdades comunicativas. Isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma ‘sociedade aberta dos intérpretes da constituição’, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.” In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit., p. 277-278.

²² COSTA, op. cit., p. 2.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit., p. 240.

²⁴ Id., *ibid.*, p. 303-304.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

Portanto, Habermas idealiza as pessoas como cidadãos com autonomia privada e pública e, neste sentido, com direitos positivos de participação. Os papéis centrais desempenhados pela sociedade civil e pela esfera pública política no modelo procedimentalista de democracia habermasiano denotam tal concepção. E é por tudo isso que o paradigma procedimentalista, baseado na teoria do discurso, apesar de conceber o papel ativo do tribunal constitucional, pela necessária reinterpretação do princípio da separação de poderes, ao mesmo tempo restringe este ativismo pela exigência de legitimação racional das decisões da corte pela gênese democrática do direito.

O ativismo da corte constitucional, dessa forma, é limitado, sob a ótica do paradigma procedimentalista do direito e do modelo deliberativo de democracia, pela autonomia pública dos cidadãos que, enquanto titulares de uma esfera pública jurídica politizada, fazem parte de uma coletividade deliberativa, de uma sociedade jurídica que se organiza pela intersubjetividade do agir comunicativo.

É importante ter em mente que o Supremo não possui um padrão homogêneo no exercício do controle de constitucionalidade, especialmente no âmbito do controle concentrado, em que muitas vezes acaba descurando para uma judicatura de valores, tomando para si uma função que seria, em tese, exclusiva do Legislativo. Apenas este último pode ponderar e, conseqüentemente, normatizar valores.

O critério do que é correto para princípios e normas é aquilo que é bom na mesma medida para todos, enquanto para valores trata-se do que é bom para a comunidade. Direitos fundamentais ganham conotação diferente, consoante sejam tidos como princípios deontológicos, na visão de Dworkin, ou como bens otimizáveis, na esteira de Alexy.

Consoante Lênio Streck:

Enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete. Neste ponto, há que se concordar com Habermas, no sentido de que não se deve ponderar valores, nem no abstrato, nem no concreto. Por isso, a proporcionalidade não será legítima se aplicada como sinônimo de equidade. Proporcionalidade será, assim, o nome a ser dado a necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão (aqui há uma aproximação de Habermas com Dworkin)²⁵.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 6 maio 2013, p. 15.

Para Habermas, direitos fundamentais vão além da compreensão de uma sociedade em determinado momento. Somente uma compreensão deontológica de princípios e normas jurídicas pode colocar uma barreira à arbitrariedade hermenêutica. A adoção de uma judicatura de valores aumenta o risco de julgamentos baseados em argumentos funcionais, em face de argumentos normativos.

Ainda, a jurisprudência de valores levanta o problema da legitimidade, pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente²⁶. Somente uma judicatura de princípios pode retirar a jurisdição do terreno movediço das preferências momentâneas.

Habermas propõe uma teoria da argumentação jurídica ou discursiva do direito para assumir o fardo das exigências ideais que Dworkin atribuiu a Hércules e reinterpreta, assim, a teoria construtivista do direito vigente de Dworkin de acordo com seu modelo procedimentalista.

Na mesma toada de Dworkin, Habermas destaca a necessidade de racionalização das decisões, rechaçando, conseqüentemente, as concepções positivistas de um sistema hermético de regras.

No que concerne ao controle preventivo de constitucionalidade, tem-se no Brasil que a Comissão de Constituição e Justiça verifica se a norma em discussão está em contradição com a Lei Maior. Habermas sugere que, além deste controle preventivo, também o abstrato, ou seja, de leis já promulgadas, seja efetuado também por uma comissão parlamentar composta de pessoas com notável saber jurídico, de *experts*, semelhante a um tribunal²⁷. Tal instância seria o patamar autorreflexivo interno do Poder Legislativo, incrementando a racionalidade da atividade parlamentar. Dessa forma, assegurar-se-ia que assuntos morais e éticos não fossem tidos como estratégias políticas.

Assim, essa internalização da autorreflexão sobre decisões próprias faria com que o legislador mantivesse presente o conteúdo normativo de princípios normativos. Este se perde quando os parlamentares redefinem questões éticas e

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit., p. 320.

²⁷ A Revolução Francesa instituiu um procedimento denominado *référé législatif*, em que, quando o juiz tivesse dúvida quanto à interpretação da lei ou à sua aplicação, deveria recorrer ao legislador para que este interpretasse ou completasse o texto que levantava dúvidas. Queria-se, mediante esse mecanismo, que o juiz não agisse como legislador. Entretanto, esse mecanismo tornou-se impossível e inconveniente, pois recriava outra confusão dos poderes, ao passo que os legisladores tornavam-se juízes, o que é contraditório ao princípio da separação de poderes. Buscou-se outra solução, em que fornecia ao juiz certos poderes Legislativos, permitindo-lhe completar, aclarar, explicar e até modificar a lei. Adotou-se, assim, o art. 4º do Código de Napoleão: “o juiz que recusar julgar a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado por denegação de justiça”. Em outros termos, esse dispositivo obrigava o juiz a julgar, proibindo a prolação de *non liquet*. PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

morais, transformando-as em questões negociáveis. Por isso, Habermas critica a jurisprudência de valores, defendendo uma jurisprudência de princípios, ao contrário de Böckenförde e Alexy, que interpretam os princípios como valores. Conforme Habermas, princípios ou normas mais elevadas possuem:

[...] um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. [...] A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, o que é bom para nós e não para todos²⁸.

Em sua controvérsia com Carl Schmitt, Hans Kelsen se pronunciou pela institucionalização de um tribunal constitucional, lançando mão de argumentos políticos, compreensíveis para a época, e de teoria do direito. Schmitt, entretanto, não conseguia coadunar com a ideia de que o controle abstrato de normas era uma questão de aplicação de normas, uma operação judicial, pois para ele não haveria nexos entre norma e fato. Já Kelsen afirmava que o objeto do controle não é o conteúdo de uma lei problemática, mas sim a constitucionalidade de sua criação. Entretanto, Habermas aduz que esse argumento só seria válido se fosse interpretado o controle de normas apenas de modo procedimental²⁹.

Habermas aceita condicionalmente o ativismo da jurisdição constitucional quando para implementar o processo democrático e a forma deliberativa da formação da opinião e da vontade política. A função do tribunal constitucional consistiria, pois, na proteção da política deliberativa e, nesse sentido, ele deveria garantir suas bases de funcionamento, as condições pragmático-formais possibilitadoras de uma política deliberativa, fonte de racionalidade e de legitimação democrática.

O tribunal constitucional deveria garantir que a prática da autodeterminação deliberativa se desenvolvesse nos fluxos comunicacionais entre a formação institucionalizada da opinião e da vontade e a formação da opinião e da vontade nos círculos informais da comunicação política (núcleo do paradigma procedimentalista – entrelaçamento da soberania institucionalizada e da não institucionalizada). Neste sentido, a Corte Suprema deve buscar constantemente a inclusão das vozes ausentes, a efetivação da democracia pela amplitude crescente do espectro de intérpretes da constituição³⁰.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit., p. 316-317.

²⁹ Id., *ibid.*, p. 302.

³⁰ HABERMAS, Jürgen, apud COSTA, Taiz Marrão Batista da. *Súmulas vinculantes e democracia: a verticalização das decisões judiciais e a neutralização do espaço público*, op. cit., p. 39.

Transpondo essa análise para o cenário brasileiro, conclui-se que o STF não pode ser visto como substituto do Legislativo na tomada de decisões importantes sob pressão da sociedade por causa da omissão dos legisladores. Os Tribunais constitucionais devem se limitar ao controle dos princípios nucleares da democracia, não assumindo, porém, a supervisão e até mesmo a produção de resultados políticos desejáveis. Nessa esteira, o republicanismo renovado entende o papel do tribunal constitucional como o de um guardião da democracia deliberativa.³¹

A PARTICIPAÇÃO DOS CIDADÃOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A inovação da PEC n. 33, ao introduzir a participação dos cidadãos, por meio de plebiscito, em questão de aferição de constitucionalidade material de emendas à Constituição é outro ponto importante de debate. Muitos defendem a PEC n. 33 nesse aspecto, por ela dar oportunidade ao povo de se manifestar acerca do assunto em discussão. Marcelo Farias Larangeira leciona que:

Oferecer os canais adequados que fomentem as “situações reais de fala” por parte dos concernidos fortalece a legitimidade democrática seja da súmula com efeitos vinculantes ou de qualquer outro instituto jurídicos (sic) que verse sobre qualquer tema que toquem (sic) a sociedade³².

382

Habermas, com base na sua teoria do agir comunicativo, assevera, pois:

A autenticidade da vontade popular atesta-se unicamente na execução plebiscitária da manifestação de vontade de uma multidão de populares, reunida num dado momento. Antes mesmo de o autogoverno de um povo se solidificar nas competências dos órgãos de um Estado, ele se manifesta em posicionamentos espontâneos pelo sim ou pelo não, diante das alternativas dadas³³.

Outrossim, Habermas aponta que o conceito de “juiz-Hércules” de Dworkin não está em consonância com o paradigma deliberativo, sendo insuficiente como espelho de uma práxis de fundamentação e aplicação de normas, não abrindo espaço a uma participação mais abrangente e inclusiva de todos os membros da comunidade enquanto agentes potencialmente envolvidos³⁴.

Com efeito, consoante Rawls, o fundamento de legitimidade das decisões sobre questões políticas fundamentais deve basear-se em razões que sejam

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit., p. 341.

³² LARANGEIRA, op. cit., p. 11.

³³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 155.

³⁴ CARDOSO, Wladirson Ronny da Silva. Verdade e justificação – correção *versus* verdade: contribuições de Habermas para a fundamentação de uma teoria dos direitos humanos. *Rev. Disc. Jur. Campo Mourão*, v. 3, n. 2, p. 18-36, jul./dez. 2007, p. 31-32.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

publicamente aceitas por todos os cidadãos razoáveis³⁵. Perelman também preleciona que “a administração da justiça, num país democrático, resulta de uma constante confrontação de valores, que implica um diálogo entre o poder Judiciário, o poder Legislativo e a opinião pública³⁶”.

Poderia se sustentar que o povo não deveria se intrometer em discussões sobre a inconstitucionalidade das leis, por ser um problema de higidez de tecnicidade. Mas esse seria um argumento simplista, já que o sistema de direitos não está infenso às reflexões políticas. Frank Michelmann parte da premissa de que o tribunal constitucional, ao intervir na legislação política e ao suspender normas aprovadas pelo Parlamento, teria que apelar para uma autoridade derivada, inferida do direito de autodeterminação do povo³⁷. O tribunal constitucional não poderia “assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade³⁸”. Ou seja, não poderia legitimar sua atuação com base na inércia ou falta de habilidade técnica do povo.

Ainda, poderia se indagar se comunidades heterogêneas, como a brasileira, seriam capazes de chegar a consensos e se o plebiscito seria um mecanismo autêntico de manifestação popular. Schmitt já imaginava a “participação política uniforme dos cidadãos na formação da vontade política como um acordo voluntário das manifestações de vontade dos participantes uníssonos de um povo mais ou menos homogêneo³⁹”. Mas Habermas responde que

Não é necessário um consenso básico anterior, garantido pela homogeneidade cultural, porque uma formação democraticamente estruturada de opinião e de vontade possibilita um acordo normativo racional também entre estranhos⁴⁰.

A PEC n. 33 prevê que a participação do povo se dê por consulta popular, a qual, em geral, é realizada por meio de plebiscito. No entanto, é preciso ressaltar que o plebiscito a ser realizado deve oportunizar um debate coletivo e nacional entre os cidadãos, para que a resposta a ser dada pelo povo seja fruto de uma discussão, de uma deliberação ampla, pública e robusta e não a mera constatação de posições individuais.

