

Maurizio Oliviero
Paulo Márcio Cruz
ORGANIZADORES

AS TRAJETÓRIAS MULTIDIMENSIONAIS DA GLOBALIZAÇÃO



PROGRAMA PROFESSOR VISITANTE DO EXTERIOR - PVE



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA



ORGANIZADORES

Dr. Maurizio Oliviero
Dr. Paulo Márcio Cruz

AS TRAJETÓRIAS MULTIDIMENSIONAIS DA GLOBALIZAÇÃO

COLABORADORES

Alisson de Bom de Souza	Juliete Ruana Mafra
André Emiliano Uba	Laudenir Fernando Petroncini
Barbara Guasque	Loreno Weissheimer
Bruno de Macedo Dias	Luis Francisco Delpizzo Miranda
Celso Costa Ramires	Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben
Claudia Ribas Marinho	Maíra Martins Crespo
Clayton Marafioti Martins	Maria de Lourdes Alves Lima Zanatta
Daniel Mayerle	Matheus de Andrade Branco
Diogo Marcel Reuter Braun	Maurizio Oliviero
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes	Natammy Luana de Aguiar Bonissoni
Flávio Schlickmann	Paulo Márcio Cruz
Guilherme Augusto Correa Rehder	Paulo Marcos de Farias
João Daniel Ribeiro Veloso Gomes	Rafael do Nascimento
Jonathan Cardoso Regis	Rafaela Borgo Koch
Jorge Hector Morella Junior	Rodrigo Roth Castellano
José Antonio Savaris	Salustino David dos Santos Andrade
José Everton da Silva	Tarcísio Vilton Meneghetti Vânia Petermann



UNIVALI

2014



PROGRAMA PROFESSOR VISITANTE DO EXTERIOR - PVE



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA



ISBN: 978-85-7696-136-9

Reitor

Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação

Cássia Ferri

Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa, Extensão e Cultura

Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitor de Planejamento e Desenvolvimento Institucional

Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Vilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores

Dr. Maurizio Oliviero

Dr. Paulo Márcio Cruz

Prefácio

Dr. Gabriel Real Ferrer

Colaboradores

Alisson de Bom de Souza

André Emiliano Uba

Barbara Guasque

Bruno de Macedo Dias

Celso Costa Ramires

Claudia Ribas Marinho

Clayton Marafioti Martins

Daniel Mayerle

Diogo Marcel Reuter Braun

Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes

Flávio Schlickmann

Guilherme Augusto Correa Rehder

João Daniel Ribeiro Veloso Gomes

Jonathan Cardoso Regis

Jorge Hector Morella Junior

José Antonio Savaris

José Everton da Silva

Juliete Ruana Mafra

Laudenir Fernando Petroncini

Loreno Weissheimer

Luis Francisco Delpizzo Miranda

Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben

Maíra Martins Crespo

Maria de Lourdes Alves Lima Zanatta

Matheus de Andrade Branco

Maurizio Oliviero

Natammy Luana de Aguiar Bonissoni

Paulo Márcio Cruz

Paulo Marcos de Farias

Rafael do Nascimento

Rafaela Borgo Koch

Rodrigo Roth Castellano

Salustino David dos Santos Andrade

Tarcísio Vilton Meneghetti

Vânia Petermann

Diagramação/Revisão

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

Rafaela Borgo Koch

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Comitê Editorial E-books/PPCJ

Presidente

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Clovis Demarchi

MSc. José Everton da Silva

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Projetos de Fomento

1. Edital CAPES de Pós-Doutorado Estágio de Pós-Doutorado sobre o tema A SUSTENTABILIDADE COMO O NOVO PARADIGMA DO DIREITO na Universidade de Alicante, na Espanha;
2. Projeto de Pesquisa/Edital CAPES: Programa Professor Visitante do Exterior (PVE) com Prof. Maurizio Oliviero

Créditos

Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-202,
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427, Telefone:
(47) 3341-7880

FICHA CATALOGRÁFICA

T682 As trajetórias multidimensionais da globalização [recurso eletrônico] / organizadores Maurizio Oliviero, Paulo Márcio Cruz ; prefácio Gabriel Real Ferrer. – Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2014.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

Vários colaboradores

ISBN 978-85-7696-136-9 (e-book)

1. Globalização. 2. Multinacionalização. 3. Mundialização. I. Oliviero, Maurizio. II. Cruz, Paulo Márcio. III. Título.

CDU: 339

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

SUMÁRIO

PREFÁCIO	8
INTRODUÇÃO: AS DIMENSÕES LEGAIS DA GLOBALIZAÇÃO	11
AGRADECIMENTOS ESPECIAIS	17
CRITICA DE LOS INFLUJOS DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	18
José Antonio Savaris	18
O DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL GLOBAL: UMA COMPARAÇÃO ENTRE OS MODELOS DE PORTUGAL E DO BRASIL	52
Diogo Marcel Reuter Braun	52
João Daniel Ribeiro Veloso Gomes.....	52
CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ENQUANTO EPISTEMOLOGIA DO SUL: REFLEXÕES ACERCA DA SUA POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO JURÍDICA PELA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	75
José Everton da Silva	75
Tarcísio Vilton Meneghetti	75
O DIREITO AMBIENTAL COMO FATOR DE CRISE DO ESTADO MODERNO	92
Flávio Schlickmann	92
Rafaela Borgo Koch.....	92
GLOBALIZAÇÃO E TUTELA DAS MINORIAS ÉTNICAS.....	108
André Emiliano Uba.....	108
Loreno Weissheimer.....	108
A EFETIVIDADE DO DIREITO NA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL	126
Alisson de Bom de Souza	126
Rafael do Nascimento.....	126
Considerações sobre a produção legislativa em um mundo globalizado através do estudo comparativo da competência legislativa em estados federais de dimensão continental.....	143
Bruno de Macedo Dias	143
Rodrigo Roth Castellano	143

DEMOCRACIA ELETRÔNICA	162
Claudia Ribas Marinho.....	162
Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben	162
Democracia Representativa: Crise ou mudança de paradigma?	179
Barbara Guasque	179
Salustino David dos Santos Andrade.....	179
Os Instrumentos de Proteção da Democracia: o caso da lei contra o crime organizado no Brasil e a contribuição da jurisprudência da Corte Suprema	201
Jonathan Cardoso Regis.....	201
Daniel Mayerle.....	201
SOCIAL HOUSING: TUTELA DE PROPRIEDADE E DE DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA.....	229
Celso Costa Ramires	229
Clayton Marafioti Martins	229
GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMBATE AO TERRORISMO: A restrição à democracia no <i>Patriot Act</i>	246
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes.....	246
Jorge Hector Morella Junior	246
A DICOTOMIA ENTRE O ESTADO LAICO E O ESTADO CONFSSIONAL: UMA ABORDAGEM DA PREVELÊNCIA DO PRINCÍPIO DA LAICIDADE A FAVOR DA LIBERDADE RELIGIOSA EM CORROBORAÇÃO AOS PRESSUPOSTOS DA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	260
Juliete Ruana Mafra.....	260
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni.....	260
ENTRE A SOBERANIA ESTATAL E A ECONOMIA: A REINVENÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO PODER NA ATUAL FASE DA GLOBALIZAÇÃO.....	278
Vânia Petermann	278
Paulo Marcos de Farias.....	278
DEMOCRACIA ELETRÔNICA: UMA NECESSIDADE IMPOSTA PELOS NOVOS TEMPOS?.....	299
Maíra Martins Crespo	299
Maria de Lourdes Alves Lima Zanatta	299

A REDUÇÃO DAS INJUSTIÇAS EM UM AMBIENTE GLOBALIZADO E UMA CONSEQUÊNCIA NECESSÁRIA: O PLURALISMO JURÍDICO	309
Guilherme Augusto Correa Rehder	309
Matheus de Andrade Branco.....	309
DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E DEMOCRACIA.....	325
Laudenir Fernando Petroncini	325
Luis Francisco Delpizzo Miranda.....	325

PREFÁCIO

É motivo de honra poder apresentar *As trajetórias multidimensionais da globalização*, obra realizada sob a coordenação dos professores Maurizio Oliviero e Paulo Márcio da Cruz, e que busca penetrar no complexo fenômeno da globalização em suas múltiplas dimensões.

A obra traz contribuições de diversos docentes e discentes vinculados ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ, com o intuito de prestar homenagem ao Professor Maurizio Oliviero, que há vinte anos atua como Professor Visitante Colaborador Estrangeiro na UNIVALI, sendo decisivo para a expansão e internacionalização dos cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica deste Programa. Os professores Maurizio Oliviero e Paulo Márcio da Cruz são os principais responsáveis pela sólida parceria entre a Universidade do Vale do Itajaí (Brasil) e a Universidade de Perugia (Itália).

A internacionalização dos cursos de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica proporcionou a pesquisadores docentes e discentes a oportunidade de realizar partes de suas formações acadêmicas em universidades europeias, abrindo estrada para tantos pesquisadores realizarem suas carreiras internacionais e proporcionando oportunidades para conhecer e interiorizar novas visões e sensibilidades sobre os fenômenos jurídicos.

Os diversos temas tratados na obra buscam desvendar as múltiplas facetas por quais a globalização impacta o mundo. Questões fundamentais como direitos humanos, pluralismo jurídico, coexistência de Estados laico e confessional, representatividade e democracia, democracia eletrônica, direito à assistência jurídica e direito à moradia são alguns aspectos da *multidimensão* enfrentadas pelos autores da obra. A influência da globalização alarga-se para muito além da dimensão econômica, tópico favorito da maioria das reflexões acerca do tema.

Não há como enfrentar adequadamente a problemática da globalização sem primeiro adquirir experiência e condições de perceber objetivamente a influência deste fenômeno no cotidiano de bilhões de pessoas ao redor do planeta. Por exemplo, como a globalização impacta culturas ocidentais e orientais, de países do hemisfério norte e do hemisfério sul? Qual o papel da globalização (seja em seus efeitos positivos e negativos) na transformação das Sociedades Contemporâneas? Fatores sociais, políticos, culturais, ambientais, econômicos, jurídicos, não há como se aprofundar reflexivamente sobre o fenômeno da

globalização sem antes perpassar sua multidimensionalidade. A globalização pode ser devastadora em alguns setores, mas é uma realidade irreversível que nós, juristas, devemos enfrentar com o mesmo espírito, como fazem os coordenadores dessa obra que agora se apresenta: tentando identificar e reduzir seus efeitos negativos e potencializar os positivos.

Especificamente sobre os organizadores, professores Maurizio Oliviero e Paulo Márcio da Cruz, necessário reafirmar que ambos são exemplos de atores que refletem os anseios de compreender e ser parte da globalização, da boa globalização, tanto conceitualmente como em vivência prática.

É através deles que se inicia, nos idos de 1994/1995, o processo de internacionalização do Curso de Direito da UNIVALI, hoje não só com Perugia, mas também com Alicante, na Espanha, e Minho (Braga), em Portugal.

Para entender melhor o que isso representa, pode-se citar que os primeiros títulos de dupla titulação no Doutorado também aconteceram com Perugia, em 2012. Semente plantada por Maurizio e Paulo há quase 20 anos.

Sabemos que os professores Maurizio e Paulo abdicaram de muitos projetos pessoais em prol do coletivo, de muitos projetos familiares em favor de uma família maior que não se restringe a Perugia ou a Itajaí, nem tampouco ao Brasil e à Itália, mas que tem por objetivo contribuir para a construção de uma consciência global ética, responsável e participativa. Maurizio e Paulo podem ser considerados pessoas do mundo, pessoas que não se apegaram a pequenas ideias, mas que buscam grandes realizações e buscam as trajetórias multidimensionais e transnacionais.

Retomando a carreira do Prof. Maurizio constatamos atividades constantes e efetivas praticamente ao redor de todo o planeta. De debates efervescentes acerca do constitucionalismo europeu às demandas latinoamericanas em universidades brasileiras, assim como do fortalecimento democrático em instituições africanas e asiáticas. Brasil, Egito, Afeganistão, Palestina, Israel, Grécia e Espanha são alguns dos países que receberam a contribuição de Prof. Maurizio. Culturas, histórias e realidades sociais tão diversas, demonstrando que um verdadeiro ator social e jurídico, nos dias de hoje, não pode se limitar a visões parciais, mas conhecer e penetrar profundamente as diversas realidades que se espalham pelo globo. No cenário de interdependência global, o conhecimento vivo (não apenas teórico, mas de vivência prática e concreta) da diversidade cultural é condição

indispensável para se tornar um ator responsável e funcional ao aperfeiçoamento das instituições políticas e jurídicas.

Professor Paulo Cruz é homem de vanguarda nas esferas política, acadêmica e social. Desde muito jovem identificou sua natureza de ator e construidor de cidadania e civilização como sujeito público, capaz de aprimoramento dos espaços sociais. Pela carreira acadêmica sua contribuição decisiva se revela pelas temáticas do Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade, propondo estradas de desenvolvimento para si, para os pares e para tantos estudantes, professores e profissionais da área jurídica e outras, através de seu exemplo, de seus estudos e construção prática diária, tendo o critério de desenvolvimento humano e social sempre como referência.

A UNIVALI pode sentir-se orgulhosa em ter os professores Paulo Cruz e Maurizio Oliviero como docentes e protagonistas da real função da Universidade: educação e aprimoramento das pessoas e instituições, e com isto da própria sociedade. Da Sociedade Global.

GABRIEL REAL FERRER

Professor Catedrático da Faculdade de Direito Universidade de Alicante – Espanha.

INTRODUÇÃO: AS DIMENSÕES LEGAIS DA GLOBALIZAÇÃO

Gli studi che seguono, a prima vista, possono apparire un insieme di contributi casuali e senza alcun criterio logico. Ma questa è solo un'apparenza. In realtà, se si prova a rileggere i titoli degli scritti uscendo dalla sistematica classica e dalle consolidate categorie giuridiche, emergono almeno due punti di coerenza: da un lato i processi di globalizzazione come elemento comune di riferimento, dall'altro la multidimensionalità che questi processi assumono rispetto allo studio del diritto. Ed allora, ciò che in apparenza sembra casuale diventa una scelta di metodo, sia pure a contrariis.

Os estudos que seguem, em um primeiro olhar, podem parecer como um conjunto de contributos casuais e sem nenhum critério lógico. Porém, essa é apenas uma aparência. Na realidade, experimentando-se reler os títulos dos escritos saindo da sistemática clássica e das consolidadas categorias jurídicas, emergem pelo menos dois pontos de coerência: de um lado, os processos de globalização como elemento comum de referência, do outro a multidimensionalidade que esses processos assumem em relação ao estudo do direito. E então, o que em aparência parece casual torna-se uma escolha de método, ainda que *a contrariis*.

La globalizzazione, intesa come processo dinamico, si è affermata con straordinaria rapidità sia dal punto di vista quantitativo (imponendosi in tutte le aree geografiche del mondo) che dal punto di vista qualitativo (condizionando gli istituti caratteristici dei singoli ordinamenti statuali). Anche se i tentativi di definizione di tale fenomeno abbondano nella letteratura giuridica ed economica, in questa sede, per le finalità degli scritti che seguono, se ne propone una che appare particolarmente funzionale. In generale, la globalizzazione indica un fenomeno di progressivo allargamento della sfera delle relazioni sociali sino ad un punto che potenzialmente arriva a coincidere con l'intero pianeta. In particolare, la globalizzazione significa anche interdipendenza globale, per cui sostanziali modifiche che avvengono in una parte del pianeta hanno ripercussioni anche in un altro angolo del pianeta stesso, in tempi relativamente brevi.

A globalização, entendida como processo dinâmico, afirmou-se com extraordinária rapidez seja do ponto de vista quantitativo (impondo-se em todas as áreas geográficas do mundo), seja do ponto de vista qualitativo (condicionando os institutos característicos dos

ordenamentos estatais singulares). Ainda que as tentativas de definição de tal fenômeno abundem na literatura jurídica e econômica, nesta sede, pela finalidade dos escritos que seguem, propõe-se uma que aparece particularmente funcional. *Em geral, a globalização indica um fenômeno de progressivo alargamento da esfera das relações sociais até um ponto que potencialmente coincide com o planeta inteiro. Em particular, a globalização significa também interdependência global, por isso modificações substanciais que ocorram em uma parte do planeta têm repercussões também em outro ângulo do próprio planeta, em tempos relativamente breves.*

Pertanto la globalizzazione produce un insieme di fenomeni di elevata intensità e rapidità su scala mondiale, in campo giuridico, economico, sociale, culturale e ideologico¹.

Portanto, a globalização produz um conjunto de fenômenos de elevada intensidade e rapidez em escala global, no campo jurídico, econômico, social, cultural e ideológico².

In tale contesto, lo studio delle relazioni tra norme giuridiche e dimensioni territoriali extra-statali, ha evidenziato come il fenomeno della globalizzazione abbia profondamente alterato i rapporti tra diritto e comunità e conseguentemente posto in crisi la stessa capacità degli ordinamenti giuridici statuali di dare compiuta disciplina, in primo luogo, ai rapporti economici. Il diritto, infatti, non sembra poter prescindere da uno spazio, un ambito territoriale, in cui la norma giuridica è destinata a valere e a trovare applicazione³. Questo spazio, tradizionalmente delimitato e circoscritto dai confini statuali, costituisce l'ambito territoriale nel quale lo Stato esercita la propria sovranità, ponendo regole e assicurandone il rispetto da parte di coloro che in quel medesimo territorio vivono e operano. Ma i confini costituiscono anche il limite oltre il quale le leggi dello Stato perdono valore e forza. Le attività economiche, invece, non dipendono dal radicamento territoriale: la produzione di beni può ben svolgersi ovunque, mutare la propria localizzazione o articolarsi in più luoghi

¹ Per un approfondimento della definizione proposta cfr. P. MARCIO CRUZ, **Da soberania à Transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no Século XXI, Itajaí, 2014, pagg. 95 ss..

² Para um aprofundamento da definição proposta cfr. P. MARCIO CRUZ, **Da soberania à Transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no Século XXI, Itajaí, 2014, pagg. 95 ss..

³ In dottrina lo studio delle relazioni tra diritto e spazio viene definito *Geojurisprudenz* o *Geodiritto*. Tradizionalmente, l'efficacia della norma giuridica non è concepibile senza determinazioni di luogo e di tempo. In tal senso la norma giuridica ha sempre bisogno di uno spazio fisico e di un contesto storico: essa si applica e produce effetti solo in presenza delle due dimensioni. Il diritto, pertanto, ha sempre avuto come suo presupposto costitutivo il territorio. Ma le trasformazioni indotte dal nuovo sistema globale implicano lo svincolo del sistema degli scambi dal rapporto con uno spazio confinato, come quello dello Stato. Come può il diritto, allora, regolare la nuova economia di per sé appartenente a uno spazio virtuale e sconfinato? Secondo alcuni autori, soltanto una concezione artificiale dello spazio, capace di recidere il vincolo con il territorio, può consentire al diritto di inseguire e regolare i fenomeni spaziali. Lo studio di queste nuove relazioni tra norma e spazio costituisce propriamente il contenuto del geo-diritto. Cfr. N. IRTI, **Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto**, Roma, 2006 ed ivi dottrina citata.

diversi e lontani tra loro. Le relazioni economiche, dunque e per la loro stessa natura, non conoscono limiti territoriali; esse si svolgono all'interno di un contesto tendenzialmente senza confini e ormai divenuto globale. Ne discende che lo spazio del diritto – o, meglio, dei diritti nazionali – coincidente con il territorio dei singoli stati, non coincide con lo spazio, più ampio ed esteso, dell'economia.

Em tal contexto, o estudo das relações entre normas jurídicas e dimensões territoriais e extra-estatais, evidenciou como o fenômeno da globalização alterou profundamente as relações entre direito e comunidade e, conseqüentemente, colocou em crise a própria capacidade dos ordenamentos jurídicos estatais em disciplinar completamente, em primeiro lugar, as relações econômicas. O direito, de fato, não parece poder prescindir de um espaço, um âmbito territorial, em que a norma jurídica é destinada a vigorar e a encontrar aplicação⁴. Esse espaço, tradicionalmente delimitado e circunscrito pelos confins estatais, constitui o âmbito territorial no qual o Estado exercita a própria soberania, colocando regras e assegurando-lhes o respeito por parte daqueles que naquele mesmo território vivem e operam. Mas os confins constituem também o limite para além do qual as leis do Estado perdem valor e força. As atividades econômicas, ao invés disso, não dependem de radicar-se no território: a produção de bens pode muito bem desenvolver-se em qualquer lugar, mudar a própria localização ou articular-se em lugares diversos e longes entre si. As relações econômicas, portanto, e pela sua própria natureza, não conhecem limites territoriais; elas se desenvolvem no interior de um contexto tendencialmente sem confins e já tornado global. Segue-se que o espaço do direito – ou melhor, dos direitos nacionais - coincidentes com o território dos Estados singulares, não coincide com o espaço, mais amplo e extenso, da economia.

Questo fenomeno assume nell'ambito del diritto pubblico una dimensione nuova ed ancora inesplorata, che pone il tema della relazione tra ordinamento giuridico locale (o statale) e nuovo ordine giuridico globale.

⁴ Na doutrina, o estudo das relações entre direito e espaço é definida *Geojurisprudenz* ou *Goedireito*. Tradicionalmente, a eficácia da norma jurídica não é concebível sem determinações de lugar e de tempo. Em tal sentido, a norma jurídica tem sempre necessidade de um espaço físico e de um contexto histórico, ela se aplica e produz efeitos somente na presença das duas dimensões. O direito, portanto, sempre teve como seu pressuposto constitutivo o território. Mas as transformações induzidas pelo novo sistema global implicam a desvinculação do sistema de trocas da relação com um espaço confinado, como aquele do Estado. Como pode o direito, então, regular a nova economia de per si pertencente a um espaço virtual e sem confim? Segundo alguns autores, somente uma concepção artificial do espaço, capaz de rescindir o vínculo com o território, pode consentir ao direito seguir e regular os fenômenos espaciais. O estudo dessas novas relações entre norma e espaço constitui propriamente o conteúdo do geodireito. Cfr. N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma, 2006 ed ivi dottrina citata.

Esse fenômeno assume no âmbito do direito público uma dimensão nova e ainda inexplorada, que coloca o tema da relação entre ordenamento jurídico local (ou estadual) e a nova ordem jurídica global.

Infatti, mentre negli ordinamenti statuali, la presenza di un governo centrale produce un corpo di regole generali che garantiscono coerenza e uniformità alle discipline di singoli settori, nel nuovo ordine giuridico globale non essendoci una governance superiore, né una strutturazione gerarchica che caratterizza i poteri pubblici statuali, non esiste un corpo di regole generali, che possano dare un'impronta uniforme alla sua struttura e al suo funzionamento.

De fato, enquanto nos ordenamentos estatais, a presença de um governo central produz um corpo de regras gerais que garantem coerência e uniformidade às disciplinas de setores singulares, na nova ordem jurídica global, não existindo uma *governance* superior, nem uma estruturação hierárquica que caracteriza os poderes públicos estatais, não existe um corpo de regras gerais que possam dar uma marca uniforme a sua estrutura e ao seu funcionamento.

Nel mondo contemporaneo ogni settore dell'attività umana (dai modelli di organizzazione delle democrazie agli strumenti di protezione delle stesse, dalla tutela del diritto di proprietà alla conservazione delle foreste al controllo della pesca, alla disciplina delle acque, alla protezione dell'ambiente, agli standard in materia di lavoro e così via), è condizionata direttamente o indirettamente dalla dimensione globale. Tuttavia, queste singole discipline settoriali sono prive di corpus normativi generali e di meta-regole che operino come elemento uniformante.

No mundo contemporâneo todo setor da atividade humana (dos modelos de organização das democracias aos seus instrumentos de proteção, da tutela do direito de propriedade à conservação das florestas e ao controle da pesca, a disciplina das águas, a proteção do ambiente, os padrões em matéria de trabalho e assim por diante), é condicionado diretamente ou indiretamente pela dimensão global. Todavia, essas disciplinas setoriais singulares estão privadas de *corpus* normativos gerais e de meta-normas que operem como elemento uniformizador.

L'assenza, dunque, di regole generali e di un sistema ordinamentale globale determina nei nuovi spazi giuridici ordinamenti costituiti solo da norme giuridiche di settore tra le quali vengono a stabilirsi relazioni che ne ampliano la portata e che consentono al corpo delle regole dettato nell'ordine giuridico globale di imporsi o alle singole amministrazioni statuali o direttamente ai privati. In altre parole, si realizza quel transnazionalismo giuridico che si presenta sullo scenario mondiale in forma multidimensionale, definendo singole traiettorie ma non costituendo un sistema di governance globale.

A ausência, portanto, de regras gerais e de um sistema ordenador global determina, nos novos espaços jurídicos, ordenamentos constituídos somente por normas jurídicas de setores entre os quais vem a se estabelecer relações que lhe ampliam a capacidade e que consentem ao corpo das regras ditado na ordem jurídica global de impor-se ou às administrações estatais singulares ou diretamente aos privados. Em outras palavras, realiza-se aquela transnacionalidade jurídica que se apresenta no cenário mundial em forma multidimensional, definindo trajetórias singulares, mas não constituindo um sistema de governança global.

In questo quadro gli interrogativi si rincorrono: in quale misura gli Stati sono ancora i protagonisti dell'ordine giuridico globale? Quali sono le conseguenze dell'assenza di un governo centrale e dell'articolazione dell'ordine giuridico globale in tanti sub-sistemi di settore? Come operano le regolazioni globali di settore, in mancanza di un corpus di regole generali comuni ai diversi settori? Quali forme assumono gli istituti di garanzia nell'ordine giuridico globale? Si può parlare di una costituzione globale, accanto a quelle nazionali? Infine, giova la globalizzazione giuridica? E se la risposta dovesse essere affermativa, a chi?

Nesse quadro as interrogações são as seguintes: em qual medida os Estados são ainda os protagonistas da ordem jurídica global? Quais são as consequências da ausência de um governo central e da articulação da ordem jurídica global em tantos subsistemas setorizados? Como operam as regulações globais de setor, na falta de um *corpus* de regras gerais comuns aos diversos setores? Quais formas assumem os institutos de garantia na ordem jurídica global? É possível falar de uma constituição global junto àquelas nacionais? Enfim, a globalização jurídica é benéfica? E se a resposta for afirmativa, a quem?

Gli studi che seguono, nella loro sequenza, hanno il merito di invitarci a riflettere su questi ed altri interrogativi.

Os estudos que formam a presente obra, na sua sequência, têm o mérito de nos convidar a refletir sobre essas e outras interrogações.

Maurizio Oliviero

Paulo Márcio Cruz

AGRADECIMENTOS ESPECIAIS

Cada uma delas e cada um deles foram imprescindíveis para essa obra se realizar.

EQUIPE PPCJ/UNIVALI

Alexandre Zarske De Mello
Jaqueline Moretti Quintero
Denise Schmitt Siqueira Garcia
Josemar Sidinei Soares
Maria Cláudia da S. A. de Souza
Clóvis Demarchi
Jacopo Paffarini
Maria Chiara Locchi
Rafael Padilha
Rafaela Borgo Koch
Natammy Luana de A. Bonissoni
Heloise Siqueira Garcia
Juliete Ruana Mafra
Greyce Kelly Antunes de Souza
Aureleia Franco
Pedro Pimenta

AUTORES

Alisson de Bom de Souza
André Emiliano Uba
Barbara Guasque
Bruno de Macedo Dias
Celso Costa Ramires
Claudia Ribas Marinho
Clayton Marafioti Martins

Daniel Mayerle
Diogo Marcel Reuter Braun
Fernanda Sell de S. G. Fernandes
Flávio Schlickmann
Guilherme Augusto Correa Rehder
João Daniel Ribeiro Veloso Gomes
Jonathan Cardoso Regis
Jorge Hector Morella Junior
José Antonio Savaris
José Everton da Silva
Juliete Ruana Mafra
Laudenir Fernando Petroncini
Loreno Weissheimer
Luis Francisco Delpizzo Miranda
Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben
Maíra Martins Crespo
Maria de Lourdes A. Lima Zanatta
Matheus de Andrade Branco
Natammy Luana de A. Bonissoni
Paulo Marcos de Farias
Rafael do Nascimento
Rafaela Borgo Koch
Rodrigo Roth Castellano
Salustino David dos S. Andrade
Tarcísio Vilton Meneghetti
Vânia Petermann

Agradecemos o apoio financeiro do órgão de fomento CAPES, que oportunizou a concretização e publicação desta obra, através do Edital CAPES Estágio de Pós-Doutorado sobre o tema A SUSTENTABILIDADE COMO O NOVO PARADIGMA DO DIREITO na Universidade de Alicante, na Espanha; e, pelo Projeto de Pesquisa/Edital CAPES: Programa Professor Visitante do Exterior (PVE) com Prof. Maurizio Oliviero.

CRITICA DE LOS INFLUJOS DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE LOS DERECHOS SOCIALES

José Antonio Savaris¹

INTRODUCCIÓN

La clásica división de los derechos humanos entre civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos sociales y culturales, de otro, tenía como uno de sus fundamentos la idea de que la satisfacción de estos últimos (derecho a determinadas prestaciones), por el hecho de estar condicionada a una acción estatal positiva, implicaría necesariamente la designación de recursos públicos. De forma diferente, en la medida en que el ejercicio de los derechos civiles y políticos (derechos de defensa o de libertad) reclamaría la abstención de los poderes públicos no generarían reflejos presupuestarios.

De modo paradigmático, los trabajos de Holmes y Sunstein, y de Abramovich y Courtis demostraron de forma suficiente el equívoco de la premisa anteriormente expuesta. Los primeros argumentaron que la garantía y el ejercicio de cualquier derecho exigen la asignación de recursos públicos². Los últimos, consiguieron evidenciar que la estructura de los derechos civiles y políticos, así como la de los derechos económicos, sociales y culturales, se caracteriza como un complejo de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado³.

A pesar de la importante contribución de los anteriores autores, persiste el pensamiento de que los derechos económicos y sociales cuestan más que los derechos civiles y políticos, porque, igualmente, se valen de las estructuras administrativas que garantizan los derechos de defensa (generadoras de gastos institucionales), pero además requieren la prestación de servicios o pago de valores *ut singuli*⁴.

¹ Doutor em Direito da Seguridade Social pela Faculdade de Direito de São Paulo (USP, 2010). Mestre em Direito Econômico e Social (PUC-PR, 2002). Possui Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1991). Professor no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, UNIVALI-SC. Atualmente é Juiz Federal junto ao TRF 4ª Região, compondo a 3ª Turma Recursal do Paraná. Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Previdenciário e Processual Previdenciário da Escola da Magistratura Federal do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: Direitos Fundamentais Sociais, Direito de Proteção Social, Seguridade Social, Judicialização de Políticas Públicas, Hermenêutica e Metodologia Jurídica.

² HOLMES, S. ; SUNSTEIN, C. R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: Norton, 2000..

³ ABRAMOVICH, V. & COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

⁴ LOPES, J. R. L. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. p. 173-193. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 177.

Asociar la idea de implementación de los derechos sociales a la de aumento de gastos sociales se hace entonces inevitable. Desde la perspectiva económica, los derechos sociales serían, de este modo, derechos inconvenientes⁵.

A partir de la década de 1980, las interacciones transnacionales alcanzaron una dramática intensificación “desde la globalización de los sistemas de producción y de las transferencias financieras, la diseminación a escala mundial de información e imágenes a través de los medios de comunicación, a los desplazamientos en masa de personas, sea como turistas, sea como trabajadores migrantes o como refugiados”⁶. Si bien es cierto que la globalización manifiesta relaciones sociales de naturaleza económica, política y cultural, todas sus dimensiones se encuentran afectadas por las imposiciones del consenso neoliberal⁷ y sus implicaciones: “La nueva pobreza globalizada no resulta de la falta de recursos humanos o materiales, sino del desempleo, de la destrucción de las economías de subsistencia y de la minimización de los costos salariales a escala mundial”⁸.

La cuestión que se propone analizar el presente trabajo, ampliamente fundamentado en textos anteriores del autor, es la de cómo la coyuntura económica impuesta por la globalización afecta la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales. Ese debate pone en discusión el empleo del argumento consecuencialista en la aplicación judicial de esos derechos humanos. En otras palabras, se propone investigar si, desde la perspectiva de la teoría jurídica contemporánea, las decisiones judiciales pueden o deben incluir un componente consecuencialista. Más específicamente, se indaga sobre la corrección de la aplicación judicial orientada a partir de los efectos económicos, particularmente en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más que eso, se puede decir que el núcleo del presente trabajo guarda relación con el análisis de la adecuación o no de decisiones consecuencialistas cuando se trata de la aplicación judicial de esos derechos.

⁵ Una interesante nota de Hugh Hecló, citada por Esping Andersen, expresa que el *welfare state* parece haber sido destinado a estar en crisis a partir de su primer día. Visualizando una larga secuencia de crisis del *welfare state*, Andersen acota que en los años 50, el ataque provenía de la derecha y de economistas preocupados con el rápido crecimiento del sector público sofocaría el mercado; una década después, el péndulo se inclinó hacia la izquierda, que veía ostensiva injusticia social en todos los lugares, al mismo tiempo en que el *welfare state* fue declarado completo; al final de los años 70 e inicio de los años 80 se llega a una tercera crisis, con el surgimiento del desempleo, difundiendo exceso de sobrecarga estatal de demandas y responsabilidades, con la idea de la sociedad ingobernable (ESPING-ANDERSEN, G. **Social Foundations of Postindustrial Economies**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 2).

⁶ SANTOS, B. S. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Editora Cortez, 2005. p. 25.

⁷ SANTOS, B. S. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Editora Cortez, 2005. p.27 -31.

⁸ SANTOS, B. S. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Editora Cortez, 2005. p. 35.

Con ese propósito fundamental, inicialmente se hizo una articulación con la fundamentación moral de los derechos económicos, sociales y culturales. La incursión en el campo de la moralidad política tiene dos importantes funciones para el desarrollo del presente estudio. De un lado, reafirma la esencialidad de esos derechos como elementos indispensables para la existencia digna, el desarrollo humano y la integración social. Por otro lado, contribuye como insumo teórico fundamental a la tesis consecuencialista en la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales.

A continuación, se analiza la sinuosa relación entre globalización económica y afirmación de los derechos sociales, y de cómo una coyuntura económica crítica puede no sólo orientar procesos de reformas restrictivas de derechos, como igualmente la propia aplicación del Derecho, principalmente porque la actual metodología contemporánea se revela permeable a la ética consecuencialista de perfil económico-utilitarista.

Finalmente, después de lanzar reservas críticas a la aplicación judicial consecuencial-utilitaria-economicista, el presente texto ofrece una propuesta para lo que se considera el espacio posible, e incluso indispensable, para el consecuencialismo jurídico en la solución de problemas vinculados a los derechos económicos, sociales y culturales.

1. FUNDAMENTOS MORALES DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC)

La evaluación de la teoría política normativa liberal-igualitaria, la justicia de orden social y política de una sociedad democrática presupone el compromiso del Estado con los derechos que consolidan las libertades, oportunidades y los recursos necesarios para que cada persona pueda “intentar hacer de su vida – la única que le fue concedida para vivir – algo significativo y que valga la pena vivir”⁹

La justificación moral de los derechos humanos fundamentales puede partir de la noción de *igualdad humana fundamental*. Se trata de una interpretación universalista que se justifica, no por imponer una determinada concepción de una vida buena de ser vivida por todos los seres humanos, sino por el argumento de que podemos tener una nítida idea de aquello que degrada o transforma la vida humana desgraciada en cualquier lugar¹⁰.

⁹ VITA, Á. O lugar dos direitos na moralidade política. Lua Nova. *Revista de Cultura e Política*, 30, 30, p. 5-34, 1993. p. 11.

¹⁰ Como, por ejemplo, “a pobreza extrema, o trabalho escravo, o trabalho infantil, a mutilação genital feminina, a proibição – imposta a muitas mulheres no mundo – de freqüentar a escola, trabalhar e ter acesso a cuidados médicos, a prisão, tortura e execução de dissidentes e opositores políticos, as práticas de ‘limpeza étnica’ e de estupro em massa de

De esa noción del valor intrínseco igual de los seres humanos deriva la tesis de que todas las personas, independientemente de la suerte que la naturaleza y la sociedad le reservaron al nacer, son portadoras de determinados derechos cuyo respeto presupone la legitimidad de la autoridad política en una sociedad¹¹. “Más específicamente, de la tesis del valor intrínseco de todas las vidas humanas emerge el reconocimiento de que la “libertad de bienestar” - y no sólo la “libertad de agencia” - de cada persona tienen igual valor”¹² (*traducción nuestra*¹³).

El reconocimiento de los derechos económicos y sociales de todas las personas implica la afirmación de su humanidad como un fin en sí mismo. La garantía de políticas públicas destinadas a hacer frente a las necesidades más elementales de los individuos constituye el presupuesto de una existencia digna, del libre desarrollo de la personalidad y de la integración social.

Desde una perspectiva histórica, el reconocimiento y el progresivo ejercicio de los derechos económicos y sociales se suceden como la genuina solución para la cuestión de la sustentabilidad social. La cohesión social y la preservación de lo humano se encontraban

mulheres em conflitos étnicos” (VITA, Á. **Liberalismo Igualitário, sociedade democrática e justiça internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p 33).

¹¹ Aclárese: La creencia en el valor intrínseco igual de los seres humanos se expresa por la clásica formulación kantiana de que mientras otras cosas tienen un precio o un valor para las personas, solamente la vida humana está por encima de cualquier precio, o sea, tiene dignidad; y aquello que tiene dignidad no puede ser tratado como medio sino siempre como un fin en sí mismo (KANT, I. **Os Pensadores – Kant (II)**. Fundamentos da metafísica dos costumes. p. 103-162. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 134-141). Entonces, “quando sustentamos que todos os seres humanos têm certos direitos, é que a vida, o corpo, a propriedade, a liberdade e o bem-estar de cada homem não podem ser discricionariamente dispostos ou vistos como meros instrumentos a serviços dos fins e objetivos de outros” (VITA, Á. O lugar dos direitos na moralidade política. Lua Nova. **Revista de Cultura e Política**, 30, 30, p. 5-34, 1993. p. 9-10).

¹² Esa categorización fue sustentada originalmente por Amartya Sen (SEN, A. Well-being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984. **The Journal of Philosophy**, 82, 4, 169-221, abril de 1985. La libertad de agencia, que los derechos civiles y políticos tradicionales tienen como objetivo asegurar, consiste en la libertad de hacer elecciones y de actuar de acuerdo con las propias convicciones y concepción del bien. Por su parte, la libertad de bienestar, forma de libertad que los derechos económicos y sociales tienen como destino asegurar, se relaciona con las oportunidades efectivamente disponibles para que una persona escoja entre diferentes actividades y formas de vida, o sea, con aquello que las personas pueden razonablemente exigir a la sociedad en que viven para tener la posibilidad de hacer algo valioso de sus vidas (VITA, Á. O lugar dos direitos na moralidade política. Lua Nova. **Revista de Cultura e Política**, 30, 30, p. 5-34, 1993, p. 12). Se debe comprender que la libertad de bienestar también se preocupa con la capacidad de los individuos de realizar elecciones: “ser capaz de escoger entre actividades y formas de vida distintas supone que ciertos beneficios estén asegurados a todos (...) y supone la existencia de un abanico mínimo de alternativas aceptables para el agente. Sería, en el mejor de los casos, una manifestación de cruel humor negro preguntarle a un niño de la calle que pide limosna en un cruce de São Paulo por qué él no ‘escoge’ otra forma de vida para sí” (VITA, Á. O lugar dos direitos na moralidade política. Lua Nova. **Revista de Cultura e Política**, 30, p. 5-34, 1993).

¹³ Las traducciones para el idioma español de las transcripciones hechas en el curso del presente trabajo tienen todas las mismas referencias, siendo de nuestra libre traducción.

bajo la amenaza de los maléficos efectos del culto a la libertad, igualdad formal y acumulación del capital, que conformaban la ideología del Estado de Derecho (Liberal)¹⁴.

Solamente la percepción de cuánto la Revolución Industrial representó en términos de amenaza a la vida y al bienestar del país que la engendró, permite la comprensión del surgimiento de los derechos sociales como instrumento de socorro a las víctimas de la transformación impuesta por ella. De hecho, el vasto movimiento de progreso tecnológico y económico hizo caer sobre Inglaterra una avalancha de desarticulación social:

Antes que el progreso hubiera ido suficientemente lejos, los trabajadores ya se amontonaban en nuevos locales de desolación, las así llamadas ciudades industriales de Inglaterra; la gente del campo se deshumanizaba en habitantes de tugurios; la familia estaba a camino de la perdición y grandes áreas del país desaparecían rápidamente bajo montañas de escoria y residuos vomitados por los <<molinos satánicos>>¹⁵

De hecho, como consecuencia de la Revolución Industrial, en el Siglo XIX, se verificó la grave repercusión de contingencias que le impedían a una persona obtener los recursos por su propia fuerza. Estas situaciones de riesgo de subsistencia y los estados de necesidad consecuentes, pasaron a ocupar el centro de la agenda política de las sociedades europeas. Se hacía indispensable la intervención estatal para conciliar los intereses y necesidades de los capitalistas y de la clase trabajadora¹⁶.

La constitucionalización de los derechos económicos y sociales no tardaría, como lo muestran la Constitución Mexicana (1917) y la República de Weimar (1919). No obstante, fueron las grandes desilusiones de la modernidad - la de la economía capitalista, frente a la

¹⁴ El primer siglo de la sociedad capitalista fue testigo de las deshumanas condiciones de trabajo a que eran sometidos los trabajadores empleados en las industrias y las privaciones sufridas por el ejército industrial de reserva. El desarrollo de la industria de la lana constituía un importante recurso para Inglaterra, conduciendo al establecimiento de la industria textil, el vehículo de la Revolución Industrial. Por otro lado, colocaba al pueblo en desgracia. "O tecido social estava sendo destruído; aldeias abandonadas e ruínas de moradias humanas testemunhavam a ferocidade da revolução, ameaçando as defesas do país, depredando suas cidades, dizimando sua população, transformando seu solo sobrecarregado em poeira, atormentando seu povo e transformando-o de homens e mulheres decentes numa malta de mendigos e ladrões" (POLANYI, K. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 53). Como observa el mismo historiador, aunque eso sucediera apenas en determinadas áreas, tales puntos negros amenazaban fundirse en una catástrofe uniforme.

¹⁵ POLANYI, K. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 58. Polanyi denomina "molino satánico" al espantoso progreso de los instrumentos de producción que, permitiendo una economía de mercado, tuvo como efecto una catastrófica desarticulación en la vida de las personas comunes, mecanismo este que "trituro a los hombres transformándolos en masa", destruyendo el antiguo tejido social e intentando, sin éxito, una nueva integración hombre-naturaleza (POLANYI, K. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 51). No está de más observar que "Escritores de todas as opiniões e partidos, conservadores e liberais, capitalistas e socialistas, referiam-se invariavelmente às condições sociais da Revolução Industrial como um verdadeiro abismo de degradação humana", de tal sorte que "a história da civilização do século XIX consistiu, na sua maior parte, em tentativas de proteger a sociedade contra a devastação provocada por esse mecanismo POLANYI, K. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 51).

¹⁶ Para una reflexión sobre el surgimiento de los sistemas de protección social en nuestra cultura occidental, v. la contribución de Paulo Márcio Cruz CRUZ, P. M. Fundamentos Históricas, Políticos e Jurídicos da Seguridade Social. In: ROCHA, D. M. & Savaris, J. A. **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**, 1. p. 11-92. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 11-92).

profunda crisis económica, la del derecho, frente a la tragedia nazi-fascista - que no dejaron más alternativas a la acción política occidental sino evolucionar hacia un Estado Democrático Constitucional que, reconociendo en la protección de la dignidad humana el punto de partida y el objetivo fundamental de nuestra civilización, consagra derechos fundamentales, inclusive y, especialmente, los sociales¹⁷.

Por tanto, los derechos económicos, sociales y culturales nada le deben en términos de fundamento a los derechos civiles y políticos¹⁸. Y no se trata apenas de una importancia igual entre derechos, generada por el reconocimiento institucional y su incorporación como derechos constitucionales fundamentales en un Estado Democrático de Derecho. Antes bien, en la medida en que la naturaleza de esos derechos es primordialmente moral, los mismos, igualmente, ocupan un lugar importante en la moralidad política de una democracia, estableciendo razones perentorias para la acción política¹⁹ o jurídica²⁰.

2. DERECHOS SOCIALES, GLOBALIZACIÓN Y CRISIS ECONÓMICA

Fundamentada en la preeminencia del mercado (educación, seguridad social y sistemas médicos privados, privatizaciones de empresas públicas, delegación de servicios públicos), la hegemonía neoliberal promulga el discurso ideológico de equilibrio fiscal y riguroso control de gastos públicos, buscando la expansión del espacio de libre explotación económica por la iniciativa privada y un ambiente institucional propicio para garantizar el retorno del capital invertido.

Con el surgimiento de la globalización económica y sus trazos de eliminación de las restricciones y obligaciones locales del capital y la resultante extraterritorialidad de las

¹⁷ Sobre el tema de la dignidad de la persona humana, verificar la valiosa contribución de Ingo Sarlet, que organiza y articula texto que integra conjunto de importantes trabajos desde la perspectiva jusfilosófica (SARLET, I. W. **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005).

¹⁸ Con razón Vita, cuando expresa la inexistencia de primacía entre esos derechos en la perspectiva de la teoría moral: “Não há porque supor, portanto, que os direitos de autonomia e de liberdade individuais devam ser considerados mais genuínos ou prioritários que os direitos de bem-estar sócio-econômico. Uns e outros são justificados pela crença fundamental no valor intrínseco do bem-estar humano” (VITA, Á. O lugar dos direitos na moralidade política. Lua Nova. **Revista de Cultura e Política**, 30, p. 5-34, 1993, p. 14).

¹⁹ VITA, Á. O lugar dos direitos na moralidade política. Lua Nova. **Revista de Cultura e Política**, 30, p. 5-34, 1993. p. 30.

²⁰ La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, así entendida la posibilidad de buscarse judicialmente la satisfacción de esos derechos en caso de ausencia o inadecuación de políticas públicas dirigidas específicamente hacia su realización, deriva de su naturaleza jusfundamental y de su fuerte fundamentación moral. Aunque existan diversas objeciones para la aplicación jurídica de los derechos sociales, económicos y culturales, como por ejemplo la ausencia de legitimidad democrática y de capacidad institucional (en términos de condiciones técnicas para la realización de políticas públicas) o los límites impuestos por la escasez de recursos, la justiciabilidad de un derecho fundamental, por lo menos en determinado grado, es la suposición de su existencia.

principales fuerza económicas, los Estados son llevados a subordinar el espacio político a las exigencias y los preceptos de la razón tecnocrática e instrumental, entre los cuales se encuentra el postulado de austero control de las cuentas públicas (principio de los presupuestos equilibrados)²¹. Es la autonomía de lo político comprometida por lo económico²².

A partir de la globalización, “la inestabilidad económica aumentó y, con la permanencia del estado de emergencia económica, el apelo a los poderes de emergencia para sanar las crisis económicas pasó a ser mucho más utilizado” (Bercovicci, 2004. p. 179). Por esa razón los derechos sociales y, más específicamente, los derechos que corresponden a deberes estatales positivos de protección social (educación, salud, asistencia y seguridad social) son el campo de batalla de medidas de emergencia y de la adversidad constitucional en varios Estados. Ya había sucedido con los derechos sociales de la Constitución de Weimar (1919) que, después de haber sido percibidos como simples expresiones políticas o como programa para el legislador, constituyeron el objeto principal de los decretos de emergencia desde 1930²³.

Es necesario reconocer que los derechos sociales se encuentran gravemente amenazados por la globalización económica que tiende a mercantilizarlos^{24 25}. Es de hecho

²¹ Se debe comprender, en efecto, el importante significado de la globalización: “La globalización es producto, entre otras cosas, del engranaje económico (ter), político (poder), ideológico (conocimiento) y jurídico (orden) que afianzan y homogenizan modelos universales: en este sentido, existen en lo económico monedas sin reservas pero sólidas comparadas con las divisas de los países en vías de desarrollo, en lo político, las potencias del Norte imponen a través de sus instituciones las agendas políticas para los estados menos fuertes, en lo ideológico prevalece la mentalidad productiva, consumista y neoliberal y en lo jurídico se acentúa la necesidad de crear instancias internacionales para administrar justicia a los nacionales de cualquier estado” (CORTÉS, L. E. Globalización, ética y Derechos Humanos. Propuesta para afrontarlos desde la Universidad. En HERNÁNDEZ, C. A. et al. **Globalización y Derecho**, Bogotá: Universidad Libre, 2010, p. 71).

²² TEJADA, J. T. Los Derechos Sociales en el contexto de la globalización. **Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico**, 9, p. 147-162, 2011. p. 153; MORAIS, J. L. B. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: CANOTILHO, J. J.; STRECK, L. L. **Boletim da Faculdade de Direito Studia Iuridica**, 89 – Entre discursos e culturas jurídicas. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006. p. 22; ESPING-ANDERSEN, G. **Social Foundations of Postindustrial Economies**. Oxford: Oxford University Press, 1999; ESPING-ANDERSEN, G. After de Golden Age? Welfare State Dilemmas in a Global Economy. In: **Welfare States in: Transition. National Adaptations in a Global Economies**, London: Sage Publications, 1996. p.2; PIERSON, P. **The New Politics of the Welfare State**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 80.

²³ BERCOVICCI, G. **Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004. p. 29.

²⁴ TEJADA, J. T. Los Derechos Sociales en el contexto de la globalización. **Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico**, 9, p. 147-162, 2011. p. 158.

²⁵ A la final, “La lógica económica de la globalización resulta incompatible con la lógica política y axiológica del Estado Social. En esta pugna, los agentes económicos de la mundialización pueden imponerse sobre los Estados Sociales que, en última instancia, deben recurrir a aquellos para financiarse” (TEJADA, J. T. Los Derechos Sociales en el contexto de la globalización. **Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico**, 9, p. 147-162, 2011, p. 158).

intuitivo que, en el contexto de la globalización – y de la “permanencia del estado de emergencia económica” - , los derechos sociales deban ser restringidos²⁶.

3. DERECHOS HUMANOS Y LA TEORÍA MORAL CONSECUENCIALISTA-UTILITARISTA

En su forma más pura y simple, el consecuencialismo es una doctrina moral, según la cual la acción correcta en una determinada situación es aquella que produce el mejor resultado común, juzgado como tal desde un punto de vista impersonal que concede igual peso a los intereses de cada uno. La reflexión moral consecuencialista tiene como versión más familiar el utilitarismo el cual, en su forma clásica, dice que el mejor estado, dentro de las combinaciones posibles es el que muestra el mejor balance líquido agregado de placer humano, felicidad o satisfacción, es decir, es aquél que maximiza las utilidades totales o medias²⁷.

Originado a fines del siglo XVIII, el movimiento filosófico conocido como utilitarismo, moralismo británico o pensamiento radical, traduce el esfuerzo de evaluar y tratar el mundo a partir de un relativo encantamiento con la racionalidad humana que surgió con la visión Iluminista de mundo que caracterizó los siglos XVII y XVIII.

Aunque el utilitarismo es una teoría moral con muchas facetas, existe una idea central que permea a todas ellas, que es la de privilegiar la evaluación de las acciones en términos de su utilidad más que en términos de sus propiedades intrínsecas. De esta forma, los conceptos del bien son más básicos o prioritarios en relación con los conceptos de derecho y obligación. La idea atractiva del utilitarismo es, sin lugar a dudas, la importancia de la promoción del bienestar a través de varias formas.

Antes de la publicación de *Una teoría de la justicia*, de John Rawls, en 1971, el utilitarismo era la perspectiva dominante en la filosofía política de lengua inglesa. Con el surgimiento de la teoría de la <<justicia como equidad>>, el liberalismo orientado a los

²⁶ En Brasil la década del 90 demostró algo para hacer – en términos de restricción de derechos sociales - en nombre de la seguridad económica y de la austeridad fiscal, sea por la fuerte influencia de la ideología neoliberal, sea por las amenazas de crisis económicas globales por esta ideología propagada (SAVARIS, J. A. O processo de reformas da Previdência Social no Brasil como subversão da lógica do desenvolvimento progressivo dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. En Cambi, E. *et al* (organizadores). **Direitos Fundamentais Revisitados**, Curitiba, 2008, p. 339-337). Interesantes estudios de Paul Pierson (PIERSON, P. **The New Politics of the Welfare State**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 80-104.) demuestran, por otra parte, las estrategias para la reducción de los costos políticos provenientes de reformas restrictivas de derechos sociales (PIERSON, P. **The New Politics of the Welfare State**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 80-104; PIERSON, P. **Dismantling the Welfare State?** Reagan, Thatcher, and the Politics of Retrenchment. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.)

²⁷ SCHEFFLER, S. **Consequentialism and its critics**. New York: Oxford University Press, 1998. p. 1-20.

derechos se hizo predominante en el mundo de la filosofía moral y política anglo-americana^{28 29}.

Si el consecuencialismo puro o radical fuera aceptado como la forma más apropiada de reflexión ética, no existiría ninguna atrocidad que no pudiera justificarse teniendo como base el estado de cosas más benéfico a ser alcanzado³⁰. El motivo es que se concibe la supremacía de una determinada visión del bien humano – que consiste, por ejemplo, en la máxima satisfacción posible de los deseos y de las aspiraciones individuales – sobre los principios de la justicia y del derecho. En una ética radicalmente teleológica, los derechos son instrumentales a aquella visión del bien humano, son instrumentos de la maximización del bien. De este modo, se le atribuye “un valor supremo a un determinado fin o concepción de la buena vida y subordina todo aquello que podemos considerar moralmente significativo – principios de justicia, derechos y deberes – para la consecución de ese fin”³¹.

Efectivamente, la ética de la maximización del bien común vive en constante tensión con los derechos, pues no sólo admite, como exige, la violación de pretensiones justificadas como las de los derechos fundamentales, siempre que ello contribuya para el bien colectivo^{32 33}.

Debido al hecho de no responder adecuadamente a las exigencias de justicia que fundamentan la protección de los derechos de los individuos, el utilitarismo debe ceder ante una construcción que promueva efectivamente tales derechos, aun cuando no sean considerados adecuados para la promoción de determinado ideal colectivo que corresponda a la satisfacción de las preferencias o intereses de la mayoría.

En tales condiciones, si no fuera por el carácter inmediatamente plausible y atrayente de la teoría moral utilitarista, impresionaría el argumento de que algunas de las principales

²⁸ HART, H. L. A. Between utility and rights. In: Ryan, A. (ed.). **The idea of freedom**. p. 77-98, 1979.

²⁹ HART, H. L. A. Between utility and rights. In: Ryan, A. (ed.). **The idea of freedom**. p. 77-98, 1979. La obra de John Rawls sacudió las bases de la teoría ética utilitarista, al evidenciar que la misma consideraba los derechos fundamentales de las personas, tanto como cualquier recurso material, como medios a ser afectados para que se produjera la máxima satisfacción colectiva, independientemente de la forma de distribución de la satisfacción. No hay espacio en el presente trabajo para profundizar el análisis de las críticas que el liberalismo orientado a los derechos lanzó a la teoría ética utilitarista. Un estudio mejor elaborado sobre las críticas lanzadas al utilitarismo desde la perspectiva de la filosofía política y de la filosofía del derecho (SAVARIS, J. A. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011, p. 46-55).