O texto não defende uma supremacia parlamentar diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, mas, sim, uma supremacia dos cidadãos brasileiros,

³⁵ BUNCHAFT, Maria Eugenia. O Supremo Tribunal Federal e a anencefalia: uma reflexão sobre a legitimidade democrática do Judiciário à luz de Rawls, Habermas e Nino. *Ethic@*, Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 55-82, dez. 2011, p. 59.

³⁶ PERELMAN, op. cit., p. 542.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit., p. 330.

³⁸ Id., *ibid.*, p. 347.

³⁹ SCHMITT, Carl, apud HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, op. cit., p. 154.

⁴⁰ HABERMAS, op. cit., p. 157.

que serão consultados caso o Excelso Pretório anule uma emenda constitucional brasileira e o Congresso Nacional não concorde com tal anulação. É curial distinguir decisões jurídicas de decisões políticas, pois estas últimas vêm tomando conta das deliberações da Suprema Corte, sob o pretexto de que se trata de matérias constitucionais. Os exemplos são muitos: discussão sobre a lei de biossegurança, demarcação de terras indígenas, verticalização partidária, distribuição dos *royalties* do petróleo, etc.

O papel do Supremo Federal, conforme alhures demonstrado, é o de assegurar a democracia deliberativa, sendo o plebiscito uma boa maneira de todos os cidadãos poderem se manifestar livremente. Cônsono Habermas:

Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito [...] o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e a pública dos cidadãos. [...] O tribunal tem que tomar precauções para que permaneçam intactos os “canais” para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza⁴¹.

Ademais, a criação de um plebiscito não obrigatório seria até mais propício, haja vista que a manipulação midiática seria menor, sendo que se manifestariam apenas aqueles que realmente quisessem.

384

Ocorre que a PEC n. 33 objetiva levar a plebiscito questões de constitucionalidade material e não procedimental das emendas constitucionais. Ora, há questões que não podem ser objeto de deliberação, que não podem ser compromissadas. Por isso, crê-se que a ideia de se oportunizar debates à sociedade é curial, mas não no tocante a questões materiais, como a isonomia e as cláusulas pétreas. Até porque a maioria poderia decidir em face de uma minoria.

Habermas é tido como procedimentalista, mas há algo substancialista nele: ele mesmo afirma que há princípios universais que devem ser seguidos e que não podem ser objeto de compromissos pelo Legislativo ou pelo povo. Infelizmente, a doutrina nacional não tem se manifestado nesse ponto, que é de suma importância. Limita-se apenas a atacar ou defender esse ponto de participação popular da PEC n. 33 sob limites superficiais, não realizando o aprofundamento filosófico que a questão demanda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se decompor, ponto a ponto, as mudanças que a PEC n. 33 almeja instituir, bem como as críticas e as defesas dessas questões. Em seguida, cotejou-se a PEC n. 33 com a teoria deliberativa e as propostas de Habermas, delineando-se o papel do Supremo Tribunal Federal.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit., p. 326-327.

Uma análise habermasiana da proposta de Emenda à Constituição n. 33

Habermas defende, como proposta para a evolução da sociedade, que se transite progressivamente da “ação estratégica” para a “ação comunicativa”. Neste tipo de ação, a orientação deixa de ser exclusivamente para o sucesso individual e passa a se denominar como orientação para o entendimento mútuo.

Nesse novo âmbito, os atores procuram harmonizar seus interesses e planos de ação, por um processo de discussão, buscando um consenso. José Pedro Luchi aduz que, “para que instituições jurídicas funcionem, é preciso uma formação progressiva da população. Do contrário, ou o sistema jurídico se desintegrará, ou haverá uma crescente cisão entre lei e prática social efetiva”⁴².

Na realidade brasileira, a extinção do controle de constitucionalidade não seria favorável, haja vista que a sociedade ainda confia mais no Judiciário do que no Legislativo. É da cultura nacional tal pensamento. Ademais, não se pode realizar mudanças drásticas, como a referida, sem uma participação popular.

O que não é digno de consideração é o uso da PEC n. 33 como raivosa reação do Congresso Nacional às atuações da Corte Constitucional ou como mera resposta revanchista que busca mitigar o papel do Supremo na interpretação da Constituição. Se assim fosse, a PEC n. 33 apresentar-se-ia como uma proposta não apenas injustificada, mas também demagógica.

Não se pode ter como heresia a discussão desses tópicos, como tem sido feito atualmente, chegando-se ao ponto de se dizer que seria melhor que se fchasse o Pretório Excelso. Em outros países sempre se discutiu o papel do tribunal constitucional, podendo-se citar Ingeborg Maus na Alemanha, Javier Perez Royo na Espanha e Mark Tushnet nos Estados Unidos da América.

O debate é de extrema importância para a maturidade dos conflitos democráticos. Ora, Othoniel Pinheiro Neto preleciona a importância de se estudar tais assuntos:

Doutrinadores americanos e europeus, são justamente esses que estão travando debates a respeito das limitações dos poderes do Judiciário diante do sistema democrático. Autores como Jeremy Waldron, Jorge Reis Novais, John Hart Ely, Jeremy Bentham, Jürgen Habermas e John Rawls já publicaram livros que abordam a temática sem causar qualquer espanto na comunidade jurídica de seus países, ao contrário do Brasil, local em que, somente pelo fato de estarmos tocando no assunto, estão tratando isso como uma blasfêmia⁴³.

⁴² LUCHI, José Pedro. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado. In: LUCHI, José Pedro (Org.). *Linguagem e sociabilidade*. Vitória: EDUFES, 2005. p. 179.

⁴³ NETO, Othoniel Pinheiro. *O STF, o Congresso e os cidadãos: entre a democracia e a juristocracia*. Disponível em: <<http://www.fatonotario.com.br/artigos/ver/268/o-stf-o-congresso-e-os-cidadaos-entre-a-democracia-e-a-juristocracia>>. Acesso em: 14 maio 2013.

Se o nosso sistema representativo não funciona a contento, não é motivo para atribuir poder de decisão ao Judiciário, mas, sim, encontrar alternativas, desde que se respeite o valor de cada cidadão brasileiro em uma democracia pluralista.

Portanto, o que se pretende sublinhar e defender nesta brevíssima análise é a possibilidade de a PEC n. 33 ser compreendida como uma tentativa de se estabelecer um verdadeiro diálogo institucional entre os poderes, bem como de devolver ao povo a decisão final sobre o significado da Constituição quando não houver entendimento (*Verstand*) entre o Judiciário e o Legislativo sobre uma determinada controvérsia constitucional procedimental.

Ao contrário das leituras precipitadas e levianas mencionadas, as quais endeusam o Judiciário e demonizam o Legislativo (ou vice-versa), entende-se que um tal arranjo pode servir para melhorar não só as relações entre os poderes, mas também no interior dos próprios poderes e, sobretudo, responder a pergunta que se fez inicialmente sobre quem e o que deve se beneficiar com a separação de poderes, isto é, o povo e, conseqüentemente, a concretização de seus direitos fundamentais.

O Legislativo deve ter coragem política, ou seja, não pode temer legislar sobre temas polêmicos e de relevância política e social, como aborto de anencéfalos e casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, o efeito vinculante das decisões do Supremo nunca impediu que o Legislativo decidisse de forma diversa. Não é preciso uma proposta de emenda à Constituição para permitir que o Legislativo assumira o ônus político de dar uma decisão contrária à daquele tribunal.

386

Nem o juiz nem o legislador agem isoladamente, mas estão sempre referenciados ao ato constitucional fundador e à práxis democrática dos cidadãos. O papel do tribunal constitucional é o de guardião e promotor dos procedimentos democráticos, mais do que garantidor de conquistas materiais ou apenas defensor dos cidadãos em face do Estado. Seu papel é o de proteger o sistema de direitos, possibilitando, concomitantemente, a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos.

Finalmente, conclui-se que o direito não está imune a uma tensão entre a facticidade e validade. Entretanto, não se pode deixar que a *Weltschmerz*⁴⁴ nos atormente ao ponto de impedir de aprimorar nossas instituições, com o fito de se alcançar, ou tentar se alcançar, uma democracia deliberativa nos moldes descritos por Jürgen Habermas, propiciando canais que conduzam às situações reais de fala.

⁴⁴ Termo cunhado pelo escritor alemão Jean Paul Richer, que designa o sentimento experimentado por alguém que entende que a realidade física nunca pode satisfazer as exigências da mente. Em termos simplórios, é a depressão causada por ver o mundo como ele é, e não como ele deveria ser, consoante nossas convicções.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Controle de constitucionalidade é judicial, não político*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em: 14 maio 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao>>. Acesso em: 15 maio 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Assessoria de Assuntos Estratégicos. Documento: Acervo Processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervoquadros.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2013.
- BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Separação de poderes e constitucionalidade da PEC n. 33/201*. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/100790/>>. Acesso em: 15 maio 2013.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. Direitos fundamentais e democracia: um diálogo entre Habermas e Nino. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 5, n. 17, p. 244-270, out./dez. 2011.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. O Supremo Tribunal Federal e a anencefalia: uma reflexão sobre a legitimidade democrática do Judiciário à luz de Rawls, Habermas e Nino. *Ethic@*, Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 55-82, dez. 2011.
- CARDOSO, Wladirson Ronny da Silva. Verdade e justificação – correção *versus* verdade: contribuições de Habermas para a fundamentação de uma teoria dos direitos humanos. *Rev. Disc. Jur. Campo Mourão*, v. 3, n. 2, p. 18-36, jul./dez. 2007.
- COSTA, Taiz Marrão Batista da. *Súmulas vinculantes e democracia: a verticalização das decisões judiciais e a neutralização do espaço público*. Disponível em: <http://www.academia.edu/693590/Sumulas_vinculantes_e_o_paradigma_procedimental_do_direito>. Acesso em: 15 maio 2013.
- DANTAS, Felipe. *PEC 33/2011 – “E a última palavra sobre alteração constitucional vai para...”*. Disponível em: <<http://www.direitoeliberalismo.org/pec-332011-e-a-ultima-palavra-sobre-alteracao-constitucional-vai-para/>>. Acesso em: 15 maio 2013.
- FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. *A perigosa demonização do Judiciário*. Disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2013/04/29/a-perigosa-demonizacao-do-judiciario/>>. Acesso em: 14 maio 2013.
- GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. *Quem detém a última palavra sobre o significado da Constituição: a PEC 33, seus limites e possibilidades*. Disponível em: <<http://constitucionalismoedemocracia.blogspot.com.br/2013/05/quem-detem-ultima-palavra-sobre-o.html>>. Acesso em: 14 maio 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.
- HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1997.

USO DO SISTEMA PENAL DO INIMIGO PARA CONTROLE DAS MANIFESTAÇÕES DE 2013: UMA ESTRATÉGIA INCONSTITUCIONAL

USE OF THE PENAL SYSTEM OF THE ENEMY TO CONTROL THE PROTEST OF 2013: AN UNCONSTITUTIONAL STRATEGY

*Antonio Eduardo Ramires Santoro**

RESUMO

O artigo expõe as razões por que se pode identificar o sistema penal do inimigo como estratégia utilizada pelo poder público brasileiro, em especial pelo governo do Estado do Rio de Janeiro, para controle das manifestações populares que se espalharam pelo país em junho de 2013, bem como sua inconstitucionalidade. Para tanto, realiza um estudo comparado sobre a constitucionalização dos direitos humanos plasmados nos tratados internacionais, um histórico sobre a gênese da inserção desses direitos na Constituição de 1988 e a posição de nossos tribunais superiores. Em seguida, apresenta o sistema penal do inimigo como estratégia de controle social violadora dos direitos humanos que ultrapassa o estado de exceção constitucionalmente admissível. Por fim, apresenta algumas formas concretas de manifestação dessa estratégia de controle, assim como identifica sua utilização para contenção dos protestos populares realizados no Brasil em junho de 2013 e, portanto, sua inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Sistema penal; Inimigo; Protestos; Controle social.