³⁰ RAWLS, J. **A theorie of justice**. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1971. p. 27.

³¹ VITA, Á. **A Justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Unesp, 2000. p.32.

³² HOFFE, O. **O que é Justiça?** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 43.

³³ HOFFE, O. **O que é Justiça?** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 43. Es cierto que no faltan réplicas utilitaristas sofisticadas, pero el punto es que ninguna de ellas deja de reverenciar el principado de la utilidad: la maximización del bien, gane el que gane, pierda el que pierda.

alternativas metodológicas al positivismo legalista tienden a trasladarse justamente dentro de su cuadrante.

4. APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE PERFIL CONSECUENCIALISTA

A mediados del siglo XIX, en Alemania, la jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*) partía de la concepción del derecho como realidad socialmente “dada” o “puesta” y como unidad sistemática de normas generales, para buscar un derecho unitario y sistemático. Era la expresión máxima de la concepción formalista en la ciencia jurídica³⁴.

La superación crítica del positivismo conceptual (legalista o aún analítico-lingüístico) tradujo a partir de la segunda mitad del siglo XIX el esfuerzo de diferentes escuelas metodológicas que constituyen el surgimiento y la evolución de una actitud que deja de limitar la decisión judicial a la operación lógica concerniente a las conexiones entre los términos, expresiones o enunciados normativos de los materiales jurídicos (legislación o precedente).

Sin embargo, algunas de las principales corrientes teóricas y metodológicas que pretendían romper con el encantamiento científico-positivista de la subsunción se aproximaron decisivamente a una ética social utilitarista, comenzando por el utilitarismo social de Ihering en Alemania, y sus marcas en la jurisprudencia de intereses y en la jurisprudencia de valores, hasta culminar con su influencia en los juicios de ponderación de principios, de amplia aceptación en la dogmática constitucional del mundo occidental, principalmente, por su recepción de la teoría de la argumentación de Robert Alexy³⁵.

Según Ihering, en el período tardío de su pensamiento, cuando la dialéctica jurídica “tuvo que ponderar las consecuencias de los conceptos y principios en juego, se decidió, esencialmente, por la adecuación práctica del resultado”³⁶.

Pero la ruptura del formalismo jurídico operada en la segunda mitad del siglo XIX por el substrato teórico de la Jurisprudencia de Intereses (*interessenjurisprudenz*) no haría de la ciencia del Derecho más que un instrumento de lo que fuera socialmente útil, en un

³⁴ BOBBIO, N. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 221.

³⁵ ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005.

³⁶ LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 58.

contexto teórico anti-individualista y de sobrevalorización de la prosperidad de la comunidad³⁷.

En la perspectiva de la jurisprudencia de intereses, si la tarea del juez es complementar las normas jurídicas según juicios de valor, la tarea de la ciencia jurídica es facilitar esa difícil misión, previendo los vacíos, proponiendo complementaciones y formulando al juez las consideraciones decisivas^{38 39}.

Esa ética consecuencialista puede accionar el proceso de toma de decisiones, independientemente de la estructura metodológica adoptada, siempre que exista espacio para el discurso racional argumentativo o juicios de ponderación de determinados intereses, valores o bienes para la determinación de la norma jurídica aplicable al caso concreto⁴⁰.

De hecho, como reacción a la Escuela del derecho natural y al formalismo de la Escuela histórica alemana, “el derecho se convierte, en la escuela utilitarista, en el *instrumento* de la política y de la economía; técnica de control social instaurada con el fin de obtener la maximización de los placeres o el incremento de la potencia colectiva del grupo”⁴¹. Y a pesar de las críticas dirigidas a la ética utilitarista, ella “parece insinuarse en

³⁷ Según la teoría social de Ihering, doctrina de línea confesadamente benthamiana y expuesta en su clásico *Der Zweck im Recht* (La finalidad del derecho), “todas as normas morais têm por finalidade a existência e prosperidade da sociedade” (IHERING, R. v. **A finalidade do Direito**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 110). El utilitarismo social de Ihering, embrión de la Jurisprudencia de Intereses, identificaba la moral con lo que es útil para la sociedad (a la conservación de la existencia social, en lo que se comprende el bienestar de la sociedad). Por eso, de acuerdo con el utilitarismo social, el derecho debe prestarse como instrumento de la autoconservación social y de los sentimientos de placer y bienestar que le son inherentes: “Tudo o que é moral, quer objetiva, quer subjetivamente, tanto as normas morais quanto a atitude moral, tem por objetivo a prosperidade da sociedade. O imoral caracteriza-se, pois, por ameaçá-la ou prejudicá-la” (IHERING, R. v. **A finalidade do Direito**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 126).

³⁸ HECK, P. **El problema de la creación del derecho**. Granada: Editorial Ariel, 1999. p. 78.

³⁹ HECK, P. **El problema de la creación del derecho**. Granada: Editorial Ariel, 1999, p. 72. Y en toda operación, en toda formación de conceptos, se debe intentar no perder de vista que el objetivo final de la actividad jurídica y de la resolución del caso concreto por el juez es la satisfacción de las necesidades de la vida, la satisfacción de intereses, sean materiales, sean ideales, presentes en la comunidad jurídica (LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 65). Por otra parte, “como cada valoração, corretamente entendida, constitui uma livre tomada de posição do sujeito valorante, tomada de posição que se dirige, sem dúvida, a u critério de valor, mas que não pode ser “causada” por ele, eis que, com introdução do conceito de valor, a simples consideração “causal” das normas jurídicas vem a ser efetivamente abandonada” (LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 68).

⁴⁰ Se parte siempre de la suposición de que en el proceso de toma de decisión jurídica la tarea del magistrado no se restringe a un raciocinio lógico-deductivo de aplicación del Derecho. Frente a la abertura de determinadas normas jurídicas, especialmente las constitucionales, y la inexistencia de plena regulación normativa, a veces las premisas a ser utilizadas para llegar a una solución para el conflicto no son acatadas sin mayores problemas, siendo necesario un mayor esfuerzo con relación a las razones del acto de decidir para que haya el efectivo convencimiento de todos los destinatarios de la decisión.

⁴¹ VILLEY, M. **Filosofia do Direito: Definições e fins do direito; os meios do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 250.

todas las expresiones contemporáneas de la hermenéutica constitucional, a los dos lados del Atlántico”^{42 43}.

Si la racionalidad del discurso de la decisión judicial (campo de la razón práctica) es meramente formal (ajena a los fundamentos axiológico-normativos del Derecho), porque asume una actitud instrumental o finalística (orientada a las consecuencias ajenas a esos fundamentos), las alternativas metodológicas que se presentan en contraposición al positivismo legalista se encuentran abiertas a la lógica de la instrumentalización del Derecho y de la funcionalización del actuar jurídico, una lógica propia del consecuencialismo utilitarista.

Consecuentemente, se entiende el modo por el cual una *racionalidad finalística* – vinculada a la ética consecuencialista – puede operar en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, principalmente cuando las decisiones pueden afectar de modo decisivo los objetivos sociales, políticos o económicos identificados en determinada coyuntura histórica, y mostrarlos como siendo de importante realización.

En este contexto, también se comprende el papel relevante asumido por los estudios económicos en el área del Derecho⁴⁴ y la fascinación que se percibe en una interdisciplinariedad que se propone dar un racional impulso de utilidad al fenómeno jurídico⁴⁵.

⁴² COELHO, L. F. A fundamentação dos direitos humanos. In: CAMBI, E. et al. (Org.). **Direitos fundamentais revisitados**. p. 39-88. Curitiba: Juruá, 2008. p. 48-49.

⁴³ COELHO, L. F. A fundamentação dos direitos humanos. In: CAMBI, E. et al. (Org.). **Direitos fundamentais revisitados**. p. 39-88. Curitiba: Juruá, 2008. p. 48-49. A jurisprudência sociológica (*sociological jurisprudence*) de Roscoe Pound pode ser considerada como o movimento metodológico precursor desse instrumentalismo jurídico—tecnológico (NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p. 54). Mas não se deve minimizar a influência de Ihering na propagação da concepção funcional do Direito desde a segunda metade do século XIX. Com efeito, A visão funcional do Direito tornou-se dominante por volta do fim do século XIX, após gradativa mudança de perspectiva impulsionada pelo empreendimento de Ihering (PERELMAN, C. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 70).

⁴⁴ Los pioneros del nuevo análisis económico del Derecho fueron Ronald Coase y Guido Calabresi (POSNER, R. **The economics of justice**. Harvard: Cambridge University Press, 1983. p. 4). En su famoso artículo “The problem of social cost”, publicado en el año de 1961 no *Journal of Law and Economics*, Coase se valió de diversas normas y casos jurídicos ingleses y, analizando la relación entre reglas de responsabilidad y destinación de recursos, demostró que las soluciones solamente se justificaban con referencia a un análisis de costo–beneficio y frente a su aptitud para el mejor destino de recursos. En el mismo año de 1961, Calabresi publicó, con objeto semejante, el artículo “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”, en el *Yale Law Journal* 70, 499, insertando el análisis económico en cuestiones jurídicas y refiriendo que un análisis jurídico adecuado presume el tratamiento económico del problema (Esos trabajos provocaron la fundación del movimiento denominado *The Law and Economics*, posteriormente desarrollado con la contribución de Richard Posner, Gary Becker e Henry Manne).

⁴⁵ El análisis económico del Derecho tiene en el mercado el criterio de racionalidad y, en su eficiencia, el elemento justificador del Derecho. Parece importante relacionar el actual perfil del análisis económico del Derecho, difundido a partir de la década del 60 en Estados Unidos, con los fundamentos pragmáticos y consecuencialistas del Realismo Americano. Si el realismo desde Oliver Holmes se dirigía más hacia los hechos que hacia las normas, colocando énfasis en los efectos de las decisiones judiciales, el análisis económico del Derecho, también rompiendo con el formalismo, se proponía identificar en qué medida el *common law* se dirigía hacia los resultados que proporcionaban la maximización de la riqueza social. En la perspectiva del análisis económico del Derecho, la solución de los problemas jurídicos supone el estudio de las dimensiones económicas. La eficiencia económico-social de un sistema jurídico se presenta como

Según el análisis económico, para la definición de reglas de conducta, el Derecho deberá considerar los impactos económicos decurrentes de estas reglas, la designación de los recursos y los incentivos que influyen sobre el comportamiento de los agentes económicos privados⁴⁶.

No debe causar perplejidad que, en el ejercicio de su jurisdicción constitucional, el juez sea permeable a la orientación consecuencialista. Esto será más comprensible cuando, aún tratándose de derechos humanos económicos sociales y culturales, las decisiones consecuencialistas sean percibidas en un momento histórico-político de austeridad fiscal y de acuerdo con programas legislativos restrictivos de esos derechos.

5. CRÍTICAS AL CONSECUENCIALISMO ECONÓMICO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Es posible identificar el perfil consecuencialista (de naturaleza económica) de esas decisiones por el discernimiento de que ellas operan de modo evidente en una coyuntura económica crítica. Al final, es justamente ese el contexto histórico que permite observar, por un lado, la instrumentalización del Derecho con relación a finalidades sociales y políticas (mediante reformas restrictivas de los derechos sociales) y, por otro lado, la tarea jurídica como “técnica de gestión que pretende promover el óptimo desarrollo económico y social de la ciudad”⁴⁷.

Es importante reconocer que los factores políticos, sociales y económicos tienen potencial para conducir al juez a considerar el impacto económico de sus decisiones – y orientarse por esta circunstancia⁴⁸.

Cuando la argumentación jurídica es animada por apelaciones de orden moral o políticas, las decisiones judiciales en materia de derechos sociales se muestran más

problema fundamental del análisis económico. Y la pretensión del análisis económico se orienta también hacia el sistema de derecho codificado, donde es posible la formulación de reglas que adopten criterios que induzcan a las personas a buscar eficiencia de destinación (SZTAJN, R. Notas de análise económica: contratos e responsabilidade civil. **Revista de Direito Mercantil**, 111, p. 9-28, 1998, p. 28).

⁴⁶ Para un análisis crítico del análisis económico del Derecho e su íntima relación con el consecuencialismo utilitarista en la aplicación jurídica del Derecho, v. nuestro SAVARIS, J. A. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011, p 213-227.

⁴⁷ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 60.

⁴⁸ En la tarea hermenéutica de aclarar las condiciones en las que surge una comprensión, Hans George Gadamer rescata la importancia de reconocernos en una determinada situación hermenéutica. La conciencia de la situación hermenéutica supone el reconocimiento de que el intérprete es un ser incluido en la historia y que, por esa razón, agrega a su ámbito de visión el conjunto de experiencias traídas por la tradición. Eso significa que el intérprete, como un ser histórico, está sujeto a los efectos de los fenómenos históricos, los que son, por lo tanto, decisivos para la formación de sus prejuicios y, por consecuencia, para su comprensión de las cosas. Es lo que Gadamer denomina *historia efectual* (GADAMER, H. G. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 396).

propensas a ser emitidas a partir de una concepción radicalmente consecuencialista, principalmente mediante la evaluación de los impactos de las decisiones judiciales sobre los presupuestos públicos.

Al sopesar principios constitucionales antagónicos en un caso concreto, la jurisdicción constitucional puede determinar la prevalencia del interés de preservación del equilibrio de las cuentas fiscales o el principio de la eficiencia económica (maximización de los recursos), mediante el no reconocimiento jurídico de derechos sociales.

El sistema jurídico brasileiro es claramente abierto al consecuencialismo jurídico, como se percibe por la aplicación de la técnica de modulación de los efectos temporales de las decisiones del Supremo Tribunal que declaran la inconstitucionalidad de ley o acto normativo, en los términos de las Leyes 9.868, de 10/11/1999, y 9.882, de 03/12/1999. La adopción de la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales, en vez de la tradición jurídica que reconocía la nulidad de la ley inconstitucional, con efectos *ex tunc*, presupone consideraciones sobre los resultados prácticos de las decisiones, principalmente las que se refieren a razones de seguridad jurídica y excepcional interés social.

En el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, es posible encontrar decisiones del Supremo Tribunal Federal con inclinación consecuencialista – de origen económico-utilitarista⁴⁹. Envuelta en una atmosfera de crisis económica y preeminente necesidad de equilibrio de las cuentas públicas, la Corte Suprema brasileña, en materia de Previsión Social, llegó a negar la mejoría de las pensiones por muerte, valiéndose, también, del argumento de la inexistencia de fuente de costeo previo, y que eso pondría en jaque el indispensable equilibrio financiero y de acción del sistema de previsión social – RE 415.454, juzgado en febrero de 2007.

Pocos meses después, el mismo Supremo Tribunal Federal consideraría legítima la Enmienda Constitucional 41/2003 en la parte que menguaba el contenido de la regla transitoria para jubilaciones de servidores públicos (ya gravemente afectados por una reforma anterior del sistema de seguridad social), bajo el argumento de inexistencia de derecho adquirido a régimen jurídico – ADI 3104, juzgado en septiembre de 2007. Aún

⁴⁹ SAVARIS, J. A. O processo de reformas da Previdência Social no Brasil como subversão da lógica do desenvolvimento progressivo dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. En Cambi, E. *et al* (organizadores). **Direitos Fundamentais Revisitados**, Curitiba, 2008.

cuando se le atribuyera a la alteración normativa la inconstitucionalidad por afrontar valores como seguridad jurídica, protección de la confianza de los trabajadores y, aunque la cuestión haya sido solucionada en la perspectiva de la inexistencia de derecho adquirido a régimen jurídico, el análisis del Ministro Cezar Peluso, teniendo como eje las posibles consecuencias económicas de la decisión jurídica, muestra una línea de pensamiento que parece permear el raciocinio deductivo jurídico de algunas decisiones de la Suprema Corte:

No es sólo el problema de seguridad jurídica, el problema es también evaluar el costo y la viabilidad económica de ciertas prestaciones estatales [...] [Los problemas de la seguridad social y de la administración del sistema] pueden aniquilar los sistemas y hacer perder los propios derechos evidentemente adquiridos. Su Excelencia imagine una situación de caos – no diría estar próxima o lejana, mas concibo hipotéticamente que pueda un día llegar –, en la que fuera decretada la falencia práctica del sistema de seguridad social, a tal punto que el Estado no pudiera más responder por la jubilación de aquéllos que, hace tanto tiempo, dependen de ella para sobrevivir. ¿Cómo hacemos?⁵⁰

¿Esa conexión entre coyuntura económica y jurisdicción constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales se daría apenas en los así llamados países en desarrollo o sería un fenómeno global? Aunque la respuesta a esta cuestión dependa de un análisis más detenido de otras variables incluidas en el proceso de la toma de decisiones judiciales, es posible reconocer que ese mecanismo (crisis económica – jurisdicción constitucional con interpretaciones restrictivas de derechos) opera de la misma forma en los así llamados países centrales. A título ilustrativo, en el análisis que hace de la orientación de la Corte Constitucional italiana, Loris Iannuccilli sustenta que “Non a caso, il progressivo declino delle additive di prestazione, registrabile a partire dagli anni novanta, è concomitante y corrisponde alla crisi dello Stato sociale, indotta dall’aggravamento delle difficoltà della finanza pubblica”⁵¹.

Alimentándose de las ciencias sociales, como la economía, la ciencia política y la sociología, el pensamiento jurídico es llamado – en la perspectiva de la racionalidad

⁵⁰ Argumento deducido en el juicio de la ADI 3104/DF (p. 176-177), realizado por el Plenario del Supremo Tribunal Federal, en el que fue relatora la Ministra Carmen Lucia, juicio de 26/09/2007. Es importante resaltar que el argumento económico y la preocupación con la maximización del bienestar general no hicieron parte del voto aportado por el Ministro Cezar Peluso, oportunidad en la que apenas fueron articulados, para el rechazo de la tesis de la ADI 3104/DF, argumentos relacionados a la teoría del Derecho, como los conceptos de derecho adquirido y posibilidad de alteración del cuadro jurídico de jubilación de los servidores públicos. Eso parece mostrar que una cosa es la fundamentación jurídica formal para la aprobación o el rechazo de determinada tesis en materia de derechos económicos, sociales y culturales; y otra es la dimensión concerniente a los efectos políticos, económicos o sociales de la decisión jurídica. Esa dimensión, orientada hacia la eficiencia económica y a la mayor utilidad posible del sistema de seguridad social comprendida en una perspectiva de maximización de las riquezas de la nación no siempre se manifiesta de manera expresa.

⁵¹ IANNUCILLI, L. **Problemi dell’omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale**, Parte I – Profili storici e teorici. p. 2-25. Disponible em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegniseminari/STU199_Omissione_legislatore.pdf>. Acceso em: 26 jan 2012. p. 11.

instrumental - a preparar o definir, por medio del Derecho, “las soluciones socialmente más convenientes” o “finalístico-programáticamente más oportunas o útiles e instrumentalmente adecuadas o eficaces” y no “las soluciones axiológico-normativamente válidas y normativamente fundadas”⁵².

Se tiene por tanto, como fundamento la preferencia por la “pragmática utilidad (y su racional eficiencia) con relación a la axiológica justicia (y a su apelativa normatividad)”. Se sigue la línea de la primacía del desempeño sobre la validez y, en esta lógica, “los valores se sustituyen por los fines (subjetivos) y los fundamentos (normativos) por los efectos (empíricos) y la legitimación axiológica o la “legitimación por normas” cede su lugar a la “legitimación por los efectos”⁵³.

De esta forma, el Derecho se reduciría a una estrategia político-social funcional y finalísticamente programada. El legislador tendría en sus decisiones una táctica de realización o ejecución consecuencial, mientras que el Poder Judicial en su tarea de aplicación del Derecho – que más se aproxima del objeto central del presente trabajo –, consubstanciaría “una institución funcionalmente adecuada a esa estrategia/táctica”.⁵⁴

De este modo, la perspectiva de la realización tecnológica del Derecho, tal como pensada por Roscoe Pound⁵⁵, el juez, considerado “un hombre que responde a diferentes estímulos sociales y personales”⁵⁶, es conminado a actuar como agente de cambio social, de acuerdo con un “método sustancial, pragmático e instrumental”⁵⁷.

La crítica que Castanheira Neves hace a la concepción funcional del Derecho toca el centro de la preocupación que abarca este estudio, cuando ve en ella la inversión del sentido de la función judicial en el cuadro del Estado de Derecho⁵⁸:

Si llevamos hasta sus últimas consecuencias la perspectiva en causa, lo que tendremos al final será un sistema político-jurídico en el que el derecho deja de ser tanto una normatividad de *garantía* como una *axiología* o un sistema de validez de materiales presupuestos que se sustraigan a la contingencia decisoria en una intención regulativa, y se convierte él mismo en un instrumento de todo relativizado *a posteriori* del propio *desempeño*, relativizado a sus consecuencias de momento y variables. [...] la función judicial (como paradigmática institución del Estado-de-Derecho) no pasará de una funcional *longa manus* de la

⁵² NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 55.

⁵³ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 55.

⁵⁴ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 55.

⁵⁵ POUND, R. **Las grandes tendencias del pensamiento jurídico**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1950. p. 200.

⁵⁶ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 7.

⁵⁷ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 60.

⁵⁸ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 61.

intervención político-social o de un mero *álibi* legitimador. En un caso, desaparecerá el Estado de Derecho, transformando en un Estado de mera administración, y, bajo el principio, *salus populi suprema lex*, el derecho vuelve a ser, maquiavélico, totalitario o tecnológicamente “lo que es útil al pueblo”; en el otro caso, tendremos una real desnaturalización instrumental de la justicia” – para decirlo como ESSER – y el “fin de la actividad judicial en su auténtico sentido”.

La función judicial instrumental se convierte, de esta forma, en una función administrativa, con igual “intención finalístico-consecuencial y su principio estratégico-eficiente”, lo que le resta sentido dentro del Estado de Derecho. Efectivamente, lo que distingue la función judicial de las demás funciones capitales del sistema político-jurídico de ese tipo de Estado es “el principio de un estatuto de independencia y como “tercero parcial”, el asumir y actuar (haciendo cumplir) la “reserva de derecho” que da la dimensión de “derecho” al Estado (al sistema político-social) y a la comunidad en general”⁵⁹.

Por otro lado, esa reserva y dimensión de Derecho⁶⁰:

(...) se traducen, simultáneamente, en las *garantías* que formalmente el principio de la legalidad es llamado a ofrecer en los variados dominios jurídicos en los que se legitime y en la *axiología* específica que materialmente postula y que encuentra una expresión en los “derechos fundamentales”, aun cuando en ellos no se agote.

Sin un sistema de validación formal y material no existe Derecho, “el derecho que el Estado-de-Derecho pretende, y sin asumir ese sistema de validación para, efectivamente, imponerlo o hacerlo cumplir, de forma jurisdiccional, no tenemos la función judicial exigida por el Estado-de-Derecho”⁶¹.

Por ese motivo, la racionalidad jurídica “no podrá ser una racionalidad tecnológico-estratégica, deberá ser una racionalidad orientada por una validación normativa que la fundamente, ni ésta admite ser subyugada por aquella”⁶².

Al final de cuentas, como bien lo expone Castanheira Neves⁶³,

[...] la aceptación metodológica de la perspectiva fundamentalmente finalístico-consecuencial, en la que los efectos serían los criterios (cfr. H. ROTLEUTHNER, *Rechtssystem y Rechtsdogmatik*, cit., p. 31 ss.) o que aceptaría como ápice decisivo la “aplicación del derecho” orientada por los “efectos” (cfr. H. ROTLEUTHNER, *Rechtssystem y Rechtssoziologie*, p. 210 ss.), convertiría, consecuentemente, el pensamiento jurídico en una “ingeniería social” (v. *supra*) y la ciencia jurídica en una “ciencia social” (ciencia político-social), también en el sentido estricto de la expresión (cfr. H. ROTLEUTHNER, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, p. 117; Id., “Zur Methode einer folgenorientierter Rechtsanwendung”, in A.R.S.P., Beiheft n. folge, p. 13 y 97 ss.; *Método Jurídico*, p. 257 y 275 ss.)

⁵⁹ NEVES, A. C. **Metodología jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 62.

⁶⁰ NEVES, A. C. **Metodología jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 62.

⁶¹ NEVES, A. C. **Metodología jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 62.

⁶² NEVES, A. C. **Metodología jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 63.

⁶³ NEVES, A. C. **Metodología jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 196.

Medir las consecuencias económicas es sumarle importancia a la eficiencia, lo que, en lo que atañe a los derechos económicos, sociales y culturales, se traduce en *a)* priorizar la maximización de las riquezas estatales (depósito de expectativas colectivas) en detrimento del individuo y sus necesidades, y *b)* olvidarse de los importantes fundamentos éticos que permean singularmente los derechos humanos y justifican el correlativo sistema de protección.

Efectivamente, la tendencia de preponderancia de las consecuencias sistémicas de una decisión judicial – asimilándolas a los efectos de una regla en abstracto – y la presuposición de que ellas pueden promover/realizar o amenazar/violar determinado bien público (“histórico-culturalmente ‘sentido’ como ‘adquisición’ común”), autoriza la clasificación de esas consecuencias como positivas o negativas.

En el conjunto de bienes públicos que pueden ser afectados por las consecuencias de las decisiones se encuentran la previsibilidad de la decisión, el pluralismo y el liberalismo políticos, la preservación de los mercados competitivos, la separación de los poderes.

En un edificio que culmina en la trinidad ejemplar de la “estabilidad política”, “prosperidad económica” y “felicidad individual” – y en la concertación-concretización de opciones (si no de argumentos) liberales, pragmáticos y económicos que la hacen reflexivamente plausible⁶⁴.

La ideología de la “permanencia del estado de emergencia económica” caracteriza cada vez de modo más incontrovertible la eficiencia económica de los sistemas de protección social como bien público de destacada posición, el verdadero principio que se encuentra subyacente a la política de reafirmación del equilibrio fiscal.

Teniendo como objetivo el establecimiento de instituciones jurídicas estables y capaces de ofrecer los mejores incentivos para el desarrollo socioeconómico, la relevancia de las consideraciones de carácter económico de una decisión judicial parece ser incuestionable, principalmente después de las crisis económicas globales y la difusión de la administración de perfil liberal – modelo de gestión tomado de las empresas privadas (que

⁶⁴ NEVES, A. C. **Metodología jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 219.

se encuentran en un mercado competitivo) – orientado a la reducción de costos y la eficiencia⁶⁵.

De hecho, mientras menos intervención estatal – en la educación, seguridad social o infraestructura, por ejemplo –, mayor la economía de recursos públicos y las posibilidades de alcanzar el superávit presupuestario, mucho más propio de la atmósfera de rigor fiscal, presupuesto considerado necesario para el adecuado funcionamiento del mercado globalizado.

Se encuentra ahí la meta final del raciocinio económicamente orientado o de la preocupación con el impacto económico de las decisiones: la supremacía de la eficiencia sobre el derecho de protección humana contra la necesidad, con la subyacente noción de que la satisfacción de un derecho social puede implicar el sacrificio de toda la colectividad, por la variación negativa del poder adquisitivo de la moneda en razón del déficit público, debido a los graves daños causados a la economía en general.

Desde esta perspectiva, los gastos sociales decurrentes del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales serían, finalmente, perjudiciales al desarrollo de la vida económica y social como un todo, pues presuponen reservas de costeo que implican el aumento de costo de las empresas, con repercusión final en los productos y servicios que se ofrece al mercado de consumo global.

Aceptar esta tesis implica aceptar la consideración excluyente de que el ser humano no representa un valor en sí mismo, sino un valor relativo a la funcionalidad del sistema económico⁶⁶.

Rescatemos en este punto, la lapidaria objeción de Luhmann a las decisiones judiciales orientadas exclusivamente a los resultados:

Si se quiere hacer uso de las consecuencias jurídicas como puntos de orientación o incluso de justificación [...] es necesario usar anteojeras que impidan ver todas las consecuencias, las consecuencias de las consecuencias, los eventuales efectos-límite de las consecuencias agregadas de una multiplicidad de decisiones⁶⁷.

⁶⁵ Partiendo de la suposición económica de que los recursos son escasos y de que los agentes son racionales y maximizadores de utilidad, cada individuo buscará dar a sus recursos el mejor destino buscando maximizar su bienestar. Sigue el pensamiento: Si los recursos son escasos, la escasez alcanza a todos indiscriminadamente, de tal forma que, en tesis, sus potenciales beneficiarios pagan el precio de la ineficiencia de destino de las entidades administradoras. De esa forma, la restricción de acceso a algunas personas a esos derechos disminuye el costo social, contribuyendo para la eficiencia del sistema, maximizándole la riqueza y disminuyendo el grado de escasez que lo afectaba.

⁶⁶ CAMARGO, R. A. L. “**Custos dos direitos**” e reforma do Estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 108.

⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *apud* LARENZ, K. Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, p. 15. *apud* Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 320.

Cuando presume que la consecuencia económica de una decisión denegatoria de protección social será la economía de recursos del presupuesto⁶⁸, el juez le da la espalda a las consecuencias sociales de la tragedia moral de una necesidad humana vital que fue expuesta y que no fue sanada⁶⁹. En la otra cara de la moneda, para la persona que está recibiendo el juzgamiento, tales presunciones se traducen en potencial inmediato de exclusión social y marginalización. Esos efectos, imaginables en el contexto de una creciente desigualdad social, pueden dificultar aún más la cohesión social y amenazar la seguridad de todos, la seguridad social⁷⁰.

Al expresar que debemos tomar en serio los derechos, Dworkin tiene como objetivo, precisamente, demostrar que las políticas no deben considerarse justificadas por el hecho de producir más beneficios que daños, aunque se restrinjan los derechos de los ciudadanos⁷¹.

Frente a las consideraciones expuestas hasta este punto, es imperativo indagar si después de todo, existe algún espacio para el consecuencialismo en la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales. A ese tema se dedica la sección final del presente trabajo.

6. EL CONSECUENCIALISMO POSIBLE (Y NECESARIO) EN LA APLICACIÓN DE LOS DESC

El presente trabajo critica la ética consecuencialista-utilitarista en la aplicación judicial de los derechos económicos sociales y culturales.

⁶⁸ Con supuestas consecuencias sociales deseables por toda colectividad, tales como : (1) el fortalecimiento financiero de las instituciones públicas responsables por esos servicios sociales; (2) el destino más eficaz, en el presente o en el futuro, de los recursos salvaguardados por la decisión denegatoria, o sea, empleo de recursos en hipótesis que más fuertemente o indudablemente justifiquen la realización de los derechos sociales.

⁶⁹ Si la persona no dispone de recursos materiales (propiedades, cuenta de ahorro individual etc.) para proseguir en su vida con autonomía y dignidad, la llaga persistirá y la ruina de aquel a quien le fue negada la dignidad y se encuentra a La deriva contribuye para un cuadro de deterioración social. Tal necesidad impulsará a la persona carente a buscar, debido a la necesidad de sobrevivencia y siempre en condición de inseguridad e inferioridad, acciones de solidaridad en la informalidad de las relaciones que se dan en el seno de la sociedad.

⁷⁰ No obstante, en un sentido utilitarista la comunidad puede considerarse mejor como un todo “porque o nível médio ou coletivo do bem-estar comunitário aumentou [pela eficiência supostamente alcançada com decisões denegatórias de direitos sociais], apesar de o bem-estar de alguns indivíduos [presumivelmente destituídos de recursos para subsistência e desenvolvimento] ter diminuído” (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 358)

⁷¹ No se puede afirmar, entonces, “que o governo está justificado ao desconsiderar um direito com base em razões de pouco peso, que seriam suficientes se nenhum direito desse tipo existisse. Ele não pode afirmar que o governo está autorizado a agir baseando-se simplesmente no juízo de que seu ato provavelmente produzirá, no cômputo geral, um benefício para a comunidade. Essa suposição tornaria despropositada sua pretensão a um direito, e revelaria que ele usa a palavra “direito” em outro sentido que não o forte, necessário para conferir à sua alegação a importância política que normalmente se imagina que tenha. Direito “em sentido forte” corresponderia àquele que é protegido contra interferência estatal sem razões especiais que a justifiquem” (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 294).

Pero eso no significa la adopción de un modelo formal de lógica deducción normativa como alternativa a la perspectiva finalístico-consecuencial, ya que tal modelo no significaría sino “la definición sistemático-estructural y metódica del pensamiento jurídico, según el esquema lógico-subsuntivo de la determinación del derecho”, revelándose además, ajena a una “intencionalidad normativo-material y de justedad problemático-concreta”⁷².

Se busca, principalmente, la reafirmación de la racionalidad material en el discurso jurídico de los derechos humanos como medio de superación del eje conceptualista-utilitarista en la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales.

Se hace necesario, entonces, asumir que el Derecho es una validación normativa (con posible mediación normativa y dogmática) que se desenvuelve en el *problema concreto*, de tal modo que el pensamiento jurídico se perfecciona como pensamiento judicativo-decisorio.

En esta línea de pensamiento, el objeto principal de reflexión es el problema mostrado por el caso, mientras que los principios axiológico-normativos guardan la preponderancia en la fundamentación de la solución. Se trata de una posición “que comprende el derecho como validación (*axiológica-normativa*) de realización problemática y en la que el pensamiento jurídico está llamado a resolver *problemas* prácticos con actitud práctico-*jurisprudencial*”⁷³.

La decisión judicial debe manifestarse en un discurso argumentativo, propio del dominio de la racionalidad práctica de índole material *racionalidad práctica axiológica* (*Wertrationalität*), perspectiva que se ajustaría a la concepción metodológica jurisprudencial, en la clasificación de Castanheira Neves.

Es indispensable que se cumplan, por medio da aplicación del Derecho, los postulados materiales que justifican o exigen la organización de un sistema de protección social que garantice la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

⁷² CAMARGO, R. A. L. “**Custos dos direitos**” e reforma do Estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 196-197.

⁷³ CAMARGO, R. A. L. “**Custos dos direitos**” e reforma do Estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 71. Cabe perfectamente la observación: “Decerto que as perspectivas teórico-normativas, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, na ‘verdade’ que se propunham não deixavam de ver a expressão de una validade (una validade onto-axiológica ou antropológico-axiológica no jusnaturalismo, e a validade de una legalidade, no positivismo jurídico), simplesmente, enquanto a visavam como *objecto*, não só apagavam nessa intencionalidade teórica o seu verdadeiro sentido normativo como, e já por isso, não compreendiam que una validade normativa enquanto tal convoca sua histórica realização concreta e que esta não é cumprida apenas pela força do enunciado e determinação gerais da sua normatividade, antes exige sempre una mediação judicativa na solução dos problemas que a solicitam” (NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p. 71).

La reafirmación de la racionalidad material en el discurso jurídico de los derechos humanos presupone dos pensamientos fundamentales y recíprocamente complementarios.

Por un lado, emerge la idea de que el Derecho se aplica/realiza en – y de acuerdo con – el caso, para hacer llegar la justicia al problema concreto. Por otra parte, se afirma que también es fundamental para la aplicación judicial del Derecho que se consideren los resultados reales o externos de la decisión, pero solamente aquellos que confirman los fundamentos morales que justifican y apoyan el sistema jurídico de protección social⁷⁴.

Es falsa la suposición de que la alternativa entre formalismo y consecuencialismo se resuelve sólo por medio de una disyunción excluyente⁷⁵. El motivo es que la negación de sumisión de la racionalidad metodológico-jurídica a un programa instrumental no significa aceptar la reducción de esa racionalidad al modelo que define el pensamiento jurídico según el esquema lógico-subsuntivo de la determinación del Derecho⁷⁶.

Lo que demuestra la justicia de la decisión para el caso es la proporción de los términos en que se soluciona el problema jurídico en relación con los resultados finales provocados por la realización del Derecho en la especie. Se pretende evaluar la justicia de la ponderación entre los criterios de la norma abstracta (*intencionalidad normativa*) y las exigencias de justicia del caso concreto que reclama la adjudicación judicial (*realidad problemático-decidenda*)⁷⁷. No existiría realmente una conformación equitativa de la norma para el problema concreto si no se evaluaran las consecuencias futuras de la decisión, que consubstancian finalmente, su verdadero significado sobre la vida de los individuos y de la comunidad⁷⁸.

⁷⁴ El pensamiento consecuencialista complementa al primero en la medida en que la idea de justicia para el caso no prescinde de los efectos reales sentidos por las personas debido a la decisión jurídica. Por otro lado, el argumento para los efectos está, en estos términos, vinculado a la axiología normativa de La que parte el proceso de decisión para el caso concreto.

⁷⁵ MACCORMICK, N. On legal decisions and their consequences. **New York University Law Review**, 58, 2, 239-258, maio de 1983, 239-258.

⁷⁶ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 196.

⁷⁷ Se debe recordar que la adjudicación jurídica debe considerarse como la decisión jurídica final que aplica el Derecho (la última aplicación jurídica del Derecho), concluyendo el caso en cualquier nivel de jerarquía de los organismos jurisdiccionales.

⁷⁸ De acuerdo con la conocida dicotomía elaborada por Max Weber entre la “ética de la convicción” (*Gesinnungsethik*), de carácter deontológico, y la “ética de la responsabilidad” (*Verantwortungsethik*), de índole teleológica (Weber, Max. La política como vocación. In: WEBER, M. **Ciência e Política: Duas Vocações**. São Paulo: Cultrix, 1993. p. 113), se parte aquí de la concepción de que es fundamental también para la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales que se tome en cuenta el resultado de la decisión.

En la obra que plasma las tesis fundamentales de su teoría de la argumentación jurídica, *Legal reasoning and legal theory*, publicada en 1978, Neil MacCormick afirma que en el ámbito de la teoría del derecho, todos parecen estar seguros de que *alguna especie* de consecuencialismo tiene *alguna participación* en la argumentación, pero es mucho menos claro saber *qué especie* y *qué parte*⁷⁹. A continuación, las preguntas de MacCormick: ¿Existe algún tipo de consecuencia particularmente relevante para las decisiones judiciales? ¿Por qué estándares de evaluación las consecuencias deben analizarse y juzgarse como mejores o peores, aceptables o inaceptables?⁸⁰ En otras palabras, ¿“qué ‘responsabilidad’ debe asumir específicamente el juzgador-decisor, qué ‘consecuencias’ deberá considerar concretamente?”⁸¹.

Partiendo de la diferenciación hartiana entre “*clear cases*” y “*hard cases*”, MacCormick reconoce que en los primeros, el juez comúnmente tiene como punto de referencia las reglas de derecho que no son ambiguas, valiéndose de una *justificación deductiva de primer orden* que puede ser una justificación suficiente^{82 83}.

Pero, en los casos difíciles las reglas jurídicas exigen interpretación y justificación más elevadas. En tales casos, la justificación deductiva sólo es posible después de resolver el problema interpretativo, lo que hace necesaria una *justificación de segundo orden* que muestra que la interpretación es necesaria. La *justificación de segundo orden* contiene dos elementos argumentativos: el primero, pretende contribuir a la decisión al indicar que la regla interpretada de una determinada manera muestra consecuencias aceptables (argumentación consecuencialista); el segundo, pretende contribuir a la decisión, al

⁷⁹ John Dewey, uno de los más importantes filósofos americanos de la primera mitad del siglo XX, sustentó de modo original que el pensamiento jurídico sigue una “lógica de búsqueda y descubrimiento”, de índole instrumental, de acuerdo con la cual las reglas jurídicas y principios son “hipótesis de trabalho, precisando ser constantemente testadas em conformidade com o seu desempenho na aplicação a situações concretas”. Essa lógica jurídica instrumental ‘é uma lógica relativa a conseqüências preferencialmente a antecedentes, uma lógica de predição de probabilidades preferencialmente a uma de dedução de certezas”. (DEWEY, John. *Logical Method and Law*. Cornell Law Quartely., n. 1’0, 1924, p. 17, *apud* GOLDING, M. **Filosofia e teoria do direito**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 144). Junto con esa lógica de búsqueda y descubrimiento, existiría la “lógica de la exposición”, de índole formal, “que está em jogo quando juízes declaram aos outros as razões justificantes das conclusões a que eles podem ter chagado (*sic*) de outra maneira. Fundamentos são oferecidos de maneira que a decisão não apareça como uma sentença arbitrária, e para que possa indicar uma regra a ser usada em casos similares no futuro” (GOLDING, M. **Filosofia e teoria do direito**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 144).

⁸⁰ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 241.

⁸¹ NEVES, A. C. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 203.

⁸² MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 24.

⁸³ MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24. Sin embargo, como observa el mismo autor: “Não se pode dizer se o caso com que nos deparamos é fácil ou difícil enquanto não tivermos refletido sobre os princípios, bem como sobre a norma ou normas aplicáveis à primeira vista” (MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 302).

demostrar que la regla interpretada de tal modo está en concordancia con el sistema jurídico existente (argumentación por la coherencia o cohesión)⁸⁴.

En la medida en que las decisiones judiciales tratan sobre el *mundo real*, en el contexto de todo el cuerpo del sistema de derecho normativo, también “deben tener sentido en el mundo y también tener sentido en el contexto del sistema jurídico” (MacCormick, 2006, p. 131)⁸⁵.

La justificación de segundo orden envuelve la verificación de posibles deliberaciones o alternativas recíprocamente opuestas, por medio de la comparación de una con la otra, rechazando aquellas que no satisfagan las exigencias de tener *sentido en el mundo* y tener *sentido en el contexto del sistema normativo*.

El *primer elemento* esencial de la justificación de segundo orden es la argumentación de naturaleza *consecuencialista*, que corresponde a la exigencia de que la decisión debe *tener sentido en el mundo*. Ésta surge del análisis de los efectos de las alternativas decisorias y aun hasta el punto de “examinar los tipos de decisiones que tendrían que tomarse en otros casos hipotéticos que podrían ocurrir y que se encuadrarían en los términos de la deliberación”⁸⁶. También presenta un “carácter intrínsecamente valorativo”, ya que indaga “sobre la aceptabilidad o inaceptabilidad de esas consecuencias”, revelándose, justamente por esa razón, por lo menos en parte, subjetiva⁸⁷.

El *segundo elemento* fundamental de la justificación de segundo orden es el que trata sobre la exigencia de que las deliberaciones deben *tener sentido en el sistema jurídico* como cuerpo *coheso* y *coherente* de normas “cuya observancia garantiza ciertos objetivos valorizados que pueden buscarse en conjunto de modo integral”⁸⁸.

⁸⁴ MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 137.

⁸⁵ MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 131. En un importante texto en el que sustenta la indispensabilidad del derecho a la Seguridad Social, Marcus Orione expresa esencialmente esa conocida idea de MacCormick: “A teoria do direito constitucional, já se reconhece, tem um pouco de ciência da realidade e outra tanto de ciência normativa. Não se pode, no entanto, deixar que os elementos de ciência da realidade tomem conta por completo da interpretação constitucional, sob pena de o aspecto normativo ser relegado a segundo plano. Da mesma forma, para que a Constituição tenha força normativa não basta uma interpretação meramente literal. Na realidade, já dizia Konrad Hesse, a força normativa da Constituição decorre da confluência dos dois fatores (realidade/norma) que a informam”. (CORREIA, M. O. G. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In: CORREIA, É. P. B. (Coord.). *Direito Previdenciário e Constituição*. p. 25-43. São Paulo: LTr, 2004. p. 38)

⁸⁶ MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 133.

⁸⁷ MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 133-134.

⁸⁸ MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 135.

Dada la exigencia de cohesión, por más deseable que sea una deliberación a partir de fundamentos consecuencialistas “no puede ser adoptada si está en contradicción con alguna norma válida y de carácter obligatorio del sistema”⁸⁹. El rechazo de la deliberación sería impuesta en tales condiciones, debido a “su conflicto insoluble con (la contradicción de) normas válidas y establecidas”⁹⁰.

Por su parte, la coherencia requiere la consonancia de la deliberación con un principio racional que pueda explicar o justificar el tratamiento sugerido. La elección entre los modelos o estándares posibles debe ofrecer una solución coherente con el sistema jurídico, traduciendo “valores inteligibles y mutuamente compatibles”. La nueva deliberación debe ser coherente con el sistema jurídico, haciendo referencia a sus diversas normas, frente a los casos concretos, como manifestación de los principios más generales: “la exigencia de coherencia llega solamente hasta donde nuevas deliberaciones manifiestas puedan incorporarse al ámbito del cuerpo existente del principio jurídico general”⁹¹.

En la medida en que la prueba de la coherencia envuelve reflexiones sobre los valores del sistema, y una vez que la argumentación consecuencialista es intrínsecamente valorativa, las dos argumentaciones interactúan y se sobreponen. En otras palabras, “existe una interrelación necesaria entre los argumentos consecuencialistas y el tipo de argumento dictado con exigencia de ‘coherencia’”⁹².

Con relación a la aceptabilidad de las consecuencias, el juez debe orientarse de acuerdo con los fundamentos morales y los principios fundamentales del sistema jurídico, sin que exista ninguna razón para que la valoración de las consecuencias se dé “en los términos de una única escala, como por ejemplo, la escala benthamita de agregados supuestamente mensurables de placeres y dolores”⁹³.

Tal pensamiento se alinea con la idea aquí sustentada de que el ejercicio del Derecho debe darse a partir de una racionalidad preponderantemente comprometida con los fundamentos axiológico-normativos de un determinado sistema jurídico. Eso significa, por un lado, denegar la adjudicación judicial formalista, analizada a través de un raciocinio de

⁸⁹ Se debe hacer la salvedad de que MacCormick denomina “estrategema para la conciliación” (entre las consecuencias y el sistema), o sea, la posibilidad de interpretarse una ley ostensivamente conflictante de tal forma que se evite esa contradicción.

⁹⁰ MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 138.

⁹¹ MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 136.

⁹² MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 142.

⁹³ MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 134.

lógica formal correspondiente a una racionalidad cerrada a valores. Por otro lado, el empleo de la racionalidad material hace resistencia a la instrumentalización del Derecho para el logro de objetivos sociales, políticos y económicos convenientes en determinado momento histórico, lo cual es propio del utilitarismo social. Eso se debe a que la racionalidad instrumental, orientando las acciones según las metas u objetivos comunitarios – aun cuando considerados expresa o implícitamente por el Derecho vigente – también está cerrada a valores.

Libre de la perspectiva formal, la aplicación judicial del Derecho se orienta a través de los resultados que reafirman el conjunto axiológico-normativo de un determinado derecho vigente. Se debe buscar entonces, según la ética de la responsabilidad, las consecuencias externas de la decisión que refuercen los principios que sustentan al sistema jurídico. Específicamente, con relación a la problemática de los derechos económicos, sociales y culturales, es menester investigar, en la solución jurídica del caso concreto, las consecuencias que respetan o enaltecen el conjunto de (normas-fundamentos morales-principios) que fundamentan o justifican la existencia de un sistema de protección social.

A estas alturas, es importante reafirmar la distinción teórico-política entre los estándares normativos que no se confunden con las reglas (principio y política) para, también a partir de la “tesis de los derechos” de Dworkin, encontrar en la asociación entre argumentos de principio y argumentos consecuencialistas un paso fundamental para la proposición del presente trabajo⁹⁴.

Con relación a los fundamentos esenciales de la justificación política, “los argumentos de política justifican una decisión política, al mostrar que la decisión fomenta o protege algún objetivo colectivo de la comunidad como un todo”, mientras que “Los argumentos de principio justifican una decisión política, al mostrar que la decisión respeta o garantiza un derecho de un individuo o de un grupo”^{95 96}.

⁹⁴ Dice Dworkin: “Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “principio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36). O, como en otro lugar señala este mismo autor: “Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos” (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141).

⁹⁵ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 129.

⁹⁶ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129. O en otra versión: “Os argumentos de principio tentam justificar uma decisão política que beneficia alguma pessoa ou algum grupo mostrando que eles têm

En los así llamados casos difíciles, cuando la tarea jurídica no puede limitarse a la aplicación de los términos de una regla de validez incuestionable, aparentemente la decisión puede generarse tanto por argumentos de principios como por argumentos de política (*policy*)⁹⁷. Según la “tesis de los derechos”, en su aspecto normativo, los jueces deben usar argumentos de principio y evitar argumentos de política⁹⁸.

No sería apropiado al Derecho la imposición de un nuevo deber, creado después de un hecho determinado, sólo para mejorar la eficiencia económica global⁹⁹. De igual forma, no se debe aceptar el no reconocimiento de un determinado derecho – en tesis, existente en el sistema jurídico – ponderando su existencia frente a los intereses de una determinada política económica, como el desarrollo y fortalecimiento de una economía capitalista¹⁰⁰.

El modelo decisorio inspirado en la ética utilitarista (argumento de política) no satisface la exigencia de aplicación judicial del Derecho como solución de un problema concreto de acuerdo con una validación normativa vinculante – principalmente, cuando se trata de la satisfacción de derechos sociales de una minoría en época de crisis económica. Lo decisivo, para la aplicación del Derecho, son los fundamentos normativos relacionados con el caso concreto, y no los efectos empíricos o el impacto de determinado derecho sobre las metas colectivas.

En la medida en que “Los argumentos de principio son argumentos destinados a determinar un derecho individual” y “los argumentos de política son destinados a determinar un objetivo colectivo”¹⁰¹, la colonización de los primeros por los últimos, tal como sucede en la visión utilitarista, implica la subordinación o instrumentalización de los derechos a los objetivos.

direito ao benefício. Os argumentos de política tentam justificar uma decisão mostrando que, apesar do fato de que os beneficiados não têm direito ao benefício, sua concessão favorecerá um objetivo coletivo da comunidade política” (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 452).

⁹⁷ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 131.

⁹⁸ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 452.

⁹⁹ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 151.

¹⁰⁰ Por otra parte, el argumento de política no se somete de forma significativa a la “consistencia articulada”, así entendida la coherencia necesaria entre los fundamentos adoptados por una determinada decisión política y hipotéticas decisiones futuras, de forma que estas sean comprendidas como una sustentación de la misma política. Por su lado, un argumento de principio puede ofrecer una justificación para una decisión particular “solamente si es posible mostrar que el principio citado es compatible con decisiones anteriores que no fueron rehechas, y con decisiones que la institución está preparada para tomar en circunstancias hipotéticas” (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 138). Las decisiones, así, “parecen correctas aisladamente”, pero “no pueden hacer parte de una teoría que abarque los principios y de las políticas generales que sea compatible con otras decisiones igualmente consideradas correctas” (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 137).

¹⁰¹ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 141.

Si lo que está en juego es el derecho de un individuo o grupo a la protección social – y no la conveniencia de reafirmación de un determinado objetivo comunitario o de una determinada política económica –, el raciocinio jurídico debe orientarse por los principios ético-jurídicos que fundamentan o justifican la existencia de un sistema de protección social.

Es importante reconocer, junto con Dworkin y MacCormick, que la argumentación con principios no significa necesariamente una justificación no consecuencialista. De hecho, nada impide que consideraciones consecuencialistas se hagan a partir de un argumento de principio¹⁰². Lo decisivo es saber si, de acuerdo con el sistema normativo considerado a partir de sus principios e igualmente del cálculo de las consecuencias de la decisión, el derecho existe.

El reconocimiento jurídico en materia de derechos económicos, sociales y culturales no se debe hacer por la vía del consecuencialismo económico, que implica la adopción de *argumentos de política* propios de una racionalidad instrumental y, por lo tanto, escapa de la pauta axiológica que sostiene nuestro sistema jurídico de protección social.

El fundamento de la decisión judicial frente a los derechos económicos, sociales y culturales debe tener como base la argumentación a partir de principios, esos estándares normativos que, consubstanciando la exigencia de justicia o equidad u otra dimensión de la moral, justifican o reclaman la existencia de esos derechos¹⁰³.

Además, es necesario dirigir la atención hacia los efectos externos de la decisión en aquello que afecta esas normas y exigencias de justicia que se encuentran a subyacentes a ella, procurando en el caso concreto, la solución equitativa que reafirme el conjunto axiológico-normativo que justifica la individualización del objetivo político de protección social.

Sin limitarse a la racionalidad decisoria estrictamente apriorística y axiomático-deductiva – “sin consideración pragmática de las circunstancias concretas de la situación problemático-decisoria” – el juez debe navegar “en una fundamentación normativa material que garantice la consonancia práctica entre los fundamentos invocados y el contenido

¹⁰² DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 454-455.

¹⁰³ Desde la misma perspectiva, pero formulándose por medio una proposición negativa: el juez no debe orientarse a partir de un raciocinio judicial instrumental que, expresa o implícitamente, busca justificar la decisión sobre los derechos sociales, económicos y culturales en aquello que sirve para fomentar un objetivo – económico, político o social de la comunidad – a ser alcanzado (argumento de política).

normativo-concreto de su realización”, fundamentación ésta que es “situacional-pragmáticamente referida y se asume constitutiva y concretamente responsable”¹⁰⁴.

El raciocinio jurídico debe considerar el problema concreto sobre el que va a decidir – incluyendo las consecuencias reales de la decisión sobre los agentes involucrados – orientándose por los fundamentos axiológico-normativos de los derechos económicos, sociales y culturales y por las consecuencias que refuerzan esos fundamentos.

De esta forma, queda demostrada la única consideración de los efectos de la decisión aceptable por el pensamiento metodológico-jurídico, en la medida en que reconoce el derecho como una ética de responsabilidad, aunque actuando en la inmanencia intencional de la juridicidad (de la axiológica normatividad jurídica).¹⁰⁵

Es justamente ese el espacio para el consecuencialismo jurídico y ese sustrato teórico sirve como apoyo a la idea de que el juez es responsable por los – y debe considerar – los efectos externos que provocan sus decisiones.

Sólo resta relacionar la argumentación metodológica aquí sustentada con los problemas jurídicos teniendo como referencia los derechos económicos, sociales y culturales. Eso implica investigar los principios (y no las metas) que justifican y constituyen la estructura del sistema jurídico de protección social. Serán ellos los que, finalmente, arrojarán luces sobre la naturaleza de las consecuencias que deben ser sopesadas y juzgadas como buenas o malas, aceptables o inaceptables.

Definir las consecuencias que pueden y deben ser tomadas en consideración en la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales presupone el análisis de la pauta moral que consubstancia los principios que fundamentan un sistema de protección social.

Efectivamente, a partir de los fundamentos morales que justifican o reclaman la existencia de un sistema de protección social se alcanzan los principios jurídicos que aglutinan tal pauta axiológica y la revisten de normatividad jurídica.

Por ser una mediación entre la pretensión de la norma y la realidad del caso concreto, la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales debe dirigirse al reconocimiento y promoción de una consecuencia principal: la protección de una persona que

¹⁰⁴ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 203-204.

¹⁰⁵ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 204-205.

se presume se encuentra en una contingencia de necesidad económica, social o cultural. En otras palabras, el factor más importante de la realidad es la vida humana y sus posibilidades de preservación condigna frente al resultado jurídico de la decisión. Esa consecuencia está directamente relacionada con el fundamento axiológico-normativo del sistema jurídico de esos derechos humanos, que es precisamente la protección contra la necesidad y la garantía de los medios para el desarrollo¹⁰⁶.

El argumento de la protección contra la necesidad humana y para su desarrollo e integración social, justificador de los principios que fundamentan los derechos económicos, sociales y culturales, consubstancia legítima adopción de consideraciones consecuencialistas en materia social.

El consecuencialismo jurídico en el tema de los derechos sociales, económicos y culturales es aceptable sólo en esos términos. Y en esos términos, es momento integrante indispensable de la constitución equitativa de la norma en el caso concreto.

CONSIDERACIONES FINALES

El hecho de que la ética consecuencialista se sujete a la fuerza normativa de los derechos económicos, sociales y culturales, es probablemente la idea central de la propuesta que desarrolla el presente estudio. El modo contingente de lo que es útil o conveniente en determinado tiempo y lugar, de acuerdo con la percepción política de un determinado momento histórico, se contrapone a la eficacia axiológico-normativa de los derechos humanos y fundamentales (eficacia normativa de la Constitución, en último análisis, sus principios más generales y sus objetivos más fundamentales).