* Professor Ajuento de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogado. Pós-doutor em Direito Penal e garantias constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza – Argentina. Doutor e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidad de Granada – Espanha. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra – Portugal. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas/RJ. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Correspondência para/Correspondence to: Avenida Armando Lombardi, 800, sala 207, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro/RJ, 22640-906. E-mail: antoniosantoro@antoniosantoro.com.br e antoniosantoro@direito.ufrj.br.

ABSTRACT

The article discusses the reasons why one can identify the penal system of the enemy as a strategy used by the Brazilian government, especially by the government of Rio de Janeiro, to control protests that spread across the country in June 2013 as well as its unconstitutionality. For that conducts a comparative study on the constitutionalization of human rights enshrined in international treaties, a history of the genesis of the insertion of these rights in the 1988 Constitution and the position of Brazilian higher courts. Then presents the penal system of the enemy as an strategy of social control that surpasses the state of exception constitutionally permissible and violate human rights. Finally, it presents some concrete manifestations of this control strategy, and identifies their use for unconstitutional suppression of popular protests held in Brazil in June 2013.

Keywords: Penal law; Enemy; Protests; Social control.

INTRODUÇÃO

390 Em 1º de janeiro de 2013 o salário mínimo e as tarifas de transporte público, como ocorre normalmente, sofreriam um reajuste. O salário mínimo foi reajustado de R\$ 622,00 para R\$ 678,00, um acréscimo de 9%. Em São Paulo, as tarifas de transporte estavam congeladas há 3 anos, e o reajuste que compensasse esse período estagnado implicaria em um aumento de 11,84%, ao passo que, no Rio de Janeiro, o prefeito Eduardo Paes e o ministro da fazenda Guido Mantega, em reunião realizada em dezembro de 2012, já haviam definido uma correção de 5,5%, apesar de ter havido um reajuste de 10% em 1º de janeiro de 2012.

Todavia, a inflação oficial do mês de janeiro demonstrava uma tendência de alta extremamente preocupante, vez que poderia bater 1% no mês, e o acumulado dos 12 meses ficaria muito próximo de 6,5%, trazendo receio ao mercado, o que provocou uma reação do governo federal: pedir às duas maiores capitais do país que adiassem o aumento das tarifas de transporte público de janeiro de 2013 para maio ou junho do mesmo ano.¹ Com adiamento do aumento, a inflação de janeiro não sofreria esse impacto, e o acumulado dos 12 meses não seria tão alto. Reajustando as tarifas em um mês com menor inflação, estaria manipulado o índice necessário para que o governo conseguisse alcançar suas metas.

Ocorre que o aumento do salário mínimo, embora cause impacto nas contas públicas, não reflete um aumento da renda da população comum, que em geral não tem a sua remuneração indexada a ele. Portanto, o progressivo aumento das

¹ SPINELLO, Evandro; SOARES, Pedro. Dilma pede, e SP e Rio congelam a tarifa de ônibus para conter inflação. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1214940-dilma-pede-e-sp-e-rio-congelam-a-tarifa-de-onibus-para-conter-inflacao.shtml>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

tarifas públicas sem o conseqüente reajuste da receita da população implica em uma perda de capacidade financeira e um esvaziamento do poder de compra das famílias.

Apesar do sucateamento do orçamento doméstico, janeiro é momento estrategicamente adequado para realizar um aumento de tarifas públicas, não apenas porque se faz com o reajuste do salário mínimo, mas também por se tratar de um período de férias e, assim, estudantes não estão normalmente mobilizados a protestar, ao contrário do que ocorre em maio e junho.

Isso implicou, contra o governo, com suas constantes interferências para manipulação indevida de índices econômicos, ao adiar o aumento das tarifas de transporte para os meses posteriores, as fecundas condições para que a população se indignasse.

Para completar esse quadro, especificamente em junho de 2013, o Brasil sediou a Copa das Confederações, tendo se evidenciado o imenso aporte de dinheiro público na construção de estádios de futebol para atendimento das rigorosas exigências da FIFA, em confronto com as calamitosas condições em que se encontravam, e ainda se encontram, os serviços públicos colocados à disposição da população.

Mais ainda, em especial no Rio de Janeiro, a cidade se apresenta como um verdadeiro canteiro de obras para alteração dos aparelhos de mobilidade urbana para a Copa e para a Olimpíada. O caos urbano instaurado poderia ser compreendido pela população como um período que precede a melhorias, porém a opção pelo transporte rodoviário em detrimento do ferroviário, como metrô e trem urbano, com a simples conversão de vias que já existiam para automóveis em faixas exclusivas para ônibus, e o questionável volume de investimento público despendido para isso desvelam, aos olhos da população, um favorecimento às empresas de ônibus.

Agregue-se a isso o financiamento de campanhas eleitorais com a contribuição do capital privado, entre elas as empresas de ônibus, que, posteriormente, terminam por se beneficiar das inadequadas opções de políticas públicas, como a escolha do transporte rodoviário (em especial o ônibus, em razão da proibição e repressão ao transporte por vans no Rio de Janeiro), que fez a população, sobretudo jovens estudantes que precisam se locomover com o uso do transporte público, revoltasse-se com esse estado de coisas.

Desta forma, o acréscimo de R\$ 0,20 nas tarifas foi a centelha que incendiou um amplo movimento de protestos por todo o Brasil, que os governos insistiram em reduzir sua importância à uma luta mesquinha contra o aumento das passagens de ônibus, quando as pautas em debate eram muito mais amplas, inclusive a própria democracia representativa corrompida pelo sistema eleitoral e o incontrolável financiamento das campanhas.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 389-420, jul./dez. 2013

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Lamentavelmente, a forma como o Poder Público lidou com os legítimos movimentos cidadãos que tomaram as ruas em junho de 2013 foi a tão conhecida repressão pela violência policial. O enfrentamento se deu por conhecidas formas autoritárias de perseguição política àquilo que parecia ser o centro de irradiação do movimento: os estudantes. À guisa de exemplo, basta citar o que aconteceu na noite do dia 20 de junho de 2013. Após mais de 300 mil pessoas tomarem a Avenida Presidente Vargas, a Polícia Militar fez um cerco à Faculdade Nacional de Direito e ao Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, ambas da UFRJ². Além do uso de gás lacrimogênio, foram usadas armas que dispararam balas de borracha não apenas em direção aos protestantes, mas também às pessoas que se socorriam no Hospital Souza Aguiar, ao lado da Faculdade Nacional de Direito, desvelando que a repressão com violência não decorria de um despreparo para lidar com as manifestações, mas uma forma de controle social.

Embora a imprensa livre e as redes sociais tenham dado publicidade direta aos protestos e os fatos violentos que ocorriam, a estratégia governamental foi justificar a violência oficial e criar inimigos públicos.

O objetivo deste trabalho é analisar, sob o ponto de vista jurídico, a adequação da reação das autoridades públicas aos movimentos de protesto de junho de 2013 no país, em especial no Estado do Rio de Janeiro, em confronto com as bases democráticas e humanitárias forjadas pela Constituição brasileira.

Para tanto, será feita uma abordagem sobre os direitos humanos no Brasil, sua constitucionalização, sob a perspectiva comparada, e, em seguida, será analisada a evolução da posição do STF sobre o tema.

Definidas as bases em que os direitos humanos estão aderidos ao ordenamento brasileiro, passa-se ao estudo do estado de exceção, com o objetivo de estabelecer se é possível que o Estado afaste a proteção dos direitos humanos, e em que casos isso pode ser realizado, mantendo íntegros a ordem constitucional, o Estado de Direito e o respeito à democracia.

Por fim, será feita uma análise do que se convencionou chamar de direito penal do inimigo ou, ainda mais amplo, sistema penal do inimigo, como forma de afastamento dos direitos fundamentais, que não se compatibiliza com os preceitos humanísticos e que comumente se manifesta em democracias. Passa-se a expor os casos de sistema penal do inimigo no mundo, e identifica-se esta estratégia como a utilizada pelos governantes brasileiros para repressão às manifestações populares que eclodiram em 2013 no Brasil.

² *Jovens se refugiam em universidade por temer prisões*; PM nega cerco. *Gl*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/06/jovens-se-refugiam-em-universidade-por-temer-prisoos-no-rio.html>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A positivação dos direitos humanos e os sistemas constitucionais nacionais em perspectiva comparada

A previsão em textos internacionais de normas protetivas de direitos humanos não é suficiente para se compreender o impacto que esta mudança vem causando nos ordenamentos internos de cada país. Há que se perquirir de que forma os Estados soberanos passaram a lidar com essas normativas, que vão desde concepções fechadas até cláusulas constitucionais abertas de direitos fundamentais.

Na Argentina, a reforma constitucional de 1994 deu nova redação ao art. 75, inciso 22, da Constituição deste país, o qual elencou os instrumentos internacionais³, que passam a ter “hierarquia constitucional, não derogam artigo algum da primeira parte desta Constituição e devem entender-se complementares dos direitos e garantias por elas reconhecidos” (tradução nossa).

Sem qualquer dificuldade interpretativa, esta norma incorpora à Constituição argentina as principais declarações e tratados internacionais sobre direitos humanos, situando-os no mesmo nível que as normas constitucionais, criando o que Cafferata Nores chamou de sistema constitucional integrado⁴, o qual sincroniza fontes nacionais e internacionais sem que se anulem ou se neutralizem, mas se retroalimentando, formando um complexo axiológico e jurídico de mesma hierarquia.

Com isso, toda a legislação infraconstitucional deve estar adequada às normativas supranacionais, bem como o Poder Judiciário deverá tomá-las em conta como fonte do Direito a nortear suas decisões.

Um efeito dessa disposição criativa de um complexo de normas constitucionais que englobam os tratados relacionados no art. 72, inciso 22, da Constituição argentina, que se fez sentir logo no ano seguinte à reforma constitucional, foi precisamente a decisão que declarou a inconstitucionalidade das leis de perdão dos crimes praticados durante a ditadura militar: Lei do Ponto Final (Lei n. 23.492, de 1986) e Lei da Obediência Devida (Lei n. 23.521, de 1987).

³ A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; a Declaração Universal de Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo; a Convenção sobre a Prevenção e a Sanção do Delito de Genocídio; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra a Tortura e outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança.

⁴ CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Proceso penal e derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. 2. ed. atualizada por Santiago Martínez. Buenos Aires: Del Puerto, 2011. p. 4.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Isso porque a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina entendeu que deve se considerar que os crimes praticados pelo regime militar eram, na forma do Direito Internacional, crimes de lesa-humanidade, que são imprescritíveis e, em caso de omissão do país de origem, submetem-se à jurisdição universal.⁵

No Brasil a introdução dos tratados de direitos humanos em nível constitucional não é pacífica.

o Brasil rege-se nas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, e a Constituição brasileira de 1988 prevê em seu art. 1º, inciso III, um dos seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, e dedica-se a referida Carta no art. 5º, com seus 78 incisos, à garantia dos direitos e deveres individuais e coletivos; no Capítulo II, aos direitos sociais; no Capítulo III, à nacionalidade; e o Capítulo IV, aos direitos políticos.

Quanto aos tratados que digam respeito a direitos e deveres individuais e coletivos, a Constituição dispôs no § 2º do art. 5º que “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”.

Essa redação deu margem a interpretações distintas.

394

Em primeiro lugar deve se deixar claro que a competência para celebrar tratados ou qualquer instrumento internacional é privativa do Presidente da República, de acordo com o art. 84, inciso VIII, da Constituição, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

O Congresso Nacional tem competência exclusiva para resolver sobre instrumentos internacionais, na forma do art. 49, inciso I, da Constituição.

Assim, os tratados demandam um ato complexo em que o Presidente da República celebra e o Congresso Nacional aprova mediante decreto legislativo, não gerando efeitos a simples assinatura do tratado.

Não há, lamentavelmente, qualquer determinação de prazo para que o Presidente encaminhe o instrumento internacional que assinou para aprovação do Congresso, também não prevê a Constituição prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado, tampouco para que o Presidente o ratifique.

Todavia, uma vez que o tratado tenha sido assinado pelo Presidente, aprovado pelo Congresso Nacional e, então, ratificado pelo Chefe do Poder Executivo, o instrumento internacional aderiu ao ordenamento nacional.

A questão é saber se o § 2º do art. 5º implica incorporação dos tratados que disponham sobre direitos humanos ao texto constitucional ou não.

⁵ Com essa declaração de inconstitucionalidade por incompatibilidade à normativa internacional que alçou hierarquia constitucional, mais de 200 militares já foram condenados pelas Cortes argentinas.

Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

Piovesan entende que o “Poder Constituinte soberano criador está longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado”; ao contrário, esse Poder está “cada vez mais vinculado a princípios e regras do direito internacional”, que passa a ser “parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais”, as quais, caso disponham de forma a violar o *jus cogens* internacional, são reputadas normas nulas. Para ela, o paradigma ineliminável de todos os constitucionalismos é a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana⁶.

Canotilho afirma que o Poder Constituinte tem uma vinculação jurídica com os princípios de direito internacional, entre eles o princípio da observância de direitos humanos⁷. Ao tratar dos direitos fundamentais, entende que estes devem ser estudados como direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional, o que não implica que deixem de ser elementos constitutivos da legitimidade constitucional, ou seja, são elementos legitimativo-fundamentantes da ordem jurídico-constitucional positiva, e a positivação jurídico-constitucional os torna “realidade jurídica efetiva”.

Afirma, ainda, que a constitucionalização dos direitos efetivos do homem é a incorporação deles em normas formalmente básicas, subtraindo seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário, tendo como mais notória consequência a sua proteção mediante controle de constitucionalidade. Essa constitucionalização é o que categoriza a “fundamentalização formal” do direito fundamental.

De outro lado, admite Canotilho que a ideia de “fundamentalidade material” desempenha seu papel de importância no reconhecimento de direitos materiais que não são formalmente constitucionais por não estarem na Constituição escrita, como ocorre na tradição inglesa, mas que também opera nos países de tradição continental:

Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16º/1º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe “norma com

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 81.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

fattispecie aberta” (Baldassare) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras* de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional⁸.

A norma portuguesa consagradora da compreensão aberta dos direitos fundamentais enquanto materialmente constitucionais, encontra-se no art. 16º, 1, do texto fundamental português com o título “Âmbito e sentido dos direitos fundamentais” e dispõe que “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.

Para Canotilho, a norma com *fattispecie* aberta permite compreender que há normas de direito fundamental que não são formalmente constitucionais, mas materialmente o são, ou seja, esses “direitos são densificações possíveis e legítimas do âmbito normativo-constitucional de outras normas e, conseqüentemente, direitos positivo-constitucionalmente plasmados, e, nesta hipótese, formam parte do *bloco de constitucionalidade*”⁹.

Como tal, os direitos fundamentais aderidos ao “bloco de constitucionalidade” pela criação de um modelo constitucional aberto que engloba, além dos direitos expressos no texto escrito, aqueles materialmente constitucionais, servem de parâmetro para decisões que invocam as normas constitucionais, pois “todos eles são, sem qualquer dúvida, normas de referência obrigatória em qualquer controlo da constitucionalidade dos actos normativos”¹⁰.

396

A interpretação de Canotilho para o art. 16º da Constituição portuguesa como cláusula constitucional aberta é compartilhada por Piovesan quanto à Constituição brasileira, para quem “os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado ‘bloco de constitucionalidade’, densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta,¹¹” o que implica dizer que a “Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional”¹².

A adoção pelo Poder Constituinte brasileiro de um modelo constitucional aberto decorreu de proposta feita por Antonio Augusto Cançado Trindade¹³, então Consultor Jurídico do Itamaraty, à Assembleia Nacional Constituinte que

⁸ CANOTILHO. Op. cit., p. 379-380. No mesmo sentido MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v. 4, p. 153.

⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 922.

¹⁰ Ibid., p. 921.

¹¹ PIOVESAN, op. cit., p. 111.

¹² Ibid., p. 114.

¹³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 631.

Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

deu origem à previsão constitucional brasileira de 1988, durante sua exposição intitulada “Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional”, à Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais na 5ª Reunião de Audiência Pública realizada em 29 de abril de 1987:

Seria de todo indicado, para concluir, recordando uma vez mais a compatibilização entre esses tratados [internacionais sobre direitos e garantias individuais] e o Direito Interno, que a nova Constituição explicitasse, dentre os princípios que regem a conduta do Brasil no plano nacional e internacional, promoção e a proteção dos direitos humanos, entendidos estes como abrangendo, tanto os consagrados na própria Constituição, ou os decorrentes do regime democrático, que ela estabelece, quanto os consagrados nos tratados humanitários de que o Brasil é parte e nas declarações internacionais sobre a matéria de que o Brasil é signatário (sic)¹⁴.

Durante os debates com os deputados constituintes após sua exposição, Cançado Trindade foi questionado onde seria topograficamente mais adequado inserir na Constituição em elaboração os direitos humanos, “abrangendo tanto os consagrados na própria Constituição quanto os consagrados nos tratados humanitários de que o Brasil é parte”, nas exatas palavras utilizadas pelo deputado Eliel Rodrigues, *in verbis*:

O SR. CONSTITUINTE ELIEL RODRIGUES: – (...) Tenho aqui uma dúvida; onde melhor poderia ser inserida explicitação da promoção e proteção dos direitos humanos, abrangendo tanto os consagrados na própria Constituição quanto os consagrados nos tratados humanitários de que o Brasil é parte? (...)

O SR. ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE: – (...) Parece-me ótima ideia privilegiar, por assim dizer, o capítulo sobre direitos e garantias individuais, no sentido de que seria capítulo de abertura, da Constituição se assim entenderem V. Ex^{as}. Mas seja no Capítulo dos Princípios Fundamentais, seja no Capítulo dos Direitos e Garantias individuais, estaria, assim, privilegiado.

O SR. CONSTITUINTE ELIEL RODRIGUES: – Muito obrigado. De-sejo apresentar uma proposta nesse sentido (...)¹⁵.

397

¹⁴ BRASIL. *Assembleia Nacional Constituinte (Atas das Comissões)*, v. 1-C. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente>. Acesso em: 08 ago. 2013.

¹⁵ BRASIL. *Assembleia Nacional Constituinte (Atas das Comissões)*, v. 1-C. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente>. Acesso em: 08 ago. 2013.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Não há dúvida de que o § 2º do art. 5º da Constituição brasileira consagra um modelo aberto de normas constitucionais de direitos fundamentais que engloba não apenas as previsões constitucionais escritas ou formais, mas também uma plêiade de direitos e garantias plasmados nos tratados de direito internacional humanitário de que o Brasil seja parte.

Mas deve se ponderar que a norma aberta da Constituição portuguesa tem traço diverso da brasileira. Isso porque a Carta lusitana, em seu art. 16º, 1, faz menção à inclusão na ordem constitucional das regras aplicáveis de direito internacional, ao passo que a Constituição brasileira não faz referência ao direito internacional em geral, e sim apenas aos tratados dos quais o Brasil faça parte¹⁶. É forçoso concluir que a cláusula portuguesa é mais aberta que a brasileira.

Distinguindo a cláusula aberta da Constituição brasileira com o inciso 22 do art. 75 da Constituição argentina, Diogo Pignataro de Oliveira alerta que “na Argentina há uma pequena diferença: os tratados de direitos humanos que são incorporados como norma constitucional são expressamente elencados em rol taxativo trazido pelo inciso XXII do art. 75, após a reforma ocorrida em 1994, o que termina por construir uma limitação que a Constituição brasileira não possui”¹⁷.

Todavia, há apenas uma aparente maior garantia brasileira de proteção constitucional dos direitos fundamentais em relação à Argentina. Isso porque, a despeito da intenção expressa do legislador detentor do Poder constituinte originário decorrente da proposta realizada e acolhida nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal trilhou entendimento muito diverso.

398

A posição da jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil

Antes de 1977, o STF havia firmado entendimento segundo o qual os tratados internacionais tinham hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, o que estava de pleno acordo com o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹⁸, muito embora o Brasil não o tivesse ratificado¹⁹.

Ocorre que com a decisão proferida no Recurso Extraordinário RE 80.004, de relatoria do Ministro Xavier Albuquerque, o STF mudou seu entendimento e

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 395-396.

¹⁷ OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN, Flavia; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. VI, p. 115.

¹⁸ Art. 27: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” - Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

¹⁹ o Congresso Nacional aprovou a Convenção de Viena somente em 17 de julho de 2009 – Decreto n. 7.030/2009 – e o Presidente da República o depositou em 25 de setembro de 2009.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 389-420, jul./dez. 2013

Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

firmou posição segundo a qual o direito interno pode revogar tratado internacional do qual o Brasil seja parte, retrocedendo em relação ao entendimento que se perfilava anteriormente sobre a primazia do direito internacional e equiparando as normas internacionais a que o Brasil tenha se obrigado à legislação ordinária brasileira.

Esse entendimento, que, *a priori*, dizia respeito aos tratados internacionais em geral, e não aos tratados concernentes aos direitos humanos, foi, em 1995, estendido aos instrumentos internacionais que tratavam de direitos humanos. Com efeito, no julgamento do *Habeas Corpus* HC 72.131, do qual era relator o Ministro Celso de Mello, o STF entendeu que era constitucional a prisão civil por dívida no caso do depositário infiel, a despeito da proibição inserta no art. 7, VII, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, externando fundamento no sentido de que “a circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual (...)”²⁰. Divergiram desse entendimento os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

Mais contundente foi a decisão proferida pela 1ª Turma do STF em 26 de setembro de 2000 no RE 274.183, de relatoria do Ministro Moreira Alves, que, além de reconhecer a constitucionalidade do Decreto-Lei n. 911/69, que previa a possibilidade de prisão do depositário infiel no caso de alienação fiduciária, em detrimento da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (Pacto de São José da Costa Rica), frisou “que § 2º do art. 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e por isso ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional”²¹.

Não é demais atentar para o fato de que em 1988 o Brasil ainda não havia admitido no seu ordenamento os mais importantes tratados de direitos humanos celebrados em âmbito mundial e continental, entre eles o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos,

²⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=146&dataPublicacaoDj=01/08/2003&incidente=1603947&codCapitulo=5&numMateria=21&codMateria=1>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

²¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=226&dataPublicacaoDj=24/11/2000&incidente=1826937&codCapitulo=5&numMateria=37&codMateria=3>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Sociais e Culturais²² e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)²³.

Naturalmente, esses tratados são todos fruto de negociação e elaboração internacional do período em que o Brasil estava submetido ao governo ditatorial militar, o que impediu fossem ratificados.

Dessa forma, a decisão da 1ª Turma do STF no RE 274.183 colocou em xeque a postura do Brasil perante a comunidade internacional no que concerne ao respeito aos direitos humanos.

Embora o RE 274.183 tenha sido julgado em 26 de setembro de 2000 pela 1ª Turma, o Pleno do STF decidiu, menos de seis meses antes, precisamente em 29 de março de 2000, o RHC 79.785, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em que ficaram assentadas duas importantes questões: (1) a Constituição é norma superior às convenções internacionais e, por isso, afasta sua aplicabilidade em caso de antinomia entre a norma internacional e a Carta Maior brasileira; (2) o relator não comunga da opinião que prevalecia até então de que as normas internacionais de proteção de direitos fundamentais teriam a mesma hierarquia das normas ordinárias internas.

400

Quanto à primeira conclusão, o Ministro Sepúlveda Pertence deixou claro que “(...) a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)”²⁴.

Com esse entendimento, o Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhado por maioria pelos demais Ministros (votaram contra os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, e esteve ausente o Ministro Celso de Mello), entendeu que: (1) a Constituição se sobrepõe aos tratados, porque a forma de introdução dos instrumentos internacionais ditados pela Constituição é menos exigente que a das emendas constitucionais; (2) os tratados que digam respeito a direitos humanos têm hierarquia superior às leis ordinárias, criando um entendimento de que estes têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal.