Por medio de la labor hermenéutica, el juez no sólo dicta la Constitución, como también cuánto vale y para qué sirve esa Constitución.

El consecuencialismo utilitarista hospeda la tesis de que el juez, al aplicar el Derecho, debe ofrecer una solución cuyo resultado traduzca un estado más ventajoso en términos de maximización de preferencias, intereses o prosperidad de la comunidad. En una situación de contingencia económica crítica, la solución utilitarista se muestra como una salida conveniente. Importantes decisiones judiciales pueden pensarse en términos más

¹⁰⁶ En este punto es de crucial importancia rescatar lo que fue articulado en la primera parte de este trabajo, referente a la fundamentación moral de los derechos económicos, sociales y culturales.

estratégicos que jurídicos. Dichas decisiones pueden concebirse como un medio para alcanzar el objetivo considerado socialmente útil.

Esa racionalidad instrumental en la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales no puede ser aplaudida por la metodología jurídica ni en momentos de crisis. Entre otras cosas, era algo parecido lo que había considerado Konrad Hesse cuando expresó la célebre noción de que no es en tiempos tranquilos y felices que la Constitución normativa se ve supeditada a su propia fuerza, sino en las situaciones de emergencia, en los tiempos de necesidad¹⁰⁷.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRAMOVICH, V. & COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2005.

BERCOVICCI, G. **Constituição e estado de exceção permanente**. Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BOBBIO, N. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

CAMARGO, R. A. L. **“Custos dos direitos” e reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

COELHO, L. F. A fundamentação dos direitos humanos. *In*: CAMBI, E. et al. (Org.). **Direitos fundamentais revisitados**. p. 39-88. Curitiba: Juruá, 2008.

CORREIA, M. O. G. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *In*: CORREIA, É. P. B. (Coord.). **Direito Previdenciário e Constituição**. p. 25-43. São Paulo: LTr, 2004.

CORTÉS, L. E. Globalización, ética y Derechos Humanos. Propuesta para afrontarlos desde la Universidad. En HERNÁNDEZ, C. A. et al. **Globalización y Derecho**, Bogotá: Universidad Libre, 2010.

CRUZ, P. M. Fundamentos Históricos, Políticos e Jurídicos da Seguridade Social. *In*: ROCHA, D. M. & Savaris, J. A. **Curso de Especialização em Direito Previdenciário, 1**. p. 11-92. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁰⁷ HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 25.

- ESPING-ANDERSEN, G. **Social Foundations of Postindustrial Economies**. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- ESPING-ANDERSEN, G. After de Golden Age? Welfare State Dilemmas in a Global Economy. *In: Welfare States in: Transition. National Adaptations in a Global Economies*, London: Sage Publications, 1996.
- GADAMER, H. G. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 2003.
- GOLDING, M. **Filosofia e teoria do direito**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.
- HART, H. L. A. Between utility and rights. *In: Ryan, A. (ed.). The idea of freedom*. p. 77-98, 1979.
- HECK, P. **El problema de la creación del derecho**. Granada: Editorial Ariel, 1999.
- HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOFFE, O. **O que é Justiça?** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- HOLMES, S. ; SUNSTEIN, C. R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: Norton, 2000.
- IANNUCILLI, L. **Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale**, Parte I – Profili storici e teorici. p. 2-25. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegniseminari/STU199_Omissione_legislatore.pdf>. Acesso em: 26 jan 2012.
- IHERING, R. v. **A finalidade do Direito**. Campinas: Bookseller, 2002.
- KANT, I. **Os Pensadores – Kant (II)**. Fundamentos da metafísica dos costumes. p. 103-162. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOPES, J. R. L. Em torno da reserva do possível. *In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. p. 173-193. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACCORMICK, N. On legal decisions and their consequences. **New York University Law Review**, 58, 2, 239-258, maio de 1983.
- MORAIS, J. L. B. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. *In: CANOTILHO, J. J.; STRECK, L. L. Boletim da Faculdade de Direito*

Studia Iuridica, 89 – Entre discursos e culturas jurídicas. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.

NEVES, A. C. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.

ORTEGA, M. **La racionalidad jurídica**. Madrid: Tecnos, 1998.

PERELMAN, C. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIERSON, P. **The New Politics of the Welfare State**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

PIERSON, P. **Dismantling the Welfare State?** Reagan, Thatcher, and the Politics of Retrenchment. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

POLANYI, K. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

POUND, R. **Las grandes tendencias del pensamiento jurídico**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1950.

POSNER, R. **The economics of justice**. Harvard: Cambridge University Press, 1983.

RAWLS, J. **A theorie of justice**. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1971.

SANTOS, B. S. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Editora Cortez, 2005.

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

SAVARIS, J. A. O processo de reformas da Previdência Social no Brasil como subversão da lógica do desenvolvimento progressivo dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. En Cambi, E. *et al* (organizadores). **Direitos Fundamentais Revisitados**, Curitiba, 2008.

SAVARIS, J. A. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

SCHEFFLER, S. **Consequentialism and its critics**. New York: Oxford University Press, 1998.

SEN, A. Well-being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984. **The journal of Philosophy**, 82, 4, 169-221, abril de 1985.

SILVA, V. A. S. **Taking from the poor to give to the rich**: the individualistic enforcement of social rights. Disponível em: <<http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

SZTAJN, R. Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil. **Revista de Direito Mercantil**, 111, p. 9-28, 1998.

TEJADA, J. T. Los Derechos Sociales en el contexto de la globalización. **Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico**, 9, p. 147-162, 2011.

VILLEY, M. **Filosofia do Direito: Definições e fins do direito; os meios do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VITA, Á. O lugar dos direitos na moralidade política. Lua Nova. **Revista de Cultura e Política**, 30, p. 5-34, 1993.

VITA, Á. **Liberalismo Igualitário, sociedade democrática e justiça internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VITA, Á. **A Justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Unesp, 2000.

WEBER, M. **Ciência e Política: Duas Vocações**. São Paulo: Cultrix, 1993.

O DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL GLOBAL: UMA COMPARAÇÃO ENTRE OS MODELOS DE PORTUGAL E DO BRASIL

Diogo Marcel Reuter Braun¹

João Daniel Ribeiro Veloso Gomes²

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende estudar, de forma comparada, dois distintos sistemas jurídicos de acesso à justiça, pelos necessitados. Um, adotado como modelo no Brasil, é um sistema atrelado a entidade pública, constitucionalmente consagrado, que visa a promoção e implementação da Defensoria Pública como mecanismo de “acesso à justiça”. O outro, modelo de Portugal e compartilhado pelos países estados-membros da União Europeia (EU), em que o Estado recorre à remuneração de defensores privados que exerçam a garantia de defesa aos sujeitos que necessitem deste mecanismo de acesso ao direito.

Apesar da adoção de soluções distintas, ambos os Estados revelam semelhante preocupação com o problema, visto que, saindo de regimes ditatoriais, dotaram as respetivas Constituições de mecanismos de proteção de acesso à justiça e tutela jurisdicional efetiva.

Será feita uma avaliação de quais os principais fundamentos que a doutrina produziu sobre a temática de acesso à justiça, quer do ponto de vista do Direito, quer de uma perspectiva da Criminologia, salientando assim os princípios, virtudes e dificuldades na implementação dos sistemas.

O estudo procura relacionar ainda a questão do acesso à justiça com a globalização, procurando entender quais os fenómenos e forças que influenciam a adoção padronizada de modelos.

Não constitui objeto do presente trabalho a tomada de posição de um dos sistemas em detrimento do outro, mas sim apontar aspetos positivos e negativos das diferentes

¹ Mestrando em Direito Pela Universidade do Vale do Itajaí. Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí e em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera Uniderp. Email: diogobraun@gmail.com

² Mestrando em regime de dupla titulação pela Universidade do Minho (Portugal) e Universidade do Vale do Itajaí (Brasil). Graduado em Criminologia pelo Instituto Universitário da Maia (Portugal). Email: joaodanielgomes@hotmail.com

soluções, contribuindo, assim, para a partilha e globalização de princípios e regras jurídicas relacionadas com a assistência jurídica aos necessitados.

1. DIREITO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS NECESSITADOS COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

1.1 Regime jurídico no Brasil

1.1.1 Igualdade, acesso à justiça e igualdade jurisdicional

Um dos princípios basilares do regime geral dos direitos fundamentais é o princípio da igualdade, em que se concentra uma grande riqueza de conteúdo. Referido princípio é tido como o núcleo normativo do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica.

Na atual constituição brasileira o princípio da igualdade está consagrado no “caput” do artigo 5º., sob o comando de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.³

Não se deve, contudo, limitar seu conteúdo apenas à igualdade formal, consagrada no liberalismo clássico, em que se propõem uma igualdade perante a lei, “no sentido de a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos”⁴.

A busca que se deve ter na aplicação do princípio da igualdade passa também por “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”⁵. Trata-se da igualdade material, mais real diante dos bens da vida, distinta daquela apenas estatuída perante a lei.

Sob tal perspectiva, a normatizações contemporâneas passaram a prever discriminações positivas, na medida em que o

[...] constituinte tratou de proteger certos grupos que, segundo o seu entender, mereceriam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.⁶

Segundo Canotilho, “esta igualdade conexiona-se, por um lado, com uma política de ‘justiça social’ e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 de ago. 2014.

⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 22ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 213.

⁵ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 13ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 679.

⁶ ARAUJO, David; JUNIOR, Nunes. Citado por LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 13ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 679.

dos direitos econômicos, sociais e culturais”.⁷ De outro lado, complementa o autor, tal princípio é inerente à percepção de igual dignidade social e de igual dignidade da pessoa humana, funcionando não apenas como fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, objetivas ou subjetivas, mas também como princípio jurídico constitucional que impõem compensações de desigualdade de oportunidades e como postulado sancionador da ofensa da igualdade por comportamentos omissivos.⁸

O princípio da igualdade está presente em diversos dispositivos constitucionais no Brasil, podendo ser citados: o artigo 5º., inciso I, que anuncia a igualdade entre homens e mulheres; o art. 7º. Incisos XXX e XXXI, com regras de igualdade material, proibindo distinções baseadas em certos fatores; o art. 3º., incisos III e IV, que estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a repulsa a qualquer tipo de discriminação; tem-se, ainda, a universalização da seguridade social (art. 194); a garantia ao direito à saúde (art. 196); o direito à educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 205); enfim, a preocupação com a justiça social como objetivo das ordens sociais e econômicas, tudo isso em busca uma igualdade material.⁹

Dentre os comandos que derivam do citado princípio está a igualdade jurisdicional. Para Silva, o princípio da igualdade jurisdicional apresenta-se sob dois prismas, sendo o primeiro dirigido ao juiz para evitar que ele faça distinções quando se depara com situações iguais e, o segundo, como “interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça.”¹⁰

A primeira situação consistiria, basicamente, na vedação de julgamentos feitos por tribunais de exceção, caracterizando o juiz natural, permitindo que as pessoas sejam julgadas com plena igualdade, por parte de um tribunal independente e imparcial.

A outra faceta do princípio da igualdade jurisdicional se revela quando se busca a igualdade de condições dos desiguais perante a justiça. Para Silva:

Formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela (art. 5º., XXXV). Mas realmente essa igualdade não existe,

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ª. Ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 567.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, p. 567-568

⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 210-211.

¹⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 217.

“pois está bem claro hoje que tratar ‘como igual’ a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e injustiça”.¹¹

Assim, somente poder-se-ia conceber uma real igualdade jurisdicional caso houve igualdade no acesso à Justiça de pessoas que estejam em situações distintas, especialmente sob o enfoque econômico e social.

Ademais, o efetivo acesso à justiça, também consagrado direito constitucional, significa não só a possibilidade de livre acesso à jurisdição mas, sobretudo, à uma ordem jurídica justa. Segundo Watanabe:

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti.¹²

Tentando assegurar essa igualdade material no acesso à justiça que surgiu a obrigação estatal de garantir assistência jurídica integral aos que comprovarem sua insuficiência de recursos.

1.1.2 Aspectos históricos

Os primeiros registros legais de benefício aos necessitados sob o ponto de vista processual surgiram, no Brasil, na primeira metade do século XIX, com a isenção dos considerados pobres do pagamento de despesas processuais.

Após a proclamação da República, no Governo Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca, editou-se o Decreto n. 1030/90, em que se previa a autorização para o Ministério da Justiça organizasse uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres no crime e cível.¹³

Pouco depois, no Distrito Federal, por meio do Decreto Federal n. 2.457/97, previu-se a assistência judiciária para o patrocínio gratuito das causas dos pobres litigantes no cível e

¹¹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 218-219.

¹² WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo**.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

¹³ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica: integral e gratuita**. São Paulo: Método, 2003, p. 98.

no crime. Foi este o primeiro documento legislativo no Brasil a prever a assistência judiciária organizada.¹⁴

Sob o ponto de vista constitucional, desde 1934 todas as Constituições brasileiras, com exceção a de 1937, firmaram a prestação da assistência judiciária aos necessitados como um dever do Estado.

A Constituição de 1934 previu em seu art. 113, n. 32, que a assistência judiciária aos considerados necessitados seria obrigação da União e dos Estados, que deveriam criar órgãos especiais para este fim. Com base em tal mandamento constitucional alguns estados da federação, como São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, criaram um serviço estatal de assistência judiciária, contando com advogados pagos pelo próprio estado.¹⁵

Na Constituição de 1946 ficou previsto apenas o comando genérico de que “o poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados” (art. 141, par. 35)¹⁶, o que foi, de certo modo, repetido pelas Constituições outorgadas em 1967 (art. 150, par. 32)¹⁷ e 1969 (art. 153, par. 32), com a diretriz: “será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei.”¹⁸

Atualmente, o regime constitucional brasileiro prevê a assistência jurídica aos necessitados como direito fundamental, positivado no art. 5º, inciso LXXIV, anunciando que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”¹⁹

A vigente Constituição prevê, ainda, qual o órgão ficará incumbido dessa prestação, ao criar a Defensoria Pública, no art. 134, que sofreu recente modificação, através da Emenda Constitucional n. 80/2014. A redação do dispositivo é a seguinte:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em

¹⁴ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica: integral e gratuita**, p. 98.

¹⁵ JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria pública e o princípio da justiça social**. Curitiba: Jurua, 2006, p. 77-78.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 30 de ago. 2014.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.²⁰

Passa-se, agora, a tecer algumas considerações a respeito da assistência jurídica aos necessitados e o exercício desse mister pela Defensoria Pública.

1.1.3 Assistência jurídica aos necessitados e a Defensoria Pública

No Brasil, a assistência jurídica aos considerados pobres foi assegurada na Lei Maior, constituindo uma garantia fundamental, evidentemente auto-aplicável, não necessitando de regulamentação.

A positivação desse direito representa nítida medida afeta à concretização de um Estado Social de Direito, sobretudo porque permite que pessoas carentes possam litigar em juízo (ou mesmo ser juridicamente representado e/ou orientada fora dele), para assegurar seus direitos, inclusive perante o próprio Estado.

Na verdade, para a população menos favorecida, o amplo acesso à Justiça através de profissionais plenamente capacitados é tão importante e fundamental quanto o acesso à saúde, à educação, à moradia digna, à cesta básica da alimentação e à própria segurança, inclusive aquela desejada no interior de estabelecimentos penais.²¹

Essa assistência jurídica significa todo e qualquer auxílio prestado à pessoa hipossuficiente, inclusive o aconselhamento preventivo que vise a afastar o conflito de interesse, sem, necessariamente, discuti-lo nos tribunais. Por isso, há distinção entre assistência jurídica e judiciária. “Modernamente, em face do preceito constitucional, o Estado não quer apenas garantir a assistência judiciária; propõem, acima de tudo, a promover a proteção social do necessitado através da assistência jurídica.”²²

Por oportuno, ainda no campo das distinções de institutos afetos, esclarece-se que a conhecida justiça gratuita implica apenas na gratuidade de custas e despesas, tanto judiciais como extrajudiciais, decorrente de um processo judicial.²³

A garantia de assistência jurídica, entretanto, há de ser gratuita e integral. A integralidade advém, conforme anteriormente descrito, do fato de se abranger a assistência

²⁰ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

²¹ CARVALHO citado por SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica: integral e gratuita**, p. 54.

²² RAMOS, Glauco Gumerato. Assistência jurídica integral ao necessitado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 765, Ano 88, p. 49-58, jul/1999, p. 51.

²³ JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria pública e o princípio da justiça social**, p. 82.

prévia, a orientação, bem como o acompanhamento da demanda judicial. Ou seja, a assistência jurídica deve ser entendida de forma ampla, superando apenas o aspecto judicial.

Já a gratuidade, por óbvio, confere ao titular do direito fundamental à assistência judiciária a certeza de que não terá custos financeiros com isso.

Os destinatários do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, segundo a norma constitucional brasileira, são aqueles que “comprovarem insuficiência de recursos”. Neste sentido, a Lei Nacional n. 1.060/50, conhecida Lei de Assistência Judiciária, em seu artigo 2º diz que necessitado é “aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”²⁴, seja ele nacional ou estrangeiro residente no Brasil, que necessitem recorrer à justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

O necessitado, destarte, “não é apenas o pobre ou indigente, e sim aquele cuja situação econômica não lhe permita arcar com as despesas do processo.”²⁵

Mas não são só os necessitados economicamente são beneficiados com a assistência jurídica. Com efeito, no âmbito da defesa criminal, há a garantia processual de nomeação de um advogado, às expensas do Estado, caso não constitua o acusado um particular. Seriam estes, no entende de Grinover, necessitados não no sentido econômico, mas no sentido jurídico.²⁶

E a própria Constituição da República de 1988 tratou de definir a forma como essa assistência jurídica deveria ser feita. Com efeito, na Seção IV, do Capítulo IV, do Título IV, destinado a disciplinar as funções essenciais à Justiça, a Constituição previu que a Defensoria Pública seria o órgão responsável pela “a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados[...].”²⁷

No Brasil, portanto, é do Estado a obrigação de prestar a assistência jurídica integral e gratuita. Para tal incumbência foi definida a existência de um órgão central, independente, composto e obrigatório: órgão porque se constituem em um centro de atribuições

²⁴ BRASIL. **Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

²⁵ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica: integral e gratuita**, p. 66.

²⁶ GRINOVER citada por SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica: integral e gratuita**, p. 65.

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

específicas instituído para o desempenho de funções estatais, por meio de seus servidores; central pois sua atribuição é exercida em todo o território da base política em cuja estrutura administrativa encontra-se contida; independente em razão da independência funcional conferida aos seus membros e à própria instituição, que possui, ainda, autonomia funcional, administrativa e financeira; em relação a sua estrutura, a Defensoria apresenta-se como órgão composto, eis que é constituída por diversos centros de distribuição; a Defensoria é órgão obrigatório ante a existência de imposição constitucional.²⁸

As garantias conferidas à Defensoria Pública foram recentemente reforçadas pela promulgação da Emenda Constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014. Por meio dela foi alterada a cabeça do art. 134 para prever expressamente que a referida instituição era permanente, bem como ampliou a competência, antes restrita à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. A partir da emenda, a Defensoria tem guarida constitucional também para a promoção dos direitos humanos e a defesa, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos. Esses novos elementos já eram previstos em lei e, com a emenda, foram alçados ao status de norma constitucionais, ganhando a força que lhe é inerente.²⁹

A referida emenda constitucional incluiu mais um parágrafo ao art. 134, em que anuncia os princípios institucionais da Defensoria Pública. São eles a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se, ainda, quando for o caso, algumas regras constitucionais afetas à magistratura (art. 93 e inciso II do art. 96 da Constituição da República).³⁰

A Defensoria Pública abrange a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e as Defensorias Públicas dos Estados. A formatação desse modelo é explicada por Junkes:

A concepção desse modelo segue, em linhas gerais, a do Poder Judiciário. A forma federal de Estado implica que estrutura do Poder Judiciário brasileiro se biparta em Justiça Federal e Estadual. Ambas, por sua vez, também se bipartem em comum e especializada, em função da competência determinada pela Constituição. À justiça especializada, tanto federal como estadual, cabe a prestação jurisdicional relativa a um rol restrito de matérias. À Justiça

²⁸ JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria pública e o princípio da justiça social**, p. 83-84.

²⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

³⁰ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

Comum, em termos genéricos, cabe a prestação jurisdicional relativa a todas as matérias remanescentes.³¹

Assim, a Defensoria da União, com atividade abrangendo todo o território nacional, teria atuação circunscrita à Justiça Federal, tanto comum como especializada. Além disso, cabe-lhe atuar nas instâncias administrativas da União. As Defensorias Públicas dos Estados, criadas e organizadas, inclusive juridicamente, em suas próprias unidades da Federação, tem como incumbência a atuação perante a Justiça estadual e as instâncias administrativas estaduais. O mesmo ocorre com a Defensoria Pública do Distrito Federal e territórios, que tem a missão de atuar no Poder Judiciário do Distrito Federal e nas instâncias administrativas do respectivo ente.

A norma que rege a Defensoria Pública da União é a Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, conhecida como Lei Orgânica da Defensoria Pública. Lá estão previstas as regras quanto à organização da instituição, funcionamento, atribuições e competências de seus órgãos, bem como o regime jurídico de seus membros.³²

Essa mesma norma estabelece também as normas gerais que deverão ser obedecidas pelos Estados da federação na organização de suas próprias defensorias.

No Brasil, portanto, a assistência jurídica aos necessitados, integral e gratuita, se dá por órgão do Estado, denominado Defensoria Pública, cuja divisão abrange a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Estados.

1.2 Assistência jurídica aos necessitados e o regime jurídico em Portugal

A questão do acesso ao Direito é frequentemente relacionada ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo, no entanto, a conceituação deste princípio algo difícil, visto ser pouco consensual entre os autores. Encontramos então definições por vezes contraditórias, incompletas ou imprecisas.³³

³¹ JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria pública e o princípio da justiça social**, p. 84.

³² BRASIL. **Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

³³ SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. Porto Alegre: livraria do advogado editora, 2012, p. 50.

Segundo Jorge Miranda, a constatação de que o ser humano tem como denominador comum ser dotado de razão e consciência, isso só por si deve expressar em o que consiste o princípio da igualdade.³⁴

Para Gomes Canotilho, “[...] a dignidade da pessoa humana representa a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico [...] que é incompatível com uma definição reducionista da dignidade.”³⁵

Ingo Sarlet procura, então, concretizar o conceito, ensaiando a seguinte definição, que adotamos neste artigo:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto quanto contra e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³⁶

Com a revolução de 1974, e a implementação da Constituição da República Portuguesa em 1976, uma das grandes preocupações foi proporcionar ao povo português uma Constituição-garantia, de proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos, nomeadamente no campo da preservação da dignidade humana, igualdade de direitos, acesso à justiça e participação democrática.³⁷

Jorge Miranda refere que “a primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento.” A fruição dos mesmos, só é possível com a real consciência do seu conhecimento, ficando o sujeito capaz de “avaliar as desvantagens e os prejuízos que sofre quando não os pode exercer ou efetivar ou quando eles são violados ou restringidos”.³⁸

O mesmo autor prossegue o raciocínio, alertando para a cada vez mais pertinente e urgente necessidade de acautelar o acesso à justiça, numa sociedade global, onde se encontra cada vez mais difícil, pela diversidade e quantidade de informação, compreender

³⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 183.

³⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 225-226.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**, p. 73.

³⁷ Atendendo ao preâmbulo da CRP, que realça esta ideia da seguinte forma: “A assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito Democrático [...]” (Portugal. **Constituição da República Portuguesa**, atualizada de acordo com a Lei Constitucional de 2005, de 12 de Agosto. Coimbra: Almedina, 2005, p.7)

³⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, p. 254.

quais os direitos e deveres de cada indivíduo, e quais as regras procedimentais adequadas a adotar. Dotar o indivíduo de condições de acesso ao direito é, na opinião do autor, um processo de democratização do direito. E vai mais longe ainda, afirmando que as normas que se referem ao direito do cidadão de acessar à justiça, devem ser normas preceptivas, de invocação imediata, tendencialmente sem necessidade de interposição do legislador para produzir efeitos na sua plenitude.³⁹

Quanto à figura do advogado, Jorge Miranda refere-se a esta classe profissional como profissionais que gozam de discricionariedade técnica, seguindo critérios de legalidade e responsabilidade deontológica, tendo entre as suas atribuições a defesa do Estado e do Direito, bem como garantir os direitos individuais, notadamente na promoção do acesso ao conhecimento e aplicação do direito. Pelo que, qualquer sujeito tem direito a fazer-se acompanhar de advogado perante qualquer autoridade; tendo inclusivamente o direito de escolha quanto ao profissional que o vai assistir.⁴⁰

Explica que, apesar de a CRP⁴¹ não mencionar expressamente em nenhum preceito legal a figura da advocacia⁴², os advogados prestam um contributo decisivo na administração da justiça. E mesmo se tratando de uma profissão liberal privada, tradicionalmente oferece garantias insubstituíveis de proteção livre dos direitos dos cidadãos.⁴³

O direito a um processo equitativo está inserido em diversas disposições normativas de Brasil⁴⁴ e Portugal, bem como em disposições Internacionais, notadamente no art. 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; no Art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁴⁵; no art. 14º d)⁴⁶ do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Cívicos e Políticos; art. 47º da Magna Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; no art. 20º da CRP, e

³⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, p. 255.

⁴⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, p. 255.

⁴¹ Portugal. **Constituição da República Portuguesa**, p.7.

⁴² Assim como também não refere em nenhum artigo, a título de curiosidade, que o acesso ao Direito pelos necessitados tem de ser gratuita.

⁴³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, p. 255.

⁴⁴ Supra referidas no presente artigo.

⁴⁵ Sendo o nome original *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*.

⁴⁶ Quando se refere que o réu deve “estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo”. (BRASIL. **Decreto n. 592, de 06 de Julho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014)

demais normas infra constitucionais portuguesas, especialmente a lei 34/2004 de 29 de Julho, denominada como Lei de Apoio Judiciário.⁴⁷

Analisando o art. 20º da CRP, que se encontra inserido no título II da Parte 1, constata-se que o acesso ao direito é uma garantia de todos os cidadãos, elencando quais os direitos que devem ser acautelados, notadamente o do acesso ao direito (art. 20 nº 1, 1ª parte); acesso aos tribunais (art. 20 nº 2, 2ª parte); direito à informação e consulta jurídica (nº 2, 1ª parte); direito ao patrocínio judiciário (no nº2, segunda parte do artigo); direito à assistência prestada por advogado; proteção ao segredo de justiça (nº 3 do art. 20); razoabilidade do prazo de resolução do processo (nº 4, 1ª parte); processo equitativo (nº4, 2ª parte); e tutela efetiva (nº 5 do mesmo preceito legal). Em suma, a norma visa garantir o acesso à informação e consulta jurídica, bem como o patrocínio judiciário a todos os cidadãos.⁴⁸

Explica Jorge Miranda, que a Constituição Portuguesa ordena⁴⁹ a interpretação e integração dos preceitos que dizem respeito aos direitos fundamentais que constam da Declaração Universal dos Direitos Humanos, transformando, desta forma, princípios de direito internacional em princípios de direito Constitucional Português.⁵⁰ Portanto, a título exemplificativo, o art.10º⁵¹ da Declaração é um dos preceitos que incluem princípios de Direito, que foram integrados na CRP.

Quanto à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, esta tem uma preocupação em detalhar quais as garantias mínimas a conceder ao réu de um processo, nomeadamente o de ser informado em curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; que lhe seja disponibilizado tempo e meios necessários para a preparação da sua defesa; ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, p. 254.

⁴⁸ Portugal. **Constituição da República Portuguesa**, 2005.

⁴⁹ Art. 16º nº2 da CRP: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.” (Portugal. **Constituição da República Portuguesa**, 2005.)

⁵⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, p. 139.

⁵¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, artº 10: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” (**Resolução 217 A(III) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 em Dezembro de 1948**. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm >. Acesso em: 30 ago. 2014).

gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; entre outras garantias.

O art. 47º da Magna Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nos seus parágrafos terceiro e quarto, prevê que deve ser concedido apoio judiciário (de representação) aos necessitados bem como o direito a um processo justo e equitativo. Mais do que isto, preocupa-se a União Europeia em garantir o patrocínio judiciário àqueles que preenchendo os requisitos, necessitem de apoio para litígios transfronteiriços, estabelecendo regras comuns aos Estados-membros.⁵² Incentiva ainda, conjuntamente com o apoio judiciário, que seja promovido o encaminhamento para medidas de resolução alternativa de litígios, notadamente a Mediação Penal, sempre que isso seja possível.⁵³

Mas é a Lei Portuguesa n. 34, de 29 de Julho de 2004, que expõe de forma clara a principal diferença de modelos entre Portugal e Brasil. O país luso opta por responsabilizar o Estado na garantia de assistência jurídica ao necessitado⁵⁴, mas remete essa assistência para protocolos de cooperação entre o Estado e respectivas instituições que representam as profissões forenses, que irão, portanto, concretizar esse apoio judiciário.⁵⁵ Não existe, destarte, um órgão estatal específico para prestar o apoio. Apoio este que é dividido em duas categorias essenciais: consulta jurídica e apoio judiciário. Note-se que o rendimento tido em conta é exclusivamente o rendimento do sujeito e não o do agregado familiar, ou da pessoa que tem obrigação de lhe prestar alimentos, com bem demonstrou o acórdão nº 654/2006 do tribunal Constitucional Português.⁵⁶

⁵² A Directiva 2002/8/CE do Conselho de 27 de Janeiro de 2003 no seu nº 6, dispõe que “a falta de recursos de uma pessoa implicada num litígio, como demandante ou demandado, bem como as dificuldades resultantes da incidência transfronteiriça de um litígio, não deverão constituir obstáculos a um acesso efectivo à justiça.” (União Europeia, **Euro-lex**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:026:0041:0047:PT:PDF>> Acesso em: 30 ago. 2014).

⁵³ “O apoio judiciário deve ser concedido nas mesmas condições, quer se trate de processos judiciais tradicionais ou de procedimentos extrajudiciais, como a mediação, desde que a utilização destes últimos seja exigida por lei ou ordenada por um tribunal”, é o que consta do nº 21 da Directiva 2002/8/CE do Conselho de 27 de Janeiro de 2003. (União Europeia, **Euro-lex**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:026:0041:0047:PT:PDF>> Acesso em: 30 ago. 2014).

⁵⁴ O apoio não é necessariamente integral. O necessitado pode apenas ter ajuda de custo parcial com o processo, dependendo da sua capacidade contributiva. E se, durante o curso do processo, a sua capacidade económica apresentar melhorias, esse apoio pode deixar de ser disponibilizado (art. 8º a 10º da Lei de Apoio Judiciário).

⁵⁵ Conforme fica claro no art. 2.º nº 1 da referida lei. (União Europeia. **Euro-lex**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:026:0041:0047:PT:PDF>> Acesso em: 30 ago. 2014).

⁵⁶ “A decisão seguiu os seguintes termos: “não aplicar o Anexo à Lei n.º 34/04, de 29 de Julho, conjugado com os artigos 6º a 10º da Portaria n.º 1085-A/04, de 31 de Agosto, na parte em que impõem seja considerado para efeitos do cálculo do rendimento relevante do requerente do benefício do apoio judiciário, maior, estudante, a quem são prestados alimentos pela avó, o rendimento daquela, por violação do direito de acesso ao Direito e aos tribunais consagrado no art.º 20º da CRP; conceder provimento ao recurso e em consequência e pelos fundamentos expostos, conceder ao requerente o benefício do apoio judiciário nas modalidades peticionadas: dispensa total de taxa de justiça e demais encargos com o processo, nomeação e pagamento de honorários de patrono.” (Portugal, **Tribunal Constitucional**, acórdão 254/2006,

Coloca-se pois, a questão de saber como efetivar essa proteção jurídica. Como ensina Gomes Canotilho, são as próprias normas constitucionais, internacionais e legais que irão garantir o acesso aos tribunais, impedindo que a eventual não existência de uma determinação legal (ou até mesmo, como refere o autor, através da excessiva “determinação dos caminhos judiciais”, ou seja, convivência abundante de normas de acesso demasiado confusas e contraditórias) extermine este direito fundamental.⁵⁷

Um dos princípios fundamentais que tem necessariamente de ser analisado quando se estuda o acesso ao direito é o princípio da igualdade, uma vez que, como refere Gomes Canotilho, a liberdade individual está intrinsecamente ligada à igualdade jurídica e isto é postulado pelo constitucionalismo liberal: o ser humano nasce e permanece livre e igual em direitos.⁵⁸

Como tal, e partindo da análise que o autor faz do art. 13º da CRP referente ao princípio da igualdade, se todos os cidadãos são iguais perante a lei, então necessariamente existe uma exigência de igualdade na aplicação do direito. Portanto, a garantia de acesso aos tribunais é a concretização deste princípio da igualdade, logo a um processo justo.⁵⁹

A expressão processo justo tem origem na expressão americana do “due process of law”, versada no art. 39º da Magna Carta, nos seguintes termos:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país.⁶⁰

Parece-nos muito importante não descurar os ensinamentos de Figueiredo Dias, numa perspetiva de análise pela Criminologia, da amplitude que a influência do advogado, nomeadamente no direito penal, pode ter, na competência de ação do sujeito.⁶¹

Defende o autor, relacionando isto à teoria da seleção⁶², que o papel representado pelos diversos atores na interação com os tribunais, condiciona em pequena ou em grande escala o sentido das suas decisões (pelos juízes).

relator Maria João Antunes disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060654.html> > Acesso em: 30 ago. 2014.)

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, p. 567-568.

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 426.

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, p. 567-568.

⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, p. 567-568.

⁶¹ DIAS, Figueiredo. **Criminologia: o Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra editora, 2013, p. 111-112.

cliente, não afeta a relação muito mais estreita e duradora que o advogado alimenta junto com o tribunal e o seu sistema, em cada respetivo ordenamento jurídico; local onde o advogado trabalha, se integra (mesmo tendo em conta as características conflituantes inerentes ao direito) e visa alicerçar bases de confiança para o futuro.^{68 69}

Verificamos até aqui a existência de dois distintos modelos de assistência jurídica: um órgão público e um estritamente privado. Mas é necessário mencionar que vigora nos dias de hoje, nos Estados que adotaram o sistema de Defensoria Pública, um modelo misto. Isto acontece visto que a implementação da Defensoria Pública no Brasil ainda não está completa, estando a sua atuação territorialmente ainda restrita.⁷⁰ Por isso, a Defensoria Pública no Brasil, firmou convênios de atuação junto da Ordem dos Advogados, que visam suprir eventuais lacunas na prestação de assistência jurídica aos necessitados.⁷¹

2. DIREITO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA E GLOBALIZAÇÃO

Integra o âmbito do artigo relacionar as questões afetas à assistência jurídica aos necessitados e à globalização jurídica.

Este conceito de globalização, pode ser descrito como um processo supra estadual, multidimensional, dinâmico, sem atores pré-determinados e surge através de movimentos espontâneos transnacionais, que rompem com o sistema legislativo tradicional, com intervenção de outros poderes, nomeadamente o poder económico-financeiro, cultural e

juizes refere-se à qualidade de defesa do réu por parte do defensor, em jeito de repreensão: “o defensor oficioso de um arguido em processo penal, enquanto profissional forense que participa no sistema de acesso ao direito, sabe ou ao menos tem obrigação de saber que, ao assumir essa tarefa passa a ter determinadas responsabilidades, inclusive terá de suportar despesas para o bom desempenho e exercício das funções para que foi nomeado, as quais desde que reúnam os requisitos legais, darão lugar a posterior reembolso.” (PORTUGAL, Tribunal Relação do Porto, acórdão de 17 de abril de 2013, relator Maria do Carmo Silva Dias. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/264db4927d1cf2e580257b5c0053ce81?OpenDocument>> Acesso em: 30 ago. 2014.

⁶⁸ Herpin sumariza isto de forma mais incisiva: “A pessoa que, de certeza, beneficia da assistência do advogado não é tanto o acusado, mas o presidente que nele encontra frequentemente um comparsa. O advogado, com efeito, contribui para o bom funcionamento da máquina superaquecida. Ele é o melhor instrumento para conter um acusado recalcitrante. << O vosso advogado vos explicará>>, tal é a frase ritual com que o presidente abrevia as explicações no momento do veredito (...). Concluído o julgamento, o advogado faz sinal ao seu constituinte e encontram-se os dois na sala dos passos perdidos. Reconfortar, preparar uma vingança, felicitar-se pela indulgência do tribunal, todo este ritual de apaziguamento (...) retarda a tomada de consciência. No momento em que a emoção explode, o condenado já está longe dos juizes.” (cit. DIAS, Figueireido. *Criminologia: o Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, p. 527)

⁶⁹ DIAS, Figueireido. *Criminologia: o Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, p.384

⁷⁰ RIBEIRO, Juliana do Vale. Estudo Comparativo do Tratamento Dedicado ao Acesso à Justiça na Constituição Brasileira e na Constituição Portuguesa: um olhar sobre os hipossuficientes. RIBEIRO, Juliana do Val. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 87, abr.-jun. 2014, p. 64-65.

⁷¹ RIBEIRO, Juliana do Vale. Estudo Comparativo do Tratamento Dedicado ao Acesso à Justiça na Constituição Brasileira e na Constituição Portuguesa: um olhar sobre os hipossuficientes. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. p. 64-65.

social, mas sobretudo jurídico. A globalização é feita por uma multiplicidade de atores, não coordenados entre si, com uma atuação territorial muito ampla. No entanto, o constitucionalismo global não está ainda em condições de se sobrepor ao constitucionalismo global.⁷²

Não significa isto, é certo, que o processo de globalização se abstenha de regras, mas estas não são pré-determinadas e impostas à sociedade por um poder específico, mas sim por uma multiplicidade de poderes.

Atende-se igualmente ao conceito mencionado pelo autor da “Glocalização”- não pela carga negativa que se pode atribuir ao conceito pela imposição do domínio cultural do país económico-financeiro mais poderoso, mas sim pela adaptação local que deve ser feita das medidas jurídicas a serem adotadas, respeitando as diferentes culturas. A “Glocalização” é fruto de uma globalização democrática.

Gomes Canotilho ensina que o princípio da autodeterminação deve ser objeto de reinterpretção, tendo em vista a englobar no processo de legitimação da autoridade e soberania política, diferentes suportes sociais, bem como apoios políticos “supra-nacionais e sub-nacionais”. As fronteiras perdem cada vez mais a sua dimensão tradicional, abrindo espaço a Estados de direito democráticos, sociais e ambientais, abertos internacionalmente e cooperantes entre si.⁷³

Continua o mesmo autor referindo que um dos princípios básicos inerentes ao Constitucionalismo Global é a “tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto inimitável de todos os constitucionalismos.”

Como vimos, os instrumentos internacionais relativos a direitos humanos estão a ter impacto conformador nos Estados, estando estes obrigados a observar – pelo menos a um certo grau – níveis de adequação mínimos no que toca a direito penal e processo penal justo e equitativo.⁷⁴

⁷² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**, p. 1370

⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, p. 1369.

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, p. 1371.

De outra banda, tem-se que o ser humano é sujeito de direitos independentemente da sua condição de nacional/estrangeiro⁷⁵, devendo ser reconhecido a todos, independentemente do país de origem, a possibilidade de pleno acesso à justiça.

Bem por isso, alias, que diversos instrumentos de direito internacional previram a possibilidade de designar defensores gratuitamente para acusados em contendas. A exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, aponta as garantias mínimas de toda a pessoa acusada:

Art. 14. [...] 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:[...]d) de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado "ex officio" gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;⁷⁶

Semelhante garantia é prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica:

Art.8º. Garantias Judiciais. [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.⁷⁷

No âmbito do MERCOSUL, cita-se o contido no art. 3º do Protocolo de Las Leñas:

Os cidadãos e os residentes permanentes de um dos Estados Partes gozarão, nas mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses.⁷⁸

Dessa forma, dado ao aumento das relações internacionais decorrentes do processo de globalização econômico-financeira, social e cultural, há um substancial crescimento de lides envolvendo pessoas de diferentes países, o que reforça a necessidade de um

⁷⁵ Com o passar dos anos, talvez, o termo estrangeiro passe a não fazer mais qualquer sentido, considerando os efeitos da globalização.

⁷⁶ LEÃO, André Carneiro. Direito de defesa e assistência jurídica internacional em matéria penal: uma garantia de acesso a direitos humanos aos presos estrangeiros. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3495, 25 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23543>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

⁷⁷ LEÃO, André Carneiro. Direito de defesa e assistência jurídica internacional em matéria penal: uma garantia de acesso a direitos humanos aos presos estrangeiros. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3495, 25 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23543>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

⁷⁸ LEÃO, André Carneiro. Direito de defesa e assistência jurídica internacional em matéria penal: uma garantia de acesso a direitos humanos aos presos estrangeiros. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3495, 25 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23543>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

oferecimento de igual direitos aos considerados estrangeiros, baseando-se, especialmente, nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Há que se manter, assim, uma internacionalização também do direito de assistência jurídica aos necessitados, consistindo, destarte, num verdadeiro direito subjetivo internacional.

Para tanto, o melhor caminho talvez seja padronizar, por meio de tratados internacionais, o modelo de defesa aos necessitados a ser seguido em âmbito internacional, devendo-se optar entre o que conta com defensorias públicas, ou por meio de escolha de advogados dativos.

Este seria, certamente, um coerente caminho para se ajustar a globalização jurídica com a abundante globalização econômico-financeira, social e cultural, que ocupa a vida de todo o cidadão, não mais nacional, mas global.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificamos ao longo deste trabalho que, independentemente de qual o modelo de assistência jurídica aos necessitados que os Estados venham a investir e adotar, a sua eficácia de aplicação e proteção é dependente de uma correta aplicação do princípio da igualdade que, como vimos, está bem positivado na respectiva lei maior, bem como na jurisprudência de Brasil e Portugal.

Quanto à Defensoria Pública, esta rege-se com base nos princípios da gratuidade e integralidade e visa, por isto, atribuir maior qualidade de defesa ao réu, pelas características aqui apresentadas, em comparação com o regime jurídico da defensoria dativa previamente existente no Brasil.

Como órgão estatal que é, a Defensoria Pública detêm ainda alguns princípios constitucionalmente consagrados como o da Unidade, Indivisibilidade e Independência Funcional, e as suas funções são amplas, na medida em que prestam um papel muito importante na proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Quanto ao modelo adotado em Portugal (por inerência da União Europeia), apesar de ser uma obrigação do Estado proporcionar a assistência, esta é feita através de protocolos de cooperação com instituições privadas; e não se considera que isso seja impeditivo de uma satisfatória garantia do direito fundamental de igualdade de acesso ao direito, e

consequente processo equitativo. Não se prevê a prazo que seja adotado modelo diferente deste.

No entanto, preocupou-se este estudo em levantar questões no que concerne à relação do advogado com o seu cliente; bem como na relação com o tribunal; e de que forma pode o réu necessitado sair prejudicado pelas dimensões de atuação características da relação advogado-cliente e advogado-tribunal.

Concluimos, neste ponto, que o fato de o Defensor Público não ser diretamente remunerado por ato, mas sim através de um valor mensal fixado em lei, oferece menores riscos de má representação (se relacionado com a teoria da seleção e competência de ação do réu), visto que o Defensor não optaria por um cliente com mais recursos financeiros, em detrimento do necessitado de assistência judiciária.

Acresce a isto que, o fato de a Defensoria Pública ser um órgão Estatal dotado de autonomia financeira e com recursos provenientes do Estado lhe permite, embora com algumas limitações, exercer a sua atividade com recursos adequados ao seus constituintes; sendo que, no caso dos defensores oficiosos no sistema português (sendo uma parte significativas deles jovens advogados ou advogados estagiários com vencimentos mensais de aproximadamente um salário mínimo), há o sério risco de não existirem os recursos aceitáveis para uma defesa eficaz.

Não afasta, ainda assim, a ténue relação entre o Defensor Público e o cliente, prevalecendo sim a relação que mantém com o tribunal. Relação que se constata como sendo mais próxima e cooperante do que no sistema de advocacia dativa, pela proximidade cotidiana com que os sujeitos processuais se relacionam (Juiz, Ministério Público e Defensor Público).

Por fim, quanto à relação do processo de globalização com a assistência jurídica dos necessitados, pode-se ver que o caminho a ser seguido perpassa o entendimento desse direito como um direito subjetivo internacional, calcado nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

E, como a transnacionalização jurídica não pode ficar aquém da célere globalização econômico-financeira, social e cultural, o melhor caminho seria adotar um modelo único de defesa jurídica ao necessitado em âmbito internacional, a fim de que os cidadãos globais dele pudessem usufruir, caso necessário.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 30 de ago. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 de ago. 2014.

_____. **Decreto n. 592, de 06 de Julho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

_____. **Emenda Constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

_____. **Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

_____. **Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.270**, de Santa Catarina. Pleno, Brasília, DF, 14 de março de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284270%2EENUME%2E+OU+4270%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mpcckq5>. Acessado em: 30 ago. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DIAS, Figueiredo e Manuel Costa Andrade. **Criminologia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria pública e o princípio da justiça social**. Curitiba: Jurua, 2006.

LEÃO, André Carneiro. Direito de defesa e assistência jurídica internacional em matéria penal: uma garantia de acesso a direitos humanos aos presos estrangeiros. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3495, 25 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23543>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa. Almedina. 2005.

_____, **Tribunal Constitucional**, acórdão 254/2006, relator Maria João Antunes disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060654.html>> Acesso em: 30 ago. 2014

_____, **Tribunal Relação do Porto**, acórdão de 17 de abril de 2013, relator Maria do Carmo Silva Dias. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/264db4927d1cf2e580257b5c0053ce81?OpenDocument>> Acesso em: 30 ago. 2014.

RAMOS, Glauco Gumerato. Assistência jurídica integral ao necessitado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 765, Ano 88, p. 49-58, jul/1999.

RIBEIRO, Juliana do Vale. Estudo Comparativo do Tratamento Dedicado ao Acesso à Justiça na Constituição Brasileira e na Constituição Portuguesa: um olhar sobre os hipossuficientes. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Revista dos tribunais, vol. 87, abril-junho, 2014

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. Porto Alegre: livraria do advogado editora, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica: integral e gratuita**. São Paulo: Método, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ENQUANTO EPISTEMOLOGIA DO SUL: REFLEXÕES ACERCA DA SUA POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO JURÍDICA PELA PROPRIEDADE INTELECTUAL

José Everton da Silva¹

Tarcísio Vilton Meneghetti²

INTRODUÇÃO

Para se compreender mais adequadamente as relações de desigualdade entre países do norte e sul não se pode limitar a investigação a fatores puramente sociais e econômicos, mas alcançar também a dimensão epistemológica da desigualdade, seja em sua caracterização externa, na desigualdade de domínio tecnológico sobre o ambiente (países com maior poder tecnológico possuem maiores condições de exercer protagonismo global), seja na sua acepção mais implícita, que é aquela de ser capaz de produzir conhecimento. Em regra o conhecimento produzido hoje segue as linhas demarcatórias criadas pela epistemologia moderna e ocidental, forçando as demais regiões do globo a se adaptarem a este modelo.

O objetivo deste trabalho é apresentar os conhecimentos produzidos por comunidades tradicionais como frutos de epistemologia diversa, na abordagem de Boaventura de Sousa Santos, da epistemologia ocidental moderna, que acabou por prevalecer sistematicamente nos últimos séculos.

Sendo assim os conhecimentos tradicionais não podem ser pensados na ótica convencional da Propriedade Intelectual, pois esta foi construída a partir do modelo epistemológico ocidental moderna. É fundamental que a academia passe a refletir que tipo de epistemologia abarcaria os conhecimentos tradicionais e de que forma os mecanismos jurídicos podem ser aplicados a ele, possibilitando sua proteção.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí; Mestre em Desenvolvimento Regional pela Fundação Universidade Regional de Blumenau; Graduado em Direito e Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria. Atualmente é Professor e Coordenador no Curso de Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí.

² Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Atualmente é Professor no Curso de Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí.

Primeiramente são trazidas algumas considerações acerca do cenário dependentista latinoamericano, pois é nesta linha de pensamento que se compreende a razão de historicamente os países do hemisfério sul precisarem se adaptar aos modelos impostos pelos países do hemisfério norte. Depois aprofunda-se a abordagem de Boaventura de Sousa Santos acerca das epistemologias do sul. Por fim adentra-se a problemática do conhecimento tradicional, relacionando com os argumentos elencados anteriormente.

1. FATOR TECNOLÓGICO, DESIGUALDADE E DEPENDÊNCIA NO CENÁRIO DA GLOBALIZAÇÃO

Marcel Merle³ assinala o fator técnico como sendo um dos aspectos determinantes da desigualdade entre as nações, pois o desenvolvimento tecnológico possui relevância muito maior nas transformações do mundo no final do século XX que o capitalismo ou o socialismo.

Além disso a tecnologia é causa de protagonismo econômico, pois possuir as mais avançadas tecnologias, seja no campo da comunicação ou mesmo militar, garante vantagem nas negociações e demais relações com outras nações ou atores internacionais.

Ou seja, muito mais que se alinhar a determinada corrente política e ideológica é o nível de desenvolvimento tecnológico que permite a inserção competitiva no cenário geopolítico atual. Nações que não possuem a tecnologia mais atualizada estão prejudicadas, seja na esfera de defesa nacional, pois militarmente dependerão de outros países, seja na esfera econômica, pois industrialmente serão incapazes de competir com as nações desenvolvidas. A rápida expansão econômica de países asiáticos como China, Japão, Coreia do Sul e Cingapura desde a segunda metade do século XX reforçam este entendimento, pois com o tempo conseguiram se aproximar, igualar e mesmo superar os países europeus e os Estados Unidos em vários campos da tecnologia. Possuir o domínio técnico é condição para imposição de normas, conforme se depreende da influência das megacorporações transnacionais, que na proposta de inserirem novas tecnologias em países não desenvolvidos possuem poder para exigir modificações nas legislações.

Também Castells⁴ afirma que a era da Informação é uma revolução porque supera a lógica da era industrial, a qual é voltada para o desenvolvimento da economia, quando agora busca-se o progresso do conhecimento, por meio de novas formas de processamento de

³ MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Departamento de Teoria Literária da UnB, 1981.

⁴ CASTELLS, Manuel. **Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

dados, etc. O que Castells busca afirmar com isso é que a revolução das tecnologias da informação situa-se no mesmo patamar da Revolução Industrial, tendo em vista que modifica as relações de consumo, poder, produção, etc:

O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas aplicação desses conhecimentos e desta informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso.⁵

Diante disto é de se esperar que seja introduzido o paradigma tecnológico como essencial para se analisar as relações na atualidade. Conforme Castells esse paradigma reuniria as seguintes características:

- A informação é o centro da revolução tecnológica, de tal modo que as tecnologias precisam ser processadas sobre informações;
- As novas tecnologias penetram todos os domínios econômicos e sociais, transformando-os;
- A lógica das redes;
- A flexibilidade de se adaptar sem destruir a rede;
- a convergência das tecnologias para um sistema integrado.

Além disso vem sendo moldado um novo tipo de capitalismo, que é o capitalismo informacional, na qual empresas privadas ampliam ainda mais as suas representatividades no cenário internacional. Entre os setores que mais lucraram estão a da microeletrônica, microcomputadores e tecnologias da comunicação.

Para Castells as tecnologias ainda estão criando uma economia global, pois as movimentações financeiras ocorrem em tempo real em todo o globo. Empresas podem ser de qualquer lugar e contratar mão-de-obra de onde desejarem. Ademais, esta facilitação de comunicação permite a criação de redes entre empresas e outras instituições, tal como ocorreu em grande medida no desenvolvimento econômico e tecnológico dos países asiáticos. A possibilidade de constituição de redes cria novas demandas estratégicas, isto porque entre as fontes da competitividade em um mercado global estão a capacitação tecnológica e o acesso a vários mercados.

Ora, observa-se como as tecnologias da informação vem impondo uma necessária reformulação e atualização das estruturas organizacionais. Isto porque hoje nem mesmo as grandes empresas podem se considerar autossuficientes, uma vez que dependem de contatos estratégicos com outras empresas, de pequeno, médio ou grande porte, o que inclui sublocações. Ainda que estas transformações nas empresas tenha iniciado

⁵ CASTELLS, Manuel. **Sociedade em Rede**. p. 51.

independentemente da revolução tecnológica, é certo que as novas tecnologias da comunicação intensificaram o processo.⁶

Também na questão dos empregos as tecnologias da informação e comunicação provavelmente provocarão transformações radicais, pois na era informacional as empresas precisam funcionar, sobretudo, com base nas dinâmicas de inovação tecnológica, o que necessitará de maiores investimentos em tecnologia, conhecimento, preparo dos profissionais, além de facilitar a flexibilidade e adaptabilidade dos empregados. No capitalismo informacional a novidade precisará ser constante, o que envolve a formação de um novo tipo de profissional.

Também Fernando Henrique Cardoso e Enzo Faletto⁷, em sua clássica obra sobre o dependentismo latinoamericano, situam o fator tecnológico como central para compreender a realidade econômica dos países do hemisfério sul.

Nesta obra os autores destacam-se pelo método dialético, que por sua vez amplia ainda mais a complexidade de seu conteúdo, uma vez que exige o jogo das contradições de modo constante. A dialética, método que tem em Hegel seu principal fundamento, mas que também ganharia força com Marx, consiste em movimento contínuo, opondo-se a argumentos estáticos. É do movimento e da relação conflitiva entre os conceitos que originam-se o desenvolvimento das ideias. Outro traço característico da dialética que se presencia na obra é a constituição dos três termos (tese – antítese – síntese) que no caso referem-se às fases analisadas: sistema primário exportador para fora; sistema de importações orientado para dentro; internacionalização dos mercados nacionais.

O ponto de partida da obra, delineado já em seu início seria: “Esclarecer alguns pontos controvertidos sobre as condições, possibilidades e formas do desenvolvimento econômico em países que mantêm relações de dependência com os pólos hegemônicos do sistema capitalista, mas, ao mesmo tempo, constituíram-se como Nações e organizam Estados Nacionais que, como todo Estado, aspiram à soberania”.

A questão central gira em torno de dois pólos: 1) explicar o processo histórico de dependências tanto no âmbito interno como externo dos países latinoamericanos e 2) traçar algumas hipóteses futuras para este processo de desenvolvimento.

⁶ CASTELLS, Manuel. **Sociedade em Rede**.

⁷ CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTTO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina**: ensaio de interpretação sociológica. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1979.

Cardoso e Faletto defendem que apenas a abordagem economicista não é capaz de explicar o modo de desenvolvimento na América Latina, pois aqui a história desenrolou em grande parte a partir das alianças estratégicas internamente entre grupos de poder e com forças externas basilares do sistema capitalista internacional. Portanto, requer-se uma análise que articule conjuntamente a economia e a sociologia.

De início os autores descartam o argumento veiculado nos países de primeiro mundo que o subdesenvolvimento latinoamericano seria um processo apenas transitório de uma sociedade que dirigia-se do terceiro para o primeiro mundo. Tal argumento consistiria na separação entre sociedades tradicionais e modernas, tendo a industrialização como fator essencial para diferenciação. Assim, os países considerados desenvolvidos já haviam atravessado períodos como sociedades tradicionais, porém com a modernização de seu setor produtivo entraram na fase de desenvolvimento. Desse modo, os países latinoamericanos apenas viviam um momento como sociedades tradicionais, uma vez que ainda estavam percorrendo o esforço de industrialização de sua produção.⁸

O problema desse argumento é que os países desenvolvidos quando alcançaram a industrialização foram pioneiros neste processo, e por conta disso conquistaram o mercado internacional. Já a situação para os países latinoamericanos é mais complexa, pois o próprio processo de industrialização se dá de modo dependente com alianças e investimentos desses países industrializados, o que inviabilizaria a possibilidade de uma autonomia completa.

Além disso os autores retratam que a história política e social dos países latinoamericanos revela que os traços dependentistas são comuns e decisivos na formação econômica da região.

Na fase que se inicia com a autodeterminação dos países latinoamericanos com seus processos de independência, surgem os esforços em orientar o sistema econômico para dentro. Aqui os autores apresentam como se dá este movimento em vários países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Uruguai, Chile, México, entre outros).⁹

⁸ CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina**: ensaio de interpretação sociológica.

⁹ CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina**: ensaio de interpretação sociológica.

Cada país realizou este processo basicamente optando por um dentre estes dois modos: controle nacional do sistema produtivo e economia de enclave.

O controle nacional da produção, sistema característico na Argentina, Brasil, Uruguai e Colômbia, consiste no processo de alianças estratégicas entre os grupos de poder internos para controlar os meios de produção. Aqui, proprietários rurais, comerciantes, as elites burguesas, novos empresários, e por vezes a classe média, sobretudo no Uruguai, concretizam laços de colaboração, mas também de dependência que alavancam as economias nacionais.

Já nas economias de enclave, donde destacam-se o México, Bolívia, Venezuela, Chile, Peru e grande parte dos países da América Central, apresenta-se um déficit na capacidade de produção e comercialização de bens, inclusive os primários, o que levou estas nações a desenvolverem alianças com forças estrangeiras, introduzindo investimentos de capital externo em seus territórios, o que, por sua vez, provoca laços de dependência.

Contudo, destaca-se que em ambos os processos o povo pouco participou ou teve oportunidade de participar. Os laços de poder eram conduzidos, sobretudo, pelas classes e grupos que controlavam o poder nacional, e em vários momentos em alianças com forças externas. Por este motivo os países latinoamericanos já foram dependentes de suas metrópoles (Portugal e Espanha) e depois, já quando independentes, por Inglaterra e Estados Unidos. É certo que esta ausência do povo no poder gera resultados de desigualdades sociais.¹⁰

Contudo, um cenário como este era perigoso, pois inflamava o povo a reivindicar a sua parcela de poder. Em vários países isso levou a um processo de criação de governos populistas, exemplificados pelo peronismo na Argentina e pelo varguismo no Brasil. Ampliavam-se os direitos sociais e os benefícios à população. Entretanto, laços de dependência continuavam a sendo intensificados ou feitos com grupos da elite ou externos.

Este panorama não poderia sobreviver por muito tempo, pois nem sempre é possível atender aos interesses de todos os grupos. Ademais, a mesma lógica foi utilizada no processo de inserção do mercado capitalista internacional. A ampliação dos investimentos externos nos países latinoamericanos por um lado contribuiu decisivamente no processo

¹⁰ CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTTO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina**: ensaio de interpretação sociológica.

desenvolvimentista destas nações, mas por outro construiu também alianças que denotam dependência com os países desenvolvidos.

Por fim este processo possui um resultado ambíguo: primeiramente favorece o desenvolvimento regional, pois dificilmente conseguiriam êxito sem passar por laços com as forças externas, mas por outro torna as nações bastante dependentes e com pouca autonomia para crescimento. Um desenvolvimento que visa atender a tantos interesses é certamente mais lento e menos autônomo. O desafio é como a partir daí acelerar e propiciar um cenário desenvolvimentista à América Latina.

Esta obra é importante para o marco teórico de nosso trabalho, pois pontua a dificuldade dos países do sul em criarem um sistema de desenvolvimento autônomo, ou seja, escapar da dialética de dependência dos países do norte mantém-se como dilema a ser pensado.

Esta dependência pode ser acentuada e alcançar status inclusive epistemológico, conforme observaremos no pensamento de Boaventura de Sousa Santos.

2. EPISTEMOLOGIA E PENSAMENTO ABISSAL

Boaventura de Sousa Santos introduziu em seus trabalhos recentes a epistemologia ou diversidades epistemológicas¹¹ como categoria que auxilia na melhor compreensão das dinâmicas de relação entre os países desenvolvidos, aqui denominados países do norte, e aqueles em desenvolvimento ou por se desenvolver, os chamados países do sul.

Epistemologicamente o eixo de países do norte foi quem conduziu o critério para demarcar o conhecimento e o não-conhecimento ao longo da história. Outrora tal linha era demarcada pela filosofia, depois pela teologia, por fim pela atividade científica, mas sempre numa perspectiva ocidental, essencialmente europeia. Esta linha demarcatória do saber constitui, na visão do autor, verdadeiro pensamento abissal, no sentido de que somente pode ser considerado como conhecimento aquilo que está dentro do modelo estabelecido, relegando o que está fora de tal modelo ao abismo, ao não reconhecimento.¹²

¹¹ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes**. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2013. p. 31-83.

¹² SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes**. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2013. p. 31-83.

A realidade predominante do período em que as regiões do globo ainda eram basicamente separadas entre metrópoles e colônicas auxilia no entendimento deste conceito. Estabelece-se a distinção entre o saber, aquele produzido pelas metrópoles, e o não-saber, que são os fenômenos culturais e sociais que se desenvolvem nas áreas coloniais. As colônias passam a produzir conhecimento na medida em que se adaptam ao modelo epistemológico adotado pelas metrópoles.

Mesmo em um período chamado pós-colonial, quando a maioria dos territórios já são considerados (ao menos juridicamente) como Estados nacionais soberanos, esta linha demarcatória epistemológica mantém a mesma distinção entre sendo conhecimento somente aquilo que é produzido conforme os cânones estabelecidos pela tradição ocidental. É necessário assinalar que mesmo os cânones ocidentais são modificados, condenando os anteriores, senão ao mesmo abismo do chamado pensamento periférico, a um estágio de validade inferior. É o caso do saber filosófico e teológico, que hoje não desfrutam do mesmo reconhecimento que tiveram em outras épocas.

A questão intensifica-se quando adentra-se os conhecimentos produzidos pelos países periféricos, que não se enquadrando nas regras reconhecidas do Ocidente não conseguem o status de conhecimento científico, portanto relegados a segundo plano. É o caso do tema em questão, dos chamados conhecimentos tradicionais, conhecimentos identificados e produzidos por comunidades tradicionais, muitas delas sendo tribos indígenas, como remédios extraídos de certas plantas, por exemplo, mas que como não podem ser enquadrados nas regras estabelecidas pelo conhecimento científico e técnico não recebem a devida proteção jurídica.

Como veremos na seção específica desse trabalho, há quase uma incompatibilidade tanto epistemológica como jurídica com os moldes ocidentais tradicionais, pois o conhecimento tradicional não se adapta nem ao rigor científico e nem aos aparatos sistemáticos do Direito de Propriedade Intelectual, pois carece de autoria e titularidade individualizada, ou seja, carece da possibilidade de apontamento de 'quem seja' o criador daquele conhecimento. Ora, a própria ideia da necessidade de identificação individualizada de criador de determinado conhecimento é por si só aspecto ocidental e moderno, pois em grande parte a tradição moderna é construída sobre o pilar do indivíduo (doutrina liberal), do sujeito racional e autônomo. A obra intelectual, desse modo, sobretudo a invenção

técnica, é resultado do esforço de indivíduos perfeitamente identificáveis, ainda que trabalhando em equipe.

O conhecimento tradicional, tal como os antigos mitos que ainda são utilizados pela psicanálise, não é criação individual, primeiro porque é impossível localizar quem seja o autor, já que é conhecimento transmitido oralmente geração após geração de determinada comunidade, e segundo porque tal conhecimento em si muito provavelmente é fruto de esforço coletivo e transgeracional, isto é, um acúmulo de conhecimentos que foram sendo transmitidos e aprimorados pelos membros daquela comunidade.

Tal assunto voltará a ser tema ao final do trabalho. Por hora é importante apenas pontuar que o conhecimento tradicional enquadra-se naquilo que Boaventura de Sousa Santos define como epistemologia do sul, situada no abismo não reconhecido pela comunidade intelectual que segue os padrões ocidentais modernos.

Boaventura de Sousa Santos propõe a ecologia dos saberes, cenário em que epistemologias diversas convivem e podem ser respeitadas.

Aqui reside o impulso para a copresença igualitária (como simultaneidade e contemporaneidade), e para a incompletude. Uma vez que nenhuma forma singular de conhecimento pode responder por todas as intervenções possíveis no mundo, todas elas são, de diferentes maneiras, incompletas. A incompletude não pode ser erradicada porque qualquer descrição completa das variedades de saber não incluiria a forma de saber responsável pela própria descrição. Não há conhecimento que não seja conhecido por alguém para fins objetivos. Todos os conhecimentos sustentam práticas e constituem sujeitos. Todos os conhecimentos são testemunhais porque o que conhecem sobre o real (a sua dimensão ativa) se reflete sempre no que dão a conhecer sobre o sujeito do conhecimento (a sua dimensão subjetiva). Ao questionarem a distinção sujeito/objeto, as ciências da complexidade dão conta deste fenômeno, mas confinam-se às práticas científicas. A ecologia dos saberes expande o caráter testemunhal dos conhecimentos de forma a abarcar igualmente as relações entre o conhecimento científico e não-científico, alargando deste modo o alcance da intersubjetividade como interconhecimento e vice-versa.¹³

A ideia de ecologia dos saberes possibilitaria a existência concreta e reconhecida de diversos modelos cognitivos, sejam aqueles aceitos pela tradição ocidental moderna, sejam os demais que antes localizavam-se no abismo epistemológico. É nesse sentido que o autor afirma que é necessário construir um pensamento pós-abissal.

Ora, é somente reconhecendo a validade da multiplicidade de saberes, reconhecendo sua importância na tentativa de identificar o real, que podemos começar a repensar sistematicamente a sua proteção jurídica. Cada modelo epistemológico, seja ele ocidental ou

¹³ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes**. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2013. p. 58

não, não precisa ser verificado conforme os padrões aceitos pela modernidade, pois visam descrever objetos distintos. O conhecimento das comunidades tradicionais não possuem os mesmos objetivos que os conhecimentos considerados científicos nem aqueles técnicos, que visam a industrialização. São conhecimentos de outra ordem, vinculados primeiramente ao bem estar da própria comunidade.

3. CONHECIMENTO TRADICIONAL

A primeira questão a ser abordada, com relação ao chamado Conhecimento Tradicional, é que no direito brasileiro, pelo menos no que diz respeito a proteção do conhecimento derivado dos povos indígenas, está muito bem amparado, pelo menos do ponto de vista constitucional¹⁴. O mesmo não se pode dizer das normas de natureza infra constitucional, o que por consequência, acaba por não garantir a efetividade destes direitos.

Podemos definir o Conhecimento Tradicional, de acordo com a legislação brasileira como sendo, “informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local¹⁵, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético”¹⁶.

A preocupação internacional e nacional com o futuro da humanidade frente à crise ambiental global de degradação dos ecossistemas, de mudanças do clima e de esgotamento das reservas de água potável, resultou em uma política mundial para a biodiversidade voltada para a sua proteção, conservação e uso, tornando-a uma prioridade internacional¹⁷.

O tema da proteção do Conhecimento Tradicional já foi atacado por outras nações, tais como as Filipinas, através do Act 8.371 “PeoplesAct” já o Peru desde 2002 através da “Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos y Comunidades Indígenas vinculados a los recursos Biológicos” a Venezuela possui sua lei da Biodiversidade que garante “os direitos dos povos e comunidades indígenas e locais são de caráter coletivo e serão considerados como direitos adquiridos.” A Costa Rica prevê a formação de um “registro de direitos intelectuais comunitários”, a Bolívia aprovou o decreto

¹⁴ Art.215,§1º,Art.216,Art.231eArt.232.**Constituição Federal**.São Paulo:Saraiva, 2012.

¹⁵ Art.7º,III da Medida Provisória 2.186-16/2001: grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais,que se organiza, tradicionalmente,por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas.

¹⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa.**Direito Ambiental**.13ªEd.Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011.(p.533)

¹⁷ CAROLINO, Kátia, CHERCHIARI, Renata M., VEIRA, Ricardo S. **Novos territórios de Conservação: a coexistência de territórios das populações tradicionais e a proteção da diversidade biológica no Brasil**. Revista internacional Direito e Cidadania, 2011. (p.56)

24.676/97 em que propõe o reconhecimento da relação entre o interessado no conhecimento e as comunidades locais, e a proteção dos segundos. Já no caso equatoriano o Estado é reconhecido como titular de todo Conhecimento Tradicional produzido por sua população¹⁸.

Na Austrália o início da discussão sobre o tema se deu com o Caso Mabo, que precipitou as chamadas *“demands for the recognition of others aspects of traditional aboriginal law”* nos casos analisados a proteção dos direitos das comunidades foram reconhecidos. Já na Nova Zelândia foi instituído um tribunal Maori, o chamado tribunal *“Waitangi”* que tem poder de manifestações e parecer, nos casos envolvendo as questões de Conhecimento Tradicional¹⁹.

Com relação à Convenção sobre Diversidade Biológica- CDB, destaca-se que o instrumento reconheceu a soberania dos países sobre seus recursos naturais, até então definidos como ‘patrimônio da humanidade’. Propôs como objetivos principais, a conservação e o uso sustentável da biodiversidade, a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados do uso de recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais associados. Ela foi assinada em 1992 durante a Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente e Desenvolvimento, popularmente conhecida como Rio 92.

Com relação à CDB, destaca-se que o instrumento reconheceu a soberania dos países sobre seus recursos naturais, até então definidos como ‘patrimônio da humanidade’. Propôs como objetivos principais, a conservação e o uso sustentável da biodiversidade, *a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados do uso de recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais, além de recomendar a identificação, o monitoramento e a proteção de ecossistemas e habitats importantes para a conservação da biodiversidade.* Esta Convenção foi assinada pelo Brasil na CNUMAD, em 05 de junho de 1992 no Rio de Janeiro, e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com a ratificação pelo Congresso Nacional (CN) através do Decreto Legislativo nº 02, de 03 de fevereiro de 1994, que também aprovou a Agenda 21. A CDB foi promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, contendo em seu anexo o texto com tradução oficial. A partir de então, novos documentos

¹⁸ WANDSCHEER, Clarissa Bueno. **Patentes & Conhecimento tradicional. Uma abordagem socioambiental da proteção jurídica do Conhecimento Tradicional.** Curitiba: Juruá, 2009. (p.158-163)

¹⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 13ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. (p.558)

jurídicos nacionais foram instituídos no ordenamento jurídico brasileiro, o que propiciou a criação de uma Política Nacional da Biodiversidade, retratada no Programa Nacional da Diversidade Biológica (PRONABIO), composto por sete grupos temáticos, dentre os quais se destaca repartição de benefícios derivados da utilização da biodiversidade (artigo 6º, inciso X, alínea “e” do Decreto nº 4.703/03).

A temática também foi discutida em importantes conferências – com destaque para a COP-8 realizada em Curitiba, a COP-9 em Berlim e, finalmente, em 2010, na COP-10, conhecido como protocolo de Nagoya, momento em que foi criado um Protocolo específico sobre o tema, denominado Protocolo de Repartição de Benefícios dos Recursos Genéticos da Biodiversidade, também conhecido internacionalmente como Protocolo *Access and Benefit Sharing (ABS)*, com os aspectos principais contemplados em um Plano Estratégico que irá vigorar, na próxima década e uma sinalização de recursos financeiros para a implementação das ações de conservação.

A discussão da temática e a sua conseqüente colocação na ordem do dia das principais discussões acadêmicas sobre a proteção do Conhecimento Tradicional não foram suficientes, passados 20 anos da Rio 92, para sua implementação. Em grande parte isto se deve ao chamado, acordo TRIPS, (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), um tratado Internacional, integrante do conjunto de acordos assinados em 1994 que encerrou a Rodada Uruguaia e criou a Organização Mundial do Comércio. Também conhecido como Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC), tem o seu nome como resultado das iniciais em inglês do instrumento internacional.

O conflito entre as disposições do Acordo TRIPS e a CDB vão além, uma vez que o primeiro "foi elaborado com o apoio ativo de grandes empresas para promover seu domínio tecnológico e obter maiores margens de lucros mediante a obtenção do monopólio". Trata-se de "um tratado comercial, com objetivos comerciais, que redundam em fortes benefícios para as empresas privadas"²⁰.

Além da questão comercial, é preciso chamar a atenção para outra questão relacionada ao não reconhecimento do Conhecimento Tradicional, na visão de Rafael

²⁰KHOR, M. *El saqueo del conocimiento*. Barcelona: Icaria, 2003. (p.30)

Rodrigues Prieto²¹ *“Dichos valores relacionados con várias corrientes culturales de occidente consideran certa laidea de que el método científico es el único enfoque válido para llegar al conocimiento”.*

Na visão apontada por Prieto, o apossamento por parte das grandes empresas, notadamente as de origem farmacêutica, dos conhecimentos advindos do saber do povo, podem ser justificados pela ausência de rigor científico deste conhecimento, e portanto, sua apropriação, poderia ser, no mínimo justificada.

Mas da mesma forma que os interesses do capital conflitam com os interesses do social, aqui, no campo do reconhecimento do saber tradicional, vigora uma nítida separação entre os países desenvolvidos e de baixa diversidade biológica, e os países pobres ou em desenvolvimento, detentores da maioria da biodiversidade planetária. O Brasil, entre eles, é considerado um dos países de maior biodiversidade, e conseqüentemente, aonde o saber tradicional tem uma importância fundamental, para as pesquisas e a geração de novos medicamentos ou novas substâncias com potencial comercial.

O que podemos deduzir das premissas acima apontadas, é que a necessidade da proteção do Conhecimento Tradicional é mais importante do ponto de vista econômico aos países em desenvolvimento do que aqueles desenvolvidos, já que por via da Propriedade Intelectual, atualmente existente, já conseguem este objetivo por meio de patentes.

Por outro lado a necessidade de uma definição de marco regulatório passa necessariamente pela construção de uma legislação transnacional, esta baseada aqui na visão do sociólogo alemão Beck²², da substituição das relações internacionais de conflito/disputa por relações transnacionais de solidariedade e cooperação.

“Há aqui uma nova dialética das questões globais e locais que não se encaixam na política nacional”, escreve, e “só num quadro transnacional podem elas adequadamente serem colocadas, debatidas e resolvidas.”

A regulação do direito ao Conhecimento Tradicional se amolda ao conceito de Beck do surgimento de uma faixa de ação própria das sociedades mundializadas.

²¹ PRIETO, Rafael Rodrigues. **Algunas Ideas Preliminares para el debate actual sobre patentes y Propriedade Intelectual.** Barcelona: Icaria, 2008. (p.73)

²² BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo.** Trad. Luiz Antonio Oliveira de Araújo. São Paulo: Literamundi, 2001. (p.29)

A construção deste marco regulatório de proteção dos conhecimentos tradicionais não poderá ser efetivada dentro das premissas já existentes no âmbito da Propriedade Intelectual, pois como já adiantado, o Conhecimento Tradicional é de caráter coletivo, via de regra de acesso gratuito, empírico e com clara visão social o que claramente o contrapõe ao direito de Propriedade Intelectual de caráter individual, de visão economicista e metodologicamente científico.

Ao nos determos no conceito de Conhecimento Tradicional, vemos o primeiro problema a ser enfrentado neste artigo, ou seja, a questão da Propriedade do Conhecimento Tradicional. Neste caso não se trata nem de uma pessoa individualizada, nem mesmo de uma pessoa jurídica, mas essencialmente a característica do Conhecimento Tradicional é sua natureza coletiva. Para o paradigma atual o ordenamento jurídico, comunidades locais e até mesmo indígenas, não possuem personalidade jurídica própria, e portanto, a rigor da previsão jurídica das regras de proteção intelectual não podem ser protegidas.

Os direitos de Propriedade Intelectual definidos nos acordos TRIPS se tornaram portanto, um entrave aos direitos coletivos das populações tradicionais. Primeiro, porque nele os direitos de Propriedade eram reconhecidos apenas como direitos privados, isto é, direito de Propriedade de um indivíduo ou de uma empresa, não de uma comunidade ou de um grupo de indivíduos. Segundo, porque só se reconhece tal direito quando o conhecimento e a inovação geram lucros e não quando satisfazem necessidades sociais²³.

A premissa número um neste momento é o da construção de um novo marco regulatório para o reconhecimento do Conhecimento Tradicional, fora dos parâmetros defendidos pela Propriedade Intelectual, parâmetros estes construídos, a partir de uma construção coletiva, que envolva as comunidades, enfim a sociedade como um todo.

Nas considerações finais retomamos a questão das epistemologias do sul vinculadas ao conhecimento tradicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisado na ótica tradicional de proteção jurídica pela Propriedade Intelectual é difícil encontrar parâmetros que permitam a inclusão dos conhecimentos tradicionais nesta sistemática. Por outro lado, do ponto de vista econômico e tecnológico, é evidente que tais

²³ SHIVA, Vandana. **Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 2001. (p. 99-104).

conhecimentos podem ser transferidos a interesses estrangeiros, principalmente por meio de grandes corporações multi e transnacionais. Surge então o paradoxo: o Direito da Propriedade Intelectual não possui mecanismos eficazes de proteger o conhecimento tradicional, mas tais conhecimentos revelam sua utilidade prática e financeira na medida em que são obtidos por grandes corporações.

Para solucionar tal problemática a primeira meta seria retomar a abordagem de Boaventura de Sousa Santos e compreender que os conhecimentos tradicionais são, também, modelos epistemológicos, ainda que fora dos critérios convencionais da epistemologia ocidental moderna. A partir daí deve-se então pensar mecanismos jurídicos que se adaptem a este modelo epistemológico e não em submeter mecanismos pensados dentro da epistemologia moderna, como é a proteção tradicional das invenções e modelos de utilidade pela Propriedade Intelectual.

A adoção de modelo compatível aos conhecimentos tradicionais exigiria a aceitação da relativização da individualização da autoria. O autor do conhecimento tradicional é determinado povo, estabelecido geograficamente e organizado culturalmente e socialmente através de muitas gerações populacionais. A partir daí pode-se adentrar a problemática da titularidade, ou seja, de quem pode exercer os direitos patrimoniais a partir deste conhecimento. Aqui, evidentemente, inicia esfera bastante complexa e múltiplos interesses cruzados, pois a partir do momento que se define determinado povo como titular de seu conhecimento tradicional, e que este possui importância econômica, é provável que outros atores tentem intervir e até se apoderar desta titularidade. A quem caberia? Seria criada alguma organização ou associação pelos próprios membros da comunidade? Ficaria sob responsabilidade de órgãos governamentais? Quais regras seriam criadas para regulamentar a transferência de tecnologia?

São muitas as questões que circundam o problema, mas para resolvê-las primeiramente é importante aceitar que os conhecimentos tradicionais são externos à epistemologia ocidental moderna, e que portanto devemos pensá-lo juridicamente não apenas conforme os raciocínios convencionais da Propriedade Intelectual.

O Estado existe, para equilibrar a diferença entre os homens, e permitir a convivência entre todos. No caso do Conhecimento Tradicional, cabe ao Estado defender os hipossuficientes, representados pelos indígenas e comunidades locais, dos interesses

prementes do capital, representados, na maioria das vezes pelos interesses dos grandes grupos farmacêuticos.

Entendemos que esta proteção não poderá ser feita, se vigorar como base de discussão, as premissas inerentes a Propriedade Intelectual. Por seu caráter comercial, individual, ela não se amolda ao reconhecimento do Conhecimento Tradicional, pelo menos não dentro de seus parâmetros, novas possibilidades, novos entendimentos e principalmente um novo parâmetro necessitam serem criados; reconhecemos também, que esta é uma tarefa não para um Estado, mas para um conjunto de nações, um acordo de caráter transnacional, pelo menos nos aspectos básicos do entendimento.

Reconhecemos que os interesses em jogo são muito grandes, as possibilidades difíceis, mas o papel da academia é o de instigar e pensar soluções.

Como proposta, precisamos reafirmar o caminho já trilhado, principalmente defendendo um não retrocesso nas questões referentes aos direitos já conquistados, principalmente através da Conferência da Bio Diversidade. Devemos aprofundar os questionamentos, principalmente em fóruns internacionais e defendermos uma política inclusiva, inclusão aqui no sentido de conscientização das comunidades atingidas, do valor e da importância do seu conhecimento.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes IN PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Primeiros Ensaio de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 15. ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 1988.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo**. Tradução de Luiz Antonio Oliveira de Araújo. São Paulo: Literamundi, 2001.

CAROLINO, Kátia, CHERCHIARI, Renata M., VEIRA, Ricardo Santaziola. Novos territórios de Conservação: a coexistência de territórios das populações tradicionais e a proteção da diversidade biológica no Brasil. **Revista internacional Direito e Cidadania**, 2011.

KHOR, M. **El saqueo del conocimiento**. Barcelona, Icaria, 2003.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria**: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 2001.

WANNSCHEER, Clarissa Bueno. **Patentes & Conhecimento Tradicional**. Uma abordagem socioambiental da proteção jurídica do Conhecimento Tradicional. Curitiba: Juruá, 2009.

O DIREITO AMBIENTAL COMO FATOR DE CRISE DO ESTADO MODERNO

Flávio Schlickmann¹

Rafaela Borgo Koch²

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo central investigar se o Direito Ambiental pode ser considerado um fator de crise do Estado Moderno.

Inicialmente, o artigo trata de considerações sobre o conceito de direito ambiental, para, na sequência, proceder com o estudo do Direito Ambiental Internacional, revelando-se uma nova proposta doutrinária.

Estuda-se, ainda, o conceito de Estado, bem como um breve histórico do mesmo para que se faça uma análise do Estado Moderno e sua atual crise. Por fim, o estudo será direcionado para verificar se o Direito Ambiental pode ser considerado como um fator de crise do Estado Moderno.

Nas diversas fases deste artigo, empregou-se o método indutivo à pesquisa desenvolvida, sendo operacionalizado através das técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica dos conceitos operacionais.

1. NOÇÕES SOBRE DIREITO AMBIENTAL

O Direito Ambiental é ramo do direito que estuda o ambiente, sendo este integrante do conjunto de elementos naturais e culturais cuja interação constitui e condiciona o meio em que o homem vive. Desta forma, o meio ambiente é entendido por alguns autores como sendo a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.³

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Ciência Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI nas cadeiras de Direito Penal (Parte Geral), Núcleo de Prática Jurídica (Direito Penal), Estágios Especializantes (Penal). Advogado. Bolsista PROGRAMA UNIEDU PÓS-GRADUAÇÃO 2014. E-mail: schlickmann@univali.br

² Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Especialista em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bolsista CAPES. Advogada. E-mail: rafaelabkoch@gmail.com

³ SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

Para Silva⁴, a qualidade do meio ambiente em que se vive influi diretamente na própria qualidade de vida. Nesse sentido, o meio ambiente pode ser:

[...] satisfatório e atrativo, e permitir o desenvolvimento individual, ou pode ser nocivo, irritante e atroficante [...] A qualidade do meio ambiente transforma-se, assim, num bem ou patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização se tornam um imperativo do Poder Público, para assegurar uma boa qualidade de vida, que implica boas condições de trabalho, lazer, educação, saúde, segurança – enfim, boas condições de bem-estar do Homem e de seu desenvolvimento.

Portanto, a preservação, recuperação ou revitalização do meio ambiente é competência do Poder Público, devendo o mesmo proporcionar um meio ambiente sadio, satisfatório e atrativo, através de políticas públicas que visem assegurar certa qualidade de vida às pessoas.

Para Padilha⁵, o Direito Ambiental é a área do conhecimento jurídico que estuda as interações do homem com a natureza e os mecanismos legais para proteção do meio ambiente. É uma ciência holística que estabelece relações intrínsecas e transdisciplinares entre campos diversos, como antropologia, biologia, ciências sociais, engenharia, geologia e os princípios fundamentais do direito internacional, dentre outros.

A preocupação com o meio ambiente por parte das Nações Unidas, no entanto, se deu apenas no fim da década de 1960, quando sua Assembleia Geral aprovou a convocação de uma Conferência das Nações Unidas para debate dos problemas do meio ambiente humano.

Carvalho⁶ entende o Direito Ambiental como o conjunto de princípios e regras destinadas à proteção do meio ambiente, compreendendo medidas administrativas e judiciais, com a reparação econômica e financeira dos danos causados ao ambiente e aos ecossistemas de uma maneira geral.

Desta feita, nas palavras de Leite⁷, o direito:

[...] ao reconhecer o meio ambiente como objeto de preocupação e de proteção, dá um passo importante para a evolução do seu próprio objeto de conhecimento. Não se trata de uma coisa estática. O ambiente natural é algo vivo, dinâmico, que se renova permanentemente, como a própria vida. Os recursos naturais deverão ser protegidos pela legislação, porque a sociedade terá de ter seus bens maiores protegidos.

⁴ SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. p. 24.

⁵ PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 35.

⁶ CARVALHO, Carlos Gomes de. **Introdução ao direito ambiental**. Cuiabá: Verde-Pantanal, 1990. p. 140.

⁷ LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito Ambiental contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004. p. 567.

Sendo assim, o direito, ao reconhecer o Direito Ambiental como instituto que merece proteção, torna claro que os recursos naturais, por serem essenciais à sobrevivência humana, devem ser protegidos pelo direito.

Mukai⁸, a seu turno, define Direito Ambiental como sendo um conjunto de normas e institutos jurídicos pertencentes a vários ramos do Direito reunidos por sua função instrumental para a disciplina do comportamento humano em relação ao seu meio ambiente.

Para Freitas e Freitas⁹, o Direito Ambiental é um novo ramo do Direito, com especialidades e ligações com outros ramos da ciência, notadamente com a biologia, engenharia florestal, química, e diversas outras áreas que dão suporte à conduta do homem. Como novo ramo do Direito Público, possui dois aspectos: um consistente no conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da proteção da qualidade do meio ambiente; e outro como ciência, que tem por finalidade o conhecimento sistematizado das normas e princípios ordenadores da qualidade do meio ambiente.

O Direito Ambiental, portanto, apresenta-se como um fator atual de crise do Estado Moderno, uma vez que as preocupações deste ramo do Direito não estão limitadas aos espaços soberanos da formação do mesmo.

As questões ambientais, pois, reclamam um tratamento global para o problema, de modo que, neste sentido, verificar-se-ão, a seguir, considerações acerca do Direito Ambiental Internacional.

1.1 Direito Ambiental Internacional

Atualmente, um dos fenômenos interessantes e característicos das últimas décadas é a tomada de consciência de que o planeta corre perigo, em virtude da aceleração do desequilíbrio ecológico, causado principalmente pela atividade humana.¹⁰

Para Freitas¹¹, a espécie humana corre riscos, sendo que, ao que tudo indica, em milhões de anos, o planeta Terra não será extinto, mas sim a humanidade. A gravidade das

⁸ MUKAI, Toschio. **Direito ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 10.

⁹ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza: (de acordo com a Lei 9.605/98)**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 21.

¹⁰ CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53.

¹¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 23.

questões ambientais encontra-se em estágio crucial da história, uma vez que a crise ambiental é iminente e não há como estimar os males causados pela emissão das muitas toneladas de gases tóxicos no meio ambiente.

Cretella Neto¹² afirma que não há dúvidas de que, em relação ao meio ambiente, a sensação é que se vive um dos sintomas da crise de civilização que assola o mundo, e que prenuncia um novo período da História do ser humano. Em razão disso, entende:

A compreensão atual é a de que os elementos do meio ambiente não podem ser estudados isoladamente, já que o ar, a água doce, os oceanos e as diferentes formas de vida estão interligados e, mais que isso, as diferentes formas de poluição ignoram fronteiras políticas e, frequentemente, também as geográficas uma vez que problemas como a poluição radiativa, por exemplo, podem assolar mais de um continente.

Sendo assim, em razão da crise que assolará a sobrevivência do ser humano no planeta, as questões relativas ao meio ambiente não podem ser analisadas isoladamente, uma vez que todas as questões elementares do meio ambiente estão conectadas, e as formas de poluição ignoram fronteiras políticas e geográficas.

Nesse sentido, a lógica dos estados nacionais demonstra que os mesmos estão, nas palavras de Cruz¹³, "enclausurados em suas soberanias", uma vez que há crise de representação dos mesmos:

A reflexão teórica aqui apresentada sustenta-se em duas justificativas ou razões fundamentais. A primeira decorre da própria sensibilização global para o problema do clima em função da falta de metas de controle, pelos estados, de emissões de gases e da extrema necessidade de um novo e amplo acordo global a respeito da matéria. A segunda da ausência do alcance pleno dos objetivos idealizados e esperados na Conferência Climática da ONU.

Desta forma, repensar o Direito Ambiental como Internacional apresenta-se como parte da reflexão a ser adotada, no sentido de realização do controle, pelos estados (e aqui não enclausurados nas suas soberanias), no sentido de uma nova formatação para as relações jurídicas globais avançarem com a intensidade e consistência necessárias para a análise do clima.

¹² CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional do meio ambiente**. p. 55.

¹³ CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade [recurso eletrônico]**. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 134.

2. HISTÓRICO E CONCEITO DE ESTADO¹⁴

O termo Estado foi inserido no contexto histórico inicialmente por Maquiavel¹⁵, em sua obra “O Príncipe”, que nas primeiras linhas preceitua: “*Todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados*”; até então não utilizada.

No que diz respeito aos seus elementos, Groppali¹⁶ define o Estado de três maneiras: “[...] é um ente social constituído de um povo organizado sôbre um território sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem, bem-estar e elevação”; em relação a sua forma: “[...] uma ordenação jurídica, na qual um complexo de normas gerais e coercivas regulam os órgãos e os poderes do Estado bem como as relações dos cidadãos entre si e a dêles com o mesmo Estado”; em relação a configuração unitária: “[...] como uma corporação territorial ou como uma instituição territorial”. Acrescenta o autor que é muito difícil estabelecer um conceito unânime e que agrada todos os pesquisadores do Direito.

Kelsen ressalta que definir Estado não é tarefa fácil¹⁷:

Ás vezes, a palavra é usada em um sentido amplo, para indicar a “sociedade” como tal, ou alguma forma especial de sociedade. [...] A situação revela-se mais simples quando o Estado é discutido a partir de um ponto de vista puramente jurídico. O Estado, então, é tomado em consideração apenas como um fenômeno jurídico, como uma pessoa jurídica, ou seja, como uma corporação. [...] O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional).

Assim, a palavra Estado, em sentido amplo, pode indicar sociedade; e no seu sentido jurídico, é usada para designar uma comunidade jurídica nacional em contraposição a uma ordem jurídica internacional.

A esse respeito, dispõe Dallari¹⁸:

[...] tendo em conta a possibilidade e a convivência de se acentuar o componente jurídico do Estado, sem perder de vista a presença necessária dos fatores não-jurídicos, parece-nos que se poderá conceituar o Estado como a *ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território*.

O autor alerta para uma preocupação necessária que deve ter o estudioso ao estabelecer o conceito de Estado, analisando os fatores jurídicos e os não-jurídicos, para,

¹⁴ Parte desta seção foi retirado de: SCHLICKMANN, Flávio. Considerações acerca do enfraquecimento do estado constitucional moderno frente ao fenômeno da transnacionalidade. In: ANTUNES DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva; ARMADA, Charles Alexandre Souza (Org.). **Teoria jurídica e transnacionalidade [recurso eletrônico]: Volume I**. Dados eletrônicos - Itajaí: UNIVALI, 2014.

¹⁵ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe** (Comentado por Napoleão Bonaparte). Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 29

¹⁶ GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Traduzida da 8. ed. italiana por Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 265-266

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado e do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 261-262

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 21 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 118.

mesmo que com certa ressalva, entender o Estado como uma ordem jurídica soberana que tem por objetivo o bem comum de certo povo.

No que se refere à formação do Estado, Bobbio¹⁹ a divide em teorias: a da descontinuidade e da continuidade. Quando argumenta em favor da teoria da descontinuidade, o doutrinador afirma que não seria tão importante a introdução do termo “Estado” nos primórdios da Idade Moderna, não fosse a necessidade de se criar um novo termo para definir um novo modelo de ordenamento, visto que na época foi considerado de forma muito distinta de todos os ordenamentos anteriores; daí a necessidade de chamá-lo de Estado.

Bobbio²⁰ destaca, então, que se em favor da descontinuidade os argumentos são fortes, não menos fortes são os argumentos em favor da continuidade. Primordialmente, destaca o doutrinador que um tratado de política como o de Aristóteles não perdeu sua eficácia tanto descritiva quanto explicativa diante dos ordenamentos políticos que se sucederam. Um exemplo disso eram as relações entre as cidades gregas, relações caracterizadas por guerras, represálias, que representam um nível quantitativo de relações entre verdadeiros Estados a partir da Idade Moderna.

Para sustentar a teoria da continuidade, Bobbio²¹ argumenta:

Não se explicaria esta contínua reflexão sobre a história antiga e as instituições dos antigos se a um certo momento do desenvolvimento histórico tivesse ocorrido uma fratura grande o suficiente para dar origem a um tipo de organização social e política incomparável com as do passado, tão incomparável que apenas ele mereceria o nome de “Estado”.²²

Assim, seria necessária uma paralisação no tempo em função da criação de uma nova estrutura que fosse completamente diferente a tudo que se tinha visto até então e, essa estrutura, unicamente ela, poderia ser chamada de “Estado”.

A pergunta que se faz, então, é a seguinte : Quando nasceu o Estado?

Segundo Bobbio²³, para se responder a tal questionamento, é necessário que não se esqueça do problema de saber se o Estado sempre existiu ou se é um fenômeno cultural que apareceu em um determinado momento da história. Bobbio²⁴:

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado; governo; sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 67.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado; governo; sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 68.

²¹ BOBBIO, Norberto. **Estado; governo; sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 70.

²² BOBBIO, Norberto. **Estado; governo; sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 71

²³ BOBBIO, Norberto. **Estado; governo; sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 72.

²⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado; governo; sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 73

Uma tese recorrente percorre com extraordinária continuidade toda a história do pensamento político: o Estado, entendido como ordenamento jurídico político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna (o sustento) e externas (a defesa). Enquanto que para alguns historiadores contemporâneos, como já se afirmou, o nascimento do Estado assinala o início da era moderna, segundo esta mais antiga e mais comum interpretação o nascimento do Estado representa o ponto de passagem da idade primitiva, gradativamente diferenciada em selvagem e bárbara, à idade civil, onde “civil” está ao mesmo tempo para “cidadão” e “civilizado” (Adam Ferguson).

Assim, verifica-se a clara distinção entre as teorias então citadas. Para alguns historiadores, o Estado nasceu da dissolução da comunidade primitiva, sofrendo uma adaptação e modificando os tipos de comunidades, de modo que comunidades mais amplas foram criadas(continuidade). Corrente diversa acredita, por sua vez, que o Estado é o marco inicial da Idade Moderna, sendo ele o ponto de passagem da Idade Primitiva para Idade Moderna (descontinuidade).

3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTADO MODERNO²⁵

O Estado Moderno é fruto do desenvolvimento histórico do Estado, sendo uma de suas diversas fases através dos tempos.

O Estado medieval invocou uma nova realidade em relação à distribuição de terras. O sistema feudal compreendia uma estrutura econômica e social de pequenos produtores individuais, voltados à produção para a subsistência. Os senhores feudais não toleravam as exigências dos monarcas aventureiros e de circunstâncias que impunham tributos de forma indiscriminada e mantinham um clima de guerra constante.²⁶

Esse contexto acabou por despertar a ideia de unidade, que buscava a afirmação de um poder soberano, no sentido supremo, para ser o mais alto poder dentro dessa unidade. A assinatura da paz de Westfália teve o caráter de documentação para a criação desse novo tipo de Estado.²⁷

Em relação à aparição do Estado moderno, ressalta Gregorio Peces-barba Martinez²⁸:

²⁵ Parte desta seção foi retirado de: SCHLICKMANN, Flávio. Considerações acerca do enfraquecimento do estado constitucional moderno frente ao fenômeno da transnacionalidade. *In*: ANTUNES DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva; ARMADA, Charles Alexandre Souza (Org.). **Teoria jurídica e transnacionalidade [recurso eletrônico]: Volume I**. Dados eletrônicos - Itajaí: UNIVALI, 2014.

²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 70

²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 71

²⁸ MARTINÉZ, Gregorio Peces-barba. **Curso de derechos fundamentales: teoria general**. Madrid: Imprenta nacional del boletín oficial del Estado, 1995 p.114-115

[...] la aparición, del Estado como poder soberano, que no reconoce superior y que pretende el monopolio en el uso de la fuerza legítima, generará un disenso apoyado en la nueva mentalidad, impulsado por la nueva clase social en ascenso, la burguesía, sobre las condiciones del ejercicio absoluto de ese poder, y construirá un nuevo consenso político cuestionado el origen del poder, su justificación, su ejercicio y sus fines, con el contractualismo, con la idea de Constitución y derechos humanos como objeto del contrato y como límites del poder.

Desta forma, o surgimento do Estado moderno gerou um dissenso impulsionado pela burguesia, visto que o Estado surgiu com a ideia de uso da força legitimada, de modo que as condições do exercício desse poder foram questionadas, assim como a sua justificação, seus fins e conseqüentemente sua limitação, o que trouxe em debate a ideia, ainda que contratualista, da criação de uma lei maior com fundamento nos direitos humanos.

Referida forma de manifestação do Estado, de acordo com o que lecionam Streck e Moraes²⁹, surgiu devido às deficiências da sociedade política medieval que determinaram as características fundamentais do Estado moderno; tanto os elementos materiais (território e o povo), como os elementos formais (o governo, o poder, a autoridade ou o soberano).

O Estado moderno, entendido como o Estado dotado de um poder próprio independente de quaisquer outros poderes, começa a nascer na segunda metade do século XV na França, na Inglaterra e na Espanha.

No Estado moderno a dominação passa a ser legal-racional, que para Weber³⁰ é aquela *decorrente de estatuto, sendo seu tipo mais puro a “dominação burocrática”, onde qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma*; assim, se obedece a regra estatuída e não a pessoa em virtude.

Observa-se, então, que a dominação legal-racional é a antítese da dominação carismática, predominante na forma estatal medieval.

Streck e Moraes³¹ destacam que:

[...] naquilo que se passou a denominar de Estado Moderno, o Poder se torna instituição (uma empresa a serviço de uma idéia, com potência superior à dos indivíduos). É a idéia de uma dissociação da autoridade e do indivíduo que a exerce. *O Poder despersonalizado precisa de um titular: O Estado*. Assim, o Estado procede da institucionalização do Poder, sendo que suas condições de existência são o território, a nação, mais potência e autoridade. Esses elementos

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 24.

³⁰ WEBER, Max. **Os três tipos puros de dominação legítima**. In: Sociologia. Gabriel Cohn (organizador). São Paulo: Ática, 1986. p. 128 e seguintes.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. p. 27.

dão origem à idéia de Estado, ou seja, *o Estado Moderno deixa de ser patrimonial*. Ao contrário da forma estatal medieval, em que os monarcas, marqueses, condes e barões eram donos do território e de tudo o que neles se encontrava (homens e bens), no Estado Moderno passa a haver a identificação absoluta entre Estado e monarca em termos de soberania estatal.

Assim, o Estado moderno deixa de ser patrimonial como o Estado medieval, de modo que neste novo modelo existe uma dissociação entre a autoridade e o indivíduo que o exerce, necessitando então da institucionalização do poder, sendo condições de existência o território, a nação, mais potência e autoridade.

4. A CRISE ATUAL DO ESTADO MODERNO³²

Lecionam Streck e Moraes³³ que o Estado Moderno, fundado por volta do século XVI, sofre atualmente uma crise de identidade, tanto conceitual como estruturalmente:

As duas principais questões são a soberania, que cada vez mais vai de encontro aos interesses de corporações multinacionais, e o Estado de Bem-Estar Social. A crise conceitual refere-se às bases do Estado, sua caracterização. Destacam-se nesse quesito as questões de soberania e direitos humanos.

Sendo assim, o Estado Moderno, estruturado após o enfraquecimento do Estado Medieval, vem sofrendo uma crise de identidade, em razão de dois fatores: o primeiro no que tange ao problema da soberania, e o segundo em função da questão dos direitos humanos.

Quanto à questão da soberania do Estado Moderno, a mesma pode ser entendida como a qualidade do poder do Estado, que é a fonte de direitos e obrigações. A soberania, então, é o atributo do poder do Estado que o torna independente no plano interno e interdependente no plano externo. Ensina Acquaviva³⁴ que a soberania pressupõe:

No âmbito interno, o poder soberano reside nos órgãos dotados do poder de decidir em última instância; no âmbito externo, cada uma mantém, com os demais, uma relação em que a igualdade se faz presente. O poder soberano é um elemento essencial do Estado.

Desta feita, a soberania é a qualidade do poder do Estado. No âmbito interno está localizada no órgão de maior poder, e no âmbito externo está na igualdade em que se comporta o Estado-Nação frente aos outros Estados.

³² Parte desta seção foi retirado de: SCHLICKMANN, Flávio; KOCH, Rafaela Borgo. **A evolução e crise do estado moderno na perspectiva de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

³³ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. p. 136

³⁴ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. 2 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 54

Para Streck e Moraes³⁵, o conceito de soberania que surgiu no século XVI teve como primeiro ideólogo Jean Bodin. A soberania, então, era concentrada na pessoa do monarca. Posteriormente, baseado nas ideias de Jean Jacques Rousseau, a titularidade do poder é transferido para o povo, que é quem legitima o poder do soberano. Nos moldes atuais, a soberania é exercida pela pessoa jurídica estatal. Destacam os autores: “A soberania caracteriza-se por ser imprescritível, inalienável, indivisível e una. Com ela, o Estado legisla e aplica normas dentro de um determinado território, pois é o único centro de poder.”

Em assim sendo, no que tange à soberania, é justamente neste ponto que o Estado atual sofre um de seus grandes problemas. A soberania estatal vem se esvaindo devido a organismo supranacionais, que ignoram o poder constituído pelos países em nome dos interesses da maioria.

O Estado Constitucional Moderno, então, da forma como foi concebido, não consegue mais dar as respostas à Sociedade. Nesse sentido, destacam Cruz e Bodnar³⁶:

[...] Atualmente, o Estado não consegue mais dar respostas consistentes à Sociedade diante da complexidade das demandas transnacionais que se avolumam continuamente. Os problemas sociais aumentam em proporções preocupantes. Tudo leva a crer que o principal fator dessas crises cíclicas esteja localizado exatamente no próprio Estado Constitucional Moderno.

Sendo assim, conforme ensinam os autores, o Estado Constitucional Moderno não responde de forma consistente às demandas da Sociedade atual, notadamente no que diz respeito às demandas transnacionais. Nesse exato sentido é que o Estado Constitucional Moderno se mostra insuficiente.

No que concerne ao segundo problema, que gera a dita crise do Estado Moderno, o ponto em questão diz respeito aos direitos humanos. Os direitos humanos são universais e cada vez mais se projetam para um alargamento objetivo e subjetivo de sua efetivação, sendo esta a tarefa do Estado. Streck e Moraes³⁷ elucidam acerca dos direitos humanos:

[...] colaboram para a progressiva diminuição da soberania estatal porque não mais possuem como objetivo prioritário a defesa contra os atos do Estado, mas sim uma tentativa de reflexão sobre a continuidade da espécie humana. Desta maneira, é preciso agir de maneira global, pois a transgressão dos direitos humanos afeta todos os habitantes do planeta.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. p. 138-139

³⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR; Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais**. Direito e Transnacionalidade. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1 ed., 2009, 2 reimpressão, Curitiba: Juruá, 2011, p. 56.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. p. 145

Assim, o principal objetivo dos direitos humanos não é proteger o cidadão contra os atos do Estado, e sim, possibilitar uma reflexão em relação à continuidade da espécie humana. Essa reflexão transpassa qualquer fronteira, uma vez que é global, causando problemas na estrutura do Estado Moderno.

A crise do Estado atual liga-se claramente à temática da ingovernabilidade, retratada por Bobbio³⁸:

Por crise do Estado entende-se, da parte de escritores conservadores, crise do Estado democrático, que não consegue mais fazer frente às demandas provenientes da sociedade e por ele mesmo provocadas; da parte de escritores socialistas ou marxistas, crise do Estado capitalista, que não consegue mais dominar o poder dos grandes grupos de interesse em concorrência entre si. Crise do Estado quer portanto dizer, de uma parte e de outra, crise de um determinado tipo de Estado, não fim do Estado. Prova disso é que retornou à ordem do dia o tema de um novo 'contrato social', através do qual dever-se-ia precisamente dar vida a uma nova força de Estado, diverso tanto do Estado capitalista ou do Estado de injustiça, quanto do Estado socialista ou Estado de não-liberdade.

Dessa forma, a crise do Estado Moderno, significa dizer, nas palavras de Bobbio, que o Estado necessita de uma nova realidade, não sendo necessariamente um fim do Estado, pelo contrário, podendo ser a crise a oportunidade de se repensar o contrato social.

Assim, o Estado Moderno, da forma proposta, calcado no seu poder soberano, encontra-se em uma crise de identidade, diante de questões referentes ao enfraquecimento da soberania, tendo em vista que a soberania estatal vem se esvaindo devido a organismos supranacionais.

Ademais, outra questão que favorece a crise de identidade do Estado Moderno é a questão do Direito Ambiental, como sendo um fator responsável pela crise do Estado Moderno.

4.1 O Direito Ambiental como um fator responsável pela crise do Estado Moderno

O Direito Ambiental não pode ser analisado sob a ótica do Estado-nação, haja vista ser o mesmo global. Nesse ínterim, o Direito Ambiental, como perspectiva global de ação, é um dos fatores responsáveis pela crise de identidade vivida pelo Estado Moderno.

Ensina García³⁹ que as interrelações entre os ecossistemas, traduzem o que se chama de megaprincípio da globalidade do Direito Ambiental. Tal princípio estabelece que se deve

³⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado; governo; sociedade**: Para uma teoria geral da política. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000. p. 126.

³⁹ GARCÍA, José Francisco Alenza. **Manual de derecho ambiental**. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2001. p. 41-42.

pensar globalmente e agir localmente, devendo os Estados tomarem medidas com pensamento global para combater determinados problemas ambientais.

Essa característica do Direito Ambiental faz com que a soberania do Estado Moderno perante o Direito Internacional clássico atrofie a atuação do Estado dentro do desenvolvimento que se espera, em razão de que muitas vezes a construção do Direito Ambiental se dá com perspectivas regionais e não globais, podendo servir para a resolução de determinados problemas, mas não de âmbito planetário.

Por outro lado, ensina VIEIRA⁴⁰ que essa perspectiva de cidadania global muitas vezes é acusada de utopia, por se basear em esferas mais amplas que o Estado-nação. No entanto, o Estado nacional está em crescente enfraquecimento, em razão do processo de globalização em curso.

Nessa direção, entende Cruz⁴¹ que os motivos pelos quais o Estado Constitucional Moderno foi concebido, há mais de dois séculos, como o individualismo, a propriedade privada e a acumulação da riqueza ilimitada, podem determinar sua superação. Aduz, nesse sentido, que:

[...] Na verdade, encontramos-nos diante de uma profunda crise do estado constitucional moderno. Definitivamente a noção de estado constitucional moderno, desenvolvida nos séculos XVII e XVIII, constituiu-se num autêntico progresso em comparação as noções de feudalismo e absolutismo, mas hoje se converte num verdadeiro freio para questões vitais para a sobrevivência do mundo.

Nesse norte, ponto importante nessa crise existencial e consequente enfraquecimento do Estado Constitucional Moderno, é relacionado, como ensina o autor, a questões de sobrevivência do mundo, cite-se a questão ambiental.

Para Rodríguez⁴² o Direito Ambiental necessita de uma internacionalização, por questão de justiça e equidade. Essa internacionalização requer uma solidariedade mundial, de modo que os Estados devem agir com espírito de cooperação para restabelecer e manter a saúde do ecossistema da Terra. Por terem contribuído para a degradação do meio ambiente, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas.

Em assim sendo, diante do que foi apresentado, o Direito Ambiental, por sua característica global, tem influenciado diretamente na crise de identidade que vive o Estado

⁴⁰ VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 271.

⁴¹ CRUZ. Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. p. 93.

⁴² RODRÍGUEZ, Andrés Batancor. **Instituciones de derecho ambiental**. Madrid: La Ley . p. 51.

Moderno, concebido com base nos seus elementos. Nesse norte, a questão ambiental reclama um tratamento global do problema, não aceitando a limitação da soberania, característica do Estado-nação.

O Direito Ambiental deve ser internacionalizado, requerendo dos Estados uma solidariedade mundial, um espírito de cooperação que seja capaz de minimizar os danos já causados ao meio ambiente, bem como restabelecer a saúde do ecossistema da Terra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme analisado no presente artigo, o Direito Ambiental é um conjunto de princípios e regras destinadas à proteção do meio ambiente, compreendendo medidas administrativas e judiciais, com a reparação econômica e financeira dos danos causados ao ambiente de uma maneira geral.

Como visto, o Estado Moderno é fruto do desenvolvimento histórico do Estado, sendo uma de suas diversas fases através dos tempos. Nesse novo modelo, existe uma dissociação entre a autoridade e o indivíduo que o exerce, necessitando da institucionalização do poder. No Estado Moderno, se despertou a ideia de unidade, que buscaria a afirmação de um poder soberano, no sentido supremo, para ser o mais alto poder dentro dessa unidade.

No entanto, é justamente na ideia de unidade, deste Estado estruturado após o enfraquecimento do Estado Medieval, que este vem sofrendo uma crise de identidade, em razão de dois fatores: o primeiro em relação ao problema da soberania e o segundo em função da questão dos direitos humanos.

O Estado Moderno não responde de forma consistente às demandas da Sociedade atual, notadamente no que tange às demandas transnacionais. A questão central do presente estudo se direciona no sentido de ser o direito ambiental um fator de crise do Estado Moderno.

Dito isto, verificou-se que o Direito Ambiental, por sua característica global, tem influenciado diretamente na crise de identidade que vive o Estado Moderno, concebido com base nos seus elementos. Nesse norte, o Direito Ambiental pode ser considerado um fator de crise do Estado Moderno.

O Direito Ambiental deve ser internacionalizado, requerendo dos Estados uma solidariedade mundial, um espírito de cooperação, para minimizar os danos já causados ao meio ambiente; bem como restabelecer a saúde do ecossistema da Terra, e isto só será possível se o Estado superar as questões de soberania tão arraigadas ao modelo do Estado Moderno.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. 2 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade**. Para uma teoria geral da política. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000.

CARVALHO, Carlos Gomes de. **Introdução ao direito ambiental**. Cuiabá: Verde-Pantanal, 1990.

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade [recurso eletrônico]**. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR; Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais**. Direito e Transnacionalidade. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1 ed., 2009, 2 reimpressão, Curitiba: Juruá, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR; Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais**. Direito e Transnacionalidade. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1 ed., 2009, 2 reimpressão, Curitiba: Juruá, 2011.