²² Aprovados pela Assembleia Geral da ONU em 1966, só em 1992 foram aprovados pelo Congresso Nacional, depositadas as cartas de adesão e promulgados pelos Decretos n. 592 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) e n. 591 (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

²³ Aprovada na Conferência Especializada Interamericana sobre direitos humanos da Organização dos Estados Americanos em 22 de novembro de 1969, porém a Carta de adesão e a promulgação (Decreto 678) também só se realizaram em 1992.

²⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=225&dataPublicacaoDj=22/11/2002&incidente=1791517&codCapitulo=5&numMateria=38&codMateria=1>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

Como bem coloca Piovesan, “há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supra-constitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infra-constitucional, mas supralegal; d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal²⁵”.

Com o objetivo de resolver a polêmica que envolvia a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, criou um novo parágrafo (§ 3º) no art. 5º da Constituição, com o seguinte teor: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Com essa Emenda Constitucional, o legislador equiparou o procedimento de aprovação dos tratados com o das Emendas Constitucionais, dando resposta à perplexidade que o Ministro Sepúlveda Pertence havia externado em seu voto no Plenário do STF, quando do julgamento do RHC 79.785, em 29 de março de 2000, e conferindo *status* de norma formalmente constitucional às convenções internacionais em matérias de direitos humanos.

Até hoje, apenas uma Convenção foi aprovada com a formalidade prevista no § 3º do art. 5º da Constituição: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo²⁶.

No entanto, a introdução do § 3º ao art. 5º da Constituição, que tinha como objetivo encerrar qualquer dúvida a respeito da hierarquia dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, criou novas indagações e condições adversas à introdução dos tratados de proteção aos direitos humanos na ordem constitucional.

Com o devido respeito ao argumento apresentado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento RHC 79.785, a diferença procedimental para aprovação das emendas constitucionais e dos tratados não pode influir na sua inserção na ordem constitucional, pois que foi uma decisão do poder constituinte originário incluir os tratados dos quais o Brasil é parte entre os direitos individuais a serem protegidos constitucionalmente. Em outras palavras, a aprovação expressa e deliberada de uma norma constitucional que inaugurou um modelo aberto de Constituição, no que respeita à proteção dos direitos humanos, confere legitimidade para que a própria Constituição não precise exigir um quórum ou uma maioria votante qualificada para plasmarem-se normas internacionais com densidade de direitos fundamentais no bloco de constitucionalidade que do § 2º do art. 5º da Constituição adveio.

²⁵ PIOVESAN, op. cit., p. 127.

²⁶ assinada em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Todavia, algumas questões devem ser abordadas diante do texto do § 3º do art. 5º da Constituição.

Qual seria o critério de seleção dos tratados que serão submetidos ao novo procedimento de aprovação qualificado pelas Casas Legislativas do Congresso Nacional²⁷?

E se um tratado de proteção de direitos humanos for aprovado sem a formalidade do § 3º do art. 5º da Constituição, já que o método anterior, constante do art. 49, inciso I, não foi revogado, que hierarquia terá?

O que ocorre com os tratados que já haviam sido ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes da introdução da exigência do § 3º do art. 5º da Constituição?

Piovesan questiona, por exemplo, que “o Brasil é parte do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais desde 1992. Por hipótese, se vier a ratificar – como se espera – o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU em 10 de dezembro de 2008 [§ 3º do art. 5º da Constituição], não haveria qualquer razoabilidade a se conferir a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal – hierarquia constitucional e ao instrumento principal, hierarquia meramente legal²⁸”.

402

Oliveira²⁹ chega até mesmo a pugnar pela inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da Constituição por contradição ao § 2º do mesmo dispositivo, a menos que ambos sejam interpretados harmonicamente.

A interpretação possível, diante da linha de pensamento humanitário objetivamente exposta por Piovesan, é que os tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 são material e formalmente constitucionais, pelos seguintes motivos:

Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.³⁰

Em outras palavras, o § 3º do art. 5º da Constituição não tornou os tratados que protegem direitos humanos anteriormente ratificados normas de hierarquia equivalente à legislação ordinária, tão somente fez a previsão da possibilidade de

²⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 126.

²⁸ PIOVESAN, op. cit., p. 129.

²⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 129.

³⁰ PIOVESAN, op. cit., p. 129-130.

Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

que os novos tratados garantidores de direitos humanos, além de materialmente constitucionais (que já o são pelo simples fato de estarem aderidos ao ordenamento nacional), sejam também formalmente constitucionais se obedecerem o processo legislativo previsto.

Assim, os tratados de direitos humanos que já haviam sido aderidos ao ordenamento anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 são material e formalmente constitucionais, fazem parte do “bloco de constitucionalidade”, como forma de harmonizar a interpretação dos parágrafos do art. 5º.

Ademais, os tratados que protegem direitos humanos que tenham sido aderidos ao ordenamento brasileiro após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004 e que não tenham passado pela exigência formal do § 3º do art. 5º da Constituição são normas materialmente constitucionais, embora não formalmente constitucionais.

O entendimento acima apresentado foi agasalhado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no RHC 18.799, de 09 de maio de 2006, que tratava da inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel à luz da CADH. Restou claro que, para a 1ª Turma do STJ, as normas internacionais que já haviam sido incorporadas ao direito brasileiro não perderam vigência com a introdução do § 3º no art. 5º da Constituição, tampouco retirou delas a hierarquia constitucional, porque o conteúdo material do direito não se altera com a exigência posterior de formalidade ou, nas suas palavras, “(...) a tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção, por meio do Decreto n. 678/92, não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado (...)”. Interpretando o novel dispositivo constitucional com o que constava do § 2º, bem como das normas de recepção, sentença que “de acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional”.

Esse julgamento ainda tem mais uma questão importante. O julgamento na 1ª Turma do STJ foi unânime e participaram dele dois ministros do STJ, que hoje ocupam a cadeira de ministro do STF: Luiz Fux e Teori Albino Zavascki.

Isso poderia implicar que ambos assimilariam esse entendimento de que as convenções de direitos humanos aderidos ao ordenamento antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 teriam hierarquia constitucional. Todavia, essa conclusão, que pode até ser verdadeira para o Ministro Luiz Fux, não o é para o Ministro Teori Albino Zavascki. Isso porque ele proferiu um voto-vista, em que deixa claro estar concedendo a ordem de *habeas corpus* por motivo diverso daquele externado pelo Ministro relator José Delgado.

É que para ele a aquisição da condição de depositário pressupõe o efetivo recebimento de um bem para guarda ou conservação, ao passo que nos autos o que houve foi a assunção judicial, em acordo perante o juízo da execução fiscal

Antonio Eduardo Ramires Santoro

de realizar depósito mensal de certo valor da renda da empresa, de tal sorte que nenhum valor foi entregue ao paciente em depósito, sendo descabida a prisão por não haver sequer depósito, que, portanto, não poder ser qualificado como depositário infiel. Dessa forma, não há como se afirmar que o Ministro Teori Albino Zavascki adota esse entendimento.

O STF também mudou seu entendimento, porém de forma a não se pacificar quanto à natureza das normas de direito internacional protetivas de direitos humanos.

Com efeito, em 22 de novembro de 2006, o STF julgou o RE 466.343, em que foi relator o Ministro Cezar Peluso e entendeu-se, por unanimidade, ser inconstitucional a prisão do depositário infiel e estabeleceram-se duas posições bem claras, uma capitaneada pelo entendimento do Ministro Gilmar Mendes, para quem as normas internacionais protetivas de direitos humanos têm hierarquia supralegal, e outra, encabeçada pelo Ministro Celso de Mello (mudando seu entendimento), no sentido de que os tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional.

Esse entendimento pela ilicitude da prisão do depositário infiel foi sendo reiterado pelo STF, até que, quando do julgamento do HC 92.566, em 03 de dezembro de 2008, do qual foi relator o Ministro Marco Aurélio, foi cancelada a súmula 619,³¹ que autorizava a decretação da prisão do depositário infiel sem necessidade de propositura de ação de depósito e, em meio aos debates, iniciou-se uma discussão sobre qual o fundamento para o entendimento de que a prisão do depositário infiel contrariaria a ordem jurídica brasileira.

Isso porque se a CADH fosse norma com hierarquia de lei ordinária, ela seria revogada por lei ordinária posterior. Como o Código Civil, que prevê a prisão do depositário infiel por dívida, é norma ordinária posterior à CADH, então a prisão civil do depositário infiel estaria admitida pelo ordenamento. Assim, passaram os ministros a discutir se estavam aderindo à tese da supralegalidade ou da constitucionalidade dos tratados em matéria de direitos humanos. *In verbis*:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Eu também, pedindo vênias ao eminente Ministro Menezes Direito, acompanho o eminente Ministro Marco Aurélio, Relator.

Aqui, podemos entender que, na verdade, a maioria perfilhou a tese da supralegalidade – acho que até com o voto do Ministro Marco Aurélio –, porque temos, hoje, no Código Civil, a previsão da prisão civil do depositário infiel, mesmo pós-*Pacto de San José*.

³¹ Súmula 619 – STF: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.” De 17 de outubro de 1984, publicada no Diário oficial em 29 de outubro de 1984.

Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas não teríamos, Presidente, as normas instrumentais necessárias ao implemento do Código de Processo de 73 e o Pacto de 92.

Agora, pelo Código Civil, sim, mas não quanto – eu precisaria conferir – ao depositário judicial em si.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Houve, no julgamento anterior, clara dispersão dos fundamentos que deram suporte às correntes que se formaram, nesta Corte, no exame da controvérsia em referência.

De um lado, e conferindo natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, situam-se os votos dos Ministros ELLEN GRACIE, CEZAR PELUSO, EROS GRAU, além do meu próprio.

De outro lado, estão os votos dos Ministros que atribuem hierarquia especial (Ministro MENEZES DIREITO) ou conferem caráter de supralegalidade às referidas convenções internacionais (Ministros GILMAR MENDES, RICARDO LEWANDOWSKI, CARMEN LÚCIA e CARLOS BRITTO).

O eminente Ministro MARCO AURÉLIO não perfilhou qualquer dessas duas orientações.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: A Ministra Carmen Lúcia, creio, acompanhou nessa linha também.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim, o voto da eminente Ministra CARMEN LÚCIA acolheu a tese da supralegalidade.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: Pela hierarquia especial.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Observo, por relevante, que, embora majoritária (cinco votos), a tese da supralegalidade ainda não foi acolhida pela maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal, eis que a corrente que confere natureza constitucional aos tratados internacionais em referência foi sufragada por 04 (quatro) votos (o meu próprio e os votos dos Ministros ELLEN GRACIE, CEZAR PELUSO e EROS GRAU).

Vê-se, desse modo, que somente 09 (nove) Ministros se pronunciaram sobre as 02 (duas) posições debatidas nesta causa, pois, além do Ministro MARCO AURÉLIO – que entendeu desnecessário aderir a qualquer das 02 (duas) correntes em discussão (critério da supralegalidade x critério da constitucionalidade) para resolver a controvérsia jurídica –, também o eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA não se pronunciou sobre essa específica questão.

Embora não se tenha chegado a uma posição definitiva sobre o tema da natureza das normas internacionais de direitos humanos, deve se ressaltar que os Ministros Menezes Direito, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Eros Grau, Carlos Britto e Joaquim Barbosa não compõem mais o STF.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 389-420, jul./dez. 2013

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Um ponto de extrema relevância nas posições do STF, e que avançou depois do julgamento do RE 466.343 e do HC 92.566, diz respeito à hermenêutica constitucional dos direitos humanos.