CRUZ. Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI; seleção e organização dos capítulos Emanuela Cristina Andrade Lacerda**. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 21 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza:** (de acordo com a Lei 9.605/98). 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GARCÍA, José Francisco Alenza. **Manual de derecho ambiental.** Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2001. p. 41-42.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado.** Traduzida da 8. ed. italiana por Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado e do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito Ambiental contemporâneo.** Barueri: Manole, 2004.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe** (Comentado por Napoleão Bonaparte). Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MARTINÉZ, Gregorio Peces-barba. **Curso de derechos fundamentales:** teoria general. Madrid: Imprenta nacional del boletín oficial del Estado, 1995.

MUKAI, Toschio. **Direito ambiental sistematizado.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RODRÍGUEZ, Andrés Batancor. **Instituciones de derecho ambiental.** Madrid: La Ley .

SCHLICKMANN, Flávio. Considerações acerca do enfraquecimento do estado constitucional moderno frente ao fenômeno da transnacionalidade. *In:* ANTUNES DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva; ARMADA, Charles Alexandre Souza (Org.). **Teoria jurídica e transnacionalidade [recurso eletrônico]:** Volume I. Dados eletrônicos - Itajaí: UNIVALI, 2014.

SCHLICKMANN, Flávio; KOCH, Rafaela Borgo. **A evolução e crise do estado moderno na perspectiva de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional.** 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. *In*: **Sociologia**. Gabriel Cohn (organizador). São Paulo: Ática, 1986.

GLOBALIZAÇÃO E TUTELA DAS MINORIAS ÉTNICAS

André Emiliano Uba¹

Loreno Weissheimer²

INTRODUÇÃO

A preocupação do direito em relação às minorias tem por finalidade a integral proteção das pessoas humanas individualmente consideradas, assim como os grupos sociais, que, por sua condição étnica, ou outra diferenciação da sociedade nacional ou global em que se encontrem inseridas, estejam em situações de vulnerabilidade.

O presente artigo tem por objetivo analisar o conceito de minorias, sua situação diante da sociedade globalizada, a existência de instrumentos normativos de proteção e propor sugestões para o debate sobre o tema.

O problema colocado é que com o avanço da globalização, as minorias, sem a proteção jurídica internacional ou dos respectivos estados nacionais, acabam por sofrer a absorção, com o desaparecimento de múltiplas culturas locais e regionais, ficando essas categorias e seus indivíduos à margem da sociedade global, enfraquecendo o sentimento de pertença e de efetividade da dignidade da pessoa humana.

No primeiro capítulo será estudado o conceito de minorias, no segundo será analisado o impacto da crescente globalização sobre as minorias, o terceiro terá por objeto a legislação internacional e brasileira de proteção às minorias e no quarto capítulo serão apresentadas sugestões para o debate sobre o tema.

Quanto à metodologia, o relato dos resultados será composto na base lógica Indutiva³. Nas diversas fases da Pesquisa, serão utilizadas as Técnicas do Referente⁴, da Categoria⁵, do Conceito Operacional⁶ e da Pesquisa Bibliográfica.⁷

¹ Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná. Procurador do Estado de Santa Catarina. Consultor Jurídico da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico Sustentável. Florianópolis - Santa Catarina, Brasil. uba@pge.sc.gov.br.

² Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Tributário pela UFSC. Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Procurador do Estado de Santa Catarina. loreno@pge.sc.gov.br.

³ [...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]. (PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008. p. 86).

1. NOTAS SOBRE AS MINORIAS ÉTNICAS

Quando se pensa em minorias, a primeira ideia que vem à mente é aquela segundo a qual se está a tratar de um grupo de pessoas numericamente inferior a outro.

Muitos embora esse elemento numérico seja um importante ponto de partida à compreensão do conceito jurídico de minorias, ele é insuficiente para se identificar aqueles grupos que necessitam de uma proteção especial do Estado em relação ao restante da população.

Aliás, também é comum cuidar das peculiaridades de um determinado grupo vulnerável sob o rótulo de minoria, assim como justificar que direitos sejam usufruídos por minorias sob o argumento de que se trata de um grupo vulnerável. Não há dúvida de que elementos comuns existem, porém não se pode afirmar que há uma identidade absoluta entre minorias e grupos vulneráveis.

A imprecisão terminológica foi acentuada pelo fato de que a Organização das Nações Unidas não obteve sucesso na empreitada de cunhar uma definição universal para minorias, o que inclusive seria a premissa de uma hipotética Declaração Universal sobre Direitos de Minorias⁸, que acabou não ocorrendo.

Uma das razões é o fato de que a palavra minoria pode atingir enorme abrangência diante dos diferentes contextos históricos, culturais e sociais de cada sociedade ou Estado. São incontáveis os grupos que, em tese, podem ser candidatos à condição de minoria, o que pode resultar no alargamento excessivo do conceito respectivo caso se pretenda incluir todos.⁹

⁴ [...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. p. 53).

⁵ [...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” (PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. p. 25).

⁶ [...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]. (PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. p. 37).

⁷ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. p. 209).

⁸ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo: Brasil, 2009. v. I, p. 227.

⁹ D’ALIMONTE, Roberto, verbete “Decisões coletivas, Teoria das”. In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12ª edição. v. 1. Brasília: Editora UnB, 2004, p. 309-312.

O tratamento conferido pelos documentos internacionais àqueles grupos tem utilizado, como meio de acomodar os diversos interesses envolvidos, fórmulas abertas, com elevado teor principiológico e sem maior precisão conceitual.

Apesar das dificuldades, desde meados do século passado foram patrocinadas pelas Nações Unidas várias tentativas de conceituar universalmente as minorias tendo em vista as vantagens que poderiam advir para o sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

No ano de 1947, a Comissão de Direitos Humanos criou a Subcomissão de Prevenção de Discriminação e de Proteção de Minorias das Nações Unidas, a qual, em 1950, assim propôs:

I - o termo minoria inclui, dentro do conjunto da população, apenas aqueles grupos não dominantes, que possuem e desejam preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou lingüísticas estáveis, marcadamente distintas daquelas do resto da população; II - tais minorias devem propriamente incluir um número de pessoas suficiente em si mesmo para preservar tais tradições e características; e - III tais minorias devem ser leais ao Estado dos quais sejam nacionais.¹⁰

Entretanto, tal sugestão não foi aceita, e, após algumas outras tentativas também infrutíferas, a referida Subcomissão chegou a desistir da tarefa de precisar conceitualmente as minorias em meados da última década de 50, optando tão somente por recomendar que as mesmas fossem objeto de proteção nos futuros documentos de direitos humanos.¹¹

Pouco depois, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, embora sem conceituá-las, referiu-se às minorias e lhes outorgou direitos no artigo 27, nos seguintes termos:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.¹²

Os esforços para definir minorias foram retomados nas décadas seguintes, até que, em 1994, foi criado pela Comissão de Direitos Humanos da ONU um Grupo de Trabalho específico sobre o tema, que dedicou suas três primeiras sessões à tarefa de defini-las objetivando guiar os seus trabalhos.

¹⁰ E/CN.4/641 Annex I, Resolution II. Apud MAIA, Luciano Mariz. Direitos Humanos das Minorias Étnicas e Religiosas e as Desigualdades Sociais e Regionais. In REGIS, André & MAIA, Luciano Mariz. **Direitos Humanos, Impeachment e outras questões constitucionais**: uma coletânea de artigos. Recife: Editora Base; João Pessoa: Editora Universitária, 2004, p. 205-234.

¹¹ WUCHER, Gabi. **Minorias**: Proteção Internacional em Prol da Democracia. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 4.

¹² MAIA, Luciano Mariz. **Os Direitos das Minorias Étnicas**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/lmaia_minorias.html>. Acesso em: 25 jul. 2014.

Na última sessão, apresentou-se uma proposta que versava sobre os requisitos que deveriam ser observados por uma definição flexível, pragmática e não obrigatória legalmente.

Estavam excluídos da definição de minorias: populações indígenas, grupos que pudessem ser tidos como do direito de autodeterminação, coletividades que não desejassem manter sua identidade distintiva ou que fossem tão inferiores numericamente que inviabilizassem mecanismos de proteção especial, e, ainda, grupos socialmente dominantes.

Essa proposta provocou fortes reações contrárias, pelo seu caráter restritivo, dando ensejo à proliferação da ideia de que não haveria razões que justificassem a adoção de uma definição universal de minorias.¹³

Embora não se tenha chegado a uma resposta universalmente aceita e conclusiva, essas propostas, somadas a outras definições de antropólogos, doutrinadores, tribunais e organismos internacionais, permitiram identificar determinados elementos objetivos e subjetivos passíveis de serem incluídos na noção de minoria.

Em geral, são identificados três elementos objetivos¹⁴ e um elemento subjetivo. Os primeiros são: o diferenciador, o quantitativo e o de não-dominância.

Já o de índole subjetiva é o elemento da solidariedade.

O elemento diferenciador diz respeito à presença em todos os membros do grupo de uma determinada característica de natureza estável, que os tornam distintos da população em geral.

O elemento quantitativo afasta, de sua parte, a possibilidade da parcela da população numericamente majoritária ser entendida como uma minoria, pois há a presunção (relativa) de que não há necessidade de proteção especial nesse caso.

A não-dominância consiste na ideia segundo a qual um grupo que se encontra no comando do processo político não necessita, em regra, de uma proteção especial. Ainda que

¹³ WUCHER, Gabi. **Minorias: Proteção Internacional em Prol da Democracia**. p. 84-86.

¹⁴ Em que pese alguns autores considerarem a nacionalidade como um dos elementos objetivos, entende-se que atualmente a nacionalidade não é um elemento considerado de relevância para a identificação de minorias, pois é reconhecido que os Estados têm responsabilidades para com todas as pessoas que se encontram sob sua jurisdição, independentemente de serem ou não seus nacionais. Nesse sentido, o próprio artigo 27 do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, o qual veda que os Estados neguem os direitos ali previstos às pessoas que não sejam seus nacionais ou residentes permanentes.

numericamente pequena, caso uma coletividade domine politicamente a sociedade terá demonstrado força suficiente para atingir seus objetivos sem a necessidade de medidas protetivas específicas.¹⁵

No que pertine à solidariedade, único elemento de caráter subjetivo, vale ressaltar que já estava prevista na primeira proposta da Subcomissão de Prevenção de Discriminação de Proteção de Minorias das Nações Unidas, de 1950.

Esse elemento torna necessário que exista uma vontade coletiva entre os membros do grupo no sentido de manter os caracteres que os distinguem do restante da população, ou seja, o elemento diferenciador. Destarte, não serão consideradas minorias coletividades que desejem a sua assimilação em relação à sociedade dominante, admitindo deixar de portar as suas especificidades. Uma minoria, dessa forma, pode no máximo pretender uma mera integração, que não resulta na perda das suas características diferenciadoras.¹⁶

Não existe uma unanimidade sobre quantos e quais elementos são necessários para a identificação de um grupo minoritário. Porém, tem-se entendido que a existência de uma minoria depende da combinação de um ou mais elementos objetivos com o elemento subjetivo. Dessa forma, a solidariedade seria sempre necessária, o que torna também imprescindível a presença de um elemento diferenciador.¹⁷

Além desses elementos objetivos e subjetivos normalmente identificados pela doutrina como passíveis de serem incluídos em um conceito ou definição de minorias, há outro que deverá estar sempre presente: a vulnerabilidade, que diz respeito necessidade de uma proteção especial, que se revela como uma dimensão específica dos direitos humanos em geral.¹⁸

Contudo, a situação de vulnerabilidade também está presente em outros grupos que, entretanto, não portam elementos de natureza objetiva e subjetiva suficientes para serem caracterizados como minorias. Pode-se falar, assim, na existência de grupos vulneráveis que não se enquadrem como minorias.

¹⁵ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo: Brasil, 2009. v. I, p. 227.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 577.

¹⁷ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. p. 228.

¹⁸ SÉGUIN, Elida. **Minorias e Grupos Vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 10-12.

Dessa maneira, é possível separar minorias e grupos vulneráveis em sentido estrito. Ambas são tipos de grupos vulneráveis em sentido amplo, mas minoria é um termo que identifica grupos cujos componentes portam especificidades próprias – os elementos objetivos e subjetivos acima referidos – que os distinguem das demais coletividades vulneráveis.

O elemento diferenciador característico das minorias, por sua natureza étnica, religiosa ou linguística, é responsável por imprimir uma identidade cultural ao grupo, sendo essa identidade cultural o “amálgama” da minoria, a qual, exatamente por isso, precisa da proteção coletiva de seus traços distintivos, sem o que não se poderá falar em plena realização da dignidade de cada um dos seres humanos que a integram.¹⁹

Nesse contexto, etnia pode ser compreendida como uma coletividade que possui uma identidade própria que a une através da comunidade da língua, história, tradições, cultura e, em alguns casos, espaço próprio, sublinhando-se que se trata de uma realidade, sobretudo, de natureza cultural.²⁰

A cultura é, assim, o principal elemento da etnia, e se manifesta por meio de tradições, língua e religião. Daí surge a noção de minoria étnica, ou grupos minoritários, diante da identidade cultural coletiva que une as pessoas que compõem esses grupos.

2. IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO SOBRE AS MINORIAS ÉTNICAS

É cediço que a globalização consiste em um fenômeno complexo que começou na época dos descobrimentos e que se desenvolveu a partir da Revolução Industrial.²¹

Não existe uma definição única e universal para a globalização, mas esta pode ser definida como um dos processos de aprofundamento da integração econômica, social, cultural e espacial e barateamento dos meios de transporte e comunicação dos países do mundo no final do século XX.

¹⁹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção. In ROCHA, João Carlos de Carvalho, HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras, CAZETTA, Ubiratan - coords. **Direitos Humanos: Desafios Humanitários Contemporâneos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 356.

²⁰ ECHAUDEMAISON, Claude-Danièle (coord.). **Dicionário de Economia e Ciências Sociais**. Porto: Porto Editora, 2001, p. 149.

²¹ ALMEIDA, Tatiana Schmitz de. Globalização, Integração e Direitos Humanos. **Rev. Direitos Fundamentais & Democracia**. [recurso eletrônico]. v. 3. Curitiba: UNIBRASIL, 2009, p. 1.

As principais características da globalização são: a homogeneização dos centros urbanos, a expansão das corporações para regiões fora de seus núcleos geopolíticos, a revolução tecnológica nas comunicações e na eletrônica, a reorganização geopolítica do mundo em blocos comerciais regionais (não mais ideológicos), a hibridização entre culturas populares locais e uma cultura de massa, supostamente "universal", entre outros.²²

Dessa maneira, alguns autores anotam que há uma relação ambígua entre globalização e multiculturalismo.²³

Por sua vez, os estados-nação estão constituídos por diversos grupos humanos, sendo que estes podem ser classificados de acordo com sua etnia, religião, afiliação política, por exemplo. A identidade nacional tem sido questionada pela falta de consideração dada às diversas expressões culturais existentes em seu interior.

Nesse contexto, poder-se-ia afirmar, num primeiro momento, que as minorias étnicas, como, por exemplo, as comunidades indígenas, estariam ainda mais ameaçadas em relação às suas identidades culturais com o advento do fenômeno da globalização.

De fato, os chamados "localismos globalizados" ou "globalismos localizados" são formas de globalização hegemônica que podem ser devastadores para as culturas diferentes.

O "localismo globalizado" é um processo através do qual certo fenômeno de natureza local é globalizado com sucesso, como a utilização da língua inglesa como língua franca, o modelo *fastfood* ou a adoção mundial de leis de propriedade intelectual dos Estados Unidos.²⁴

Já o "globalismo localizado" refere-se ao impacto específico de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais, que acabam sendo desestruturadas nas suas características originais e reestruturadas de modo a responder a esses imperativos transnacionais, a exemplo da utilização de cerimônias religiosas, artesanato e vida selvagem

²² GOMES, Francisco de Assis Cabral. **Os Direitos Humanos no contexto do neoliberalismo e da Globalização**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/31/40/3140/>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

²³ GHAI, Yash. Globalização, multiculturalismo e direito. In SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 557.

²⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 435.

pela indústria global do turismo, ou da conversão da agricultura de subsistência em agricultura para exportação.²⁵

Tais fenômenos podem prejudicar as minorias étnicas de diversas formas, como é o caso da desqualificação dos saberes tradicionais.

Entretanto, a globalização pode também produzir aspectos positivos para o campo cultural, dentre os quais o fato de colocar em contato mais diferentes culturas, gerando fenômenos de empréstimo cultural.

Nos dias atuais, a homogeneidade que se tentou conseguir com a ideia do nacionalismo uniformizante já não existe, pois o multiculturalismo é uma corrente de pensamento que está conseguindo expressar-se e difundir-se, por outros denominado como interculturalismo (principalmente na América Latina).²⁶

A ideia da globalização como um processo homogeneizante que baliza as culturas e as tradições locais está sendo superada pela visão de um fenômeno que estimula a compressão do mundo, assistindo a emergência de várias formas de nacionalismo através deste mundo.

O termo global e local não se contrapõem, mas se complementam. Com efeito, a globalização encerra todos os aspectos da condição humana, implica a universalização do particularismo e a particularização do universalismo, além disso, implica a produção ou promoção da diversidade. As diversas formas de nacionalismo surgidas recentemente, as reorganizações das minorias são manifestações desta diversidade global, não estando excluída às vezes o conflito entre estas duas manifestações de identidade.²⁷

Atualmente, o contexto da globalização acha-se apoiado pelo elemento tecnológico, o qual tem fatores positivos; mas o perigo está no fluxo unilateral de informações e na exaltação da tecnologia controlada por grupos transnacionais.²⁸

O anterior pode levar à submissão sistemática, direta ou indireta, de todas as atividades culturais a uma valorização da eficiência semelhante à da produtividade

²⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 435.

²⁶ PINTO, Alejandra Aguilar. **A Globalização Cultural “Contra-Hegemônica” no Ciberespaço: o caso dos Povos Indígenas**. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/panam/pdf/GT4_Art5_Alej.pdf >. Acesso em: 12 jul. 2014.

²⁷ ROBERTSON, Roland. Identidade nacional e globalização: falácias contemporâneas. In: **Globalização e identidade nacional**. São Paulo: Atlas, 1999. p.58-60.

²⁸ ORTEGA, Graciela Uribe; LOPEZ, Levi de. Globalização e fragmentação: o papel da cultura e da informação. In: **O novo mapa do mundo globalizado e espaço latino-americano**. 3 ed. São Paulo: Hucitec, 1997. p.172-187.

industrial, bem como o imperativo tácito ou explícito, para se decidir, numa suposta ruptura inevitável entre o "novo" e o "velho", entre a "modernidade" e a "tradição", para sair do subdesenvolvimento material e mental.

Por conseguinte, faz-se necessário que medidas sejam consideradas para contornar os efeitos negativos da globalização. Uma redefinição de “cidadania” em face de um mundo globalizado é necessária, implicando verdadeira mudança cultural no modo de ver e atuar dos diferentes atores sociais que compõem determinada sociedade. Precisa-se ampliar os espaços de discussão independentemente da ação política, no plano internacional e nacional.²⁹

Para que haja uma efetiva proteção aos direitos das minorias, além dos instrumentos internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, torna-se necessária também a adoção de uma firme atitude por parte dos Estados que, no plano interno, podem, de maneira mais eficaz, oferecer tutela para a referida classe de pessoas.

Há que se construir, dentro dos Estados, um espaço democrático multicultural, através do qual os jurisdicionados possam, de forma efetiva, fazer valer os seus direitos culturais, étnicos, linguísticos e religiosos, o que somente é possível através da adoção de uma postura positiva e firme dos governos, a fim de os seus jurisdicionados poderem, de forma livre e espontânea, manifestar-se livremente, sem qualquer embaraço a ser causado por parte de uma maioria.

A democracia multicultural passaria a ser entendida como um conceito e um elemento operacional, pautado na tolerância, por parte dos cidadãos, visando a que a minoria possa exercer os seus direitos e, mais do que isso, servir como um meio, a ser garantido pelos Estados, que, através de valores comuns, como a democracia e os direitos fundamentais, para que a minoria tenha resguardada os seus direitos de livre expressão.³⁰

Nesse cenário, como forma de se efetivar algumas dessas medidas, é de extrema importância a construção de um sistema de regras para verdadeira tutela jurídica das minorias étnicas, no sentido de auxiliar e viabilizar o acesso a mecanismos para auxílio na proteção das suas peculiaridades frente à sociedade global.

²⁹ PINTO, Alejandra Aguilar. **A Globalização Cultural “Contra-Hegemônica” no Ciberespaço: o caso dos Povos Indígenas.** Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/panam/pdf/GT4_Art5_Alej.pdf >. Acesso em: 12 jul. 2014.

³⁰ GOMES, Eduardo Biacchi. **Multiculturalismo e democracia.** Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8408 >. Acesso em: 12 jul. 2014.

3. TUTELA JURÍDICA DAS MINORIAS ÉTNICAS

Todas as pessoas, inclusive as que compõem os grupos vulneráveis em sentido estrito e as minorias, são titulares de Direitos Humanos, que são reconhecidos a todos. Contudo, tem-se verificado a necessidade do reconhecimento de direitos específicos, já que os direitos em geral são insuficientes para que esses grupos desenvolvam todas as suas potencialidades. Assim, o direito à diferença foi reconhecido em vários instrumentos normativos internacionais.

A Declaração Universal das Nações Unidas de 1948 não fez menção específica às minorias, no entanto vedou discriminações motivadas por fatores com raça, sexo, língua e religião.

Alguns direitos básicos foram estabelecidos, como o direito à existência, direito à identidade, direito a medidas positivas.

Quanto ao direito à existência, no seu conteúdo mínimo, a Organização das Nações Unidas aprovou em 1948, a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio a qual foi ratificada pelo Brasil, e promulgada através do Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952:

Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.³¹

Na legislação brasileira, o crime de genocídio encontra-se tipificado pela Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

A repressão ao delito de genocídio protege coletivamente etnias em seu direito à existência, o que implica a proteção do direito à vida, igualmente a subsistência, reprodução física e cultural, mas isso ainda não é suficiente, pois o objetivo de uma minoria não é apenas não ser exterminada, mas conseguir a manutenção de sua identidade cultural, e o

³¹ BRASIL. Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

desenvolvimento continuado do seu modo de viver, o que conduz ao segundo direito básico, que é o direito à identidade, conforme leciona Luciano Maia:

O genocídio, previsto em convenção internacional, é conduta que protege coletivamente etnias em seu direito à existência, o que implica tutelar não apenas a vida, mas igualmente a subsistência, e sua reprodução física e cultural. Mas isto não é suficiente. Como Shaw observa, o objetivo de uma minoria não é apenas não ser exterminada, mas conseguir a manutenção de sua identidade cultural, e do desenvolvimento continuado do seu modo de viver. Isto nos conduz ao segundo direito básico, o direito à identidade.³²

A preservação da identidade pode ser expresso simplesmente pela vontade comum de qualquer grupo no sentido de assegurar a sobrevivência e o contínuo desenvolvimento da identidade cultural, religiosa e social e pela contínua existência do grupo como tal.

O pacto dos direitos civis e políticos, aprovado em 16 de dezembro de 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, do qual o Brasil é signatário, conforme o Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, prevê em seu art. 27:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.³³

Críticas há ao artigo 27, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, por fazer referência apenas às minorias étnica, religiosas ou linguísticas.

A Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais, aprovada pela Conferência Geral da UNESCO, na 20ª reunião, realizada em 27 de novembro de 1978, em Paris, proclamou que todos os seres humanos pertencem à mesma espécie descendem de uma origem comum, reconhece o direito à diferença de todos os indivíduos e grupos, assim como a possibilidade de alcançar o mais alto nível de desenvolvimento intelectual, técnico, social, econômico, cultural e político e que as diferenças entre as realizações dos diferentes povos são inteiramente imputáveis a fatores geográficos, históricos, políticos, econômicos, sociais e culturais, diferenças que não podem, em circunstância alguma, servir de pretexto para qualquer classificação hierarquizada de nações ou povos:

1. Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e descendem de uma origem comum. Nasceram iguais em dignidade e em direitos e todos fazem parte integrante da Humanidade.
2. Todos os indivíduos e grupos têm o direito de ser diferentes, de se considerarem diferentes e de serem vistos como tal. Contudo, a diversidade de estilos de vida e o direito de ser diferente não podem, em quaisquer circunstâncias, servir de pretexto para o preconceito

³² MAIA, Luciano Marziz. **Os Direitos das Minorias Étnicas.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/lmaia_minorias.html>. Acesso em: 25 jul. 2014.

³³ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 25 ago. 2014.

racial; não podem justificar, de direito ou de facto, qualquer prática discriminatória, nem servir de fundamento à política do apartheid, a qual constitui uma forma extrema de racismo.

3. A identidade de origem não afecta de forma alguma o facto de os seres humanos poderem viver de formas diferentes, nem prejudica a existência de diferenças baseadas na diversidade cultural, ambiental e histórica ou o direito de manter a identidade cultural.

4. Todos os povos do mundo possuem iguais faculdades para alcançar o mais alto nível de desenvolvimento intelectual, técnico, social, económico, cultural e político.

5. As diferenças entre as realizações dos diferentes povos são inteiramente imputáveis a factores geográficos, históricos, políticos, económicos, sociais e culturais. Estas diferenças não podem, em circunstancia alguma, servir de pretexto para qualquer classificação hierarquizada de nações ou povos.³⁴

A Constituição de 1988, no art. 3º, inc. IV, veda qualquer forma de preconceito ou discriminação, em razão de origem raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação.

A Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, alterada pela Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, estabelece punições para a prática de crimes decorrentes de preconceitos de raça ou cor.

A Declaração de Princípios sobre a Tolerância aprovada pela Conferência Geral da UNESCO, na 28ª reunião, realizada em 16 de novembro de 1995 em Paris, resume o significado da tolerância como a harmonia na diferença.³⁵

No Brasil, a par do direito à igualdade, e outros direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a justiça, como valores supremos de uma sociedade justa, fraterna, pluralista e sem preconceitos, já consagrados valores constitucionais. O direito à diferença ganhou destaque com a Constituição de 1988, para que haja respeito à alteridade, para que ocorra a promoção de direitos de grupos minoritários, diante da existência de diferenças naturais e culturais que precisam ser preservadas, nesse sentido valem destaque os artigos 215 e 216:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1.º O Estado protegerá as manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileira, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2.º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para as diferentes segmentos étnicos nacionais.

³⁴ Declaração Sobre a Raça e os Preconceitos Raciais: adaptada e proclamada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura na sua 20ª sessão, a 27 de novembro de 1978. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIIPAG3_2_9.htm>. Acesso em 25 ago. 2014.

³⁵ Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf>>. Acesso em 25 ago. 2014.

Art. 216 Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência, 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.

§ 1.º. O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2.º. Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3.º. A lei estabelecerá incentivos para a produção e conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4.º. Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5.º. Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.³⁶

O reconhecimento da Constituição Federal de 1988, quanto à contribuição cultural dos diferentes segmentos étnicos os coloca em igualdade com a sociedade envolvente a par do apoio e incentivo e valorização e a difusão das manifestações culturais pelo Estado.

A norma fundamental também garante a proteção das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Com relação aos índios, o direito à diferença é reconhecido por expressa previsão do artigo 231, *caput*, da Constituição Federal de 1988:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições [...]

A Constituição de 1988 deu atenção especial aos povos indígenas, reconhecendo sua organização social, línguas, cultura, visões de mundo, religiões, modos de vida, peculiares a cada grupo ou povo. A mudança de paradigma teve por finalidade preservar a cultura e os povos indígenas, já que a política integracionista acabava degradando e diminuindo as populações indígenas, como comenta Márcia Vilas Boas:

A política integracionista, da forma como vinha sendo realizada, acabava por forçar um contato entre índios e não índios para o qual os mesmos não estavam preparados. Os não índios não sabiam conviver com uma cultura tão diferente como a indígena. Já os índios, forçados a integrar-se à sociedade nacional, a assumir obrigações para as quais também não haviam sido preparados, acabavam refugiando-se, muitas vezes, até mesmo no álcool e em

³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 ago. 2014.

outros vícios e, assim, a cultura indígena, aos poucos, ia se degradando, e a população indígena diminuindo assustadoramente.³⁷

Também os remanescentes de quilombos mereceram tratamento especial da Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a essas comunidades o direito de serem titularizadas nas terras de sua ocupação tradicional, consoante o artigo 68, do Ato das disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.³⁸

Nos dias atuais, surgiram problemas de grupos vulneráveis e a proteção jurídica das minorias já não pode mais se restringir a garantia da igualdade formal, ou dos direitos de não discriminação, como ocorreu inicialmente, quando da promulgação da Carta das Nações Unidas em 1948. O reconhecimento à igualdade na sua projeção material, através de direitos de discriminação ou diferenciação positiva se torna necessário para a consecução da dignidade de todas as pessoas e das coletividades em que se encontram inseridas.

A igualdade material possui dimensões distintas, a primeira diz respeito a igualdade quanto às oportunidades e aspectos sócios econômicos, que se liga à justiça distributiva e a segunda tem base filosófica-aristotélica, no sentido da justiça social, considerando a ideia de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades, conforme Anjos Filho:

A igualdade material, de sua vez, possui duas dimensões distintas. A primeira delas pretende que os seres humanos sejam igualados no mundo dos fatos, especialmente quanto às oportunidades e aos aspectos socioeconômicos. Nesse sentido, está ligada à noção de *justiça distributiva*. O ideal de justiça social e distributiva ganha fôlego a partir da primeira metade do século XX no âmbito da segunda dimensão de direitos fundamentais e do surgimento do Estado de bem-estar social. Essa perspectiva da igualdade material tem raízes filosóficas aristotélicas, considerando a ideia de que *os iguais devem ser tratados igualmente, e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades*³⁹

O Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos admite a utilização das ações afirmativas em relação aos grupos vulneráveis. A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial prevê que medidas tomadas com o objetivo de assegurar o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para exercitar os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais

³⁷ VILAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática: da integração à interação**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 68.

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 ago. 2014.

³⁹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. A proteção jurídica dos grupos vulneráveis e das minorias. **Revista brasileira de estudos constitucionais: RBEC/Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 11.

em igualdade de condições, não serão consideradas como de discriminação racial, desde que não caracterizem a manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem atingido os seus objetivos.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, XX estabelece o dever do Estado de promover a proteção do mercado de trabalho da mulher, e o art. 37, VIII, prevê a reserva de vagas nos concursos públicos em geral para pessoas portadoras de deficiência.

4. UMA PROPOSTA DE TUTELA JURÍDICA INTERNACIONAL DAS MINORIAS ÉTNICAS

O reconhecimento de uma igualdade fundamental, na sua condição existencial é o pressuposto para o reconhecimento de direitos fundamentais não obstante às diferenças.

A dignidade da pessoa humana, independente de condição, raça, cor, credo, dotada de valor pelo fato de existir, deve possuir uma liberdade irrenunciável que não pode ser suprimida por nenhuma organização político-social.

A proteção de minorias étnica ou de grupos vulneráveis devem se efetivar através dos Direitos Humanos em geral, através dos Tratados e Convenções Internacionais, incluindo-se aí os direitos relativos a não discriminação;

Considerando o princípio universal da dignidade da pessoa humana, determinados grupos vulneráveis, em sentido estrito, ou seus componentes merecem ter direitos afirmativos reconhecidos pela Comunidade Internacional especificamente, enquanto durar essa situação.

O reconhecimento dos direitos das minorias atua para o fortalecimento da confiança da pessoa em relação ao seu semelhante e fortalece e enriquece o multiculturalismo, que contribuirá para uma sociedade planetária mais justa e solidária de respeito mútuo, através da compreensão das diversidades culturais

Existe a necessidade de a Comunidade Internacional firmar compromissos de cooperação mútua entre os países para o desenvolvimento de ações afirmativas, para que toda a pessoa humana e grupos étnicos minoritários tenham condições de respeito a diversidade e condições materiais de sobrevivência digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à diferença deve ser garantido às minorias étnicas enquanto esse for o desejo do grupo, e enquanto não contrariar os valores universais do restante da sociedade.

Como se procurou demonstrar, o conceito de minoria étnica a difere dos demais grupos vulneráveis, na medida que possui especificidades próprias que a distingue das demais coletividades vulneráveis, sejam eles elementos objetivos (diferenciador, o quantitativo e o de não-dominância) e subjetivo (solidariedade).

Essas minorias étnicas vêm sofrendo impactos frente ao atual paradigma de sociedade globalizada, fazendo-se necessária a adoção de medidas para minimizar os efeitos negativos.

Destarte, a tutela jurídica das minorias étnicas surge como garantia de efetivação dos Direitos Humanos a todos, com a abolição de desigualdades que criam grupos sociais e indivíduos vulneráveis.

A utilização das ações afirmativas, nesse cenário, deve funcionar no reconhecimento de direitos em relação a grupos ou indivíduos em situação de vulnerabilidade social de forma a realizar a justiça social ou geral.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Tatiana Schmitz de. Globalização, Integração e Direitos Humanos. **Rev. Direitos Fundamentais & Democracia**. [recurso eletrônico]. v. 3. Curitiba: UNIBRASIL, 2009.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. A proteção jurídica dos grupos vulneráveis e das minorias. **Revista brasileira de estudos constitucionais**: RBEC/Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo: Brasil, 2009. v. I.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção. *In* ROCHA, João Carlos de Carvalho, HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras, CAZETTA, Ubiratan - coords. **Direitos Humanos: Desafios Humanitários Contemporâneos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 ago. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952**. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm >. Acesso em: 25 ago. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

D'ALIMONTE, Roberto, verbete "Decisões coletivas, Teoria das". In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12. ed. v. 1. Brasília: Editora UnB, 2004.

Declaração Sobre a Raça e os Preconceitos Raciais: adaptada e proclamada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura na sua 20.ª sessão, a 27 de Novembro de 1978. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIIPAG3_2_9.htm>. Acesso em 25 ago. 2014.

E/CN.4/641 Annex I, Resolution II. Apud MAIA, Luciano Mariz. Direitos Humanos das Minorias Étnicas e Religiosas e as Desigualdades Sociais e Regionais. In REGIS, André & MAIA, Luciano Mariz. **Direitos Humanos, Impeachment e outras questões constitucionais: uma coletânea de artigos**. Recife: Editora Base; João Pessoa: Editora Universitária, 2004, p. 205-234.

ECHAUDEMAISON, Claude-Danièle (coord.). **Dicionário de Economia e Ciências Sociais**. Porto: Porto Editora, 2001.

GHAI, Yash. Globalização, multiculturalismo e direito. In SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 557.

GOMES, Eduardo Biacchi. **Multiculturalismo e democracia**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8408>. Acesso em: 12 jul. 2014.

GOMES, Francisco de Assis Cabral. **Os Direitos Humanos no contexto do neoliberalismo e da Globalização**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/31/40/3140/>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

MAIA, Luciano Marziz. **Os Direitos das Minorias Étnicas**. Disponível em:<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/lmaia_minorias.html>. Acesso em: 25 jul. 2014.

ORTEGA, Graciela Uribe; LOPEZ, Levi de. Globalização e fragmentação: o papel da cultura e da informação. *In: O novo mapa do mundo globalizado e espaço latino-americano*. 3 ed. São Paulo: Hucitec, 1997.

PINTO, Alejandra Aguilar. **A Globalização Cultural “Contra-Hegemônica” no Ciberespaço: o caso dos Povos Indígenas**. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/panam/pdf/GT4_Art5_Alej.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2014.

ROBERTSON, Roland. Identidade nacional e globalização: falácias contemporâneas. In: **Globalização e identidade nacional**. São Paulo: Atlas, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *In* SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e Grupos Vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VILAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática: da integração à interação**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 68.

WUCHER, Gabi. **Minorias: Proteção Internacional em Prol da Democracia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

A EFETIVIDADE DO DIREITO NA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL

Alisson de Bom de Souza¹

Rafael do Nascimento²

INTRODUÇÃO

A emergência de um direito transnacional traduz a mitigação de valores jurídicos predominantes na modernidade. A propalada desestruturação do Estado nacional e, conseqüentemente, do direito nacional e a evolução de um direito transnacional, estrategicamente desvinculado da territorialidade inerente ao Estado Moderno, significa uma viragem no modo de produção e aplicação jurídicos.

O fenômeno da globalização, na medida em que ultrapassa a noção territorial, desconhece a soberania e cria leis próprias, solapa as bases teóricas e práticas do Estado Moderno. Potencializa-se com a globalização um tipo de poder transnacional que não encontra limitações jurídicas, pois o Direito, tradicionalmente lento, não evolui na mesma velocidade que a experiência social e econômica.

Nesse cenário, alguns estudiosos do direito defendem a evolução de um direito transnacional, cujos pressupostos são delineados ainda de modo incipiente e cuja efetividade é questão das mais problemáticas.

O objetivo deste artigo é discutir bases teóricas que permitam a efetividade do direito na perspectiva transnacional. Tal discussão assume relevância pelo fato de que o direito transnacional surge para limitar o poder transnacional, principalmente na sua vertente econômica, que produz conseqüências difusas, especialmente na perspectiva ambiental e social.

Desse modo, a grande questão é saber se o direito na perspectiva transnacional possui condições de se impor e quais os elementos necessários para garantir sua efetividade.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público pela UNIVALI-ESMAFESC e Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL-LFG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procurador do Estado de Santa Catarina. e-mail: alisson@pge.sc.gov.br.

² Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público pela UNISUL-LFG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procurador do Estado de Santa Catarina. e-mail: rafael@pge.sc.gov.br.

Nesse desiderato, o artigo, inicialmente, trata dos elementos que evidenciam a transformação do Estado nacional. Discute-se a emergência de uma produção normativa transnacional, a hipótese de superação da vinculação territorial estável, bem como o pluralismo dos sistemas jurídicos de referência, demonstrando a perda gradativa do monopólio estatal de definir o direito por meio de lei.

Na segunda parte, o artigo discute as possibilidades e os desafios para a aplicabilidade efetiva do direito transnacional. Apresentam-se a necessidade de criação de espaços públicos transnacionais e de coercibilidade do direito transnacional. Em seguida, o texto trata da hipótese de integração normativa por meio do diálogo horizontal e, por fim, faz-se uma análise sobre o futuro do Direito transnacional, sob as categorias da recepção e efetividade.

A metodologia utilizada é a indutiva, fundando-se em ensinamentos doutrinários, cujo conteúdo apresenta o estado da arte da temática proposta. O fato é que o futuro está em aberto, não havendo certezas sobre o porvir, contudo, a apresentação da temática transnacional produz o atalho necessário à consolidação do novo, muito embora haja sempre o sério risco acadêmico de que as projeções sobre o futuro nada mais representem do que uma esperança por dias melhores.

1. A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO NACIONAL

O Estado nacional é o elemento central da modernidade, unificando a produção do direito e a atuação do Estado. Nas palavras de Paolo Grossi:

A histórica jurídica moderna se caracteriza por uma escolha inovadora: a estatalidade do direito. A inteligentíssima classe burguesa, tendo conquistado o poder, compreendeu como o direito era um sólido cimento para o completo exercício daquilo e decidiu controlá-lo. Ainda mais, sancionou o seu monopólio nas mãos do Estado, fazendo dele o único criador do direito.³

A concentração da produção jurídica nas mãos do Estado se torna possível pela aceitação da soberania e do território delimitado como características fundamentais do Estado nacional. Assim, a divisão do globo em nações com território (re)conhecido permite a imposição de condutas previstas em lei ao povo habitante desta porção de terras. Ali tudo é proposto e regulado pela lei estatal.

³ GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 74.

A rigidez do direito nacional e o seu caráter formal naturalmente não tem olhos e ouvidos à realidade vivida na sociedade. Paolo Grossi afirma categoricamente que “o genuíno direito moderno fundamenta-se em três pilares muito simples que o suportam: Estado, lei e território. E o direito, que se tornou uma dimensão rígida e formal, se distancia e se separa do social e da sua insuprimível historicidade”⁴.

Da mesma maneira que a modernidade e o Estado nacional foram lentamente ganhando força no seio da sociedade feudal, vagarosamente suas raízes vão perdendo força e há a emergência do novo, a regulação jurídica do poder transnacional, desterritorializado e plural. Paolo Grossi, magistralmente, evidencia os passos lentos das grandes mudanças:

Não é, certamente, uma passagem improvisada, como a ingenuidade de uma exposição necessariamente apressada poderia fazer acreditar, nem uma revolução brusca do relógio histórico; é, melhor, uma escavação tão lenta quanto profunda que, do século XIV em diante, incide a sociedade na sua constituição e na sua imagem. No velho organismo, como sempre acontece, com sinais de cansaço e de usura, estavam as células tumorosas que lentamente tomaram cada vez mais espaço e ali encontram, ainda, hospitalidade e nutrição. O velho traz em si o germen do novo, nutre a sua morte; um processo que nós desenvoltamente somos avessos a liquidar com uma palavra, a identificar em um só fato, em uma monocausa, mas que na realidade histórica é sempre o fruto de um feixe de motivos, os quais, se acumulando um sobre o outro, no final rompem e transtornam.⁵

Na modernidade o direito se tornou formal, separando-se dos fatos sociais e econômicos em contínua transformação. Nessa linha, a degradação dos sistemas jurídicos estatais é fenômeno recente causado pela globalização. Esta é alimentada pela revolução cibernética experimentada nos últimos anos, cujo traço marcante é a desterritorialização de suas práticas.

Na verdade, o retorno durante o século XX da complexidade social e jurídica, hibernada pelo caráter simplista da modernidade, significa o reconhecimento de uma sociedade complexa e transnacional, cujas demandas cada vez mais não encontram ressonância no aparato estatal.

No século XX aflora-se lentamente a crise do Estado e a redescoberta da complexidade, na linha de Paolo Grossi:

E, de fato, para o historiador do direito, o decorrer do século XX - século de insatisfações sempre mais afloradas e, por tanto, de crise das pré-fabricadas certezas burguesas - é o longo período em que não se está mais satisfeito a ter o olhar limitado ao aparelho estatal e a ficar dele saciado, em que o olhar se dirige sempre mais à sociedade, às suas estruturas, às suas complexas sedimentações. É o longo período da lenta, mas contínua redescoberta da

⁴ GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. p. 75.

⁵ GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. p. 57-58.

complexidade; com um processo inevitável: da complexidade do social à complexidade do jurídico. Com um resultado um pouco mais do que inevitável: a crise do Estado.⁶

A efetividade do direito transnacional está relacionada com a capacidade de regulação e intervenção em questões ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, todas estas difusas e transnacionais. Para tanto há a necessidade de criação de espaços públicos transnacionais e do desenvolvimento de uma democracia transnacional, essencialmente participativa.

Por outro lado, a projeção transnacional do direito, por meio de instituições transnacionais com poderes coercitivos, não deixa de se caracterizar por uma soma de territórios, já que o poder político-jurídico se concretiza sempre na autoridade, em comandos, em coações, e isso só é possível sempre em circunscrito espaço territorial.

De toda sorte, não há dúvidas que o Estado nacional se enfraquece e não possui mais o poder soberano de controlar tudo e todos em seu território. Os fenômenos transnacionais devem ser observados para que a comunidade jurídica apresente instrumentos adequados à razoável regulação e intervenção, adaptando o direito à realidade fluida e contínua de uma sociedade complexa.

Necessário, portanto, examinar detidamente as evidências dessa transformação do Estado na esfera política mundial, com reflexos óbvios na produção jurídica.

O fato é que a crescente produção normativa transnacional, a inexistência de vínculos territoriais estáveis e o pluralismo dos sistemas jurídicos de referência trazem à tona a progressiva mitigação dos poderes soberanos dos Estados Nacionais.

1.1 A produção normativa transnacional

O poder se expressa em sua produção normativa, entendida como os meios capazes de regular condutas e impor sanções.

O Estado Moderno vincula-se a uma produção normativa estritamente legal, baseada em textos escritos de caráter geral. Paulo Cruz e Maurizio Oliviero apresentam o processo de formação das novas referências normativas:

À medida que tais processos se estabelecem, tendem a assumir progressivamente uma dimensão “cultural” e os conceitos jurídicos acabam tendo seus traços modificados. Na ausência de uma autoridade central legitimada a exercer o poder jurídico, serão os juízes a

⁶ GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. p. 75.

adequar o conteúdo das formulações legislativas e constitucionais às novas referências normativas providas “do externo”. A linguagem normativa muda as próprias “condições de aplicação”. A práxis aplicativa, sob este aspecto, representa algo bem diferente de um simples conjunto de “fatos jurídicos” (as decisões do órgão da aplicação), uma vez que a ela está imanente uma intenção, um projeto, bem como uma autorrepresentação que desenvolve a “narrativa” da época atual, com suas ideologias e seus instrumentos retóricos.⁷

Paulatinamente a influência do externo vem sendo considerada pelos órgãos nacionais. A instantaneidade das comunicações influencia as relações entre o Estados, culminando na adoção de práticas político-jurídicas anteriormente estranhas à comunidade nacional. A absorção de documentos internacionais nas legislações nacionais por aceitação expressa das Constituições, como é o caso da brasileira, acarretando na coercibilidade de suas prescrições, demonstra a força do que está além do território nacional no plano jurídico. Inclusive, a crescente consideração de decisões jurídicas de organismos transnacionais pelos órgãos nacionais evidencia a complexidade da produção jurídica na atualidade.

A produção normativa para além do espaço nacional carece de previsibilidade e de organismos oficiais. O fato é que há várias normas no espaço transnacional, havendo, concomitantemente, diversos centros de poder, com os mais variados matizes.

O poder econômico das organizações empresariais transnacionais exera suas normas; o poder político de organizações internacionais e comunitárias produz seu arcabouço normativo; o poder social de organizações do terceiro setor com atuação transnacional acabam, também, por produzir normas que influenciam a realidade em escala global. As necessidades transnacionais exigem novos instrumentos jurídicos, como evidenciado por Paolo Grossi em relação ao poder econômico:

A práxis econômica se faz produtora de direito: a nova economia e as novas mirabolantes técnicas exigem novos instrumentos jurídicos não encontráveis na bimilenar tradição romanista fundamentalmente radicada na noção de coisa corporal que, no final do século XX, parece paleolítica aos contemporâneos homens de negócios. Existem novas exigências jurídicas e se “inventam” novos instrumentos jurídicos, aptos a ordenar a nova circulação global. É aquele conjunto de institutos que brotam no tecido dos ordenamentos jurídicos da Europa continental ainda com seus intactos apelativos anglófonos - leasing, factoring e franchising e poderíamos seguir dizendo -, que os legisladores europeus tardam a acolher e regulamentar ou que tentam não regulamentar, e que denunciam nos seus barbarismos uma origem distante.⁸

⁷ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre o Direito Transnacional**. In: *Novos Estudos Jurídicos (Online)*. Itajaí-Perugia: Brasil-Espanha, v. 17, 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635/2178>. Acesso em: 20 jul. 2014. p. 20.

⁸ GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. p. 77.

Desse modo, o espaço transnacional se produz juridicamente de modo não linear e múltiplo, defendendo-se uma gama de interesses quase inconciliáveis, mas que notadamente influenciam o modo de vida dos povos nos quatro cantos do planeta.

1.2 (In)existência do vínculo territorial estável

A característica marcante do Estado nacional é a sua atribuição a um dado território, cujos limites espaciais são os limites da normatividade jurídica. A globalização e a fluidez que a acompanha torna frágil a estabilidade do vínculo territorial estatal. A intolerância da globalização a vínculos territoriais estáveis é explicada por Paolo Grossi:

O que significa globalização? A primeira e essencial referência é a um momento histórico - o atual - que se caracteriza por uma primazia da dimensão econômica como resultado indiscutível do capitalismo maduro que estamos vivendo. Uma primazia que dá às forças econômicas uma virulência nunca experimentada até agora e uma insuprimível tendência expansiva. O mercado aparece, como nunca, intolerante a limitações espaciais, tendente a uma vocação global e determinado a realizá-la. Com uma flecha a mais em seu arco: a aliança e o auxílio, prontos e eficazes, das recentes técnicas infotelemáticas. Também estas são intolerantes a delimitações territoriais, medem-se não com os velhos cânones espaciais, mas utilizam um espaço virtual na qual é estranha, adversa e não natural uma demarcação territorial.⁹

Assim, a variável econômica, inicialmente, desencadeia o fenômeno da desterritorialização, a fim de diminuir os custos da produção e permitir a livre circulação da riqueza. Luiz Fernando Coelho traz importante lição:

Só que esse processo aos poucos deixou de limitar-se aos espaços nacionais e, no desiderato de otimizar os resultados econômicos quanto à relação entre o custo da produção e circulação da riqueza e a mais valia que esta gerava, o que então ocorreu foi a progressiva transferência da capacidade produtiva de uma economia nacional para outra. E assim, formava-se o quadro social propício ao desenvolvimento de outro fenômeno, a transnacionalização.¹⁰

A interação imediata por meio de recursos da informática entre pessoas e o aumento significativo das trocas de bens são uma força inexorável em favor da desconsideração dos limites territoriais dos países.

Essa vocação global da prática econômica e dos meios de interação social é um fator desencadeante do espaço transnacional e da necessidade de uma regulação jurídica deste espaço.

Do ponto de vista econômico é necessária a limitação do excessivo poder concentrador das corporações transnacionais e da prática econômica especulativa, cuja

⁹ GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. p. 72.

¹⁰ COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**. Florianópolis: Fund. Boiteux, 2001. p. 19-20.

evidência marcante é a submissão dos povos a capitais não produtivos, gerando formas não dignas de desenvolvimento humano.

Já na perspectiva social, a regulação jurídica do espaço transnacional, desterritorializado tem 02 (dois) objetivos: garantir a livre circulação de pessoas, independentemente de suas condições sociais, físicas, econômicas, e de ideias, e garantir os direitos da personalidade, especialmente a privacidade.

1.3 O pluralismo dos sistemas jurídicos de referência

O caráter plural dos sistemas jurídicos é outra marcante evidência de um enfraquecimento do Estado nacional. Como bem retratado por Paolo Grossi:

É necessário insistir em um resultado: ao lado do grande canal navegável e navegado do direito de vários Estados ou do direito comunitário ou do direito internacional, tomam formas de modo sempre mais claras outros canais que correm paralelamente e que se tornam sempre mais navegados. São feitas grandes fissuras no monopólio jurídico estatal, já que, depois de tudo, os sujeitos produtores são plurais e plurais são as fontes do direito.¹¹

O direito no espaço transnacional é produzido por múltiplos atores e tem como substrato diferentes meios. A lei deixa de ser o único elemento irradiador de juridicidade. Essa aparente antropia transnacional não ocorre no modelo proposto por Paulo Cruz e Maurizio Oliviero:

O Direito Transnacional só fará sentido caso possa ser aplicado por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção, além de capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais, como em questões ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, dentre outros não menos importantes.¹²

A existência de diferentes centros de poder e decisão e a impossibilidade de o Estado fazer valer sua vontade soberana incondicionalmente são uma marca da transnacionalidade.

Luiz Fernando Coelho aponta:

[...] os interesses em jogo estabelecem limites às intervenções governamentais, as quais se subordinam às diretrizes econômicas de grandes empresas, fundos de pensão, governos estrangeiros, entidades governamentais e não governamentais de caráter supranacional, organizações e agência internacionais, etc. Ou seja, esse jus novum se manifesta num direito dimanado de centros diferenciados de poder e decisão, tais como as organizações internacionais tipo União Europeia e Mercosul, além das antigas organizações mundiais suscitadas pela Organização das Nações Unidas, como a Organização Internacional do Comércio, mas também organizações societárias virtuais, organizações não institucionais que passam a conviver com as antigas organizações não governamentais (ONG), as empresas transnacionais, instituições financeiras mundiais, escritórios multinacionais de auditoria, associações corporativas e movimentos representativos da comunidade internacional.¹³

¹¹ GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. p. 77-78.

¹² CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. *In*: **Novos Estudos Jurídicos (Online)**. p. 22.

¹³ COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**. p. 102.

A ideia de um organismo transnacional superior encontra enormes dificuldades nesse cenário plural. A ONU poderia ser esse organismo, contudo necessário um aumento de seu poder, muito embora tal hipótese seja improvável, como afirma Rodolfo Sacco:

Um aumento de poder da organização seria necessário, caso se queira que a ONU possa impor-se aos seus membros inadequados, ou a forças extraestatais que agredem um Estado. Mas, caso pedissem aos Estados para lhes conferir mais poderes, os órgãos da ONU obteriam uma recusa generalizada. Em primeiro lugar, os detentores do poder nos Estados são zelosos do próprio poder. É preciso logo acrescentar que, em última análise, os cidadãos dos Estados são solidários com os governantes que não querem ampliar os poderes da ONU. A conflitualidade humana, contra a qual deveria (em hipótese) agir uma ONU mais poderosa, manifesta-se, antes de tudo, recusando dar à ONU poderes mais amplos do que ela exerce atualmente.¹⁴

O fato é que o pluralismo transnacional interfere na produção jurídica e na efetividade do direito. Luiz Fernando Coelho evidencia:

O pluralismo transnacional, conjugado com as novas formas de juridicidade e com a própria juridicização do espaço cibernético, interfere no modo de compreender a sistemicidade do direito. Este deixa de ser identificado na ordem jurídica tradicional, de caráter nacional, na qual as normas se apoiam umas nas outras e trazem implícita sua validade em virtude desse encadeamento analítico, para ceder lugar a nova concepção de uma ordem jurídica global onde esse encadeamento não ocorre entre as normas, mas entre os milhares de microsistemas autopoieticos, ou seja, a ordem jurídica se banaliza, pulveriza e dilui.¹⁵

Portanto, a pluralidade das fontes e dos sujeitos do direito ao mesmo tempo que rui o monopólio jurídico estatal, traz em si desafios grandiosos na regulamentação de um espaço transnacional que signifique o pleno desenvolvimento da pessoa humana e não mais um mecanismo de opressão e desigualdade.

2. A APLICABILIDADE DO DIREITO TRANSNACIONAL

O fenômeno da globalização trouxe desafios importantes aos Estados, exigindo uma readequação qualitativa e estratégica do direito.

Isso porque, enquanto instrumento de controle social estatal emanado por um ente soberanamente isolado no planeta, o direito já não produz respostas minimamente eficazes para assegurar o futuro das nações e do homem em escala global.¹⁶

¹⁴ SACCO, Rodolfo. **Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 128

¹⁵ COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**. p. 104-105.

¹⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma de direito na pós-modernidade. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Porto Alegre. v. 3, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/777/1761>. Acesso em: 20 jul. 2014. p. 81.

Nesse contexto, a construção de uma nova concepção de direito é imprescindível, devendo estar pautada na necessidade de aproximação entre os povos e na participação do cidadão na gestão política, econômica, social e tecnológica.

De fato, a falta de intermediação política dificulta sobremaneira a implementação do direito de acordo com as premissas da democracia transnacional, a qual é construída sobre opções políticas adequadas, tanto nos processos econômicos quanto sociais, constituindo um progresso civilizatório denominado “*republicanização da globalização*”.¹⁷

Conquanto seja evidente a necessidade de romper o isolamento jurídico-político que enfraquece os Estados Constitucionais Modernos, é importante esclarecer que o presente trabalho não propõe o abandono do direito e da cultura locais. Ao contrário, a convivência harmônica entre o universal e o particular traduz condição impreterível no processo de civilização da globalização.

Feitas tais considerações, as quais são indispensáveis à compreensão dos próximos temas expostos, pode-se assegurar que o sucesso da transnacionalidade está amarrado, dentre outros fatores: à criação de espaços públicos globais, que permitam a legitimação do direito; e à realização de diálogos horizontais enquanto ferramenta de integração normativa. Observados esses instrumentos, existirão motivos suficientes para se acreditar no futuro promissor do direito transnacional, conforme será demonstrado abaixo.