No HC 96.772, julgado em 09 de junho de 2009, pela 2ª Turma, o relator Ministro Celso de Mello reiterou seu entendimento de que as normas internacionais de direitos humanos têm hierarquia constitucional, porém reconheceu, em linhas gerais, que esta não é uma questão plenamente definida pelos demais Ministros da Corte. De toda forma, conformou seu entendimento sobre a hermenêutica das normas de direitos humanos, compreendendo que, para além da hierarquia das normas, há de se aplicar a norma mais favorável à pessoa humana, que, tanto pode estar na Constituição, como na norma internacional ou na lei interna, no que foi acompanhado à unanimidade pelos demais Ministros. *In verbis*:

406

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. – Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. – O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. – Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano³².

Compreende-se, diante de tudo que se expôs, que não há uma posição consolidada no STF quanto à hierarquia das normas internacionais que dispõem sobre direitos humanos.

³² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=96772&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

Duas correntes se formaram: uma, que adota a tese da infraconstitucionalidade, porém da suprallegalidade das normas internacionais de direitos humanos, que parece ser majoritária, embora não conte com a adesão da maior parte dos Ministros do STF (daqueles que ainda se encontram no STF, filiam-se a essa posição o Ministro Gilmar Mendes, a Ministra Carmen Lúcia e o Ministro Ricardo Lewandowski); outra, a dos que adotam a tese da constitucionalidade das normas internacionais de direitos humanos (hoje está no STF apenas o Ministro Celso de Mello, porém deve se ressaltar que este foi o entendimento do Ministro Luiz Fux, ao julgar o RHC 18.799, de 09 de maio de 2006, do qual não era relator, quando ainda era Ministro do STJ).

Há, todavia, o entendimento de que *a priori* resta consolidado (HC 96.772) no sentido de que a hermenêutica dos direitos humanos deve ser na máxima efetividade dos direitos fundamentais, devendo ser aplicada a norma mais favorável, independentemente de ser ela de natureza internacional ou interna, constitucional ou infraconstitucional. Resta saber se, no conflito entre uma norma constitucional e um direito fundamental assegurado por tratado de que o Brasil faça parte, esta posição prevalecerá.

A despeito desta análise da posição do STF, firma-se entendimento no sentido de que há no Brasil, diante do conteúdo dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição brasileira, três espécies de tratados de proteção dos direitos humanos no que respeita à sua entronização no ordenamento brasileiro: (1) os tratados de direitos humanos que têm hierarquia constitucional formal e material, por terem sido aprovados pelo Congresso Nacional pelo procedimento qualificado equiparado às Emendas Constitucionais, na forma do § 3º do art. 5º da Constituição; (2) os tratados de direitos humanos aprovados de forma ordinária anteriormente à introdução do § 3º do art. 5º da Constituição, que têm hierarquia formal e materialmente constitucional; (3) os tratados de direitos humanos que têm hierarquia constitucional apenas material, por terem sido aprovados pelo Congresso Nacional na forma ordinária, posteriormente à Emenda Constitucional que incluiu o § 3º no art. 5º da Constituição.

Isso implica que os tratados de direitos humanos que forem material e formalmente constitucionais não podem ser denunciados por alcançarem o *status* de cláusula pétrea, na forma do art. 60, § 4º, da Constituição e formam o núcleo de valores fundamentais da ordem constitucional, não podendo sequer serem revogados por Emenda Constitucional. Já os tratados de direitos humanos que constituem normas apenas materialmente constitucionais podem ser denunciados na forma prevista no texto do próprio tratado a que aderiu.

ESTADO DE EXCEÇÃO E SISTEMA PENAL DO INIMIGO FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

A versão mais violenta de controle social pelo Estado é precisamente o sistema penal. Por sistema penal não estão compreendidos o sistema legislativo, o

Antonio Eduardo Ramires Santoro

sistema judiciário, a dogmática do direito penal ou as regras de processo penal, mas, como na visão de Zaffaroni,³³ o sistema penal pode ser entendido tanto em sentido mais estrito, como o *controle social punitivo institucionalizado* (que abarca desde quando se supõe detectar a prática de um delito até a execução da pena), ou em sentido mais amplo, abarcando as ações supostamente terapêuticas ou assistenciais (instituição psiquiátrica, asilos, etc.).

O sistema penal não pode estar alheio aos direitos fundamentais. Estes devem exercer diversas funções no sistema penal, para que sua configuração se aproxime maximamente de um ótimo sistema democrático.

Falar *prima facie* em direito de punir do Estado ou *jus puniendi*, como latinizam alguns doutrinadores, é fechar os olhos para o fato de que o Estado detém *a priori* o poder, e não o direito, de punir. Essa não é uma mera retórica linguística, mas tem um significado político, antes de jurídico (com reflexos inexoráveis no Direito, todavia), que implica em trazer ao debate uma diferença pouco discutida entre aquilo que deve ser atribuído e o que deve ser limitado.

Os processos legislativos que politicamente estabelecem os direitos fundamentais do cidadão atribuem concessões que, em condições não democráticas (ou até mesmo democráticas, como abordado a seguir), não seriam necessariamente garantidas pelos Estados, ao passo que, ao regularem o exercício do poder de punir, não estão outorgando direito algum ao Estado, mas lhe estabelecendo limites ao uso desmesurado desse poder.

408

Sem limites que se possam estabelecer ao poder punitivo do Estado, a democracia resta trôpega, e o totalitarismo passa à regra, mesmo sem declarar-se tal, como que sorrateiramente utilizando-se de um estado de exceção para estabelecer uma ditadura democrática.

Em que pese se compreender a origem da positivação dos direitos humanos como resultado do conflito político que subjaz das relações sociais, da relação entre Estados e da contenção dos perigos do avanço de ideologia que se oponha aos grupos de Estados que se criaram sobretudo após a Segunda Guerra, os direitos fundamentais e sua introdução da ordem internacional para o ordenamento interno de cada país têm papel determinante na limitação do (ab)uso do poder de punir.

Todavia, a História mostra que os soberanos usaram subterfúgios políticos para o afastamento da aplicação dos direitos humanos da ordem jurídica e a institucionalização de um sistema penal autoritário.

Agamben aborda a questão do estado de exceção e o debate sobre sua posição política ou jurídica, que terá importância decisiva para a configuração do sistema penal estatal.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, Parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 70.

Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

Esclarece que a “contiguidade essencial entre estado de exceção e soberania foi estabelecida por Carl Schmitt em seu livro *Politische Theologie (...)*”³⁴, escrito em 1922, para quem o soberano é “aquele que decide sobre o estado de exceção”³⁵ assumindo que o problema pertence ao âmbito político, mas tratando o jurídico de forma mais complexa, pois o “que está em questão [é] o próprio limite do ordenamento jurídico”³⁶.

Como bem coloca Zaffaroni,³⁷ esse poder político de decisão sobre o estado de exceção e sobre o que deve estar dentro da ordem jurídica ou fora levou ao “poder de definição do *hostis*”³⁸ ou *Fremde* (estranho) e inspirou Mezger a participar da elaboração do projeto sobre os *Gemeinschaftsfremde* (estranhos à comunidade), que possibilitou juridicamente o envio de judeus aos campos de concentração. Como coloca Zaffaroni, “são várias as observações reveladoras para um direito penal do inimigo a partir de Schmitt”³⁹.

É sabido que Jakobs, identificando que em cada país existem normas chamadas por ele de legislação de luta e concluindo que “quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal (...) por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo”, propôs um direito penal do inimigo não autoritário, asseverando que “um direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaça *todo* o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do inimigo”⁴⁰.

Em comparação entre o direito penal do inimigo defendido por Jakobs e o pensamento de Schmitt, Zaffaroni deixa claro que a pretensão de polarizar o direito penal (inimigo *versus* cidadão) encontra óbice na determinação de sua extensão. Afinal “quem decide quem são os inimigos”? E completa: “a resposta não parece ser muito diferente à de Schmitt, salvo que este último o postula como função própria e exclusiva da política e Jakobs limita-se a constatá-la como dado da realidade [*guerra ou luta contra o crime organizado, delitos graves, criminalidade sexual, corrupção, droga, criminalidade econômica, terrorismo, etc.*]⁴¹. Esta possibilidade de ilimitada definição política do inimigo elimina toda garantia de que esta não chegue aos extremos que racionalizou Mezger⁴²”.

409

³⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 11.

³⁵ SCHMITT, Carl. *Politische theologie*, apud AGAMBEN, op. cit., p. 11.

³⁶ AGAMBEN, op. cit., p. 39.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; OLIVEIRA, Raimundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 131.

³⁸ *Ibid.*, p. 124.

³⁹ *Ibid.*, p. 125.

⁴⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manoel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 49-50.

⁴¹ Explicação do autor.

⁴² ZAFFARONI; OLIVEIRA, op. cit., p. 125.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

A posição de Schmitt sustentada no *Politische Theologie* é, na visão de Agamben, uma resposta a Benjamim, que, em seu texto de 1921 “Crítica da violência: crítica do poder”, defendia que a violência pura está fora do direito, ao passo que Schmitt defende que não há violência fora do direito, porque no estado de exceção ela está incluída no direito pela sua própria exclusão.

Para Schmitt “o soberano (...) é identificado com Deus e ocupa no Estado exatamente a mesma posição que, no mundo, cabe a Deus no sistema cartesiano⁴³”, ao passo que para Benjamin o soberano “fica fechado no âmbito da criação, é senhor das criaturas, mas permanece criatura⁴⁴”. Não há qualquer coincidência entre o pensamento de Schmitt, que postula um poder soberano total (totalitarismo) criador e sobreposto às leis, definidor de quem se submete ao seu próprio ordenamento, e o de Benjamim, que pugna pela submissão do soberano às suas próprias leis (Estado de direito).

Essa comparação com Deus, leva o pensamento de Schmitt a situar o soberano não mais como o limiar que garante a articulação entre “um dentro” e “um fora” do contexto jurídico, mas uma “zona absoluta de indeterminação entre anomia e direito, em que a esfera da criação e a ordem jurídica são arrastadas em uma mesma catástrofe⁴⁵”.

Marcadamente Schmitt ainda não havia se filiado ao partido nazista quando publicou *Politische Theologie* (Teologia Política⁴⁶), mas deve se acrescentar que o Terceiro Reich era, tecnicamente na teoria schmittiana, uma ditadura soberana,⁴⁷ que deveria levar à abolição definitiva da Constituição de Weimar e à instauração de uma nova ordem constitucional. No entanto, o que ocorreu na prática foi a proclamação de um estado de exceção em 1933, que nunca foi revogado. Isso colocava sua teoria em xeque na medida em que a exceção e a regra não se podiam mais separar.

Infelizmente, a utilização do estado de exceção não foi uma prática isolada no tempo, ao contrário, a partir da Segunda Guerra, “a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos⁴⁸”.

E isso não foi um fenômeno político apenas do imediato pós-guerra, tampouco restrito aos Estados vinculados à determinada ideologia.

⁴³ SCHMITT apud AGAMBEN, op. cit., p. 89.

⁴⁴ BENJAMIN apud AGAMBEN, op. cit., p. 89.

⁴⁵ AGAMBEN, op. cit., p. 89.

⁴⁶ SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁴⁷ Para Schmitt (no livro *Die Diktatur*, de 1921, e não no *Politische Theologie*, de 1922), ditadura soberana deveria levar a uma nova ordem constitucional, ao passo que ditadura comissária visava manter aquela ordem.

⁴⁸ AGAMBEN, op. cit., p. 13.

Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

É absolutamente inegável que a URSS stalinista estabeleceu um estado permanente de exceção, mas essa também foi a prática nos Estados latino-americanos que, em nome da luta contra o comunismo e a subversão, instauraram ditaduras militares supostamente para “restaurar a democracia”.

No particular caso do Brasil, o controle social estabelecido pelo governo militar pelos Atos Institucionais (em especial o AI5) é revelador de um estado de exceção, porquanto “(...) é determinante que, em sentido técnico, o sintagma ‘força de lei’ se refira, tanto na doutrina moderna quanto na antiga, não à lei, mas àqueles decretos – que têm justamente, como se diz, força de lei – que o poder executivo pode, em alguns casos – particularmente, no estado de exceção – promulgar⁴⁹”.