2.1 O grande desafio: da ausência de espaços públicos transnacionais ao Direito desprovido de coercibilidade

A criação de espaços públicos transnacionais depende, inexoravelmente, da democratização do capitalismo e da superação do modelo de Estado configurado na modernidade. Isso porque não há que se falar em cidadania global, sem que haja uma reorganização da democracia, fundamentada em pressupostos adequados aos novos anseios mundiais.

Não é por outro motivo que é atribuída à solidariedade a ideia de fundamento moral da transnacionalidade do direito, entendida como a transposição do sentimento de etnocentrismo, inerente à formação do Estado Moderno. De fato, o surgimento de espaços

¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio; SOARES, Josemar Sidinei. A construção de um cenário propício para uma democracia transnacional. In: **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**. Itajaí. v. 3, 2011. Disponível em: <<http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-filosofia-do-direito-e-intersubjetividade/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 20 jul. 2014. p. 04.

públicos transnacionais é consequência da ampliação da noção de sociedade e de nação e da inclusão dos povos excluídos, ultrapassando a perspectiva de atual inimidade.

Sobre o assunto, destaca-se o ensinamento de Marcos Leite Garcia:

Dito de outra forma: a superação da dicotomia nós/eles, sobretudo da dialética amigo/inimigo, e das perspectivas antropológicas que vêm ao homem como um ser isolado que não pode ou que não deve estabelecer laços de união com seu entorno. Fundamental é a questão da solidariedade para a superação do trauma da sociedade hobbesiana (o homem é o lobo do homem) e ao tratar-se de substituir esta visão pela de um homem inserido em uma comunidade transnacional, ciente de dificuldades comuns a todos, questões estas inevitavelmente difusas, e por isso aberta ao debate. Certamente que na sociedade transnacionalizada existem muitos interesses em comum de chegar a um acordo, de preferência a um consenso, sobre problemas a que todos afetam. Estes problemas seriam as *demandas de transnacionalização* do direito: como o problema das guerras, da destruição do planeta seja pela corrida armamentista desenfreada (como exemplo a questão das tecnologias nucleares agora em mãos de diversos países), ou pela degradação do meio ambiente, que como se sabe que cada dia se agrava mais e mais. Ademais do problema do direito dos consumidores, assim como a regulação e proteção dos direitos dos trabalhadores, em uma economia globalizada, etc.¹⁸

Vê-se, portanto, o quão importante é a renovação da democracia, através da efetiva participação cidadã, pautada no livre debate de ideias, na transformação de mentalidade a favor dos ideais de direitos humanos e na mudança de valores em benefício da não violência, da tolerância e da fraternidade.

A mudança de paradigma democrático se justifica na medida em que a transnacionalidade atua na modificação do sujeito de direito. Melhor explicando, “...o titular não mais seria o cidadão nacional de um determinado país, [...] nem mesmo o genérico homem do direito internacional tradicional, o titular seria o cidadão transnacional”.¹⁹ Nesse contexto, não há dúvida de que a transnacionalização somente tem sentido se reforçada a participação política através de espaços públicos e a defesa das liberdades e dos direitos fundamentais de modo global e igualitário.

Dessa forma, é imperativa a inserção do cidadão transnacional nos novos espaços públicos destinados à resolução de problemas comuns a toda a família humana, sendo incabível a pretensão de superação das angústias globais de maneira discriminadamente individualizada.

¹⁸ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. *In: Revista do Direito Unisc*. Santa Cruz do Sul. n. 33, 2010. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801>. Acesso em: 21 jul. 2014. p. 116.

¹⁹ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. *In: Revista do Direito Unisc*. p. 110.

Destaque-se que o debate político legitimado nos espaços públicos e a adequada produção legislativa revestem o direito transnacional com a característica da coercibilidade, a qual preconiza a imposição de direitos e de obrigações, independentemente da vontade do destinatário de reconhecimento da norma.

Não há alternativa. Seria inócuo conceber a criação do direito transnacional sem o atributo da vinculação da norma, mormente porque é impossível imaginar uma democracia em que o respeito a valores fundamentais globais seja meramente programático ou facultativo.

Nesse sentido, tem-se o entendimento de Paulo Márcio Cruz e Maurizio Oliviero:

Outro aspecto importante a ser discutido deve ser a capacidade do Direito Transnacional de ser aplicada coercitivamente, como característica fundamental, a fim de garantir a imposição dos direitos e dos deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando, assim, uma das principais dificuldades de atuação do Direito Nacional e, principalmente, do Direito Internacional.²⁰

A respeito da trajetória a ser traçada pelo direito transnacional, a fim de atingir a categoria de norma vinculante, vale transcrever o pensamento de Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar:

Começa-se a perceber que o âmbito espacial do Direito Transnacional se situaria na fronteira transpassada, na “borda permeável” do Estado. Com isso, por ser transpassável, a borda também não é fronteira delimitada, e a permeabilidade traz consigo apenas o imaginário, o limite virtual. Aquilo que é transpassável não contém, mas, sim, está lá e cá ao mesmo tempo. Essa relação dialética faz surgir um novo espaço, transnacional, no qual deverá ser aplicado, com força cogente, um novo direito, cuja base teórica seria vinculada àquela do Estado Transnacional.²¹

Por fim, é de conhecimento de todos que a democratização das instituições transnacionais caminha em passos curtos e lentos, o que implica deficiência na criação de espaços públicos e ineficácia do direito. No entanto, a urgência em encontrar soluções transnacionais para os problemas mundiais faz com que o objetivo de um poder político de representação mundial, com poderes efetivos de coerção, e a existência de uma correspondente cidadania mundial, não seja um tema utópico ou extravagante²².

²⁰ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. In: **Novos Estudos Jurídicos (Online)**. p. 23.

²¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma de direito na pós-modernidade. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. p. 169.

²² CRUZ, Paulo Márcio; SOARES, Josemar Sidinei. A construção de um cenário propício para uma democracia transnacional. In: **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**. p. 22.

2.2 O diálogo horizontal como processo de integração normativa

Como dito anteriormente, as mudanças em escala transnacional acontecem de forma lenta e gradual. Tal fato, entretanto, não impede que o sentimento de uma democracia global influencie e produza efeitos político-jurídicos no âmbito dos Estados modernos. Trata-se, na verdade, da relativização das fronteiras físicas, ideológicas e legais, que permite a coexistência harmônica e complementar entre os direitos local, internacional e transnacional.

De fato, percebe-se que os Estados Modernos, pressionados pelo processo de globalização, estão cada vez mais suscetíveis a influências externas positivas, as quais têm o poder de transformar culturas tradicionalmente rígidas, de fomentar relações comerciais e de permitir a importação/exportação de normas e de métodos para resolução de conflitos, entre ordenamentos jurídicos até então incomunicáveis.

Sob essa perspectiva está inserido o diálogo horizontal como instrumento de integração normativa, que, em determinadas situações, classifica o direito estrangeiro como uma fonte legítima de construção de decisões políticas e judiciais.

A propósito, a doutrina de Paulo Márcio Cruz e Mauricio Oliviero é esclarecedora:

Por outro lado, a ocorrência, cada vez mais frequente, de casos nos quais os juízes optam livremente em utilizar normas concebidas em outros países (*lex alii loci*) para interpretar o direito em vigor no seu próprio ordenamento jurídico interno. Isso é o que a doutrina chama de diálogo horizontal, ou seja, aplicação de norma não nacional sem a necessidade de processos de integração supranacional entre Estados. Também é um exemplo de diálogo horizontal a produção e a aplicação de normas jurídicas inerentes à matéria comercial, de informática e esportiva, como regras de conduta e que envolve o setor privado na ausência ou em substituição às regras do Estado.²³

Destaque-se que o diálogo horizontal é extremamente dinâmico e, conquanto passe despercebido, está presente no cotidiano dos tribunais locais. Exemplificando, quando a decisão judicial – ou mesmo administrativa – é fundamentada em determinado princípio construído no direito estrangeiro, tem-se um caso clássico de interação por meio do referido diálogo.

Com efeito, percebe-se a importância do instrumento sob análise, o qual tem por função primordial identificar as melhores práticas, resolver conflitos, sistematizar um repertório de decisões e fortalecer o direito no campo supranacional.

²³ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. *In*: **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, p. 20.

Julie Allard e Antoine Garapon, através da obra intitulada *Os juízes na mundialização*, ressaltam o valor dos tribunais na implementação dos diálogos horizontais e, por via oblíqua, na construção transnacional do direito:

O comércio entre juízes vai-se intensificando impelidos pelo sentimento ou a consciência crescente de um patrimônio democrático ou civilizacional comum, por determinados silêncios do direito positivo, pelas necessidades dos tribunais internacionais, pela construção europeia ou ainda pela procura de garantias e de segurança para o comércio internacional, os juízes afirmam-se como agentes de primeiro plano na mundialização do direito.²⁴

Com efeito, faz-se fundamental aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito doméstico, assegurando-lhes eficácia direta e imediata no plano interno, contribuindo para o sentido de uniformidade e de unidade entre os povos.

Vê-se, assim, que a abertura da ordem nacional ao diálogo horizontal com outras jurisdições e ao diálogo vertical com jurisdições supranacionais é pressuposto para a formação de um novo *ius commune*, agora identificado com a constituição paulatina e irreversível de uma democracia transnacional.

2.3 O futuro do Direito Transnacional: recepção e efetividade

Atualmente, o desenvolvimento de teorias jurídicas sofisticadas sobre fenômenos setoriais da convivência humana não é mais suficiente. O significado do direito deve estar relacionado às inúmeras relações que desencadeia, harmonizando-se inclusive com as repercussões econômicas, culturais e tecnológicas. Com o cenário transnacional atual, surge a necessidade da consolidação de um novo paradigma do direito, que deve ser operacionalmente adequado para a produção dialética e democrática de um repertório de argumentos mais densos e legítimos, no atual contexto de complexidade.²⁵

Dessa forma, o direito deve estar contextualizado com a natureza do Estado Transnacional enquanto comunidade política, a qual, hipoteticamente, seria organizada com os seguintes preceitos:

a) quanto ao seu *conteúdo*, o ordenamento jurídico transnacional seria a expressão de todas as nações jurídicas a ele submetidas. Com isso pode-se afirmar que, forçosamente, esse ordenamento refletiria a vontade política de uma comunidade quanto a seus valores e objetivos essenciais, ou seja, as decisões básicas que confeririam unidade e coerência à sua organização. Essas decisões versariam sobre os valores nos quais se funda (como a questão vital ambiental, direitos humanos, paz mundial e solidariedade) e sobre a distribuição do poder social e político. O ordenamento jurídico transnacional seria, necessariamente, um

²⁴ ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. *Os juízes na mundialização. A nova revolução do Direito*. Lisboa: Editora do Instituto Piaget, 2008. p. 30.

²⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma de direito na pós-modernidade. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. p. 80.

reflexo da realidade material obtida pelas decisões políticas dos Estados e suas respectivas nações jurídicas. É essa realidade que torna possível falar em ordenamento jurídico transnacional ou Direito Transnacional;

b) quanto à sua *forma*, a unidade do ordenamento jurídico transnacional se traduziria num sistema ordenado de produção de normas jurídicas. Essas seriam formais e materialmente válidas à medida que fossem geradas ou produzidas de acordo com os procedimentos e pelos órgãos previamente estabelecidos no respectivo espaço público transnacional. Como consequência, o ordenamento jurídico transnacional se configuraria de forma escalonada. Na prática, a validade de todo o sistema jurídico transnacional dependeria de sua vinculação – formal e material – à existência de organização estatal transnacional, que definiria tanto os valores e decisões básicas do ordenamento como o sistema de criação e aplicação das normas que o integrariam, a partir principalmente do consenso.²⁶

É cediço que a atual situação de crise multidimensional (social, econômica e política) produz um cenário extremamente receptivo para o desenvolvimento de novas instituições políticas e jurídicas, que sejam capazes de articular atitudes globalmente solidárias, efetivando a democracia transnacional e seu respectivo direito.

Tanto é verdade que estamos vivendo uma etapa de transição organizacional em escala planetária. Contudo, tal transformação somente terá sentido se for apta a estruturar um conjunto de relações solidárias, inclusivas e democráticas. Trata-se da “*republicanização da globalização*”, da qual já se referiu anteriormente.²⁷

O assunto é complexo e potencialmente polêmico, porquanto relativiza a soberania dos Estados Modernos e dispensa tratamento igualitário aos cidadãos globais, até então marginalizados pelas democracias – ou demagogias – contemporâneas.

Não obstante as dificuldades presentes e futuras, Paulo Márcio Cruz e Maurizio Oliviero apresentam argumentos incisivos em favor da mudança de paradigma:

O que não se pode é continuar por mais tempo nesta “racionalidade irracional”, na qual está mergulhado o mundo de hoje. Está-se diante de uma singular oportunidade histórica: configurar novos espaços públicos que possam ser aplicados além-fronteiras e que incluam o local, o regional e o mundial. Espaços públicos que sejam sensíveis ao ser humano e propensos a dotar todas as pessoas de um mínimo de bem-estar e dignidade. Tem-se a sensação de que se está saindo deste ciclo político que dominou os últimos dois séculos, mas a falta de alternativa está levando o mundo a essa condição sem precedentes e não há evidências capazes de sugerir, ainda, quais serão os termos futuros da confrontação política atual. A existência do capitalismo transnacional e suas crises é uma realidade muito difícil de ser questionada, assim como é difícil negar a existência de uma nova produção integrada e de um novo sistema financeiro global. Como escreve Michel Bachelet, a menos que a sociedade mundial aperfeiçoe e, sobretudo, aplique as normas de uma solidariedade multissetorial à escala de todos os habitantes do planeta, populações inteiras desaparecerão pura e simplesmente pelos efeitos conjugados das doenças ligadas à desnutrição e dos jogos da

²⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In: *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*. p. 170.

²⁷ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. In: *Novos Estudos Jurídicos (Online)*. p. 26.

economia mundial. Ou de uma “irresponsabilidade organizada”, expressão utilizada por Ulrich Beck.²⁸

O novo projeto de civilização transnacional – na posição de desafiado e de desafiador – passará pela reabilitação do político, do jurídico, do social e do cultural de encontro à razão econômica. Isso implica redescobrimiento do bem comum, de um saber existir juntos e de um novo sentido para a aventura de viver.²⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como mencionado na presente pesquisa, o sistema fechado dos Estados Nacionais/Modernos estão fadados à falência. Isso porque enfrentam problemas de todas as ordens e invencíveis pela atual estrutura político-jurídica. Até mesmo os Estados nominados como democráticos passam por problemas gravíssimos de cunho ético, social, econômico e cultural, que culminam na apatia política dos cidadãos, bem como no aumento da desigualdade social.

Nesse contexto, a transnacionalidade se apresenta como uma alternativa ao modelo posto, produzindo e reproduzindo o direito de modo não linear e múltiplo e procurando influenciar nas escolhas políticas do homem globalizado.

A questão ganha complexidade em razão, principalmente, da pluralidade das fontes e dos sujeitos do direito. De fato, ao tempo em que a transnacionalidade mitiga o monopólio jurídico estatal, traz em si desafios grandiosos na regulamentação de um espaço transnacional que signifique o pleno desenvolvimento da pessoa humana e não mais um mecanismo de opressão e desigualdade.

Sob a perspectiva apresentada, o direito transnacional deve estar pautado na necessidade de aproximação entre os povos e na participação do cidadão na gestão política, econômica, social e tecnológica. A omissão de tais premissas significará a não recepção do ordenamento transnacional e, por conseqüência, a desestabilização de seus efeitos.

Percebe-se, portanto, o quão indispensável é a inserção do cidadão transnacional nos novos espaços públicos de debates políticos, sendo descabida a pretensão de superação das angustias globais de maneira arbitrária e individual.

²⁸ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. *In*: **Novos Estudos Jurídicos (Online)**. p. 26.

²⁹ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. *In*: **Novos Estudos Jurídicos (Online)**. p. 26.

Após a produção legítima do direito transnacional, não haverá motivo para a negativa de sua aplicação, estando autorizada a sua imposição coercitiva. Em outras palavras, os direitos e as obrigações estarão onipresentes, independentemente da vontade do seu destinatário.

Certamente, se a democracia transnacional tiver fundamentação teórica clara, objeto de proteção bem localizado e espaços públicos bem definidos, o resultado será uma boa regulação do direito transnacional.³⁰

Diante dessas considerações, compreende-se que o presente trabalho tem por função dar corpo ao entendimento de que os Estados Modernos estão perdendo legitimidade, fato que abre espaço para a produção de um direito transnacional, o qual tem capacidade de responder aos problemas que ultrapassam fronteiras físicas, étnicas e tecnológicas. O futuro é promissor!

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALLARD, Jullie; GARAPON, Antonie. **Os juízes na mundialização**. A nova revolução do Direito. Lisboa: Editora do Instituto Piaget, 2008.

COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In: **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**. Pouso Alegre. v. 26, n. 1, p. 159-176, 2010. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume261/07.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. O novo paradigma de direito na pós-modernidade. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Porto Alegre. v. 3, p. 75-83, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/777/1761>. Acesso em: 20 jul. 2014.

³⁰ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. In: **Revista do Direito Unisc**. p. 119.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional - Itajaí/Perugia. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 17, p. 18-28, 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635>. Acesso em: 20 jul. 2014.

CRUZ, Paulo Márcio; SOARES, Josemar Sidinei. A construção de um cenário propício para uma democracia transnacional. In: **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**. Itajaí, v. 3, p. 3-33, 2011. Disponível em: <http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-filosofia-do-direito-e-intersubjetividade/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 20 jul. 2014.

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. In: **Revista do Direito Unisc**. Santa Cruz do Sul. n. 33, p. 103-129, 2010. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801>. Acesso em: 21 jul. 2014.

GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SACCO, Rodolfo. **Antropologia jurídica**: contribuição para uma macro-história do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRODUÇÃO LEGISLATIVA EM UM MUNDO GLOBALIZADO ATRAVÉS DO ESTUDO COMPARATIVO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM ESTADOS FEDERAIS DE DIMENSÃO CONTINENTAL

Bruno de Macedo Dias¹

Rodrigo Roth Castellano²

INTRODUÇÃO

A evolução das diversas áreas de conhecimento desenvolvidas pelo homem na história costumam atingir toda a sociedade e os demais elementos conhecidos pelo grupo no qual ela se opera, modificando substancialmente o estilo de vida, a rotina e os dilemas enfrentados.

Nas últimas décadas, contudo, a evolução tecnológica, em especial em áreas como transporte, informática, produção e economia internacional aproximou de modo único os habitantes das mais diversas localidades do globo terrestre. Atualmente, é possível falar instantaneamente por vídeo conferência com pessoas em qualquer lugar do mundo e até do espaço, viajar ou transportar mercadorias entre extremos do planeta no prazo de um dia e produzir um bem a ser comercializado por toda a Terra, coisas inimagináveis há 100 anos.

Ao mesmo tempo, essa diminuição das distâncias físicas e virtuais permitiu descobrir que agressões ao meio ambiente em uma determinada localidade podem repercutir no restante do planeta e colocar em risco a humanidade. Também perceberam os cidadãos que peregrinam pelo mundo que as culturas são extremamente diferentes, de modo que garantias individuais que poderiam considerar indiscutíveis e básicas são reiteradamente descumpridas em outras nações.

Neste contexto, perante a evidente constatação de que não vivemos mais apenas em nosso país, mas que pertencemos a uma coletividade mundial com a qual podemos nos comunicar em poucos minutos, surge o clamor para que ocorra também uma aproximação

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, localizada em Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista pelo CESUSC em Direito Material e Processual Civil. Email: brunomdias@yahoo.com

² Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, localizada em Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista pela Universidade Anhanguera/Uniderp em Direito Tributário. Email: rodrigorcastellano@gmail.com

normativa entre os diversos países, de modo que todos contribuam e respeitem o meio ambiente, as garantias individuais básicas e a regulação mínima econômica, limitando um já existente poder paralelo, que muitas vezes age como se não tivesse compromisso algum com os cidadãos mundiais³.

Por outro lado, a diversidade cultural é também parte importante da história da humanidade, prestando papel decisivo na formação da identidade de cada pessoa e traz conhecimentos filosóficos, humanos ou tecnológicos únicos para o patrimônio internacional⁴.

Chega-se, então, ao grande e urgente dilema do direito diante do mundo globalizado: como construir um ordenamento jurídico supranacional legítimo sem destruir as culturas locais? Até que ponto é legítima a imposição de regras consideradas importantes para uma maioria internacional, mas que é contrária a uma cultura secular local? E como será possível o seu cumprimento se a norma não for aceita pela cultura local?

Sem a ambição de impor respostas para indagações tão complexas, a proposta deste estudo é realizar uma análise comparativa da questão da produção legislativa global em face dos diversos Estados com a distribuição de competência legislativa com regime federativo e dimensão continental em relação aos seus Estados membros.

É possível constatar em tais países, como Brasil e Estados Unidos, que existe uma grande heterogeneidade cultural – uma riqueza para nação, não um obstáculo nocivo – e a adoção de normas mais invasivas à cultura local podem gerar fenômenos nefastos como a perda de práticas consuetudinárias ou a pura e simples desconsideração da norma. Ao mesmo tempo, a falta de regras gerais para alguns aspectos podem colocar em xeque a harmonia da própria nação, cujo patrimônio cultural deve ser preservado.

Com a análise dessa experiência documentada por séculos de história na humanidade, é possível extrair lições positivas para se encontrar o equilíbrio necessário para uma legislação internacional que resolva os problemas globais sem a destruição de diferentes culturas e civilizações, o que poderá levará, finalmente, a uma pacífica e voluntária aceitação das normas estabelecidas.

³ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008. p. 136. VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proclamada em Paris, em 10.12.1948. Disponível em <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em 03.08.2014. Art. XXII.

1. FORMA DE ESTADO E GLOBALIZAÇÃO

O direito, ao longo da evolução da sociedade, foi identificado em autoritária e respeitável norma, imposta aos cidadãos com função premente de controle social, justificador da autoridade máxima do Estado.

Em ligeira perspectiva histórica, o Estado nacional (ou plurinacional) surge como tal reunindo aspectos da revolução burguesa, cujo objetivo era circunscrever um território para a acumulação do capital, gerando instituições e formas culturais apropriadas, calcando-se no apoio popular e em oposição à hierarquia feudal.

De imediato, esses Estados liberal-burgueses originais - Inglaterra, EUA, França - tiveram o propósito de criar impérios com o fito de manter um espaço de reserva com recursos para a acumulação. Já os Estados nacionais que se formaram de maneira tardia, encontraram dificuldades em criar instituições liberais, devido ao limitado respaldo popular e à necessidade de composição da burguesia com as nobrezas feudais. Foram os casos de Alemanha, Itália e Japão.

Aprofundando a própria concepção de Estado, o jurista Hans Kelsen assentou que é concebido como um sistema de normas vigentes em certo tempo e local. De acordo com o doutrinador, a divisão do Estado em circunscrições territoriais só teria significado para o Direito se viesse acompanhada de uma parcela da ordem jurídica, pois a divisão física seria “um problema especial do domínio espacial de validade das normas que formam a ordem estadual”⁵.

Assentada esta premissa, por formas de Estado entende-se a maneira pela qual o Estado organiza o povo, o território e estrutura o seu poder relativamente a outros de igual natureza - Poder Político: Soberania e Autonomia.

A posição recíproca em que se encontram os elementos do Estado - povo, território e poder político, caracterizam a sua forma, que corriqueiramente vem definida como Estado Unitário, Federado ou Confederado.

Em termos gerais, diante da centralização política, diz-se que o Estado é unitário. Por outro lado, a descentralização política, por si só, não é suficiente para mudar a faceta unitária do Estado. Isto porque, havendo centro único dotado de capacidade legislativa,

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 4. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1976. P. 417.

pode ele valer-se de critério legal para conferir às circunscrições territoriais determinadas competências. Da mesma forma, tal centro pode reverter referida delegação, a depender de sua vontade, configurando um Estado fortemente descentralizado⁶.

Ocorre que, nas últimas décadas, o discurso sobre globalização tem influenciado não só a tentativa de revisão dos conceitos outrora tidos como inatingíveis, mas, sobretudo, a própria visão de Estado, possuindo tal fenômeno, nas palavras de Paolo Grossi, “dimensão socioeconômica-politológica”⁷.

A globalização é um momento histórico, marcada pelo predomínio da dimensão econômica como resultado do capitalismo que vivemos. “Uma primazia que dá às forças econômicas uma virulência nunca experimentada até agora e uma insuprimível tendência expansiva”⁸.

Segundo, ainda, referido autor, as tecnologias de ponta oferecem suporte suficiente para a primazia da economia e atuação dos protagonistas do mercado, provocando declínio do Estado e da política.

O fenômeno globalizante indica tendência de ruptura do monopólio e do rígido controle estatal do direito, cuja prática econômica tem servido de base para a própria produção legislativa, com a introdução de técnicas que exigem inovações jurídicas aptas a ordenar a nova circulação global.

Se o direito moderno pode ser considerado um direito inteiramente público, desde o momento em que o Estado se preocupa até mesmo com a regulamentação das relações privadas na vida cotidiana dos privados, com o direito da globalização se tem novamente um direito privado produzido pelos privados. Portanto, dois resultados historicamente importantes: pluralismo jurídico, porque pluralidade de fontes; reprivatização de amplas zonas do planeta jurídico⁹.

O chamado direito global abre dicotomia com o direito moderno, separando-se deste, tradicional, por abrir mão da formalidade escrita e, conseqüentemente, da rigidez. “Por isso, a velha imagem da pirâmide, que representava o velho sistema normativo, vem sendo

⁶ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. P. 61.

⁷ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. P. 70.

⁸ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. P. 72.

⁹ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. P. 78.

substituída por uma imagem que não evoca necessariamente uma desagradável escansão hierárquica”¹⁰.

Assim, a contemporânea realidade mundial nos leva a perceber que as forças privadas, em especial as econômicas, estão a produzir direito, situação que desafia os juristas ao enfrentamento deste novo cenário que tende a desvincular o direito do aparelho de poder estatal.

Visto, pois, o conceito clássico de Estado, bem como suas principais formas, que ganharam força na idade moderna, torna-se instigante a comparação com o novo sistema jurídico que se afeiçoa perante nós, sobretudo pela transformação da sociedade e sua forma de pensar, gerando relações pautadas pela fria velocidade cibernética, que proporciona avanços econômicos e integração da economia global.

Nas palavras do Professor Paolo Grossi: “hoje, o jurista vive um momento fértil e difícil; fértil, porque seu papel é por demais ativo e estimulador; e difícil não somente pelas graves responsabilidades que pesam sobre suas costas, mas também pelo extenso quociente de incerteza que envolve sua ação cognitivo-aplicativa”¹¹.

2. ESTADO FEDERAL E DEMOCRACIA GLOBAL

Federação enseja pacto, aliança, união de Entes. É a partir da junção destes conceitos que nasce o Estado Federal.

Tal forma tem raízes na experiência histórica dos Estados Unidos da América. Em um primeiro momento, com a transformação das colônias inglesas em estados soberanos, tentou-se criar uma confederação que ficou materializada por meio de um tratado interestadual.

Tal ajuste, porém,

revelou-se inadequado à realização dos propósitos políticos, econômicos e sociais dos Estados confederados, dando lugar a inquietações que culminaram com a realização da chamada Convenção de Filadélfia, onde [...] lançaram-se as bases do Estado Federal norte-americano¹².

¹⁰ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. P. 83.

¹¹ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. P. 86.

¹² ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 283.

Como bem leciona Franco Sobrinho, a origem do Estado federal não está nos tratados ou acordos, mas nas determinantes geopolíticas e geossociais¹³. Ou seja, não é a elaboração de determinado pacto que manterá perene a federação, mas as instituições que se destinam a manter a unidade nacional, sobretudo a constituição.

A propósito, “pode-se afirmar, de maneira convencional, que as sociedades humanas desprovidas de Estado não têm um direito”¹⁴.

O Estado Federal reclama o estabelecimento de sólido patamar de relacionamento entre os Estados dele integrantes, ensejando uma direção unificante, sem olvidar, por inequívoco que seja, a independência e a autonomia de cada um dos Entes.

A essência das federações está calcada na distribuição regrada do Poder entre os Entes autônomos, com a fixação de estruturas capazes de conservar o todo nacional. Isto é, a relação jurídica federativa muito depende da base constitucional e legal traçadas, garantindo-se a coexistência dos poderes para manutenção dos valores institucionais.

Ou seja, da

associação de partes autônomas nascem simultaneamente uma entidade central, corporificadora do vínculo federativo, e diversas entidades representativas das vontades parcelares. Todas essas entidades são dotadas de autonomia e possuem o mesmo patamar hierárquico no bojo da Federação¹⁵.

Neste contexto, importante ter em mente que o Federalismo Brasileiro é peculiar. O Brasil Império era um Estado juridicamente unitário, porém, na prática, dividido em províncias. Assim, os primeiros sistemas administrativos adotados por Portugal foram as Governadorias Gerais e as Capitânicas, rumos pelos quais a nação brasileira caminharia fatalmente para a forma federativa.

No momento que o centralismo artificial do primeiro Império procurou violentar essa realidade, a própria nação forçou a abdicação do Imperador, destacando-se que a Constituição de 1891 estruturou o federalismo brasileiro segundo o modelo norte-americano, buscando ajustar um sistema jurídico constitucional estrangeiro em uma realidade completamente diversa.

¹³ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Regimes políticos: subsídios para processo de reorganização política nacional. Uma constituição para o Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1984. P. 151/152.

¹⁴ SACCO, Rodolfo. **Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito.** Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2013. P. 89.

¹⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 284.

O exemplo referido, embora enfoque a experiência de um único País, cuja formação sofreu influência externa, possui ensejo atual, haja vista os novos rumos da civilização, ante o fenômeno da globalização.

Isto porque as democracias, mesmo aquelas que contam com os alicerces mais sólidos, vêm sendo inexoravelmente afetadas em consequência da globalização.

Enquanto a sociedade internacional consiste em várias comunidades políticas sintonizadas entre Estados, a sociedade global que tenta ganhar força descompartmenta o universal e ameaça a estabilidade inclusive das formas de governo.

No âmbito econômico, grandes empresas atuam além das fronteiras, com enorme efeito combinado do progresso tecnológico e da democratização da produtividade. Já na seara financeira, o mundo desregula-se, assistindo ao fim dos controles cambiais e o avanço nas telecomunicações. Na esfera da informação, nossas vidas hoje são moldadas pela transmissão universal e instantânea de notícias e dados. O Homem mudou; a sociedade, por consequência.

Como resultado, a democracia, para ser significativa, precisa ser exercida onde estiver o poder, seja no nível local, nacional e, por óbvio, inclusive em âmbito global.

A democracia global envolve mais do que a simples transformação das estruturas dos Estados Nacionais. Ela deve incorporar um modelo novo e específico, que seja adaptado a uma base não formada diretamente por cidadãos, mas por Estados, empresas multinacionais, partidos políticos etc. Isso exigirá a criação de novas instituições políticas, além da reforma das organizações internacionais existentes.

Neste contexto, parece ser forte a evidência de que as relações internacionais e transnacionais afetam os poderes do moderno Estado soberano. Os processos globais vêm afastando sensivelmente a política das atividades em torno de objetivos estatais ou interestatais.

E é sobretudo nos Países de grande dimensão que tais efeitos são mais sentidos, mormente ante a diversidade étnica, cultural e social encontradas, dificultando o controle das ações legislativas que, diametralmente opostas à diversidade fática, buscam unificar juridicamente o território.

Tal quadro, importante ressaltar, não se pode afirmar como definitivo, pois o sentimento nacionalista, excludente e irracional por natureza, pode ser a força propulsora para que os Estados Nacionais mantenham-se firmes nos propósitos locais, com o fito de preservar a cultura e as vicissitudes de cada País, especialmente ante as peculiaridades de cada forma de estado e sistema de governo.

3. O SISTEMA DE PRODUÇÃO NORMATIVA NO CONTEXTO GLOBAL

Quando se trata da questão da produção normativa no contexto global, duas situações devem ser bem definidas: já existem documentos normativos internacionais sem (ou com baixa) carga impositiva os Estados nacionais e há a necessidade de regulamentação impositiva no âmbito internacional para estabelecer normas obrigatórias para todos os Estados nacionais. Neste segundo aspecto, encontram-se, ainda, integrações comunitárias com limitada expansão territorial, que não suprem a necessidade trazida, por não atingirem as demais nações.

Na primeira hipótese, de organizações internacionais e documentos sem ou com baixa carga impositiva, o maior destaque fica para a Organização das Nações Unidas, da qual fazem parte 193 Estados membros¹⁶. Ela atua em diversas questões de relevância supranacional, como preservação de direitos humanos, da paz mundial e do meio ambiente. Constam como seus objetivos:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e
4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns¹⁷.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Member States** (Internet). Disponível em: <<http://www.un.org/en/members/growth.shtml>>. Acessado em 01.08.2014.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Assinada em São Francisco, em 26.05.1945. Disponível em <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_Versointernet.pdf>. Acesso em 03.08.2014.

A Organização das Nações Unidas é responsável por importantes cartas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁸ e diversos documentos proferidos nas Conferências sobre Meio Ambiente e Sustentabilidade¹⁹. Todavia, verifica-se dificuldade da ONU de impor suas deliberações à revelia dos Estados nacionais. Primeiramente porque a aceitação interna de seus documentos nem sempre é pacífica²⁰. E também há o problema de o Conselho de Segurança da ONU, capaz de adotar as medidas mais efetivas, apresentar cinco membros permanentes com direito de veto: China, Estados Unidos, França, Reino Unido e Rússia²¹. Isso faz com que nenhuma medida possa ser imposta contra eles ou países que lhes sejam aliados.

Em matéria ambiental, tem-se registrado grande preocupação nos debates políticos nacionais e internacionais nas últimas décadas. Gabriel Real Ferrer²² reúne a evolução histórica em ondas de evolução do direito ambiental, sendo que a primeira é ligada à criação do Clube de Roma, em 1969, o inspirador para a Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente de 1972, na Conferência de Estocolmo. Após, tem-se as Conferências Rio-92, Joannesburgo-2002 e Rio-2012 (também conhecida como Rio+20), além da Convenção de Quito de 1997, sobre as mudanças climáticas²³.

No aspecto financeiro, destacam-se a Organização Mundial do Comércio e o Banco Mundial. No primeiro, busca-se a fixação de regras, soluções de disputas e elaboração de acordos de natureza comercial entre os Estados membros²⁴. O segundo tem por finalidade principal auxiliar o desenvolvimento econômico e realizar análises técnicas neste sentido²⁵.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proclamada em Paris, em 10.12.1948. Disponível em <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em 03.08.2014.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Documentos de referência para a Rio+20** (Internet). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/documentos>>. Acessado em 01.08.2014.

²⁰ Sobre a incorporação do direito internacional no ordenamento brasileiro: NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional Público & Direito Internacional Privado**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28-29.

²¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Assinada em São Francisco, em 26.05.1945. Disponível em <<http://www.un.org/en/documents/charter/>>. Acesso em 02.08.2014.

²² FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. *IN: Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*. N. 1. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2002.. p. 73-93.

²³ SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 58-70.

²⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Understanding the WTO** (Internet). Disponível em <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/who_we_are_e.htm>. Acessado em 01.08.2014

²⁵ THE WORLD BANK. **Data & Research**. Disponível em: <<http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/0,,contentMDK:20279994~menuPK:477174~pagePK:64165401~piPK:64165026~theSitePK:469372,00.html>>. Acessado em 28.07.2014.

Todas essas organizações tem como pressuposto, entretanto, o desejo dos Estados nacionais de aderirem a elas e submeterem-se a suas regulamentações. Basicamente trabalham com a noção clássica de soberania dos Estados nacionais.

Em um âmbito mais regional, Neves indica a propensão de Estados criarem blocos regionais em face do mundo globalizado, que pode ter suas fases de integração assim definidas: 1) Zona de Preferência Tarifária; 2) Zona de Livre Comércio; 3) União Aduaneira; 4) Mercado Comum; 5) União Econômica e Monetária; 6) União Política²⁶.

Dentre os modelos implementados, certamente nenhum é mais promissor para se vislumbrar uma produção supralegislativa internacional do que a União Européia, cujas instituições legislativas, constituídas do Parlamento Europeu, do Conselho da União Européia e a Comissão Europeia, produzem diretrizes e regulamentações a serem observadas por todos os Estados integrantes. Há, inclusive, o Tribunal de Justiça Europeu, que realiza julgamentos para implementação das normas européias.

Entretanto, ainda não se atende precisamente o problema de uma regulamentação global e impositiva de normas fundamentais a serem observadas por todos os países, por se tratar de medida regional.

Diversas possibilidades poderiam ser cogitadas, como a criação de um governo global, que reunisse todas as nações; um governo coordenado pelos maiores polos do planeta; ou mesmo um governo constituído de subgrupos regionais, estes unidos pelas suas particularidades locais.

Não há, hoje, uma resposta para o problema da produção normativa global, mas está muito clara a necessidade de evolução nesse sentido, diante de tantos dilemas de repercussão transnacional e uma solução precisa ser encontrada.

Antes de se pensar em qual seria o modelo ideal, contudo, há que se refletir sobre qual abrangência legislativa caberia à comunidade internacional. Vale, neste contexto, o estudo da produção normativa em Estados de sistema federativo, para reunir mais elementos sobre a melhor forma de evoluir para uma produção normativa em contexto global.

²⁶ NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional Público & Direito Internacional Privado**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 145-146.

4. DIFICULDADE NO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DE FORMA CENTRALIZADA EM PAÍSES COM GRANDE TERRITÓRIO E POPULAÇÃO HETEROGÊNEA

A lição do Doutrinador Michel Temer reclama necessário intróito ao presente tópico:

Em síntese: a descentralização política fixada na Constituição é fator indicativo da existência de Estado federal. Não é o definitivo, contudo. Vários outros devem somar-se para fornecer o conceito adequado do objeto deste estudo. Entre eles, a participação das vontades parciais na vontade geral. Ou seja: cada qual das unidades federadas deve participar, com sua manifestação, da vontade federal. Assim ocorrendo, as deliberações do órgão federal constituem, em verdade, a soma das decisões emanadas das vontades locais. Essas deliberações são tomadas por meio de órgão representativo das unidades federadas. Atribui-se-lhe, costumeiramente, o nome de ‘Senado Federal’²⁷.

Talvez aí resida o especial desafio de Países com grande território e que exercem a competência legislativa de forma centralizada: superar a dificuldade enfrentada pela heterogeneidade social, cultural, econômica, étnica etc de cada Ente, de cada região.

Um código ou uma lei não alcança a flexibilidade ensejada por referida multiplicidade. Isto porque possuem caráter nacional, podendo sufocar regras e costumes locais adaptados para determinada região. Cabe a elucidação de Rodolfo Sacco: “se acreditamos na uniformidade, não devemos renunciar, em seu nome, à variação. E, desde que seja espontânea, a variação irá gerar a diversidade”²⁸

Em extensos territórios nacionais, as diversidades podem se apresentar sob inúmeras facetas, v.g. religiosa e cultural. Aquela é transmitida de pais para filhos, porém a intensidade varia conforme cada indivíduo. Já as culturais assumem vida pela língua, costumes, convicções etc.

Assim, configurada a reação ao comando institucional advindo do Órgão centralizador da competência legislativa, surgem os conflitos que afetam o território e proporcionam o isolamento de certas parcelas, prejudicando, por via reflexa, o próprio Estado Federal.

Figurar competências para dizer que um regime é uma federação, não é para a ciência política o processo mais racional de evidenciar realidades cogentes. A problemática não é de competências repartidas, mas sim de organização político-territorial. Competências, repartidas, fazem apenas consequência de causas orgânicas²⁹.

Comparando-se as diferenças existentes dentro do território, poderemos enfrentar dificuldades em lidar com as reações dos povos locais, pois “a constatação da diversidade

²⁷ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. P. 63.

²⁸ SACCO, Rodolfo. **Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2013. P. 52.

²⁹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Regimes políticos: subsídios para processo de reorganização política nacional. Uma constituição para o Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. P. 149.

traz consigo reações de tipo avaliativo. Aquele grupo julga que a própria cultura é superior à outra, assim como aquela comunidade julga que elementos da outra cultura são superiores”³⁰.

A consequência é sintomática, pois quem crê possuir cultura superior, acaba também acreditando que o próprio direito assim o é.

Ou seja, respinga nas questões atinentes ao direito o motivo basilar da diversidade: a cultura, pois

o motivo mais profundo e mais constante da expansão cultural está ligado à supervalorização da própria cultura e a uma inconsciente inclinação a condenar as formas culturais divergentes. O motivo consciente e verbalizado é naturalmente outro. A difusão da própria cultura é concebida como um serviço prestado aos outros, ou como o cumprimento de um dever³¹.

E aqui entra a seguinte reflexão: Órgãos constituídos pelo Poder central, na busca de dar representatividade a cada parcela do território, têm efetiva capacidade de trazer à lume e garantir a inviolabilidade das características próprias locais?

Territórios extensos ensejam populações heterogêneas e multiplicidade cultural. Cada região apresenta suas características e peculiaridades que não sugerem a centralização de competência legislativa, especialmente porque os locais sentirão suas culturas invadidas e suas individualidades desrespeitadas.

Pedindo vênua para novamente explicitar o exemplo do Brasil, pode-se afirmar que as causas sociais da origem do federalismo brasileiro são visíveis. A própria imensidão territorial obrigou a uma descentralização do governo, a fim de manter a pluralidade das condições regionais, tudo integrado na unidade nacional.

Ou seja, através do estabelecimento de competências – autonomia política a Estados e Municípios – buscou-se equilibrar as dificuldades da centralização legislativa. Contudo, parece que ainda não se alcançou um modelo de federação compatível com a diversidade existente, sobretudo ante o predomínio legiferante da União, que impõe regramento a ser seguido, por termos gerais, a todos os Entes que integram o sistema federativo brasileiro.

³⁰ SACCO, Rodolfo. **Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2013. P. 73.

³¹ SACCO, Rodolfo. **Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2013. P. 76.

Tais reflexões, pois, impõem que estejamos atentos à valia e ao verdadeiro papel dos Órgãos legiferantes centrais em grandes territórios, sobretudo ante a utópica ideia de equivalente representatividade dos povos de cada região.

5. VANTAGEM DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DIFUSA ENTRE OS ESTADOS FEDERADOS PARA RESPEITAR A HETEROGENEIDADE CULTURAL E SOCIAL

O direito, através da edição de normas, tem como finalidade a modulação de condutas. Basicamente, indica-se ao cidadão quais condutas não devem ser praticadas e quais devem ser estimuladas. O resultado disso, partindo-se do pressuposto de que a norma tenha eficácia e efetividade, é uma transformação da própria sociedade na direção indicada pela lei.

Neste contexto, duas medidas devem ser estudadas com relação a aplicabilidade da lei em uma determinada região: sua causa e seu efeito (e eventuais efeitos colaterais). Uma norma que busque reduzir a interação do homem com áreas de vegetação nativa para evitar atividades predatórias seria prejudicial ou, no mínimo, inútil em regiões nas quais a interação do homem com a vegetação nativa é protetiva ou para subsistência, sem dano ambiental. No referido exemplo, a causa para norma não existiria, seu efeito seria desnecessário e ainda poderia gerar efeitos colaterais como retirar a subsistência do cidadão local ou diminuir a própria proteção que este dava a vegetação.

Tais realidades locais dificilmente são conhecidas pelo legislador ou administrador público de um Estado Federal de dimensão continental, mas podem ser administradas pelo governo estadual ou municipal. Os indivíduos são únicos e cada coletividade local tem suas características e culturas próprias. A imposição de padronizações que desrespeitem essas características pode destruir culturas e fazer com que o indivíduo sinta-se sem um lugar no mundo para chamar de lar. É uma verdadeira violência cultural. Expõe com muita propriedade Milton Friedman sobre a federação americana:

O segundo princípio geral é que o poder governamental deve estar disperso. Se o governo exerce um poder, melhor fazê-lo no condado que no Estado, melhor no Estado que em Washington. Se eu não gosto do que minha comunidade decide, seja em sistema de esgoto, zoneamento ou educação, eu posso me mudar para outra localidade, e embora poucos tomem essa atitude, a mera possibilidade é uma garantia. Se eu não gosto do que meu Estado

decide, eu posso me mudar para outro. Se eu não gosto do que Washington impõe, eu tenho poucas alternativas neste mundo de nações egoístas³².

Conforme bem demonstra o autor, sem prejuízo da regulamentação uniforme de normas gerais fundamentais pela União Federal – restritas às matérias que verdadeiramente precisem ser abordadas – assegura uma diversidade de sistemas legais voltados à preservação da cultura local, permitindo que as pessoas residam em Estados federados – ou países, no caso da globalização – cujo sistema normativo elas se identifiquem.

É evidente que a alternativa proposta por Milton Friedman pode estimular pessoas a mudarem sua residência na busca de locais mais propícios para seus valores, ideais e culturas, o que não é tão confortável quanto permanecerem no mesmo local. Mas é melhor do que excluí-los ou torna-los apátrios de fato.

Mesmo na questão econômica, as diferenças entre as diversas regiões de um Estado federal ou os variados Estados nacionais do planeta impedem uma normatização planificada.

Jeffrey Sachs, em sua celebrada obra “O fim da pobreza”³³, alerta que as conquistas econômicas e jurídicas dos trabalhadores em países mais desenvolvidos foram fruto de lutas e evoluções históricas, bem como de seu crescimento profissional, de forma que simplesmente transplantá-las para países em escala precária de desenvolvimento é inviável. O autor – sem defender descasos com a dignidade humana – indica que as críticas e embargos à produção industrial em países com precárias condições de trabalho, caso fossem ouvidas, impediriam justamente essas populações de saírem da pobreza extrema. Ele alerta que o desenvolvimento industrial dos países desenvolvidos levou dois séculos e que essa etapa em países em estágio inicial de desenvolvimento é o que permitirá que as pessoas deixem a pobreza extrema.

Com base nessa realidade, a planificação de garantias trabalhistas pode ser um óbice justamente do desenvolvimento da economia local. A estipulação de garantias trabalhistas próprias de economias desenvolvidas para aplicação em economias precárias desestimulará o emprego formal e mesmo a fixação de produtores no local. Afinal, se o produtor terá que

³² FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002, p. 3. Original: “The second broad principle is that the government power must be dispersed. If government is to exercise power in the county than in the state, better in the state than in Washington. If I do not like what my local community does, be it in sewage disposal, or zoning, or schools, I can move to another local community, and though few may take this step, the mere possibility acts as a check. If I do not like what my state does, I can move to another. If I do not like what Washington imposes, I have few alternatives in this world of jealous nations.

³³ SACHS, Jeffrey. *O fim da pobreza*: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

pagar a mesma remuneração em um polo industrial, fácil acesso a mão de obra, sistema viável e mercado consumidor, por que iria abrir uma linha de produção em um local de menor desenvolvimento?

O Brasil, como país de dimensão continental, por exemplo, apresenta diferenças de desenvolvimento econômico gritantes. Existem cidades com IDH muito alto, como São Caetano do Sul (SP) – 0,862, e outras com IDH muito baixo, como Melgaço (PA) – 0,418³⁴. O PIB per capita oscila desde o Distrito Federal, com R\$ 63.020,02, no topo do ranking até o Piauí, com R\$ 7.835,75, por último³⁵.

O poder público local também tem melhores condições de avaliar as necessidades da população de cada cidade. O governo federal poderia estipular, por exemplo, que cada município deveria contar com dois médicos de cada especialidade. Entretanto, uma comunidade com elevada atividade mineradora poderia precisar de mais pneumologistas, enquanto um município com maior exposição a raios solares nocivos pode necessitar de mais oncologistas ou dermatologistas.

As diferenças culturais também podem ser consideráveis, o que dificultaria uma regulamentação padronizada para todo o Estado federal ou, no caso deste estudo, para todo o planeta. Alguns breves exemplos:

- os direitos trabalhistas não podem desconsiderar as situações locais, como empreendimentos de natureza familiar e pequenos armazéns, com um ou dois funcionários, baixíssima renda e elevada importância para pequenas comunidades;

- a discussão sobre a maioria penal, considerando a formação do indivíduo para o pleno conhecimento da ilicitude de seus atos, não pode ser a mesma para jovens de formação em pequenas comunidades rurais e para aqueles que convivem em áreas de elevada criminalidade, presenciando homicídios desde tenra idade.

O poder legiferante do Estado Federal é importante e busca garantir estabilidade financeira, direitos mínimos e segurança para os seus cidadãos. O seu exercício de modo comedido, relegando aos Estados membros a legislação sobre questões locais, entretanto, é fundamental.

³⁴ Fonte: PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Ranking IDHM Municípios 2010** (Internet). Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDHM-Municipios-2010.aspx>>. Acesso em 03.08.2014.

³⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Contas Regionais do Brasil 2011** (Internet). Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Regionais/2011/contas_regionais_2011.pdf>. Acessado em 01.08.2014.

Evidentemente, não há como ignorar a necessidade de uma série de regulamentações com aplicação para todo o planeta, em aspectos que envolvem o futuro do meio ambiente, toda a comunidade internacional e a economia globalizada. Mas é igualmente importante, que as particularidades regionais possam ser respeitadas, sob pena de destruição cultural ou da pura e simples ignorância das normas impostas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mundo globalizado e formado de preocupações e dificuldades que não respeitam limites territoriais, a transnacionalidade tornou-se uma realidade e não há mais como ignorar a necessidade de padronizações internacionais legislativas para diversos temas.

A economia globalizada não é uma possibilidade para a qual os países podem se abrir ou não – é uma realidade, um fato já em curso, que seguirá suas próprias regras se não for devidamente regulamentado. Os danos ambientais ocorridos em países próximos ou distantes não podem mais ser ignorados, pois a destruição do planeta não será sentida apenas pelo país poluidor³⁶. E o grau de humanização atingido pela sociedade internacional neste momento da história não permite mais que graves abusos a direitos fundamentais básicos possam ser simplesmente ignorados.

Simultaneamente a esse passo óbvio e essencial, não se pode ignorar a diversidade cultural entre os povos que habitam as diferentes localidades do planeta, nem se considerar isso um problema a ser superado. A diversidade cultural é também um patrimônio da humanidade.

Não obstante a evidente necessidade de uma legislação internacional, conclui-se que a discussão sobre a profundidade que essa deve ter é mais importante do que a forma como esse poder legislativo será produzido.

Neste contexto, o estudo das competências legislativas em Estados de regime federativo e dimensão continental mostra-se bastante oportuna, pois neles também há considerável diversidade cultural – e mesmo social e econômica –, que pode ser sufocada ou respeitada pela forma como as normas de maior impacto no cotidiano são desenvolvidas.

³⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008. p. 117.

Tal qual o momento atual, Alexander Hamilton, John Jay e James Madison também vislumbraram as vantagens e riscos que os Estados teriam ao formarem uma federação³⁷. A solução para esse dilema, como a história demonstra, residiu na adequada separação do que deveria ser decidido pelo poder mais amplo, federal, e pelo que seria de livre definição pelas comunidades regionais e locais.

O caminho para consolidação de um poder legislativo transnacional passa justamente por saber identificar estritamente aquilo que precisa ser regulamentado em âmbito internacional. Do contrário, poderá sufocar ou destruir culturas, causar revoltas populares ou elaborar normas que jamais serão recepcionadas pelo povo.

Os Estados de proporção continental, com regime federativo, ensinam-nos isso, tanto nas leis indevidamente impostas pela administração central que violam as diferenças regionais como ao relegar competência legislativa para os seus entes federados legislarem conforme suas particularidades.

Em âmbito global, uma distribuição como esta permitiria ao cidadão global viver em um país no qual a legislação interna é mais compatível com sua cultura e sua individualidade, mas, ao mesmo tempo, possuiria proteção aos seus direitos humanos básicos, em relação à economia globalizada e quanto aos riscos de catástrofes ambientais.

Ao se discutir a criação de uma normatização global, torna-se fundamental o estudo dos Estados com regime federativo, pois sua lógica de funcionamento é bastante próxima daquilo que se experimentaria em uma governança global.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.

FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. *In*: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. N. 1. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2002.. p. 73-93

³⁷ HAMILTON, Alexander, *et al.* **The Federalist**. Nova Iorque: Modern Library, 2000.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Regimes políticos**: subsídios para processo de reorganização política nacional. Uma constituição para o Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HAMILTON, Alexander, *et al.* **The Federalist**. Nova Iorque: Modern Library, 2000.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Contas Regionais do Brasil 2011** (Internet). Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Regionais/2011/contas_regionais_2011.pdf>. Acessado em 01.08.2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 4. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1976.

NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional Público & Direito Internacional Privado**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28-29.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Assinada em São Francisco, em 26.05.1945. Disponível em <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf>. Acesso em 03.08.2014.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proclamada em Paris, em 10.12.1948. Disponível em <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersolInternet.pdf>. Acesso em 03.08.2014.

_____. **Member States** (Internet). Disponível em: <http://www.un.org/en/members/growth.shtml>. Acessado em 01.08.2014.

_____. **Documentos de referência para a Rio+20** (Internet). Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/documentos>. Acessado em 01.08.2014.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Ranking IDHM Municípios 2010** (Internet). Disponível em: <http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDHM-Municipios-2010.aspx>. Acesso em 03.08.2014.

SACCO, Rodolfo. **Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2013.

SACHS, Jeffrey. **O fim da pobreza**: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 58-70.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

THE WORLD BANK. **Data & Research**. Disponível em: <<http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/0,,contentMDK:20279994~menuPK:477174~pagePK:64165401~piPK:64165026~theSitePK:469372,00.html>>. Acessado em 28.07.2014.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Understanding the WTO** (Internet). Disponível em <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/who_we_are_e.htm>. Acessado em 01.08.2014

DEMOCRACIA ELETRÔNICA

Claudia Ribas Marinho¹

Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben²

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas o investimento em pesquisa e desenvolvimento tecnológico, em especial da computação, teve papel decisivo não só no plano econômico, mas também no social e político. As inovações nesse âmbito, com reflexos qualitativos e quantitativos na produção industrial, têm sido apontadas como uma das causas do colapso do bloco socialista ao final do século passado. A multiplicação do acesso à tecnologia e de um célere intercâmbio de informações, cada vez mais visível, tem repercutido significativamente nos rumos da sociedade e da democracia.

Aqui não se tem a pretensão de dissecar todos os aspectos do tema, tampouco de assinalar uma conclusão categórica como resultado final. O propósito é percorrer um pouco da história do desenvolvimento computacional, focar a crescente popularização do acesso à informação e esboçar algumas das implicações no fenômeno democrático.

As categorias básicas são: democracia eletrônica; tecnologia e direito à informação.

1. DILEMAS DA DEMOCRACIA

A democracia embute um conjunto de regras fundantes sobre o poder decisório, quem pode exercê-lo, sobre quais temas e sob qual procedimento. O modelo democrático, na percepção de Bobbio, foi idealizado para uma sociedade monística, muito menos complexa do que a sociedade real, policêntrica. Nela importa tanto o número de pessoas que utilizam esse poder, quanto em que espaços ele pode ser exercido.