Todavia, é falacioso ignorar, como ressaltou Agamben, que as próprias democracias adotam modelos de exceção, escolhendo seus inimigos e criando campos de não aplicação de normas ou de criação de normas especialmente mais rígidas para determinados grupos de pessoas.

É exatamente o que aconteceu nos Estados Unidos após os ataques de 11 de setembro de 2001, com a criação de exclusões da ordem jurídica para grupos de pessoas, de forma não muito diversa do que ocorreu na Alemanha de 1933:

O significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece claramente na “military order”, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13 de novembro de 2001, e que autoriza a “indefinite detention” e o processo perante as “military commissions” (não confundir com os tribunais militares previstos pelo direito da guerra) dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas.

Já o *USA Patriotic Act*, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, permite ao *Attorney general* “manter preso” o estrangeiro (*alien*) suspeito de atividades que ponham em perigo “a segurança nacional dos Estados Unidos”; mas, no prazo de sete dias, o estrangeiro deve ser expulso ou acusado de violação da lei sobre imigração ou de algum outro delito. A novidade da “ordem” do presidente Bush está em anular radicalmente todo o estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável. Os talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto de POW [prisioneiros de guerra] de acordo com a Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusado segundo as leis norte-americanas. Nem prisioneiros nem acusados, mas apenas *detainees*, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário. A única comparação possível é com a situação jurídica dos judeus nos

⁴⁹ Ibid., p. 60.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

*Lager nazistas: juntamente com a cidadania, haviam perdido toda identidade jurídica, mas conservavam pelo menos a identidade de judeus. Como Judith Butler mostrou claramente no *detainee* de Guantánamo, a vida nua atinge sua máxima indeterminação⁵⁰.*

Embora se possa situar no tempo essa nova ordem de exceção pós-ataque às Torres Gêmeas como o período que se seguiu ao fatídico 11 de setembro de 2001, a verdade é que um estado interno de exceção já se criava com a política nova-iorquina de tolerância zero (*zero tolerance*), com base na qual Rudolph Giuliani (que foi promotor da cidade) se elegeu prefeito.

De acordo com a política de tolerância zero, Rudolph Giuliani comandou institucionalmente um empreendimento racista que teria levado Nova Iorque à diminuição da criminalidade.

Firme na teoria da janela quebrada, segundo a qual alguém que hoje quebra uma janela (pratica um desvio menor), amanhã irá roubar e matar (praticará crimes graves), o departamento de polícia de Nova Iorque realizou (e ainda realiza) permanente assédio aos pobres em espaços públicos, praticando detenções arbitrarias na suposta luta contra a “criminalidade futura”, promovendo prisões para averiguações de antecedentes pessoais e da própria família como forma de encontrar indícios de que alguém já foi um “quebrador de janelas” e, portanto, um criminoso em potencial.

412

Porém, essa vinculação entre a teoria criminológica da janela quebrada e a repressão policial aos pobres, que naturalmente era feita a negros e latinos, denotando uma seleção criminalizante primária racial, não tinha gênese na referida teoria criminológica, serviu apenas para um discurso oficial *a posteriori* a fim de legitimar a já conhecida violência policial, como bem observa Wacquant:

Jack Maple – “o gênio da guerra contra o crime”, braço direito de Bratton e introdutor do “policimento de qualidade de vida” no metrô, antes de estendê-lo às ruas afirma com todas as letras, em sua autobiografia, publicada em 1999 com o título “tipo caubói” de *Crime Fighter*: “As ‘janelas quebradas’ não passam de uma extensão daquilo que nós costumávamos chamar de teoria dos ‘quebra-culhões’, produzida pela sabedoria policial comum (...)”⁵¹.

Criando um estado de exceção policialesco em Nova Iorque, Giuliani arregimentou número suficiente de votos para se eleger e reeleger prefeito. Mas também para angariar protestos entre os “inimigos” escolhidos a dedo, a saber, pobres, latinos e negros, que de uma maneira geral se confundem no olhar pequeno burguês da sociedade americana.

⁵⁰ Ibid., p. 14-15.

⁵¹ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* [a onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 437-438.

Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

A queda da criminalidade em Nova Iorque, propagandisticamente atribuída à política de tolerância zero, encontrava outras explicações diversas como a (também questionável sob o ponto de vista do preconceito) permissão do aborto anos antes⁵² ou a decrescente criminalidade em todo os EUA em razão do progresso econômico que viveu na década de 1990⁵³.

A popularidade de Giuliani começou a cair, na medida em que o fundamento do seu empreendimento ficou abalado quando se descobriu que sua obsessiva valorização da honestidade era uma farsa, já que o seu pai tinha cumprido pena por 16 meses por um “assalto a mão armada” praticado em 1934.

O ataque às Torres Gêmeas em 11 de setembro de 2001 o fez ressurgir como herói nacional e sua política de tolerância zero, verdadeiro sistema penal do inimigo, e a própria teoria de Jakobs influenciaram a nova política criminal mundial americana, escolhidos que estavam os inimigos: estrangeiros, em especial os de origem muçulmana.

Na “guerra contra o terror”, os EUA não apenas moveram o mundo, provocando duas guerras não autorizadas pelo Conselho de Segurança da ONU (Afganistão – 2001, e Iraque – 2003), com o apoio da OTAN (vale lembrar que os EUA buscaram apoio dos países latino-americanos invocando o TIAR⁵⁴), como criaram regimes de exceção (*military order* e *USA Patriotic Act*), que violaram os direitos humanos no mundo todo.

Basta verificar que, em junho de 2013, o funcionário da CIA Edward Snowden revelou detalhes de um amplo esquema de monitoramento de informações pessoais e de comunicações por dados e telefone mantido pelo governo americano em quase todo o mundo, violando a soberania dos Estados, por exemplo, com a manutenção de um escritório em Brasília da National Security Agency – NSA, Agência Nacional de Segurança dos EUA para isso, bem como a utilização de uma rede de informações de empresas americanas que atuam em território estrangeiro como Google, Microsoft, Facebook, Yahoo, Skype e Apple⁵⁵.

Em vez de haver uma comoção mundial contra a ingerência dos EUA na soberania dos Estados e a grave violação dos direitos humanos do mundo inteiro, as únicas atitudes práticas sobre o caso revelaram uma “solidariedade” com o Departamento de Justiça dos EUA, que iniciou uma procura a Snowden, acusado de traição à pátria (conferindo clara natureza política à perseguição empreendida), com a ameaça de sérios reflexos nas relações dos países que

413

⁵² LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen. J. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. Tradução de Regina Lyra. 7. ed. São Paulo: Campus Elsevier, 2005.

⁵³ BATISTA, Vera Malaguti. Intolerância dez, ou a propaganda é a alma do negócio. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, n. 4, 1997.

⁵⁴ Tratado Interamericano de Assistência Recíproca.

⁵⁵ Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130610_snowden_perfil_cc.shtml>. Acesso em: 11 ago. 2013.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

resolvessem dar asilo político a um funcionário da CIA que contribuiu com o *status libertatis*, garantido por todos os tratados internacionais de direitos humanos, aos quais convenientemente os EUA não se submetem.

A Espanha chegou a impedir que o avião em que se encontrava o presidente da Bolívia, Evo Morales, saindo da Rússia, lugar em que supostamente se encontrava Snowden, sobrevoasse seu território⁵⁶, por acreditar que esse avião transportava o ex-funcionário norte-americano, o que não era verdade, e os países latino-americanos exigiram desculpas públicas dos países europeus por terem impedido que o avião presidencial boliviano sobrevoasse seu espaço aéreo.

Os EUA disseram que a responsabilidade pelo incômodo causado a Evo Morales era de Portugal, Espanha, França e Itália⁵⁷. Todavia, como a Rússia resolveu conceder asilo temporário a Snowden, o presidente dos EUA, Barack Obama, resolveu cancelar no dia 08 de agosto de 2013 o encontro bilateral que teria com o presidente russo Vladimir Putin⁵⁸, revelando a verdadeira posição estadunidense quanto ao tema e, sobretudo, quanto ao (des)respeito aos direitos humanos.

Mas a criação de estados de exceção em democracias (ou pelo menos aquilo que se apresenta como uma democracia) e a escolha política dos inimigos não são exclusividade americana. Como bem adverte Anyar de Castro⁵⁹, a Venezuela de Hugo Chavez também criou seus inimigos políticos com claras consequências no sistema penal.

414

Em discurso presidencial de 3 de julho de 2007, Chávez advertiu que “dizer que a Força Armada está politizada é o discurso do *inimigo*⁶⁰”. Definindo com clareza o inimigo, o então presidente afirmou que “ser rico é mau”, “os ricos são maus⁶¹”.

Com isso, Chávez incitava o ódio, a violência e o desprezo pelos direitos humanos, convocando as tropas de soldados ao absurdo: “Os senhores saberão para onde apontar os fuzis: se para o peito da burguesia traidora ou contra o peito da população⁶²”. Cria-se, assim, dois polos de amigos (povo) e inimigos (burguesia), e dizendo “socialismo ou morte” e “quem não é como você [povo] deve morrer⁶³”, resta estabelecida a base para a determinação política do inimigo

⁵⁶ Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/espanha-recebeu-informacoes-de-que-snowden-estava-no-aviao-de-evo-morales-1599389>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

⁵⁷ Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/eua-atiram-responsabilidades-sobre-voos-de-morales-para-portugal-espanha-franca-e-italia-1599224>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

⁵⁸ Disponível em: <<http://www.portugues.rfi.fr/geral/20130808-caso-snowden-revela-clima-de-guerra-fria-entre-eua-e-russia>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

⁵⁹ ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia de los derechos humanos: criminologia axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2010. p. 287 e ss.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 287 (tradução livre).

⁶¹ *Id.*, (tradução livre).

⁶² *Ibid.*, p. 288 (tradução livre).

⁶³ *Ibid.*, p. 289 (tradução livre).

Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

do povo e o fundamento para um sistema penal do inimigo, autoritário e discriminatório que não pretende respeitar direitos humanos, justificando a desinstitucionalização e a castração do Poder Judiciário e de outras instituições de controle social e penal, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, os quais são utilizados “como instrumento de vingança política mais que como ferramenta para fazer valer o Estado de direito (imputações agressivas e sem fundamento, juízos inacabados para os inimigos, impunidades de suspeitos afins aos governo, não investigação de denúncias de corrupção, etc.)⁶⁴”.

Entretanto, deve se pontuar que o estado de exceção e a criação do inimigo não é apenas uma realidade de governos totalitários. Mesmo em países democráticos, por assim dizer, como o Brasil, não raro encontram-se atos que demonstram opções político-criminais nada ajustadas a um ambiente democrático constitucional.

Veja-se, por exemplo, o que ocorreu no mês de junho de 2013 no Brasil, em especial no Rio de Janeiro. Uma onda de protestos sem liderança aparente, organizados pelas redes sociais na rede mundial (*internet*), tomou o país por um pleito aparentemente simples: a diminuição do preço das passagens de ônibus.

Como as manifestações foram violentamente rechaçadas pelo Poder Público, cujos governos ironicamente hoje são ocupados em sua grande maioria por opositores do governo militar das décadas de 1960, 1970 e 1980 que saíram às ruas contra o regime naquela ocasião, os movimentos foram tomando vulto e encampando uma série de pautas absolutamente ligadas à situação em que se encontra o país, a começar pela obscura relação entre empresas privadas e governantes, que, de um olhar geral, estava sendo protegida dos manifestantes pelo Poder Público. A corrupção e os gastos públicos desnecessários passaram a tema da hora e motivaram os protestos em larga escala, desvelando uma juventude sadiamente politizada, que até este momento histórico não se havia feito ouvir.

Alguns protestos reuniram milhares de pessoas na Avenida Rio Branco (mais de 100 mil pessoas em 17 de junho de 2013) e na Avenida Presidente Vargas (mais de 300 mil pessoas em 20 de junho de 2013) no Centro da cidade do Rio de Janeiro, tamanho engajamento da população carioca com as causas difusas e sem líderes políticos conhecidos dos protestos.

A violência, todavia, instalou-se nas ruas como uma via de mão dupla. De um lado, praticada pela polícia militar, acostumada a lidar com “bandidos” de acordo com a teoria dos “quebra-culhões”, produzida pela sabedoria policial comum a que se referiu Wacquant⁶⁵. De outro, praticada por grupos de manifestantes exaltados que constituíram uma minoria numericamente insignificante diante da massa que se mobilizava pacificamente para manifestar-se. Essa violência foi se

⁶⁴ Ibid., p. 289-290 (tradução livre).

⁶⁵ WACQUANT, op. cit. p. 437-438.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

retroalimentando entre os grupos e produziu violência pura (no sentido referido por Benjamin, a que fez referência Agamben), em uma espiral sem controle.

Muitos movimentos foram realizados pelos manifestantes no sentido de demonstrar que o objetivo não era o conflito, mas a gestão da violência pelo governo do Estado do Rio de Janeiro já havia criado a “guerra ao inimigo” e confiscou para si o conflito que *a priori* era com o município (pleito pela redução das tarifas do transporte público) e o governo federal (pleitos contra corrupção, contra a falta de representatividade popular na democracia representativa em crise institucional, contra os gastos públicos desmesurados e em áreas alheias ao interesse primordial da população, contra as escusas relações entre grandes corporações privadas parasitárias do poder público, que participam diretamente com verbas para campanhas políticas, entre outros), demonstrando que estava em jogo, na realidade, a própria estrutura de manutenção de poder.

Após protestos realizados no Leblon, bairro de alto poder aquisitivo da cidade do Rio de Janeiro, onde mora o governador, e por ter ocorrido um grande tumulto, Sérgio Cabral convocou uma reunião de emergência com a “cúpula da segurança” do Estado⁶⁶ e no dia seguinte editou o Decreto n. 44.302, de 19 de julho de 2013, no qual estabeleceu as premissas do que seria uma clara tentativa de formar um estado de exceção, ultrapassando os limites que o próprio Carl Schmitt estabeleceu (dado que para ele o estado de exceção decorre do poder do soberano, e não do administrador público comum), pois que além de escolher os inimigos, o fez sem a detenção de qualquer poder de soberania.

416

Nesse Decreto, o governador do Rio de Janeiro escolheu expressamente o inimigo em seu preâmbulo, qual seja, “grupos organizados” que perpetraram “atos de vandalismo”. Os “vândalos” são os inimigos escolhidos. Uma alcinha indefinida, que permite seja aplicada contra qualquer manifestante e, portanto, serve ao propósito de escolher não apenas politicamente aquele a quem a ordem jurídica deixará de render sua proteção, mas sobretudo permite uma escolha circunstanciada e arbitrária.

Para tanto, criou uma “Comissão Especial de Investigação de Atos de Vandalismo em Manifestações Públicas – CEIV”, composta pelo Ministério Público, pela Secretaria de Segurança Pública, pela Polícia Civil e pela Polícia Militar (nenhuma participação dos setores da sociedade!), com poderes inclusive de quebrar sigilos que a Constituição Federal considera invioláveis. A ordem constitucional reconhece o sigilo das comunicações e permite, em casos especificados em lei e mediante prévia autorização judicial, seu afastamento por tempo limitado. O referido Decreto vulnerou os direitos fundamentais, afastou as garantias constitucionais e atribuiu a esta Comissão poderes de, sem ordem judicial e com prioridade, obter diretamente das Operadoras de Telefonia, informações para investigar os atos de “vandalismo”.

⁶⁶ Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/apos-quebra-quebra-no-leblon-cabral-convoca-reuniao-de-emergencia-com-cupula-de-seguranca-18072013>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

Diante da manifestação de diversas entidades de direitos humanos e órgãos preocupados com a gravidade de estabelecimento de um estado de exceção sem qualquer fundamento constitucional e sem poderes de soberania, o decreto foi revogado em 24 de julho de 2013.

Todavia, a definição de uma política de enfrentamento do inimigo e eliminação das garantias do cidadão, plasmadas na Constituição, é sentida na admissão institucional da violência ao cidadão e ao Direito.

Isso ficou muito claro quando em 30 de setembro de 2013 foi divulgado pelas redes sociais e na imprensa⁶⁷ um vídeo em que um policial forjou que um menor estivesse portando morteiros e o deteve, algemando-o e conduzindo-o para delegacia. Embora o vídeo tenha tido ampla divulgação e dispusesse de dispositivo de som em que se podia ouvir o menor dizer “eu não fiz nada” e o policial militar responder “está preso, está com três morteiros”, desvelando a orientação da corporação de como seus comandados deveriam lidar com o público que protestava por um plano de cargos para professores da rede municipal, a Polícia Militar do Rio de Janeiro divulgou uma nota oficial em seu sítio na internet rechaçando a acusação e alegando que o adolescente teria sido abordado por “conduta atípica⁶⁸”. Posteriormente, em razão da pressão social pela imensa divulgação do vídeo, o Ministério Público pediu a identificação dos policiais que forjaram o flagrante, e a Polícia Militar abriu sindicância para apurar as imagens.

Pior que a conduta do policial é a postura da Polícia Militar, que justifica prisões arbitrárias como se não fosse ilegal algemar alguém por “conduta atípica” e conduzi-lo à delegacia. Isso é o reflexo da política criminal de combate ao inimigo estabelecida pela própria cúpula de segurança do Estado, sendo claro que a violação dos direitos humanos se revela em cada atuação policial, e quem eventualmente responderá será a população (porquanto é evidente que este menor não foi objeto do sistema penal, porque a arbitrariedade foi amplamente divulgada; caso contrário, seria preso e responderia à acusação de ato infracional análogo ao um inexistente tipo de “vandalismo”) ou o próprio policial militar, pois que, uma vez identificada a violação dos direitos do cidadão, é ele quem responderá com seu cargo ou sua liberdade por estar dando cumprimento à perversa política repressiva estabelecida pelo governo, como ocorreu no caso concreto.

417

CONCLUSÃO

Todos esses casos brevemente relatados são apenas exemplos de estados de exceção que se instalaram, pretenderam se instalar ou estão em vias de serem instalados. O grande problema é que as medidas excepcionais demandam melhor

⁶⁷ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/video-jovem-detido-apos-policial-forjar-possede-morteiro-em-protesto-no-centro-10232090>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

⁶⁸ Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/pm-nega-acusacao-de-forjar-flagrante-e-abre-sindicancia-sobre-video,c1e306ccf6b71410VgnVCM3000009acceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

compreensão das possibilidades jurídicas de sua realização, por meio do estado de exceção, sob pena de instalarem um direito penal do inimigo no seio do Estado que se pretenda democrático. No dizer de Agamben, “as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas pelo direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal⁶⁹”.

Não se quer dizer que o estado de direito não possa admitir o reconhecimento da possibilidade de uma eventual necessidade de exercício de poder de contenção, mas é exatamente por isso que o estado de exceção deve estar pautado em uma teoria que o legitime e fixe rigorosamente seus requisitos de existência e validade, vez que “se a exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão, uma teoria do estado de exceção é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito⁷⁰”.

O estado de exceção deve ter previsão na ordem jurídica e estar limitado pelo tempo, sob pena de deixar de ser exceção e passar à regra, pois, como bem observa Zaffaroni, “historicamente o direito penal autoritário sempre instalou-se como exceção, e logo *ordinarizou-se*”⁷¹ e, na sentença definitiva de Agamben, “quando o estado de exceção em que eles [a vida e o direito] se ligam e se indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal⁷²”.

418

O estado de exceção que se admite em um estado de direito é sempre excepcional e emergencial, limitado pelas previsões constitucionais⁷³.

A positivação dos direitos humanos e sua constitucionalização desempenham papel fundamental na democratização do sistema penal. É precisamente a compreensão de que a definição das regras do estado de exceção, figurando como um direito fundamental limitador do poder punitivo, que pode impedir a utilização totalitária e repressiva do sistema penal, o que permite concluir não haver espaço democrático dentro de um estado de direito para um direito penal do inimigo.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2010.

⁶⁹ AGAMBEN, op. cit., p. 12.

⁷⁰ Id.

⁷¹ ZAFFARONI; OLIVEIRA, op. cit., p. 131.

⁷² AGAMBEN, op. cit., p. 130-131.

⁷³ Estado de Defesa (artigo 136 da CF/88), Estado de Sítio (artigo 137 da CF/88) e Intervenção (artigo 34 a 36 da CF/88).

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 389-420, jul./dez. 2013

Uso do sistema penal do inimigo para controle das manifestações de 2013

APÓS quebra-quebra no Leblon, Cabral convoca reunião de emergência com cúpula de segurança. R7. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/apos-quebra-quebra-no-leblon-cabral-convoca-reuniao-de-emergencia-com-cupula-de-seguranca-18072013>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BATISTA, Vera Malaguti. Intolerância dez, ou a propaganda é a alma do negócio. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, n. 4, 1997.

BRANDÃO, Adriana. Caso Snowden revela clima de Guerra Fria entre EUA e Rússia. *RFi Português*. Disponível em: <<http://www.portugues.rfi.fr/geral/20130808-caso-snowden-revela-clima-de-guerra-fria-entre-eua-e-russia>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

BRASIL. *Assembleia Nacional Constituinte (Atas das Comissões)*, v. 1-C. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente>. Acesso em: 08 ago. 2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso em Habeas Corpus 18.799. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=rhc+18799&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus 72.131. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=146&dataPublicacaoDj=01/08/2003&incidente=1603947&codCapitulo=5&numMateria=21&codMateria=1>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus 96.772. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=96772&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 274.183. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=226&dataPublicacaoDj=24/11/2000&incidente=1826937&codCapitulo=5&numMateria=37&codMateria=3>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79.785. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=225&dataPublicacaoDj=22/11/2002&incidente=1791517&codCapitulo=5&numMateria=38&codMateria=1>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Proceso penal e derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. 2. ed. atualizada por Santiago Martínez. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Ex-funcionário da CIA diz que revelou segredos dos EUA para “defender liberdade”. *BBC Brasil*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130610_snowden_perfil_cc.shtml>. Acesso em: 11 ago. 2013.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manoel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Antonio Eduardo Ramires Santoro

JOVENS se refugiam em universidade por temer prisões; PM nega cerco. *GI*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/06/jovens-se-refugiam-em-universidade-por-temer-prisoas-no-rio.html>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen. J. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. Tradução de Regina Lyra. 7. ed. São Paulo: Campus Elsevier, 2005.

MARTINS, Alexandre. Espanha informada de que Snowden seguia no avião de Morales, Portugal mantém “considerações técnicas”. *Público*. Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/espanha-recebeu-informacoes-de-que-snowden-estava-no-aviao-de-evo-morales-1599389>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

MARTINS, Alexandre. EUA atiram responsabilidade sobre voo de Morales para Portugal, Espanha, França e Itália. *Público*. Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/eua-atiram-responsabilidades-sobre-voe-de-morales-para-portugal-espanha-franca-e-italia-1599224>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v. 4.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN, Flavia; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas Essenciais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. VI, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

420

PM nega acusação de forjar flagrante e abre sindicância sobre vídeo. *Terra*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/pm-nega-acusacao-de-forjar-flagrante-e-abre-sindicancia-sobre-video,c1e306ccf6b71410VgnVCM3000009acceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SPINELLO, Evandro; SOARES, Pedro. Dilma pede, e SP e Rio congelam a tarifa de ônibus para conter inflação. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1214940-dilma-pede-e-sp-e-rio-congelam-a-tarifa-de-onibus-para-conter-inflacao.shtml>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. Tradução de Sergio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; OLIVEIRA, Raimundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, Parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Data de recebimento: 26/12/2013

Data de aprovação: 07/05/2014

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 389-420, jul./dez. 2013