Há quem vislumbre no redimensionamento da democracia pela tecnologia uma via própria para uma participação popular amplificada. Bonavides disserta:

Democracia, ao nosso ver, é processo de participação dos governados na formação da vontade governativa; participação que se alarga e dilata na direção certa de um fim todavia inatingível: a identidade de governantes e governados, meta utópica, que traz à memória a

¹ Juíza de Direito em Brusque/SC e Mestranda em Ciências Jurídicas na UNIVALI

² Juiz de Direito em Joinville/SC e Mestranda em Ciências Jurídicas na UNIVALI

imagem amortecida de Rousseau configurada na hipótese da democracia como governo de deuses. Contudo, há certa forma de democracia que se acerca bastante dessa identidade, da extrema perfeição, da legitimidade absoluta, da visão de um povo que se governa por si mesmo, coisa que Rousseau disse jamais haveria de ver, e da restauração do modelo ateniense, sonho e utopia gravados no coração e na fé de todos os democratas. Hoje, todavia, já se começa a vislumbrar a possibilidade de fazê-la vingar nos anais do terceiro milênio, abraçada com os processos tecnológicos que impulsionam a libertação do pensamento político e a alforria de seus meios de expressão. A democracia direta do voto no computador caracteriza o crepúsculo da intermediação, peculiar à democracia indireta do voto na urna. O futuro iminente revoga o passado, abolindo a técnica de bloqueio, mais difícil de afastar. Descortina-se assim a idade nova da democracia direta, democracia do século XXI, democracia direta de quarta geração, coroando, na linha histórica, um processo que leva o povo das regiões metafísicas do contrato social à sede das constituintes investidas na soberania popular.

Em outra obra, reitera um discurso de esperança na democracia participativa potencializada pela simplificação do acesso ao conhecimento:

São direitos da 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 da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia da comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema.

Essa dimensão da participação pode ser correlacionada ao que Boaventura de Souza Santos entende como necessidade de construção de um novo senso comum político:

Forçados como somos a avançar para o conhecimento emancipatório pós-moderno partindo de conceitos e distinções produzidos pelo conhecimento moderno, podemos afirmar que tal como a dimensão da solidariedade confere ao novo senso comum a sua marca ética, a dimensão da participação confere-lhe a marca política.

Para Bobbio, a crítica recorrente de que “a soberania popular tornou-se meramente simbólica, e os mal chamados representantes do povo passaram a submeter-se ao poder privado do grande capital, sempre oculto ou dissimulado”, não pode ser superada por uma ilusória “computadorcracia”. Na ótica do filósofo italiano, com inescondível ceticismo, o intercâmbio de saberes em rede tende menos a aprofundar a força da sociedade nos processos de deliberação do que a proporcionar aos governantes um nunca visto controle sobre seus governados, cujos dados pessoais, movimentos e predileções ideológicas passaram a ser facilmente sindicáveis.

2. O AVANÇO TECNOLÓGICO COMO PRECURSOR DA IDEIA DE DEMOCRACIA ELETRÔNICA

Antes de adentrar no conceito e implicações da Democracia Eletrônica, se faz interessante fazer uma pequena análise do impacto da tecnologia na sociedade, especialmente no Brasil.

É inegável que estamos vivendo uma era sem precedentes no tocante a avanço tecnológico, notadamente no campo das telecomunicações.

O ser humano é social por natureza, buscando sempre transmitir e receber informações. Seja através da tradição oral, com os ensinamentos sendo passados verbalmente de mestre para discípulo, seja com a tradição escrita, através de inscrições, posteriormente manuscritos até a popularização da prensa e confecções de livros, o acesso e divulgação de informações é o que impulsiona as relações sociais e o próprio avanço da humanidade.

Para os fins deste artigo, destacamos dois produtos que tiveram uma importância notável para o fomento da lógica da democracia eletrônica: os microcomputadores e a internet.

3. BREVE HISTÓRICO DOS MICROCOMPUTADORES

Considerando o enfoque jurídico do presente artigo, não se adentrará com minúcias na época pré-computação, também conhecida como era mecânica, das calculadoras primitivas até Harvard Mack II.

Dito isto, explica Marilza de Lourdes Cardi que se pode dividir a história da computação em cinco gerações.

Na primeira geração os computadores possuíam como principais características as válvulas eletrônicas, utilizando cartões perfurados como meio de armazenar informações.

Tinham curta duração, custo elevado e consumiam bastante energia, além de necessitar de instalações com ar refrigerado para dissipar o calor gerado.

Foi a II Guerra Mundial que impulsionou os avanços computacionais, merecendo destaque o aparelho alemão chamado de "Enigma", que se tratava de um decifrador de mensagens criptografadas.

O ENIAC (Eletronic Numerical Integrator and Calculator - Computador e Integrador Número Eletrônico) também revolucionou o seu tempo, sendo capaz de realizar complexas contas para criar tabelas de tiro de artilharia. Este computador foi criado pelo Governo dos Estados Unidos da América em parceria com a Universidade da Pennsylvania, por John W. Mauchley e J. Presper Eckert.

Nesta época também foi redigido o "First Draft of a Report on the EDVAC", por John Von Neuman, onde foi definido o esquema básico de funcionamento dos computadores que permanece vigente até os dias atuais, a chamada arquitetura de Von Neuman. Segundo Marilza esta foi a linha divisória entre a ENIAC e os computadores atuais.

A segunda geração, ocorrida no final da década de 50, começou a utilizar "transistor", invenção de John Bardeen, Walter Brattain e William Shockley, em 1948.

Agora não mais utilizando válvulas, os computadores desta época são caracterizados "pelo uso dos circuitos eletrônicos transistorizados, com o tempo de operação em microssegundos". Como vantagens possuíam "menor tamanho, menor consumo de eletricidade e maior durabilidade".

A diferença de tamanho, aliás, foi uma das mais significativas mudanças. Computadores de válvulas que ocupavam prédios inteiros, como o ENIAC que pesava trinta toneladas, foram substituídos por equipamentos que ocupavam o tamanho de uma estante.

Segundo a autora já citada, merecem destaque o RAMAC 305, lançado pela IBM, em 1957, dotado de memória auxiliar de discos magnéticos e possuía uma capacidade de armazenamento de cinco milhões de bits.

Em 1962 a IBM produziu o IBM 1401, considerado uma revolução das calculadoras para registro comercial. Porém, o marco desta época seria o CDX6600, lançado em 1964, capaz de realizar vários cálculos simultaneamente.

Por volta de 1960, surgem os circuitos integrados com tempo de operação interna na ordem de nanossegundos, o que significa a bilionésima parte de um segundo.

Foi nesta época que se criou o conceito de chip, circuitos integrados contendo milhares de componentes eletrônicos, resistores e capacitadores soldados microscopicamente em uma pastilha de silício. O marco desta geração foi o PDP-11.

A quarta geração caracteriza-se, por sua vez, no advento dos computadores pessoais. A utilização de circuitos integrados em escalas superiores fez com que as operações ocorressem agora em picossegundos, um trilionésimo de segundo.

Na década de 80 surge o VLSI (Very Large Scale Integration - integração em escala muito grande), fazendo com que o número de transistores integrados chegassem na faixa de milhões, tornando os computadores cada vez menores e mais potentes.

Além de gerar uma queda significativa nos preços, o tamanho reduzido tornou possível a aquisição de computadores pessoais pela população civil.

Tem-se como o primeiro microcomputador da história o Altair 8800, que veio a se tornar um padrão mundial abrindo uma nova era computacional.

Merece destaque a participação da Apple e IBM na revolução dos microcomputadores e sua popularização, que segue em avanço até hoje.

Por fim, a quinta geração seria a integração entre o hardware e o software, propiciando uma arquitetura estrutural voltada ao bom desempenho dos programas.

4. CONCEITO E BREVE HISTÓRICO DA INTERNET

De plano se faz necessário, para fins de delimitação do estudo, uma conceituação do que seria a Internet. Na lição de Carlos Tadeu Queiroz de Moraes cuida-se de

uma rede mundial de computadores ou terminais ligados entre si, que tem em comum um conjunto de protocolos e serviços, de uma forma que os usuários conectados possam usufruir de serviços de informação e comunicação de alcance mundial através de linhas telefônicas comuns, linhas de comunicação privadas, satélites e outros serviços de telecomunicações.

A internet, nos moldes conhecidos, teve como origem uma rede de computadores chamada Arpanet, oriunda da Advanced Research Project Agency (ARPA), agência criada em 1958 pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos.

Tinha “a missão de mobilizar recursos de pesquisa, particularmente do mundo universitário, com o objetivo de alcançar superioridade tecnológica militar em relação à União Soviética” e “a elaboração de um sistema de telecomunicações que garantisse que um ataque nuclear russo não interrompesse a corrente de comando dos Estados Unidos”

A Arpanet, em específico, visava estimular a pesquisa em computação interativa, fracionando tempo de computação. Em outras palavras, permitia que vários computadores somassem esforços realizando frações de determinado cálculo computacional para que se obtivesse o resultado de forma mais rápida.

Posteriormente, houve a integração da Arpanet a outras duas redes a PRNET e SATNET, fazendo emergir um novo conceito: a rede de redes. Contudo surgiram problemas de comunicação, fazendo necessária a utilização de protocolos padronizados.

Assim, através das equipes coordenadas por Vinton Cerf e Robert Kahn surgiu em 1973 o protocolo TCP, permitindo assim a interconexão e comunicação de redes diversas. Em 1978 Cerf, Postel e Crocker geraram o protocolo TCP/IP, padrão utilizado até hoje.

Em 1990, o Departamento de Defesa Americano desativou a ARPANET, sendo substituída pela rede paralela criada pela National Science Foundation (NSF). Enquanto a ARPANET possuía um viés militar, a rede recriada pela NSF voltava-se para fins acadêmicos.

Com a tecnologia da rede de computadores já de domínio público e por meio de financiamento do Departamento de Defesa, liberou-se a utilização do TCP/IP em computadores domésticos, tornando possível seu uso privado.

Foi neste ano de 1990 que se popularizou o termo internet, derivado do nome NSFNET, rede da NSF.

Também neste ano foi criada a World Wide Web (WWW), pelo inglês Tim Berners-Lee, permitindo que o acesso e acréscimo de informações fosse obtido a partir de qualquer computador conectado com a internet.

Com o decorrer dos anos, melhoria nos sistemas de telecomunicações e popularização dos computadores pessoais, a internet se tornou uma rede acessível a todos que pudessem conectar-se ao sistema.

5. WEB 2.0 – O USUÁRIO COMO CRIADOR DE CONTEÚDO

Segundo Carlos Tadeu Queiroz de Moraes, podemos dizer que a internet passou por três fases distintas, a Web 1.0, anos 90; Web 2.0, 2004, e atualmente estaríamos entrando na Web 3.0.

Em síntese, a Web 1.0 caracterizava-se como apenas um espaço de leitura. Embora o usuário pudesse navegar entre páginas não lhe era dado, no geral, muitas opções de criação de conteúdo ou interação. Ele era um espectador das informações disponibilizadas por grandes empresas ou portais.

A Web 2.0, termo cunhado por Tim O'Reilly, da empresa americana O'Reilly Media, trouxe a ideia de Web como plataforma. Percebeu-se que as empresas que sobreviveram à bolha da internet tinham alguns diferenciais em relação às demais, sendo uma das principais

características interfaces mais amigáveis e interação com usuário, colocando-o num papel mais ativo.

Assim, a Web 2.0 caracterizou-se pela disponibilidade de ferramentas que permitiam uma maior interatividade e criação de conteúdo. De mero espectador, o internauta passou a ser também criador de informação, fazendo florescer blogs pessoais, redes sociais, acervos de conhecimentos coletivos como a Wikipedia, transferência de arquivos entre usuários (Napster), entre outros.

Por fim, a Web 3.0 envolveria a mineração de dados e filtros de informações. Interpretações de preferências que ajudam a navegação, publicidade direcionada, customização de acordo com a utilização do usuário são algumas das características do movimento que está surgindo.

Destacou-se a importância da Web 2.0, pois foi por intermédio dela que ocorreu a revolução a que vamos nos dedicar neste artigo.

A interface mais amigável e a maior interatividade criaram um vínculo maior das pessoas com a internet. De apenas ambiente de pesquisa ou consulta, tornou-se parte de suas vidas diárias, como forma de manter contatos com amigos, manter compromissos profissionais e mesmo adquirir bens e serviços.

6. A POPULARIZAÇÃO DA TECNOLOGIA

Deve-se ressaltar a importância, não apenas do avanço tecnológico em si, mas do acesso da população geral a estas tecnologias.

Segundo indicadores do PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, realizadas pelo IBGE, no ano de 2012, 46,4% dos lares brasileiros possuíam ao menos um microcomputador.

Interessante observar que o Estado da Federação que possui maior percentual de microcomputadores em residências é Santa Catarina, com 68,7%.

Ainda segundo pesquisa realizada pelo PNAD, em 2011, 46,5% dos brasileiros acima de dez anos de idade tiveram acesso à internet nos últimos três meses. Em comparação com 2008, este número era de 34,7%.

Tais números podem ser explicados, entre outras causas, pela queda no preço dos computadores.

Conforme dados da Intel, fabricante de microprocessadores, o preço médio do microcomputador caiu 61% no Brasil, nos últimos dez anos. Note-se que o IPCA do mesmo período contabilizou um aumento de 81,04% no custo de vida brasileiro.

A título de exemplo, o estudo aponta que:

Enquanto em 2003 um computador com configuração básica, equipado com processador Intel Celeron de 1.3 GHz, 128 MB de memória e sistema operacional Windows XP, custava entre R\$ 1.890 a R\$ 2.300 no grande varejo, atualmente já é possível adquirir computadores modernos, com tela sensível ao toque e o novo sistema operacional Windows 8 por preços que começam a partir de R\$ 1.300,00.

É inegável, portanto, que o acesso aos computadores e à internet se trata de uma realidade cada vez palpável à maioria dos brasileiros, fazendo portanto deste ambiente o precursor da ideia de democracia eletrônica.

Não se deve também deixar de ressaltar a importância de um outro dispositivo eletrônico que aliado aos já citados tem tornado ainda mais célere e conectada a vida dos seres humanos, os *smartphones*, aparelhos celulares equivalentes a verdadeiros computadores portáteis que, com acesso à internet, tornam ainda mais instantânea e fácil a comunicação.

8. DEMOCRACIA ELETRÔNICA

Não há ainda um conceito formal sobre o que seria a democracia eletrônica; contudo, existem várias ideias sobre o impacto das tecnologias na forma de interação entre o cidadão e o Estado.

Podemos em uma breve análise dizer que os impactos mais visíveis são:

- a) Acesso a Informação;
- b) Aumento da Capacidade e Alcance de Manifestação.

Vamos fazer um pequeno exame deles, de forma individual.

9. ACESSO À INFORMAÇÃO

A *internet* trouxe a possibilidade de interação entre pessoas do mundo todo, tornando-se não apenas um meio de comunicação, mas também um repositório de conhecimento, como websites, Wikipedia, entre outros.

Tornou possível que uma pessoa, de sua casa, possa ter acesso a vários tipos de informação que outrora sequer sabia exatamente onde procurar. Em se tratando de informações referente ao Estado, aliás, havia toda uma burocracia e ritualística para obtê-las.

Citando exemplos do cotidiano, podemos dizer sobre o elemento básico de um Governo Organizado: a legislação.

Há não muito tempo, seu acesso ocorria por códigos físicos, as inovações legislativas dependiam da consulta ao Diário Oficial da União, ou seja, era necessário que fisicamente se obtivesse tal documento, conhecido por ter inúmeras páginas, devendo o interessado não apenas folheá-lo, mas ter um conhecimento de como achar as informações que desejava obter.

Em outras palavras, aos estrangeiros do mundo jurídico e do Corpo Estatal, o Diário Oficial da União era como um livro de liturgias antigas, seus segredos eram inacessíveis aos não iniciados no sistema.

Atualmente, embora ainda exista o meio físico, uma fonte confiável de consulta à legislação é o portal da legislação, website criado e mantido pelo próprio Estado, *lato sensu*, onde é possível ter acesso instantâneo, através de um dispositivo ligado à internet, a qualquer legislação vigente no país. E não só. Este portal traz indexações importantes, como informações a respeito de legislações ou dispositivos revogados, mostra em destaque alterações legislativas, entre outros benefícios.

Portanto, o até então verdadeiro trabalho editorial de exame e condensação destas informações em Códigos organizados e *Vade Mecum*, cujo acesso ao cidadão comum era dificultado pelos seus preços e novamente, o desconhecimento de como manuseá-los, tornou-se não a única opção existente, mas sim mais uma opção.

Não se desconhece que os termos jurídicos e linguagem legislativa continuam ainda inacessíveis à maioria da população, ou seja, o *juridiquês* ainda parece uma língua estrangeira a quem não tem familiaridade com o Direito.

Mas é inegável que a facilidade trazida por este meio tornou possível a qualquer um, com um pouco de força de vontade, aprender mais sobre seus Direitos, critério fundamental para uma democracia em que seus cidadãos estão conscientes de seus direitos e deveres.

Em síntese, atualmente, aquele interessado em conhecer um pouco mais sobre seus direitos, a legislação de seu país, pode de casa, sem necessitar adquirir qualquer objeto físico que contenha a lei, verificar seu conteúdo, e mais, ficar “a salvo” de ter acesso a leis desatualizadas. Tudo por meio de alguns cliques, tudo em questão de poucos minutos.

No âmbito do Estado não foi só a legislação, como informação, que se tornou mais acessível, mas praticamente todos os atos estatais.

A título de exemplo, um cidadão que tem dúvidas a respeito de como obter uma carteira de habilitação, até pouco tempo atrás teria que entrar em contato com uma auto-escola, ou ir até o CIRETRAN de sua cidade, pegar uma fila, falar com um atendente que lhe daria uma listagem de documentos ou então telefonar para receber estas informações.

Hoje, o Detran de Santa Catarina, por exemplo, traz em seu portal, em linguagem clara e acessível, todos os documentos necessários, o procedimento e os valores. E este conteúdo está lá, vinte e quatro horas por dia.

O cidadão ganha tempo, pode ir ao órgão apenas uma vez, já munido da documentação necessária, evitando-se o até então típico translado de obter a informação, buscar a documentação e retornar para praticar o ato em si.

Outra ferramenta Estatal importante, o Diário da Justiça, o qual necessitava ser consultado fisicamente, percorrendo-se incontáveis páginas até se obter a informação almejada, correndo-se o risco de por um pequeno lapso de atenção passar-lhe por ela, atualmente é passível de consulta *online*, com sistemas de busca que filtram, procurando e localizando em segundos a exata palavra que se procura, como por exemplo, o nome de um advogado ou seu número de registro na OAB.

Consultas à jurisprudência, que antigamente eram realizadas em tomos, por índices, exigindo uma verdadeira habilidade de pesquisa ao usuário, atualmente, ao menos em Santa Catarina, foram substituídas por sistemas automatizados onde a busca se dá por palavras e pode-se ter acesso ao inteiro teor de acórdãos em segundos.

Sessões do STF são televisionadas, ao vivo, sendo possível acompanhar os julgamentos a distância. Exemplos não faltam.

Praticamente todos os órgãos estatais atualmente possuem websites com uma informação mínima aos cidadãos de como funciona, para que serve, qual sua finalidade constitucional e legal.

É inegável o efeito, portanto, que estas tecnologias têm sobre a ideia de democracia. Conforme analisado, esta evoluiu de destinada a uma parcela da população para uma visão mais generalista, ampliando-se o conceito de cidadão. Os mecanismos de funcionamento do Estado, até então propositalmente obscuros e confusos, como forma de segregação da massa, vem sendo trocados por uma noção mais depurada de democracia.

E para que se possa falar efetivamente em participação e influência dos cidadãos no Estado é necessário que entendam como este funciona, quais são seus limites, seus direitos e seus deveres. Eles precisam ter acesso a esta informação, que se encontra cada vez mais massificada, mais acessível, através das tecnologias.

Legislações como a Lei da Transparência tornam este acesso ainda mais amplo, tornando a publicidade constitucional uma realidade factível.

Não é necessário que o cidadão se dirija até determinado órgão, protocole um requerimento de informações, por um procedimento incerto e variado para talvez obter o que precisa. Com alguns cliques é alcance o fim almejado. Em suma, portanto, temos um caminho que se retroalimenta.

O Estado, em cumprimento aos comandos constitucionais, está tornando cada vez mais fáceis e acessíveis as informações relevantes a si e seus atos, trazendo um novo paradigma à publicidade. Por consequência os cidadãos possuem mais elementos para conseguir influenciar, pela democracia, os rumos que o Estado vem tomando.

Contudo, as tecnologias não apenas trouxeram informações no sentido Estado – Cidadão, mas também o viés de comunicação Cidadão – Cidadão trouxe um importante marco para ampliação da noção de democracia eletrônica.

10. AUMENTO DA CAPACIDADE E ALCANCE DE MANIFESTAÇÃO

Atualmente existem diversas ferramentas que possibilitam a um usuário comum expressar suas opiniões: redes sociais (Facebook, Twitter etc.), blogs, comunicadores (What's App, Facebook Messenger), ou mesmo páginas pessoais.

Antes a comunicação era restrita ao círculo de amigos e conhecidos próximos, ou seja, para passar ou receber uma mensagem era necessária uma interação física ou limitada como a do telefone (poucos interlocutores). Hoje com alguns cliques é possível a um usuário do Facebook, por exemplo, divulgar qualquer informação não só a seus círculos de usuários amigos como também a qualquer um que acessou o seu perfil. Não só isso, é possível que outras pessoas repliquem essa informação, no caso do Facebook, por compartilhamento, o que pode gerar milhares de visualizações.

Pelo Google Trends, serviço do Google que monitora os termos pesquisados, podemos observar que em 11/08/2014 o nome do ator Robin Willians, falecido naquela data, foi pesquisado mais de um milhão de vezes apenas no Brasil. A velocidade da informação é incontestável, portanto.

As tecnologias já citadas permitiram que a divulgação de informações, até então restrita aos meios de comunicação tradicionais e grandes corporações (televisões, jornais), pudesse ser realizada por qualquer usuário. Foi dada visibilidade e ampliação ao poder de comunicação. Isso é chave quando falamos de democracia.

Não só o Estado encontra-se mais transparente e acessível ao cidadão médio, mas também as opiniões, críticas e informações de outros cidadãos também estão facilmente à vista de todos. Os efeitos disso são relevantes. Em um primeiro momento podemos citar os debates que costumeiramente acontecem em notícias relacionadas a determinados temas, como política, onde pessoas que sequer teriam contato no meio físico travam verdadeiras batalhas argumentativas para demonstrar suas ideias e pontos de vistas.

Um exemplo muito claro de manifestação democrática nas redes sociais foi a respeitante ao aumento das tarifas nos transportes públicos, que ocorreu no Brasil em meados de junho de 2013, ocasionando a abertura de diversos outros debates acerca de múltiplos assuntos da política e sociedade brasileiras.

Iniciando-se de modo modesto, através de grupos criados em redes sociais, os protestos tiveram grande repercussão por causa dessas tecnologias.

Note-se, pela rede social, ou seja, por meio de um computador com um acesso à internet, foi possível organizar uma manifestação que reuniu milhares de pessoas.

A violência deflagrada contra os protestantes gerou um conflito de informações. De um lado a mídia tradicional fazia uma cobertura, enquanto de outro os próprios manifestantes realizavam postagens contando as suas versões dos fatos. *Smartphones* possibilitaram a captação de fotos ou a gravação de vídeos e serviços de *streaming* permitiam que em tempo real qualquer pessoa no mundo pudesse acompanhar os acontecimentos.

O impacto, portanto, que um cidadão usuário destas tecnológicas pode provocar em todos os outros pela rede é inegável, levando as discussões a respeito dos assuntos de interesse social e Estatal a um novo patamar. Além disso, reitera-se, mesmo a forma de contato com o Estado pode ser virtual, a exemplo da solicitação de emissão de passaporte à Polícia Federal. Em Santa Catarina é possível registrar determinados tipos de ocorrência policial por uma Delegacia Virtual.

O projeto de Implantação do SAJ5, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, torna possível a uma parte ter acesso integral a todas as peças processuais pelo computador.

O que antes demandava à parte ter que se locomover até os balcões do cartório da Vara, ser atendido por um servidor que iria localizar o processo e lhe ceder para vista no local, hoje pode ser realizado, nos autos que são inteiramente virtuais, de qualquer lugar em que se tenham os dispositivos que acessam a internet, sem limite de horário.

Portanto, não só as relações sociais entre as pessoas estão se alterando, mas também as formas de relacionamento com organizações estatais e extra-estatais.

11. UM VISLUMBRE DO FUTURO

O principal impacto, no entender dos articulistas, é a disponibilidade de informação que as novas tecnologias trouxeram, tornando assim possível a qualquer um compreender os mecanismos do Estado, com facilidade, e assim deliberar melhor sobre a forma de escolher seus governantes, exigir providências, entre outras formas de exercício democrático.

Movimentos como os abaixo-assinados virtuais demonstram que o ambiente virtual tornou possível saber a opinião dos cidadãos quase em tempo real. Em consulta ao site

Avaaz, nos abaixo-assinados recentes, em 13/08/2014, verificou-se um a ser encaminhado ao STF com os seguintes dizeres:

Como cidadãos preocupados com o futuro das eleições de nosso país, pedimos a V. Exas que anulem a decisão de tirar o poder do Ministério Público de iniciar investigações sobre crimes eleitorais sem prévia autorização judicial. Enfraquecer quem tem o poder de investigar é um erro e a sociedade já mostrou que quer investigações independentes, rápidas e eficazes, e não medidas como essa, que aumentam a lentidão e a burocracia. Assim garantiremos eleições limpas e justas em 2014.

Tal abaixo-assinado, criado em 23/03/2014, já conta com 105.230 assinaturas. Consultou-se o site às 00:10h. Verificou-se que a última assinatura nesta época tinha ocorrido havia vinte e seis minutos.

A tecnologia, logo, traz uma possibilidade de se repensar a democracia representativa ou indireta, permitindo que discussões relevantes sejam colocadas à consulta direta dos cidadãos. A propósito, o Brasil já adota a tecnologia para auxiliar na computação e apuração de votos através da urna eletrônica.

Novas tecnologias como o certificado digital possibilitam que votações sejam efetuadas por qualquer um, de suas casas, facilitando a adesão e ampliando a realização de plebiscitos e referendos.

Contatos diretos com representantes podem hoje ser feitos por e-mail e também com vídeo e áudio pela internet, viabilizando, por exemplo, uma audiência entre o cidadão e um representante para expressar determinada opinião.

Os resultados de votações no Congresso são conhecidos em tempo real, podendo-se realizar cobranças durante as próprias deliberações legislativas. Em outras palavras, em certos assuntos, a sessão é televisionada e é possível a determinado candidato ter acesso por redes sociais à opinião de seus eleitores sobre qual seria a melhor diretriz a adotar. As aplicações são, portanto, praticamente infinitas, limitadas tão somente à própria criatividade.

12. PROBLEMAS POTENCIAIS

As mesmas tecnologias que podem servir como instrumento para desempenho de uma forma nova de exercer a democracia também possuem um aspecto perverso.

Com a facilidade de se criar e disseminar informações e não só isso, a necessidade de que estas sejam espalhadas com a maior rapidez possível, também muitos equívocos vem acontecendo.

Muitas divulgações contendo informações falsas, ao invés de instruir e auxiliar a tomada de decisões, muitas vezes maculam a vontade, transmutando o que era para ser benéfico em um mal.

A confiabilidade dos meios de comunicação encontra-se comprometida, pois histórias de repercussão vem se mostrando cada vez mais multifacetadas, sem que se consiga ao certo identificar qual a versão correta. Notícias propositalmente falsas são espalhadas e muitos veículos de comunicação respeitáveis, nesta pluralidade de informações, acabam por tomá-las como verdadeiras e auxiliar a lhes dar credibilidade.

Programas e aplicativos podem simular usuários, criando uma torrente de compartilhamentos ou assinaturas falsas em abaixo-assinados, o que pode colocar em xeque a fidedignidade de votações virtuais.

Desse modo, embora a tecnologia, de modo geral, tenha possibilitado ao cidadão médio ter acesso a uma nova perspectiva sobre a democracia, a sua má utilização vem exigindo a formação de um novo senso crítico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O impacto do microcomputador e da internet na sociedade humana mudou a forma de pensar o mundo. Apesar de em um primeiro momento o reflexo tenha sido principalmente no campo interpessoal, no relacionamento humano, não tardou a espalhar-se ao relacionamento com instituições.

O facilitado acesso a informações tornou possível ao cidadão passar a conhecer seus direitos, saber seus deveres e ter acesso aos atos de seus representantes e agentes estatais praticamente em tempo real, criando uma nova perspectiva sobre como exercer a democracia. O que muitas vezes se limitava à escolha de representantes com base em uma propaganda política, hoje toma novos contornos.

É simples, como se viu, acessar as informações de cada representante legislativo; acompanhar deliberações do Congresso e ter acesso a atos administrativos, tudo sem sair de casa.

Discussões são travadas e fomentadas, elevando o nível do discurso e fazendo com que soluções sejam pensadas e novos problemas percebidos.

Em que pese não possamos traçar com certeza, neste momento, dada a proximidade do evento, quais foram todos os impactos da tecnologia na forma de viver a democracia, não podemos negar que eles existem. Sem dúvida a tecnologia revolucionará a forma de vivenciar a experiência democrática, algo que daqui a alguns anos poderemos melhor avaliar.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, José Maria Fernandes de. **Breve História da Internet**. Disponível em Museu Virtual de Informática - <http://www.dsi.uminho.pt/museuv/>. Acessado em 10/06/2014.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. 4.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**: Reflexões sobre a Internet, os negócios e a Sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

CARDI, Marilza de Lourdes. **Evolução da Computação no Brasil e sua Relação com Fatos Internacionais**. 2002. 273 páginas. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Tecnológico. Programa de Pós-Graduação em Ciência da Computação. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/84366>>. Acesso em 31/07/2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Civilização Capitalista**: para compreender o mundo em que vivemos. São Paulo: Saraiva, 2013.

Equipe Intel Brasil. **Computadores ficaram 61% mais baratos nos últimos 10 anos**. 14/06/2013. Disponível em <<http://newsroom.intel.com/docs/DOC-3946>>. Acesso em 31/07/2014.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio** - Acesso à Internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2011 . Tabelas Coeficiente 1.2.3.b. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Acesso_a_internet_e_posse_celular/2011/tabelas_xls/tab1023.zip>. Acesso em 31/07/2014.

MORAIS, Carlos Tadeu Queiroz de. **Conceitos sobre Internet e Web**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2012 – pág. 42. Disponível também em <<http://www.ufrgs.br/sead/publicacoes/documentos/livro-conceito-internet-e-web>>. Acesso em 11/06/2014.

O'REILLY, Tim. **What is Web 2.0**. 2005. Disponível em <<http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html>> Acessado em 11/06/2014.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: CRISE OU MUDANÇA DE PARADIGMA?

Barbara Guasque¹

Salustino David dos Santos Andrade²

INTRODUÇÃO

Tem se, atualmente, a ideia amplamente difundida de que a democracia representativa encontra-se em crise sob o pálio do divórcio existente entre os representantes e os anseios e necessidades dos representados. Referido modelo democrático deixou de servir a Sociedade para o qual foi concebido para passar a atender os interesses econômicos instalados nos Estados.

No entanto, afirmar que um modelo não mais se presta para o atual contexto social e institucional não significa dizer que esse esteja em crise. O presente estudo pretende trazer à calva algumas premissas aptas a demonstrar a incompatibilidade do termo “crise” à uma representatividade que não comporta essa constatação.

Por certo que a democracia segue como a única e a melhor forma de proporcionar uma gestão capaz e eficaz do Estado que possa transmitir confiança aos cidadãos. Moses I. Finley³ argumenta que “[...] a democracia é a melhor forma de governo, a mais conhecida e a melhor que se possa imaginar” e que “os princípios que tradicionalmente a justificaram, na prática, não estão funcionando” e “caso queiramos que a democracia sobreviva não podemos permitir que funcione desta forma.”

Entretanto, ante a imprestabilidade do modelo atual no contexto hodierno é imperioso a introdução de mudanças com o fito de adaptar a democracia às demandas que são apresentadas à Sociedade e ao Estado. E esta mudança passa por um novo paradigma democrático que contemple uma maior e efetiva participação popular - uma democracia participativa.

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí com bolsa PROSUP da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2011/2013). Pós-Graduada em Direito Ambiental pela Universidade Positivo - UP (2009). Advogada graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2003).

² Mestre em Assessoria Jurídica de Empresas pela Universidade Politécnica de Madrid. Doutorando em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Bolsista CAPES.

³ FINLEY, Moses I. **Democracia Antiga e Moderna**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. p. 22.

1. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: ORIGENS HISTÓRICAS

Atribui-se o nascimento da democracia à Grécia antiga, mais especificamente o período compreendido entre os séculos VI e IV A.C.

A democracia protagonizada pelos Gregos podia ser interpretada literalmente como o poder do povo, do *demos*, a despeito de muitas pessoas serem excluídas das decisões políticas e do exercício da cidadania, a exemplo dos escravos, das mulheres e dos estrangeiros.

Bobbio elucidava que:

Para os antigos a imagem da democracia era completamente diferente: falando de democracia eles pensavam em uma praça ou então em uma assembleia na qual os cidadãos eram chamados a tomar eles mesmos as decisões que lhe diziam respeito. “Democracia” significava o que a palavra designa literalmente: poder do *demos* e não, como hoje, poder dos representantes do *demos*.⁴

As decisões eram tomadas diretamente pelos próprios cidadãos, sem quaisquer intermediários, o que era alvo de inúmeras críticas, conforme elucidava Bobbio, exatamente em razão de sua natureza de poder dirigido pelo povo ou pela massa, ao qual foram habitualmente atribuídos os piores vícios da licenciosidade, do desregramento, da ignorância, da incompetência, da insensatez, da agressividade, da intolerância.

O sufrágio universal, pelo qual exsurgiu a soberania do povo, só foi posto em prática a partir do século XIX, todavia, é inegável a contribuição grega para a ideia de que todos devem participar das decisões políticas.

Já a ideia de representação, Hanna Pitkin elucidava que os glosadores da antiga Roma propagavam a ideia de que o príncipe ou o imperador atuavam pelo povo romano, em seu lugar, cuidado do seu bem estar. No entanto não era a utilizada a palavra “representação”. A autora narra que: “até o século XVI não se encontra um exemplo de “representar” com o significado de “tomar ou ocupar o lugar de outra pessoa, substituir”; e até 1595 não há um exemplo de representar como “atuar para como seu agente autorizado ou deputado””.⁵

A palavra representação passou gradualmente a ser utilizada em conexão com duas outras tradições de pensamento: de que todos os homens estão presentes no Parlamento vez que este, considerado um tribunal e não uma agência legislativa, tinha o consentimento

⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997. p. 362.

⁵ PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a03n67.pdf>>. Acesso em 20. set. 2013.

e a participação de todos os contribuintes; e de que o governante simboliza ou encarna o país como um todo, assim como a Igreja está encarnada em Cristo ou no Papa, depois Dele.⁶

Pitkin explica que um bom exemplo do nível que estas ideias tornaram no século XIV é o livro *De republica Anglorum*, de Sir Thomas Smith. A obra contempla uma das primeiras aplicações conhecidas da palavra inglesa “*represent*” ao Parlamento, utilizada ao escrever que: “o Parlamento da Inglaterra, que representa e tem o poder de todo o reino, tanto a cabeça quanto o corpo. Pois, entende-se que todo inglês está presente ali, seja em pessoa, seja por procuração ou por meio de delegados (...) e o consentimento do Parlamento é considerado como o consentimento de todos os homens”.⁷

Em 1651, na obra *O Leviatã*, Hobbes traz o primeiro exame da ideia de representação na teoria política, onde o soberano figura como o representante do povo mediante um pacto social.

No século 18, James Madison e Emmanuel Sieyès atuaram decisivamente na defesa do instituto da representação, introduzindo-o como superior e distinto à democracia.

Para Madison, “a eleição de poucos governantes, cuja sabedoria, patriotismo e amor à justiça podem melhor discernir o interesse público e universal dos interesses parciais e temporários, institui um mecanismo de mediação necessário para ampliar e refinar as visões públicas em questão”⁸.

Seguindo esta mesma linha, Emmanuel Sieyès afirma a superioridade dos governos representativos sobre a democracia e defende a representação como uma característica central e inerente a todas as nações modernas. Sieyès defende que a todos os cidadãos pertence o direito de produzir as leis, uma vez que todos serão obrigados a cumpri-las, e salienta a existência de duas formas para o exercício deste direito: a mediata através da representação, e a imediata, por meio da participação direta do cidadão. Embora Sieyès considere a forma imediata como a “verdadeira democracia”, defende que, visando o bem comum, faz-se necessário a nomeação de representantes mais capazes e preparados que os próprios cidadãos.

⁶ PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias.

⁷ PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias.

⁸ MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. Representação política e participação: reflexões sobre o déficit democrático. *Katál*, Florianópolis, v. 10, n. 2, p. 143-153, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v10n2/a02v10n2.pdf>>. Acesso em: 20. mar. 2013.

Montesquieu também defendia a eleição de representantes escolhidos pelo povo, uma vez que não acreditava na capacidade dos cidadãos em conduzir diretamente os negócios públicos, de conhecer as leis e as oportunidades. Para ele, a vantagem da representação estava exatamente “no exercício da gestão pública por homens capazes e preparados para tanto”⁹

Outra questão levantada em *O Federalista*, escrito por Hamilton, Madison e Jay, na defesa do instituto da representação, era a existência de algo maior e mais objetivo, “o bem público”. Para eles: “A representação é superior à democracia direta precisamente porque pode assegurar o bem público sem a distração de vários interesses particulares conflitantes, ou “facções””. Os autores afirmam que a representação funcionaria como uma espécie de filtro que refinaria os anseios populares passando por um corpo de cidadãos eleitos, sábios e aptos a “discernir melhor os verdadeiros interesses de seu país, e cujo patriotismo e amor pela justiça serão menos suscetíveis a sacrificá-la em nome de considerações temporárias ou parciais”.¹⁰

No entanto, Pitkin elucida que Madison não tinha muita convicção do preparo e esclarecimento dos que estarão no comando, atribuindo maior certeza ao defender o instituto por tornar possível uma república grande. Numa república grande, os interesses serão múltiplos e diversos; portanto, será menos provável a combinação de interesses para uma efetiva ação facciosa.

A defesa de referidos autores da forma representativa não advém somente da inviabilidade da democracia em sua forma direta para os governos modernos, mas porque acreditavam que a forma representativa, de fato, seria a mais apropriada para a condução da coisa pública, quer na interpretação do bem comum ou na garantia dos direitos individuais.

Já Rousseau contrapunha-se veementemente à ideia de representação, defendendo que a participação direta dos cidadãos na elaboração das leis era de rigor. Para Rousseau só há liberdade quando as pessoas se autogovernam e que os cidadãos só estariam legitimamente obrigados a cumprir as leis que eles próprios ratificaram, atuando diretamente.

⁹ MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. Representação política e participação: reflexões sobre o déficit democrático.

¹⁰ PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias.

Cruz e Bodnar definem o pensamento de Rousseau acerca da Democracia Representativa, para o qual: “consistiria, essencialmente, na vontade geral, e a vontade geral não se representa para nada. É ela mesma ou é outra. Não tem meio termo. Os deputados do povo não são nem podem ser seus representantes, pois são apenas seus comissários. Nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo, pessoalmente, não tenha ratificado, é nula.”¹¹.

No entanto, a despeito das ideias de Rousseau, o instituto da representação acabou se firmando na modernidade, e as ideias de Rousseau foram veementemente rechaçadas pelos estudiosos posteriores, vez que para todos os entusiastas da democracia, a representação exsurtiu como sua forma possível e moderna.

Insta trazer à calva que, embora filósofos liberais dos séculos XVII e XVIII, a exemplo de John Locke, já pregassem que o direto ao poder só poderia advir de um mandato popular, da mesma forma que acontecia na antiga Grécia, a representação popular era elitista. O voto era censitário, ou seja, dependia do pagamento de um imposto para se adquirir a condição de eleitor. Portanto, uma vez mais, a maioria da população estava excluída do processo de escolha de seus governantes, o qual estava adstrito aos possuidores de renda e propriedades. Por isso que Mendes defende que nos séculos XVII e XVIII não se estabeleceram democracias representativas, mas governos representativos. No entanto, a despeito de ter sido concebida como contraposta à democracia, a defesa de governos representativos reintroduziu premissas democráticas fundamentais, como a existência de um governo das leis, a igualdade perante a lei, o princípio da publicidade e a participação no poder. Em consonância com a ideia moderna de indivíduo, calcada na percepção deste como um ente anterior ao Estado e dotado de direitos inalienáveis, tais premissas contribuíram para a consolidação da ideia de um Estado de Direito.

Apenas no século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial foi que o instituto da representação foi incorporado aos preceitos democráticos, estabelecendo as democracias representativas.

Bobbio, em sua obra intitulada *O Futuro da Democracia*, define que: “[...] democracia representativa significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que

¹¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajai: Univali, 2012. p. 87.

dela fazem parte mas por pessoas eleitas para esta finalidade.”¹².

Acrescenta ainda, que é essencial no instituto da democracia representativa que o direito de participação seja garantido a um número elevado de cidadãos; a existência de regramento procedimental; e que seja garantido a possibilidade de escolhas, numa referência à atribuição de peso igual ao voto de cada cidadão sem a existência de quaisquer distinções econômicas, sociais, étnicas ou religiosas.

A Constituição Federal de 1988, ao afirmar em seu artigo 1º, parágrafo único, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”, consagrou o princípio da democracia semidireta ou representativa em nosso país.

2. A PROPALADA CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Aduz-se rotineiramente que sociedade hodierna está presenciando uma crise profunda não deste ou daquele governo, mas da própria Democracia representativa em todas as suas formas. As instituições democráticas caíram no descrédito da população por não corresponderem, sequer minimamente, aos anseios sociais dos cidadãos representados.

Bobbio demonstra que o modelo clássico de democracia representativa, conforme a sua formulação inicial, distancia-se consideravelmente do vivenciada nos dias atuais. A concepção inicial do instituto apresenta-se antiquado perante a complexidade da sociedade atual. Exatamente por este motivo é que está em voga falar-se em crise da democracia representativa, uma vez que o instituto encontra-se incapacitada a lidar com o atual contexto social e global. Não se trata de uma crise pontual, mas multifacetada, destacando-se dentre os fatores motivadores de referida crise os seguintes:

2.1. Burocratização do aparelho Estatal

Tendo em vista a ineficiência demonstrada pela mão invisível de Adam Smith e, portanto, do liberalismo, surgiu, entre 1950 e 1960, um novo paradigma estatal denominado de Estado de bem-estar, pautado pela intervenção maciça do Estado, nomeadamente na econômica e na promoção de direitos sociais. Contudo, a intervenção direta e volumosa do Estado gerou estagnação, inflação, altíssima carga tributária em decorrência da necessidade

¹² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.**

de o Estado desenvolver políticas sociais, além de uma administração excessivamente burocrática e ineficaz.

Boaventura, em sua obra *Democratizar a Democracia: os caminhos*, explica que quanto mais o Estado se comprometia e, conseqüentemente, se expandia, mais burocrático se tornava, afirmando que à medida que os países foram se democratizando, da mesma forma foram se tornando mais burocráticos. Para este autor, no antigo modelo do *Welfare State*, o cidadão abria mão do controle sobre as atividades públicas em favor da burocracia.¹³

Esta burocratização propõe que o poder seja exercido por àquele dotado de capacidade técnica e especializada em detrimento da participação dos cidadãos e, portanto, dos preceitos democráticos.

O constituinte brasileiro de 1988, uma vez mais desatento aos acontecimentos mundiais, acabou por consagrar um legítimo Estado de Bem-Estar na Carta Magna de 1988 e, a despeito das reformas da Administração Pública aplicadas a partir de 1995, o Estado brasileiro não conseguiu deixar se livrar da pecha da burocratização excessiva e o conseqüente baixo rendimento. O Estado toma para si a obrigação de realizar os anseios da sociedade, que por sua vez é uma fonte inesgotável de demandas, o que acaba por gerar ineficiência estatal e uma crise de governabilidade.

Segundo Nogueira:

[...] é fato que a sociedade contemporânea se situa num momento histórico de grandes transformações, cuja sua representação política ainda mal conseguiu compreender a complexidade da situação, quanto mais oferecer respostas de governo para tais problemas. Exemplos como a financeirização do capital, a mundialização da economia, a revolução tecnológica e dilemas da globalização e a independência dos Estados são amostras do grau de dificuldade com que os representantes da república são obrigados a lidar, sem o devido sucesso esperado¹⁴.

2.2. Crise da soberania

A soberania tida como o pilar que sustenta toda a estruturação e funcionamento de um Estado está, atualmente, como jamais em toda a história, em crise, em virtude da globalização e a conseqüente internacionalização da economia.

¹³ SANTOS *apud* ROMAGNOLI, Alexandre J.; MELO, Martiniano Borges. Os problemas da democracia representativa: a crise do representado. *Húmus*, São Luís, n. 3, p. 112-124, set./dez. 2011. Disponível em <<http://humus.pro.br/20113113125.pdf>>. Acesso em: 15. set. 2013.

¹⁴ NOGUEIRA *apud* ROMAGNOLI, Alexandre J.; MELO, Martiniano Borges. Os problemas da democracia representativa: a crise do representado.

Não faltam alertas a demonstrar que os grandes conglomerados econômicos, as grandes corporações dominam não somente o meio econômico, como apoderaram-se, também, do poder político.

Esta realidade “coloca em xeque os limites territoriais e simbólicos do Estado-Nação”¹⁵.

Cruz qualifica o atual domínio exercido pelas empresas transnacionais como uma nova política, por ele denominada de “parapolítica”. Essa atividade “parapolítica”, gerada a partir dos centros financeiros, está permitindo que as corporações transnacionais ocupem, de forma imperceptível, sem revolução, sem mudanças na lei nem nas constituições, através do simples desenvolvimento da vida cotidiana, os centros materiais vitais da Sociedade.¹⁶

Boron qualifica estas grandes corporações como “os novos leviatãs” e salienta que:

A realidade é que nossos estados são muito mais dependentes hoje do que antes, oprimidos como estão por uma dívida externa que não para de crescer e por uma “comunidade financeira internacional” que na prática os despoja de sua soberania ao ditar as políticas econômicas docilmente implantadas pelos governos da região¹⁷.

Como bem elucida Nogueira, o fato é que do Leviatã de Hobbes ao Contrato Social de Rousseau, passando pelo Estado Constitucional de Locke e chegando ao governo representativo de Stuart Mill, a questão da democracia sempre esteve vinculada ao Estado nacional, ao território, sendo, portanto, inevitável que a democracia em seus diferentes modelos, tenha sofrido alterações e mudança de paradigma com a “desterritorialização” do mundo promovida pelo capitalismo.¹⁸

2.3. Exclusão Social

O autor Paulo Márcio Cruz, em artigo intitulado *Democracia e Pós Modernidade*, utiliza-se da expressão “Reação em cadeia da exclusão” para definir e englobar todas as formas de exclusão: “que se materializa pela exclusão econômico/financeira e até pela exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos, etc.), passando pela

¹⁵ ROMAGNOLI, Alexandre J.; MELO, Martiniano Borges. Os problemas da democracia representativa: a crise do representado.

¹⁶ CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e Pós Modernidade. **Anais do XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/campos/paulo_marcio_cruz.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013.

¹⁷ BORON, Atílio. Os novos leviatãs e a polis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: GENTILI, Pablo; SADER, Emir (Org.). **Pós neoliberalismo II: que Estado para que democracia?** Petrópolis: Paz e Terra, 1999.

¹⁸ NOGUEIRA *apud* ROMAGNOLI, Alexandre J.; MELO, Martiniano Borges. Os problemas da democracia representativa: a crise do representado.

exclusão social, cultural e política”. Para o autor, a exclusão social não se refere somente à pobreza ou a marginalização, mas a todos estes tipo supra referidos de exclusões, as quais impedem que um Estado possa ser denominado de democrático.¹⁹

É praticamente uma unanimidade dentre os estudiosos ao longo da história que não é possível a existência de uma democracia real em um quadro de desigualdades sociais. Essa premissa, aliás, foi a base dos estudos protagonizados por Tocqueville ao relatar o clássico *A Democracia na América* – a igualdade de condições e oportunidades como garantia de que dispõe o indivíduo a fim de constituir-se livremente como cidadão em toda a sua potencialidade²⁰. Nessa esteira Boron corrobora:

[...] um dos requisitos mais importantes da democracia é a existência de um grau bastante avançado de igualdade social. Nenhum teórico da democracia se enganou tanto de modo a sustentar que esta só poderia funcionar depois de eliminadas todas as diferenças de classe. Mas todos sem exceção - qualquer que fosse sua orientação e as simpatias que despertasse neles este regime político, desde Platão até Marx, passando por Maquiavel, Hegel e Tocqueville - coincidiram num prognóstico: a democracia não pode sustentar-se sobre sociedades assinaladas pela desigualdade e a exclusão social. Para que o regime democrático funcione é preciso haver sociedades bastante igualitárias, e a igualdade, como lembrava o próprio Adam Smith, devia ser de condições e não só de oportunidades²¹.

Resume bem Arnaldo Miglino ao dispor que:

[...] a Democracia não poder mais ser uma forma de proceder. Ela é, acima de tudo, um valor que pressupõe a aplicação de outros princípios, como o da liberdade de expressão e opinião, liberdade de obtenção de informação imparcial e correta e publicidade dos fatos que se referem à esfera pública. Considerando que um dos momentos fundamentais da democracia é a escolha dos governantes, seria impossível, de maneira eficaz, que o povo possa fazer uma escolha do gênero sem gozar da liberdade intelectual e sem poder dispor de informações sobre a realidade²².

Considerando que o Brasil detém um dos maiores índices de desigualdade social do mundo²³, é de fácil percepção que esta problemática fere de morte a democracia nacional. Estamos entre as sociedades mais desiguais do mundo. Sem alcançar a almejada erradicação da pobreza e da marginalização social é impossível fazer funcionar regularmente o regime democrático.

Todos estes fatores, aliados à corrupção política e à inércia da população criam máculas na moderna concepção de democracia que acabam comprometendo a sua eficácia

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e Pós Modernidade.

²⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**: Leis e Costumes de Certas Leis e Certos Costumes Políticos que Foram Naturalmente Sugeridos aos Americanos por seu Estado Social Democrático. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²¹ BORON, Atílio. Os novos leviatãs e a polis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: GENTILI, Pablo; SADER, Emir (Org.). **Pós neoliberalismo II**: que Estado para que democracia?.

²² CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e Pós Modernidade.

²³ SÃO 28 milhões de pessoas ou 15,32% dos brasileiros considerados miseráveis. **Portal de Microfinanzas**. Disponível em: <<http://www.portalmicrofinanzas.org/p/site/s//template.rc/1.1.11033>>.

e, principalmente, a sua legitimidade.

O resultado desta somatória, nas palavras de Boron, é uma democracia carcomida pela polarização social, pela crise e/ou dissolução institucional, pela corrupção política, pela indiferença governamental diante das necessidades da sociedade civil e o consequente desencantamento da cidadania.²⁴

2.4 Democracia como procedimento

Em que pese o mundo globalizado e a heterogeneidade da sociedade tenham relegado a democracia a mero procedimento, expressão utilizada por Cruz, é certo que, no que concerne ao Brasil, soma-se a referidos fatores, a falência (no sentido de descrédito, ineficiência) de nossas instituições democráticas e representativas. Os representantes eleitos exercem um mandato

[...] livre ou independente de seus representados, no duplo sentido de não estar vinculado ao mandato destes nem sujeitos, salvo algumas raras exceções, à possibilidade de serem revogados ou substituídos em qualquer momento que os representados o decidam. O mandato é quase intocável, salvo casos excepcionais, dentro da lógica do Estado Constitucional Moderno²⁵.

O autor em referência aduz que a democracia representativa hodierna transformou-se em uma democracia parlamentar, em apenas um procedimento em vez de um valor apto a representar as expectativas atuais; que as atuais sociedades complexas, heterogêneas e com tamanha discrepância social, são produtoras de grande número de demandas sociais e das mais variadas, o que culmina em uma representação essencialmente genérica além da adoção da figura do representante fiduciário – sem caráter revogável.²⁶

Ainda somos detentores de uma sociedade inerte e desorganizada o que favorece a prevalência dos interesses corporativos. A representação política não se presta para resolver as carências e necessidades da ampla maioria da população. Os legisladores têm seu protagonismo limitado à troca de emendas parlamentares aptas a garantirem a reeleição, pela aprovação de projetos de lei de interesse do executivo. O Executivo e o Legislativo não se vinculam aos direitos sociais constitucionalmente garantidos, mas aos interesses econômicos das empresas financiadoras das suas campanhas milionárias. A nação assiste

²⁴ BORON, Atílio. Os novos leviatãs e a polis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: GENTILI, Pablo; SADER, Emir (Org.). **Pós neoliberalismo II: que Estado para que democracia?**.

²⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**.

²⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**.

inerte, meio que anestesiada, a sucessivos escândalos de corrupção, à indiferença governamental diante das necessidades da sociedade civil. Uma das maiores cargas tributárias do mundo sem nenhum retorno que a justifique. Obras superfaturadas e estruturas precárias e sem serem concluídas.

Essa utilização da democracia como procedimento, adverte Cruz, põe em risco a própria democracia “[...] como um modo de vida social através dos mais diversos governos de legitimidade discutível e que subordinam os valores cívicos universais aos seus interesses.”²⁷.

Para Carlos Santiago Nino as eleições e novas constituições não são suficientes sem o desenvolvimento de uma nova cultura democrática que não seja só a do procedimento. A atual cultura democrática está marcada com a pecha da pobreza do debate público. A discussão sobre os princípios dos sistemas políticos, das visões gerais da Sociedade e de soluções para poder lidar com problemas sociais é, normalmente, substituída por imagens pictóricas dos candidatos, com posições extremamente vagas e apelos aos motivos mais emotivos. Existe uma marcada falta de seriedade em todo o processo e isto faz com que os candidatos eleitos não se sintam obrigados a seguir o resultado do debate público²⁸.

As transformações ocorridas nas Sociedades e mudanças operadas nos Estados de Direito Democrático na última década do século XX e primeira década do presente século geraram anormalidades democráticas, provocaram conflitos, promoveram crise econômico-financeira, lançaram instabilidade político-institucional e semearam descrença da população na democracia, ao ponto de se questionar a pertinência da democracia, mormente o modelo representativo.

3. CRISE OU MUDANÇA DE PARADIGMA?

O termo crise de representação política ou crise de representatividade vem sendo muito propagado, quer seja no ambiente acadêmico e científico como também na opinião pública. Todavia é necessário analisar se seria adequada a noção de crise democrática calcada na propalada crise de representação política difundida em nossa engrenagem institucional vigente.

²⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.**

²⁸ GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella.** São Paulo: Saraiva, 2012.

Para tanto, cumpre trazer à calva, ainda que perfunctoriamente, o modelo teórico sobre representação política desenvolvido por Pitkin, a fim de se demonstrar a incompatibilidade da noção de crise de representação política tão propalada na vigente engrenagem institucional. Em seu livro intitulado *O conceito de representação*, a autora defende uma mudança radical na concepção do representante como advogado dos representados – que é justamente o baluarte da propalada ideia de crise democrática.

A autora enumera quatro formas de representação:

- a) representação formalista: que comporta duas concepções; a representação por autorização prévia, que nos remete a Hobbes e seu contrato social em que os cidadãos escolhem o representante mais apto a tomada de decisões em seu lugar; e a representação de responsabilização posterior, oriunda dos modelos liberais, com a presença de instrumentos de *accountability* entre representante e representado²⁹;
- b) representação descritiva: como sendo a mais pura semelhança entre representante e representado, onde a figura do representante seria um espelho do representado;
- c) representação simbólica: que utiliza-se de símbolos a fim de se fazer presente algo que, de fato, não está³⁰. Sacchet a descreve como uma resposta psicológica irracional, sustentada pela crença dos representados nos representantes³¹;
- d) representação substancial: que é a defendida por Pitkins e tem por cerne a essência, a substância do representante, o que ele faz e é. Conforme assevera Pitkins, ele deve “[...] agir pelo interesse dos representados, de forma a ser responsivo a eles.”³². Sob esta forma de representação, seria de rigor que os representantes garantissem a capacidade dos representados em autorizar e conservar seus “[...] representantes responsáveis perante si e salvaguardar a capacidade dos representantes de agir independentemente dos desejos dos representados.”³³.

Embora a autora defenda uma representação substancial é certo que este modelo ainda é uma quimera na atual conjuntura institucional, vez que contempla a autonomia e

²⁹ LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 1, p. 63-93, jan./jun. 2009.

³⁰ LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação.

³¹ SACCHET, Teresa. Representação política, representação de grupos e política de cotas: perspectivas e contendas feministas. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 20, n. 2, ago. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05. set. 2014.

³² SACCHET, Teresa. Representação política, representação de grupos e política de cotas: perspectivas e contendas feministas.

³³ LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação.

independência do representante com o perfeito interesse dos representados. Portanto, ante a ausência de meios que assegurem os elementos elencados por Pitkins em seu modelo de representação substancial, esse ainda não pode ser defendido e colocado em prática. O mesmo ocorre com os modelos descritivos e simbólico que estão distantes do almejado e da realidade, restando como o único a possuir condições de funcionamento e aplicabilidade, o modelo de representação formal ou de mandato virtual.

Conforme já explanado, este modelo de representação política formal ou de mandato virtual subdivide-se em duas concepções: a de autorização prévia e a de responsabilização posterior.

A concepção da autorização prévia, calcada em Hobbes e seu contrato social, denota em um representante legitimamente eleito, no entanto completamente dissociado de seus representados vez que apto a tomar livremente as decisões após a autorização prévia concedida pelos representados ao lhe escolherem. O que gera uma autoridade sem limites sob o pálio do contrato social e do agir pelo bem da coletividade inapta à tomada de decisões.

Esse conceito formal estabelecido por Hobbes foi reformulado por teóricos liberais o que originou a segunda vertente da representação política formal, qual seja, a de responsabilização posterior.

O viés liberal da representação política formal de responsabilização posterior garante total autonomia e independência do representante no exercício de suas funções públicas, no entanto, contempla instrumentos de *accountability* – fiscalização, cobrança e prestação de contas – na relação entre representantes e representados³⁴.

Nesse contexto, emerge a *accountability*, termo que não possui uma tradução exata para o português, utilizado em circunstâncias que denotem a obrigação de prestar contas dos resultados obtidos em função das responsabilidades que decorrem de uma delegação de poder. O termo *accountability* denota a obrigação de prestar contas, responsabilidade de agir de maneira correta, responsabilização³⁵. A *accountability* é a integração de todos os meios de controle – formais e informais –, aliada a uma superexposição da administração,

³⁴ LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação.

³⁵ CORBARI, Ely Célia. *Accountability: prática de governança pública e mecanismo de controle social*. TCMRJ, Rio de Janeiro, n. 46, ano XXVIII, p. 12-17, jan. 2011. Disponível em: <http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/5030/Revista_TCMRJ_46.pdf>. Acesso em: 20. out. 2013.

que passa a exibir suas contas não mais uma vez ao ano e em linguagem hermeticamente técnica, mas diariamente e por meio de demonstrativos capazes de ampliar cada vez mais o número de controladores³⁶.

Esse *accountability* se constitui mediante o processo eleitoral em que os representados optam pela renovação ou não do mandato outorgado anteriormente. Portanto, o precário vínculo existente entre representante e representado se evidencia pelo processo eleitoral, que é, em si, um meio de fiscalização e prestação de contas e de suposta imposição dos interesses dos representados ao representante. No entanto, esse representante, quando do exercício do mandato outorgado, possui independência e autonomia durante toda a relação de representação.

Eneida Salgado reafirma a autonomia e liberdade do representante em relação no exercício do mandato outorgado vez que o representante não possui ordem nem determinação expressa de seus representados e o exercício do mandato está limitado, tão somente, pelo ordenamento jurídico e não pela vontade de seus eleitores. Até porque a relação do representante é para com toda a coletividade e não somente com os eleitores que efetivamente o escolheram³⁷. Por certo que um mandato livre dos interesses dos representados permite um compromisso com toda a coletividade ao invés de interesses de específicos eleitores.

Em suma, a nossa democracia comporta um sistema representativo formal ou de mandato virtual que tem por cerne a independência e autonomia dos representante em relação aos representados, inexistindo instrumentos jurídicos de coerção, que não os de *accountability* e a responsabilização posterior, materializada no processo eleitoral. Portanto o sistema representativo que a nossa democracia atual comporta não tem condições de assegurar uma efetiva representação de seus eleitores – o que nos remete ao esgotamento de um modelo democrático.

Diante de tal assertiva, impede reconhecer que não se pode falar em crise da democracia representativa calcada em no divórcio entre representantes e representados em um sistema que não permite e não assegura essa vinculação. O atual modelo não contempla mecanismos de identificação dos eleitores de cada representante, nem dos interesses dos mesmos; não há mecanismos que imponham coercitivamente que os representantes ajam

³⁶ OLIVEIRA, A. S. *apud* CORBARI, Ely Célia. *Accountability: prática de governança pública e mecanismo de controle social*.

³⁷ SALGADO, Eneida Desiree. *A representação política e sua mitologia*, **Paraná Eleitoral**, v. 1, n. 1, p 25-40.

de acordo com os interesses de seus eleitores nem a possibilidade de interrupção do mandato eletivo ante o descumprimento do mandato representativo; restando apenas a responsabilização posterior calcada a escolha eleitoral.

Não há, portanto, a propalada crise e sim o esgotamento de um modelo com a necessária mudança de paradigma democrático. A concepção de democracia representativa apresenta-se antiquado perante a complexidade da sociedade atual.

Um possível meio apto a superar este cenário de esgotamento do modelo democrático representativo seria uma mudança de paradigma que contemplasse uma maior participação social, não restringindo essa somente ao momento do escrutínio – uma democracia participativa.

4. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Conforme vislumbrado, o atual modelo democrático representativo não mais se presta para o contexto social, institucional e global. Embora dissociados e independentes dos representados, os representantes acabam advogando, tão somente, em defesa dos interesses econômicos, gerando um cenário que põe em risco a sobrevivência do próprio modelo democrático.

A Sociedade nos Estados de regime democrático socialista e regime ditatorial clamaram e lutaram durante anos por um regime democrático liberal. Conquistaram-no. O mundo foi conhecendo, no pós Segunda Guerra Mundial, quase que década após década, momentos marcantes que mudaram o rumo político e social de vários Estados, foram “ondas de democratização³⁸” que a cada década atingiu um conjunto de novos Estados. Nos anos 90, com a queda do Muro de Berlim e o desmoronamento da União Soviética, os países do leste europeu e diferentes países na África e Ásia iniciaram o processo de transição democrática, enquanto que os da América Latina iniciaram a redemocratização.

Podia-se afirmar que a democracia tinha chegado e vencido. De modo que no início do presente século, grande parte dos cidadãos do mundo vivia em Estados que se consideravam democráticos, ou que na última década haviam realizado eleições pelo menos uma vez. O mundo estava mais democrático no começo do século XXI. Todavia, a democracia não pode se resumir apenas em eleições permanentes conforme o modelo

³⁸ HUNTINGTON, Samuel P. **A Terceira Onda: A democratização no final do século XX.** Tradução de Sérgio Goes de Paula. São Paulo: Ática, 1994.

representativo de mandato virtual.

O comunismo morreu, mas a democracia não parece estar de perfeita saúde. Custa-lhe a enraizar-se nos países que acabaram de libertar de regime de cariz soviético. Precisamente na altura em que a democracia moderna parece estar a converter-se, pelo menos nas palavras, no *standard* universal, o Ocidente vive a crise da sua eficácia e do seu sentido. Poder-se-á dizer que para democracia, para o Estado liberal-democrático, também se anuncia a carreira descendente?³⁹.

O atual modelo democrático representativo não mais se presta à sociedade hodierna vez que, além de garantir certos direitos, tem o objetivo global de promover melhores condições de vida material e cultural dos cidadãos.⁴⁰

[...] a democracia envolve o direito de cada indivíduo de participar e influenciar na Sociedade e nas suas condições de vidas, e os poderes públicos devem favorecer a participação nas atividades de uma Sociedade democrática. Os excluídos não têm qualquer interesse em defendê-la: não há razão para os que não estão incluídos num sistema em incentivá-lo."⁴¹

Para tanto é de rigor a reformulação, a mudança de paradigma da atual democracia para um modelo que comporte uma maior e efetiva participação social. Conquistado que foi o regime democrático multipartidário, na atualidade, o cidadão necessita conquistar melhorias na qualidade de vida, justiça social, uma participação mais ativa nas questões do seu quotidiano. É um imperativo que a democracia representativa seja aliada a uma maior participação popular; que o cidadão saia do passivo, que significa a democracia representativa, para o ativo que significa a democracia participativa.

Cruz e Bodnar argumentam que:

O conceito de democracia sofre então uma nova guinada em sua dinâmica trajetória. O sistema representativo já não responde aos anseios da Sociedade, e a democracia direta parece inviável. Como resultado, começa a se fortalecer o conceito de democracia participativa, com características semidiretas, ou seja, que não desconsideram os representantes, mas aproxima a Sociedade da arena decisória. De acordo com alguns teóricos, a democracia participativa passa a configurar-se como um *continuum* entre a forma direta e a representativa.⁴²

Deste modo, deve-se propor um modelo democrático com uma perspectiva de participação que se apresente, não como estratégia de substituição da democracia representativa, mas como complemento a ela, no sentido do seu aperfeiçoamento – uma mudança de paradigma democrático, o que começou a ser contemplado nas constituições latino-americanas.

Semelhantemente ao que ocorreu com a Constituição Mexicana de 1917 que marcou início de uma nova era constitucional, ou seja, o fim do Estado Moderno e o início do Estado

³⁹ DAHRENDORF, Ralf; FURET, François; GEREMEK, Bronislaw. **A Democracia na Europa**. Lisboa: Presença, 1993.

⁴⁰ MIGLINO, Arnaldo. **A Cor da Democracia**. Florianópolis: Editorial Conceito, 2010. p. 118.

⁴¹ MIGLINO, Arnaldo. **A Cor da Democracia**. p. 120.

⁴² CRUZ, Paulo Márcio e BODNARD, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**.

Contemporânea, a resposta a estas e outras tantas perguntas no âmbito democrático vêm encontrando amparo nos Estados latino-americanos os quais proporcionaram avanços com propostas de alterações ao ordenamento jurídico-constitucional, ressaltando aquilo que chamam de democracia participativa.

Ora, a “[...] democracia participativa inclui, além das eleições, referendos e as consultas populares, outras ações de participação social tais como a iniciativa legislativa e as assembleias de cidadãos.”⁴³. Não se trata de uma democracia participativa como na antiga Grécia, mas também não é meramente democracia representativa, trata-se de um amálgama entre democracia representativa e participativa.

Deste modo, na obra o *Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas*, Wolkmer ressalta que:

A participação popular é consubstanciada por uma democracia direta, participativa, ao lado de possibilidade de participação também representativa. Consulta popular, referendo, revocatória de mandato e iniciativa legal são mecanismos de participação popular na vida política do país, e a separação tradicional tripartite poderes de Montesquieu é substituída por cinco Poderes do Estado. Assim, além dos conhecidos Poder Executivo, Legislativo e Judicial, tem-se ainda o Poder Eleitoral e o ‘Quinto Poder’, que é o Poder de Transparência e Controle Social, instituição popular de controle administrativo⁴⁴.

Notadamente, está-se perante uma mudança de paradigma, está-se inaugurando uma nova era democrática, a era em que a democracia participativa caminha de braços dados com a democracia representativa. O cidadão eleitor não apenas elegerá órgãos do Poder Executivo e Legislativo como também terão uma intervenção direta na tomada de decisões estatais bem como no seu controle.

Entretanto, Cruz e Bodnard advertem:

É importante salientar que o modelo de Democracia Participativa não supõe tanto a participação direta no ato final de adoção de decisões políticas, mas sim a participação mais efetiva nos processos de decisão que levam posteriormente às decisões definitivas. Dito de outro modo, a participação política não se produz tanto no momento da manifestação da vontade do poder, mas principalmente, no processo de formação dessa vontade e a garantia de que tal vontade, na prática, seja respeitada⁴⁵.

Para tanto,

[...] a democracia participativa, para que possa chegar ao maior número possível de cidadãos, não deve só incluir cargos públicos eleitos e eleições livres, imparciais e freqüentes, mas, deve também incorporar as instituições políticas de liberdade de expressão, de acesso às fontes

⁴³ WOLKMER, António Carlos; MELO, Milena Petters (Org.) *Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 100.

⁴⁴ WOLKMER, António Carlos; MELO, Milena Petters (Org.) *Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas*. p. 134.

⁴⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. *Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade*.

alternativas de informação, de autonomia das associações e de uma cidadania inclusiva⁴⁶.

Pesquisadores têm proposto às autoridades os passos que devem dar e que caminhos devem seguir no sentido de que esta nova forma de fazer e viver democracia possa funcionar regularmente, frisando que: “Além de incorporar a participação cidadã na garantia dos direitos humanos, tornam-se essenciais nesta democracia participativa, à descentralização e o federalismo, bem como, ao longo do processo, a liberdade de expressão e o acesso à informação pública.”⁴⁷.

Importa aproximar o cidadão do Estado, importa criar e revigorar estruturas de participação, institucionalizar canais de manifestação e expressão que interessem a maioria dos cidadãos:

Com esta nova democracia, consegue-se incorporar o elemento fundamental da participação cidadã na administração pública e em todas as esferas da sociedade, com o fim de que suas opiniões sejam levadas em conta, ouvidas e postas em prática a fim de fazer valer os interesses plurais da comunidade⁴⁸.

E não fazer valer somente os interesses econômicos como tem ocorrido com o modelo atual.

Conforme bem resume Cruz e Bodnar “[...] a Democracia Representativa tornou-se vulnerável demais aos interesses do mercado econômico e do meio político, cada vez mais juntos e promíscuos, a Democracia Participativa pode trazer outros valores de cooperação e de solidariedade.”⁴⁹ O estado e a sociedade contemporânea clamam por essa mudança de paradigma como um imperativo de sobrevivência do próprio modelo democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora amplamente difundido na atualidade, o termo “crise da democracia”, motivado pelo corrente afastamento dos governantes para com os anseios e necessidades da imensa maioria dos representados é incompatível com uma representatividade que não comporta tal constatação.

O modelo de representação que encontra guarida no atual arcabouço legal e

⁴⁶ WOLKMER, António Carlos; MELO, Milena Petters (Org.) **Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas**. p. 99.

⁴⁷ WOLKMER, António Carlos; MELO, Milena Petters (Org.) **Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas**. p. 15.

⁴⁸ WOLKMER, António Carlos; MELO, Milena Petters (Org.) **Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas**. p. 90.

⁴⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**.

institucional é o da representação formal ou de mandato virtual que prevê ampla liberdade e autonomia dos representantes para com os representados, ficando aqueles sujeitos, tão somente, aos mecanismos de *accountability* e a responsabilização posterior, materializada no processo eleitoral. Portanto o sistema representativo que a nossa democracia atual comporta não tem condições de assegurar uma efetiva representação de seus eleitores – o que nos remete ao esgotamento de um modelo democrático.

Diante de tal assertiva, impede reconhecer que não se pode falar em crise da democracia representativa calcada em no divórcio entre representantes e representados em um sistema que não permite e não assegura essa vinculação. O atual modelo não contempla mecanismos de identificação dos eleitores de cada representante, nem dos interesses dos mesmos; não há mecanismos que imponham coercitivamente que os representantes ajam de acordo com os interesses de seus eleitores nem a possibilidade de interrupção do mandato eletivo ante o descumprimento do mandato representativo; restando apenas a responsabilização posterior calcada na escolha eleitoral.

Para tanto é de rigor a reformulação, a mudança de paradigma da atual democracia para um modelo que comporte uma maior e efetiva participação social. É um imperativo que a democracia representativa seja aliada a uma maior participação popular como meio apto a garantir sua própria sobrevivência.

Os princípios democráticos e a teoria democrática além de serem modernizados e renovados, devem andar de mãos dadas numa combinação que permita vislumbrar um novo modelo de democracia, neste caso a democracia participativa. Urge se repensar a forma da vivência democrática: “A teoria da Democracia não tem que ser necessariamente reinventada, mas, certamente, tem de se reorientar. O termo “repensar” deve ser entendido como um intento para captar e centrar os novos problemas de uma história que virou uma página e que volta a começar.”⁵⁰.

Onde a Sociedade é chamada para em conjunto com a elite governamental promover debates, reflexões e conferências no sentido de solucionar os problemas que os Estados atravessam.

O filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas defende que

[...] os pressupostos da democracia não se desenvolvem a partir do povo, mas da Sociedade que se quer constituir como unidade política. Afinal, a Sociedade carece de uma identidade

⁵⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade.**

coletiva, caso pretenda resolver seus conflitos de forma pacífica, ater-se às regras de maioria e praticar solidariedade.⁵¹.

Então, se se quer melhorar a prestação da democracia enquanto regime que melhor tem sabido responder as demandas de governação, é preciso que a Sociedade se envolva na solução dos problemas que enfrenta. Além disso, é preciso que haja uma superação dos interesses econômicos pelos interesses da Sociedade.

Deste modo, deve-se propor um modelo democrático com uma perspectiva de participação que se apresente, não como estratégia de substituição da democracia representativa, mas como complemento à ela, no sentido do seu aperfeiçoamento; uma mudança de paradigma democrático – uma democracia participativa, o que começou a ser contemplado nas constituições latino-americanas e que se vislumbra como apto a garantir a sobrevivência e perpetuação do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BORON, Atílio. Os novos leviatãs e a polis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: GENTILI, Pablo; SADER, Emir (Org.). **Pós neoliberalismo II: que Estado para que democracia?** Petrópolis: Paz e Terra, 1999.

CORBARI, Ely Célia. Accountability: prática de governança pública e mecanismo de controle social. **TCMRJ**, Rio de Janeiro, n. 46, ano XXVIII, p. 12-17, jan. 2011. Disponível em: <http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/5030/Revista_TCMRJ_46.pdf>. Acesso em: 20. out. 2013.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajai: Univali, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e Pós Modernidade. **Anais do XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/paulo_marcio_cruz.pdf>.

Acesso em: 15 jan. 2013.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem futuro? In: _____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 187.

DAHRENDORF, Ralf; FURET, François; GEREMEK, Bronislaw. **A Democracia na Europa**. Lisboa: Presença, 1993.

FINLEY, Moses I. **Democracia Antiga e Moderna**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem futuro? *In*: _____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 187.

HUNTINGTON, Samuel P. **A Terceira Onda**: A democratização no final do século XX. Tradução de Sérgio Goes de Paula. São Paulo: Ática, 1994.

LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 1, p. 63-93, jan./jun. 2009.

MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. Representação política e participação: reflexões sobre o déficit democrático. **Katál**, Florianópolis, v. 10, n. 2, p. 143-153, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v10n2/a02v10n2.pdf>>. Acesso em: 20. mar. 2013.

MIGLINO, Arnaldo. **A Cor da Democracia**. Florianópolis: Editorial Conceito, 2010.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a03n67.pdf>>. Acesso em 20. set. 2013.

ROMAGNOLI, Alexandre J.; MELO, Martiniano Borges. **Os problemas da democracia representativa**: a crise do representado. **Húmus**, São Luís, n. 3, p. 112-124, set./dez. 2011. Disponível em <<http://humus.pro.br/20113113125.pdf>>. Acesso em: 15. set. 2013.

SACCHET, Teresa. Representação política, representação de grupos e política de cotas: perspectivas e contendas feministas. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 20, n. 2, ago. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05. set. 2014.

SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia, **Paraná Eleitoral**, v. 1, n. 1, p 25-40.

SÃO 28 milhões de pessoas ou 15,32% dos brasileiros considerados miseráveis. **Portal de Microfinanzas.** Disponível em: <<http://www.portalmicrofinanzas.org/p/site/s//template.rc/1.1.11033>>.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América:** Leis e Costumes de Certas Leis e Certos Costumes Políticos que Foram Naturalmente Sugeridos aos Americanos por seu Estado Social Democrático. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WOLKMER, António Carlos; MELO, Milena Petters (Org.) **Constitucionalismo Latino-Americano:** Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

OS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA: O CASO DA LEI CONTRA O CRIME ORGANIZADO NO BRASIL E A CONTRIBUIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SUPREMA

Jonathan Cardoso Regis¹

Daniel Mayerle²

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por finalidade traçar aspectos conceituais amplamente discutidos e refletidos ao longo do primeiro semestre de 2014 na disciplina de Direito Constitucional Comparado, no Curso de pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica, tendo como docente, o Professor Dr. Maurizio Oliviero.

Buscou-se, ao longo dos encontros, refletir acerca das transformações geradas na sociedade, bem como no Estado através da transnacionalidade e dos fenômenos ocorridos diante do processo de globalização.

Assim, prima-se neste trabalho, sopesar e conjecturar sobre a transnacionalidade e o processo de globalização, traçando noções propedêuticas relacionadas ao tema proposto, transpassando pela Segurança Pública, o combate à criminalidade, as organizações criminosas e breve análise de decisões dos Tribunais pátrios, destacando o tráfico de drogas e o combate a pornografia infantil.

Este breve estudo visa, despretensiosamente, compreender a influência de tais transformações decorrentes da globalização inseridas em uma sociedade transnacional, no processo contido nas decisões do Poder Judiciário relacionadas a questões de integração regional cujo mote é a Lei contra o Crime Organizado.

Sabe-se que a transnacionalidade, também conhecida pela dinâmica “Estado além fronteiras”, a qual prima em buscar o equilíbrio proporcionado pelas transformações

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Gestão de Políticas Públicas (UNIVALI). Possui Especialização em: Administração em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul (2010); Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali (2007) e Habilitação para o Magistério Superior pela Univali (2008); Graduação em Direito - Univali (2005); Graduação em Segurança Pública - Curso de Formação de Oficiais pela Polícia Militar de Santa Catarina (1996). Membro do Grupo de Pesquisa Sustentabilidade Ambiental no Direito e nas Políticas Públicas (CAPES).

² Possui Graduação em Direito - UNIDAVI-Universidade Para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (2000), Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2012), Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Advogado.

resultantes da globalização, bem como pelo Direito, adequando-se às necessidades da sociedade.

Assim, este trabalho não objetiva esgotar o debate, mas apresentar argumentos, eis que esse desenvolvimento descontrolado acaba gerando ou fomentando o crescimento da criminalidade e da quebra da ordem pública, os quais nas situações que ultrapassem as fronteiras dos Estados, deverão ser analisados pormenorizadamente quanto a responsabilização, aliada ao aspecto do órgão efetivamente competente para seu processamento e julgamento.

1. CONTEXTUALIZANDO O DIREITO TRANSNACIONAL

A fim de melhor compreender o tema proposto, importante trazer a baila aspectos conceituais acerca da transnacionalidade, buscando uma reflexão quanto a base conceitual e a caracterização do Estado Transnacional.

Em razão da globalização do mercado, aspecto a ser analisado posteriormente, houve, segundo Cruz e Bodnar³ um desequilíbrio, o qual prejudicou a “autonomia e capacidade de ação político-econômica dos estados constitucionais modernos”.

O fenômeno da transnacionalização representa o novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-guerra, caracterizado – especialmente – pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal.⁴

Assevera ainda a citada autora que a transnacionalização não seria um fenômeno diferente da mundialização ou da globalização, uma vez que estas possuem características que buscam “viabilizar o surgimento da categoria direito transnacional”⁵

De acordo com Jessup⁶, a expressão direito transnacional passou a ser adotada, visando incluir todas as normas reguladoras dos fatos e atos que transpassam os limites e fronteiras nacionais, quer seja direito público ou privado, assim como estão outras regras, que não se encaixam perfeitamente nessas categorias usuais.

³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (org) **Direito e Transnacionalidade**. p. 56

⁴ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (org) **Direito e Transnacionalidade**. P. 16

⁵ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (org) **Direito e Transnacionalidade**.. P. 16

⁶ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheira da Silva. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura,1965. P.14-15

[...] para apreender a aplicabilidade do Direito Transnacional é preciso evitar refletir unicamente em termos de qualquer foro particular, já que é perfeitamente possível, como veremos, ter-se um tribunal que não adote como sua própria lei nem a legislação nacional nem a internacional.⁷

Não se admite a confusão da transnacionalidade com a concepção de internacional ou supranacional.

O primeiro refere-se, resumidamente, à comunidade mundial dos Estados, fundada na territorialidade e na soberania, já o segundo, relaciona-se com as comunidades regionais, por exemplo, a União Europeia, voltado “às instituições que estão acima dos Estados e que têm a capacidade de criar normas que os vinculem juridicamente”⁸.

Garcia⁹, destaca que a discussão sobre as demandas transnacionais gira em torno, num primeiro momento, na questão da guerra e da paz, tendo tal aspecto como sendo “a primeira grande questão transnacional e difusa da humanidade”.

O fenômeno da transnacionalidade dá-se a partir das chamadas *demandas transnacionais* que a sua vez estão relacionadas com a questão da efetividade dos chamados direitos difusos e transfronteiriços. Desta maneira, as demandas transnacionais são questões fundamentais para o ser humano e que vêm sendo classificadas pela doutrina como “novos” direitos. Um fato é impossível de se evitar: as questões transnacionais devem ser abordadas e enfrentadas por toda a Comunidade Internacional de forma diferente da prevista nas legislações interna e internacional existente.¹⁰

A transnacionalidade é, em verdade, de acordo com a lição de Cruz e Stelzer¹¹, um reflexo da globalização, evidenciado pela desterritorialização¹² das relações sócio-políticas e promovido por um “sistema econômico capitalista ultravalorizado”, o qual busca articular o ordenamento jurídico global “à margem das soberanias dos Estados”, ou seja, transpassa os

⁷ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheira da Silva. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1965. P.14-15

⁸ PRADO, Lucas de Melo. Política Jurídica, Transnacionalidade e Jurisdição Constitucional. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, a. 17, n. 25, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/771/908>>. Acesso em: 02 ago. 2014. p. 129

⁹ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do Direito Unisc**, Santa Cruz do Sul nº 33, p. 103-129, JAN-JUN 2010. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801/1598>>. Acesso em: 06 abr. 2014. p.103-104

¹⁰ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do Direito Unisc**, Santa Cruz do Sul nº 33, p. 103-129, JAN-JUN 2010. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801/1598>>. Acesso em: 06 abr. 2014. p.103-104

¹¹ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

¹² [...] é caracterizada pelo surgimento de um território transnacional, diverso tanto do espaço estatal quanto do espaço que liga dois ou mais espaços estatais, situando-se na “fronteira transpassada” ou na “borda permeável do Estado”, e constituindo um espaço virtual não-contido, que não está lá nem cá [...] in: PRADO, Lucas de Melo. Política Jurídica, Transnacionalidade e Jurisdição Constitucional. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, a. 17, n. 25, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/771/908>>. Acesso em: 02 ago. 2014, p. 130.

limites territoriais estatais, isto é, paralelamente ao Estado, trazendo por um equilíbrio entre o direito e a globalização, os quais devem:

[...] adequar-se às demandas concretas e sempre renovadas de Justiça, colocadas pela Sociedade. O caráter de justiça do Direito desvela sua eticidade e seu modo de nascimento societal expressa seu caráter democrático. Ao afirmar-se a necessidade e importância da reconstrução do sentido ético do Direito está se alertando para o risco desse vazio deixado pelo racionalismo da Ciência na Modernidade.¹³

No mesmo sentido, Prado¹⁴, ensina que:

[...] os espaços transnacionais vão além da concepção de Soberania e são marcados pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais e pela ultravalorização do sistema econômico capitalista, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das Soberanias dos Estados.

Em outras palavras, a transnacionalidade prima pela solidariedade e cooperação entre os Estados, voltados na compreensão e no respeito global.

Stelzer e Gonçalves¹⁵, estabelecem que a transnacionalização não deve ser vista como sendo um fenômeno distinto da globalização ou mundialização, uma vez que “nasce no seu contexto, com características que podem viabilizar o surgimento da categoria Direito transnacional [...]”.

Ao que se refere em relação aos atributos da transnacionalidade, tem-se “uma superação da tradicional ‘medida territorial’ do poder normativo (ou seja, o Estado Constitucional), mas que, ao mesmo tempo, não entrou em cena outra do tipo ‘fixo’, considerando a inclinação ‘aberta’ e ‘progressiva’ da maior parte dos processos de transformação”, conforme o ensinamento de Oliviero e Cruz¹⁶.

Tem-se ainda o exercício da jurisdição por um Estado por meio de seus tribunais sobre um indivíduo, o qual poderá se fundar em uma das seguintes circunstâncias:

[...] (a) a pessoa está pessoalmente presente dentro do Estado [...] (b) a pessoa tem domicílio dentro do Estado [...] A terceira base da jurisdição cível é a nacionalidade [...] A quarta base da

¹³ DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis, 2009. p. 25.

¹⁴ PRADO, Lucas de Melo. Política Jurídica, Transnacionalidade e Jurisdição Constitucional. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, a. 17, n. 25, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/771/908>>. Acesso em: 02 ago. 2014. p. 130

¹⁵ STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Estado, Globalização e Soberania: Fundamentos Político-Jurídicos do Fenômeno da Transnacionalidade. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1915.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2014. p. 109

¹⁶ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Revista Estudos Jurídicos**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635/2178>>. Acesso em: 02 ago. 2014. p. 20

jurisdição cível é a vontade [...] A quinta e última base da jurisdição cível é que a pessoa, “por atos por ela realizados dentro do Estado, submeteu-se à sua jurisdição” [...] ¹⁷.

Imprescindível, de acordo com Jessup¹⁸, que a função do Direito Transnacional em procurar ajustar os casos e distribuir a jurisdição da forma mais proveitosa possível, de acordo com as necessidades dos membros da comunidade internacional, ou seja, “o entendimento fundamental não partiria da soberania ou do poder, mas da premissa de que a jurisdição é essencialmente uma matéria processual que poderia ser amigavelmente distribuída entre as nações do mundo”.

Oliviero e Cruz¹⁹, estabelecem que somente se justifica o Direito Transnacional, quando o Direito Nacional, assim como do Direito Internacional deixaram de gerar “mecanismos eficazes de governança, regulação, intervenção e coerção para as demandas transnacionais”, ante a necessidade da criação de espaços públicos transnacionais, ou seja, que primam em transcender estados nacionais.

Outro aspecto importante a ser discutido deve ser a capacidade do Direito Transnacional de ser aplicada coercitivamente, como característica fundamental, a fim de garantir a imposição dos direitos e dos deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando, assim, uma das principais dificuldades de atuação do Direito Nacional e, principalmente, do Direito Internacional. ²⁰.

Afirma que as demandas transnacionais se justificam a partir da necessidade de criação de espaços públicos “para tratar de questões referentes a fenômenos novos que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional”²¹.

[...] Para evitar equívocos de fundo meramente ideológico, certamente que se faz necessário afirmar que **as demandas transnacionais não tratam somente de questões relacionadas com a globalização econômica** como alguns autores pretendem, **e sim com fundamentais questões de direitos relacionadas com a sobrevivência do ser humano no planeta**. A globalização econômica pode estar na base de algumas questões transnacionais, mas não é sua principal fonte e fundamentação, **a principal justificativa da necessidade de transnacionalização do direito é a necessidade de proteção do ser humano** e dentro dessa perspectiva também se encontra a proteção de seu entorno natural.²² (sem grifo no original)

¹⁷ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheira da Silva. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1965. p.50-60

¹⁸ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheira da Silva. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1965. p.62

¹⁹ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Revista Estudos Jurídicos**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635/2178>>. Acesso em: 02 ago. 2014. p.22

²⁰ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Revista Estudos Jurídicos**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635/2178>>. Acesso em: 02 ago. 2014. p.23

²¹ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do Direito Unisc**, Santa Cruz do Sul nº 33, p. 103-129, JAN-JUN 2010. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801/1598>>. Acesso em: 06 abr. 2014. p. 104

²² GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do Direito Unisc**, Santa Cruz do Sul nº 33, p. 103-129, JAN-JUN 2010. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801/1598>>. Acesso em: 06 abr. 2014. p. 104

Enfim, para o Estado Transnacional vir a existir, este precisa do transbordamento das energias internacionais locais, isto é, primar por um projeto político não apenas interno e internacional, mas que também contemple o aspecto econômico, social, educacional e até mesmo científico-tecnológico, bem como a inserção de forma gradual de mecanismos e instrumentos de democracia transnacional, participativa, deliberativa e solidária.

2. A RELAÇÃO GLOBALIZAÇÃO E DEMOCRACIA

Grande dificuldade repousa em conceituar globalização, face as significações existentes. Apresenta-se então que:

A globalização (ou mundialização) é um processo paradigmático, multidimensional, de natureza eminentemente econômico-comercial, que se caracteriza pelo enfraquecimento soberano dos Estados-nacionais e pela emergência dos novos focos de poder transnacional à luz da intensificação dos movimentos de comércio e de economia, fortemente apoiado no desenvolvimento tecnológico e no barateamento das comunicações e dos meios de transportes, multiplicando-se em rede, de matriz essencialmente heurística. Nesse sentido, o pensamento de Ulrich Beck sustenta ser a globalização “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrer a interferência cruzada de atores transnacionais.”²³

Bauman²⁴ procura mostrar que dentro do fenômeno da globalização há mais coisas do que a visão pode apreender; revelando as raízes e consequências sociais do processo globalizador, dissipando um pouco da névoa que cerca esse termo que pretende trazer clareza à condição humana atual.

A “globalização” está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, “globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” — e isso significa basicamente o mesmo para todos.²⁵

A globalização é um objetivo a ser almejado e conquistado e tal processo é irreversível, uma vez que analisando sob o aspecto em que as pessoas vivem no tempo e não no espaço, podem estar em qualquer lugar a qualquer tempo, em outras palavras, o fenômeno da globalização deve ser compreendido não somente sob a ótica do aspecto econômico, uma vez que proporciona uma transformação de comportamento social, cultural e político, por exemplo.

²³ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2010. p. 18-19

²⁴ BAUMAN, Zygmunt.. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

²⁵ BAUMAN, Zygmunt.. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.p.7

[...] *Con todo, una de las principales consecuencias de la globalización del riesgo - tal y como han evidenciado el cambio climático y la crisis financiera— es justamente el surgimiento de un mundo común, un mundo que compartimos y que ya no conoce ninguna <<fuera>>, ninguna <<salida>>, ningún <<otro>>. Política interior global significa: con independencia de lo simpáticos o ajenos que nos resulten personas de otro color de piel, nacionalidad o religión, para sobrevivir tenemos que convivir y trabajar con ese traño otro» en este mundo de corrupción, sufrimiento y explotación.*²⁶

Morin²⁷, diz que a globalização é decorrente do capitalismo desenfreado, o qual cresceu “sob a égide do neoliberalismo e da facilidade de comunicação mundial”, despertando o nascimento de “mestiçagem cultural”.

Globalização, significa, diante deste quadro, os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada dos atores transnacionais.²⁸

A Globalização, de acordo com Cruz²⁹ “significa também aproximação e mútuo encontro das culturas locais, as quais se devem definir de novo no marco desta nova realidade mundial”.

Ademais, tem-se um aspecto resultante da globalização, o afastamento entre as pessoas e, conseqüentemente, a criação de uma fronteira invisível, inexistindo o contato, o diálogo, a troca de experiências e reflexões entre os atores sociais.

Cruz e Bodnar³⁰ destacam que um mundo globalizado conjectura novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios igualmente novos.

É também importante salientar que se está vivendo uma acelerada etapa de transição a novas formas de organização, em escala planetária. Nesse contexto, a globalização só terá sentido e será verdadeiramente universal se for capaz de estruturar e criar um conjunto de relações de um novo tipo, mais solidário, inclusivo e democrático, tendo em vista que nada foi construído pela humanidade sem um sonho ingênuo ou horizonte utópico de sentido.³¹

O surgimento do medo urbano, relacionado ao aspecto econômico, disseminando comportamentos de insegurança, transformando as sociedades fechadas, seguras, com intensa e crescente vigilância, tanto no aspecto residencial (lar), quanto nos espaços públicos, ou seja, seria o controle das condutas, mesmo nos espaços sociais/públicos.

²⁶ BECK, Ulrich. **Crónicas desde el mundo de la política interior global**. Barcelona: Paidós, 2011. p. 47

²⁷ MORIN, Edgar. **A Via: para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mara Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 21

²⁸ BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo: resposta à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.30

²⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. seleção e organização dos capítulos Emanuela Cristina Andrade Lacerda. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011. p.21

³⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais**. Direito e Transnacionalidade. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2010. p.20

³¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais**. Direito e Transnacionalidade. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2010. p.20

No que se refere a reorganização social, com base no novo modelo, no tripé da soberania, a globalização nada mais é que a extensão totalitária de sua lógica a todos os aspectos da vida, isto é, os Estados não têm recursos suficientes nem liberdade de manobra para suportar a pressão — pela simples razão de que “alguns minutos bastam para que empresas e até Estados entrem em colapso”³².

A integração e a divisão, a globalização e a territorialização, são processos mutuamente complementares. Mais precisamente, são duas faces do mesmo processo: a redistribuição mundial de soberania, poder e liberdade de agir desencadeada (mas de forma alguma determinada) pelo salto radical na tecnologia da velocidade. A coincidência e entrelaçamento da síntese e da dispersão, da integração e da decomposição são tudo, menos acidentais; e menos ainda passíveis de retificação.³³

Uma política de justiça global necessita de uma universalização de projetos sociais, políticos e culturais a fim de reforçarem e fortalecerem a dignidade da pessoa humana.

Em relação ao ocidente globalizado, surgem novas culturas e as estruturas sociais perdem sua antiga autoridade/identidade em benefício da expansão social, ou seja, o surgimento do princípio do individualismo.

A globalização de fins do século XX a começo do XXI acaba por herdar problemas, mas também apresenta soluções, aplicadas ou não a esses problemas, bem como acrescentando outros, ou seja, a compatibilização humana como a biosfera, conflitos e colaborações de Estados centrais hegemônicos transnacionalizantes e Estados periféricos transnacionalizados.

Importante destacar que na virada para o século XXI, o Estado passa a ser transnacional, em razão do poder econômico das empresas, deixando os países de serem nacionais ou plurinacionais.

Desta forma, transformações decorrentes do impacto da globalização trazem uma repercussão no que diz respeito à atuação do Estado:

Atualmente, o Estado não consegue mais dar respostas consistentes à Sociedade diante da complexidade das demandas transnacionais que se avolumam continuamente. Os problemas sociais aumentam em proporções preocupantes. Tudo leva a crer que o principal fator dessas crises cíclicas esteja localizado exatamente no próprio Estado Constitucional Moderno³⁴.

³² BAUMAN, Zygmunt.. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. P. 73

³³ BAUMAN, Zygmunt.. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. P. 77

³⁴ CRUZ. Paulo Márcio; BODNAR. Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais**. Direito e Transnacionalidade. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2010. p.56

Na globalização tudo se transnacionaliza, desde guerras entre Estados ao crime organizado, seja em maior ou menor escala, assim como as integrações não podem ser apenas de bens e capitais, devendo ser garantido a manutenção do livre trânsito de pessoas, povos e culturas em federações e confederações rumo a uma civilização diversificada, pluralista e universal.

Por sua vez, o conceito de Democracia não pode ser aplicado simplesmente como a “vontade da maioria”, mas sim Democracia comprometida na realização dos direitos fundamentais. Isto porquê:

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses.³⁵

Logo, deve ser entendida a Democracia na sua forma avançada:

[...] é assim, - e nesse sentido ela vai também um bom pedaço além da estrutura de meros textos – um nível de exigências, aquém do qual não se pode ficar – e isso tendo em consideração a maneira pela qual as pessoas devem ser genericamente tratadas nesse sistema de poder-violência [*Gewalt*] organizados (denominado ‘Estado’): não como subpessoas [*Unter-Menschen*] não como súditos [*Untertanen*], também não no caso de grupos isolados de pessoas, mas como membros do Soberano, do “povo” que legitima no sentido mais profundo a totalidade desse Estado. Essa democracia é portanto também um status negativus democrático e um *status positivus* democrático. Representa ela um nexó necessário, um nexó legitimador com a organização da liberdade e da igualdade. Isso não é direito natural idealista; isso se acha incorporado no texto das constituições das quais falamos. Democracia significa direito positivo – o direito de cada pessoa.³⁶

Nesta senda, a Democracia liga-se estreitamente – não apenas sob o ponto de vista formal – com a globalização, mas principalmente pela criação de novos âmbitos de atuação do cidadão, com a abertura de novéis canais e discursos para aprofundamento do diálogo.

Tal se deduz das recentes mudanças experimentadas pela sociedade em virtude dos processos globalizados, tornando-se fundamental que o Estado permaneça atento a nova realidade, ajustando-se e possibilitando a integração social. Cruz³⁷ alerta que:

[...] na configuração de uma nova ordem mundial, a Democracia deverá desempenhar um papel mais importante que o Estado constitucional Moderno, mesmo que, algumas vezes, pareça o contrário. [...] a globalização pode ajudar em dois sentidos: por poder fazer evidente a independência e por ter despertado o pluralismo da diversidade, algo nunca observado pela humanidade.

Partindo desta asserção, parece ser profundamente atual o esposto por Streck³⁸ onde não se pode mais permitir espaço democrático restrito, face a globalização, visto que

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 51

³⁶ MÜLLER, Friedrich Müller. **Quem é o Povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. P. 115

³⁷ CRUZ, Paulo Márcio. Repensar a Democracia. In: CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI**. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí, 2011. P. 20

os limites geográficos puros e simples não são mais aplicáveis ao âmbito comunitário para além das experiências locais, conforme se infere: “Tais premissas demonstram a incompatibilidade das noções clássicas de democracia e de cidadania com a desterritorialização provocada pela globalização, o que coloca a necessidade de pensarmos o conteúdo e a extensão de tais noções e práticas.”³⁹

Pela pluralidade de interesses em conflito, além das diferentes aceções dos conceitos, resta hialino que perde força a democratização da globalização para fazer ascender a globalização da Democracia, na medida em que o poderio econômico implica por inferir diretamente nos processos democráticos internos das nações. Desta feita, a justiça e a igualdade são meios, e a Democracia passa a ser o princípio e o fim.

3. SEGURANÇA PÚBLICA E O COMBATE A CRIMINALIDADE

Inicialmente, importante estabelecer que a Segurança Pública surge como manutenção do Estado de ordem e repressão a tudo que venha por em perigo a paz social.

Assim, o Estado deve se fazer presente em todas as definições, sendo os órgãos de polícia os únicos agentes competentes de oporem-se a violência e responsáveis a assegurar a Segurança Pública.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 estabelece em seu art. 144⁴⁰ o tocante a Segurança Pública, visando, em especial, a manutenção e a preservação da ordem pública.

Desta forma, sabe-se que a Segurança Pública é imprescindível para o desenvolvimento humano, bem como garantidor da qualidade de vida.

Contudo, tem-se a consciência que paralelo ao desenvolvimento e crescimento socioeconômico, resultam desigualdades e desequilíbrios, o que acarreta em comportamento de violência.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 123

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P.124

⁴⁰ Art. 144. [...]

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares

Tal comportamento negativo, acaba por gerar receios e temores junto a sociedade e tal situação reflete na economia, no convívio entre as pessoas, ocasionando o afastamento de novos investimentos nos centros urbanos.

O diagnóstico do desarranjo da segurança pública coincide diretamente com os desarranjos de ordem social, decorrentes da distribuição da renda, da favelização, da falta de estruturas educacionais e de saneamento básico, entre outras. Portanto, não há como falar na alteração do cenário da segurança pública, se não for alterado o cenário socioambiental, pois estão interligados nas ações e nos resultados⁴¹.

Em razão disso, nota-se que os resultados decorrentes desses desarranjos são mensuráveis, uma vez que os conflitos das desigualdades, muitas vezes, acabam resultando em atos de violência.

Oliveira⁴² afirma que muitos são os conceitos formulados para a expressão segurança pública, contudo, destaca a referida autora, enfatizando a lição de Clóvis Henrique Leite de Souza, que a Segurança Pública é o conjunto de processos destinados a garantir o respeito às leis, bem como a manutenção da paz social e ordem pública, incluindo nesse contexto ações visando a prevenção e o controle de manifestações de criminalidade e da violência, tendo por finalidade garantir o exercício dos direitos fundamentais.

No que diz respeito à violência e a criminalidade, oportuno transcrever a relação existente entre Segurança Pública e suas várias concepções:

A criminalidade é uma doença, um câncer, que deve ser extirpado do corpo social e à polícia incumbe à tarefa de acabar com a criminalidade e restabelecer a paz. Não há sociedade sem crime, portanto, acabá-lo é, pois, meta inatingível. O que é possível é mantê-la em níveis aceitáveis, que serão coerentes com a realidade social. E essa tarefa não é só da polícia. É preciso resgatar a visão do todo. A polícia é o símbolo mais visível do sistema oficial de controle social. A expectativa da comunidade e dos próprios policiais é de que a polícia vença a criminalidade; afastem os criminosos do nosso convívio e voltemos a ter paz. Errado! O crime é um problema de todas as instâncias formais e informais, e não só da polícia. Uma sociedade que não se interessa pelas raízes do problema do crime e da violência, que pensa que sua segurança será maior na medida em que for maior o número de criminosos atrás das grades; que não consegue desenvolver sentimentos de solidariedade; que permanece indiferente, é cruel, insensível e merece a taxa de criminalidade que tem. Sem um diálogo entre diversas instâncias, formais e informais, sem crítica e autocritica constantes, sem reconhecer cada uma delas, suas limitações, sem buscar enxergar o todo, o nosso sistema repressivo vai continuar combatendo a criminalidade que ele próprio reproduz, reproduzindo a criminalidade que pretende combater.⁴³

⁴¹ MELE, João Leonardo. **Projeto de Revitalização Socioambiental**. Guarujá. 2009. Disponível em <<http://www.issa.net.br/upload/arquivofile/tipoarquivofile/4e732ced3463d06de0ca9a15b6153677.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014. p. 20

⁴² OLIVEIRA, Ana Patricia da Cunha. **A responsabilidade civil do Estado em relação à segurança pública: o fenômeno bala perdida**. 13 nov. 2010. Disponível em: <www.jus.com.br/revista/autor/ana-patricia-da-cunha-oliveira>. Acesso em: 20 abr. 2014. P. 13

⁴³ OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A Polícia e o Mito da Paz**. Folha de São Paulo. 27 dez. 1997. p. 03

Ademais, tem-se acerca do fenômeno da violência na sociedade brasileira, segundo a lição de Bastos Neto⁴⁴, o que segue:

Não podemos pretender extinguir a violência e a agressão, mas podemos e devemos buscar mecanismos tanto ao nível individual quanto coletivo, para colocar em termos aceitáveis o fenômeno da violência e da criminalidade, porque são problemas que atingem diretamente a ordem pública e a existência das pessoas.

Nota-se que de acordo com Rolim⁴⁵ que “parece evidente que políticas econômicas de caráter distributivo, a diminuição das taxas de desemprego e melhorias em outros indicadores sociais são decisivas para um enfrentamento a longo prazo da criminalidade”.

A redução dos atos infracionais e uma melhora nos indicadores de integração social normalmente produzem uma série de outros benefícios, inclusive econômicos. Tais benefícios vão desde maior oferta de empregos, maior arrecadação de impostos e aumento dos investimentos nas comunidades à diminuição da demanda em relação à justiça criminal e aos serviços de assistência social e de saúde pública.⁴⁶

Sabe-se ainda que o Estado, em conjunto com a sociedade, vem buscando mecanismos visando a redução da criminalidade, assim como dos atos violentos perpetrados pelas organizações criminosas e seus integrantes, a fim de evitar ou minimizar que ações violentas venham ser disseminadas no seio da comunidade.

Assim, políticas de segurança pública são fundamentais, conforme se infere:

As políticas devem ter metas claras e definidas, que devem ser alcançadas através de medidas confiáveis para a avaliação desses objetivos e pelos meios disponíveis para sua realização de forma democrática. A condição desejável a ser perseguida pode consistir na redução de alguns tipos de crimes específicos a um custo razoável para sua implementação.⁴⁷

No tocante a questão da preservação da Ordem Pública, importante definir a mesma, a fim de compreender a função desempenhada pela polícia em sua manutenção.

O Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983, que aprova o Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), conceitua Ordem Pública como:

Ordem Pública: conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmonioso e pacífico, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum.

O termo Ordem Pública possui muitas definições possíveis, pois os conceitos dados a ele conduzem a entendimentos amplos e genéricos, variando no tempo e no espaço, se

⁴⁴ BASTOS NETO, Osvaldo. **Introdução à segurança pública como segurança social: uma hermenêutica do crime**. Salvador, 2006. Disponível em: <http://www.observatorioseguranca.org/pdf/livro_osvaldo.pdf> Acesso: 02 ago. 2014. p. 14

⁴⁵ ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006. p.65

⁴⁶ ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006. p. 109

⁴⁷ BEATO FILHO, Cláudio C. Políticas públicas de segurança e a questão policial. **São Paulo Perspec**. 1999. p. 10

modificando a todo o momento⁴⁸.

Assim, pode-se dizer que Ordem Pública é uma situação normal de legalidade e moralidade, ou seja, a ordem pública estará presente na ausência de desordem, de atos de violência de qualquer espécie.

4. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Ao que se refere a Sociedade de Risco, ante ao desenvolvimento desenfreado e surgimento de crises, Ulrich Beck⁴⁹, a estabelece no sentido em que se vive em um mundo fora de controle, inexistindo a certeza.

O citado autor expõe que a expressão “risco” possui dois sentidos antagônicos, onde, o primeiro, aplica-se a um mundo governado inteiramente pelas leis da probabilidade, onde tudo é mensurável e calculável, isto é, os “riscos que não podem ser mensurados”.

Essas “verdadeiras” incertezas, **reforçadas por rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas**, estão criando uma nova paisagem de risco global. Em todas essas novas tecnologias incertas de risco, estamos separados da possibilidade e dos resultados por um oceano de ignorância [...] ⁵⁰(sem grifo no original).

Diante dessa sociedade de risco, tem-se o surgimento de organizações criminosas, as quais aproveitam-se da situação de fragilidade social ou de inércia por parte do Estado, onde, paralelamente a realidade por nós vivenciadas, se fortalecem, criando mecanismos a fim de burlar a legislação vigente e fomentando o caos na sociedade.

Os chamados novos riscos estão directamente relacionados com o fenómeno da globalização e com a insegurança derivada dos desenvolvimentos técnico-científicos. São infligidos ou potenciados por decisões humanas não intencionais, são transfronteiriços, ubiqüitários, transgeracionais, imprevisíveis, indetectáveis, invisíveis, inseguráveis, incalculáveis, dinâmicos, complexos, têm uma dimensão social, desenvolvendo-se e transformando-se técnico-socialmente muito rápido, e escapam ao controle [...] ⁵¹

Importante destacar, segundo o ensinamento de Marwell⁵² que no que diz respeito ao combate à criminalidade transnacional dos Estados necessitam de uma ação que prime pela reestruturação interna, assim como também internacional do ambiente político, econômico e social que fomenta tal comportamento negativo.

⁴⁸ LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.52

⁴⁹ BECK, Ulrich. **Incertezas Fabricadas**. Entrevista concedida à revista eletrônica IHU On-Line, disponível no site: <http://www.ihuonline.unisinos.br/uploads/edicoes/1158345309.26pdf.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2014.

⁵⁰ BECK, Ulrich. **Incertezas Fabricadas**. Entrevista concedida à revista eletrônica IHU On-Line, disponível no site: <http://www.ihuonline.unisinos.br/uploads/edicoes/1158345309.26pdf.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2014.

⁵¹ DIAS, Vera Elisa Marques. **A problemática da investigação do cibercrime**. Lisboa, 2010. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/veradias_investigacaocibercrime.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2014. P. 26

⁵² MARWELL, Tatiana Eulálio D.G. **A transnacionalidade do crime no mundo globalizado**. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/Prof.%20Tatiana.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2014. P. 7

[...] É sabido que a criminalidade nacional e internacional está intrinsecamente ligada a problemas profundos resultantes de desequilíbrios econômicos internos dos países, regimes autoritários e a falta de oportunidade. A oferta de bons empregos, a disponibilidade de meios essenciais a uma vida digna, enfim, um mundo em desenvolvimento, sem restrições, sem excluídos, já seria, desde logo, um agente inibidor da criminalidade, inclusive transnacional, de modo que, a exemplo disso, os agricultores afegãos e latino-americanos não venham a depender do cultivo e comercialização internacional da droga para sustentar suas famílias em um mundo marcado por uma grande pobreza em meio a tanta abundância.⁵³

Tem-se como organização criminosa, segundo a Convenção de Palermo⁵⁴:

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material

Pode-se verificar ainda, que a globalização socioeconômica, também proporcionou a disseminação de ações criminosas além fronteiras, extrapolando assim, os limites territoriais, buscando persuadir e evitar a responsabilização pelas práticas delitivas realizadas.

O crime organizado transnacional, quando a execução, bem como o planejamento de um crime acabe envolvendo mais de um país, e de acordo com o ensinamento de Werner⁵⁵, pode ser definido como:

[...] uma manifestação dos grupos organizados que apresentam as seguintes características: a) baseados em um Estado, b) cometem seus crimes em um, ou geralmente em diversos países anfitriões em razão das condições de mercado favoráveis; e c) as atividades ilícitas desenvolvidas apresentam baixo grau de risco de serem descobertas [...]

Importa observar que há no ordenamento jurídico brasileiro, legislação vigente que esclarece e tipifica, efetivamente, a organização criminosa.

Está se falando da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, a qual define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

A norma em questão, mais precisamente no art. 1º, § 1º, define organização criminosa como sendo:

[...] a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou

⁵³ MARWELL, Tatiana Eulálio D.G. **A transnacionalidade do crime no mundo globalizado**. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/Prof.%20Tatiana.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2014. P. 7

⁵⁴ BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

⁵⁵ WERNER, Guilherme Cunha. **O crime organizado transnacional e as redes criminosas: presença e influência das relações internacionais contemporâneas**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Departamento de Ciência Política. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-04092009-163835/>>. Acesso em: 01 ago. 2014. P. 50

indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Pode-se observar que o legislador pátrio faz menção ao caráter transnacional do crime organizado, ampliando o alcance na responsabilização dos agentes criminosos quando da prática delitiva caracterizadora de organização criminosa.

Nota-se que estabeleceu-se como requisito caracterizador de organização criminosa que os crimes devem ter penas superiores a 4 (quatro) anos.

Contudo, quando da caracterização da transnacionalidade da ação/conduita criminosa, a tipificação não está relacionada a pena especificada em lei, mas ao Estado da transposição de fronteiras nacionais.

Ademais, sob o prisma internacional, cabe salientar a majoração da pena imposta quando, dentre outras estabelecidas, se caracterizada circunstâncias que evidenciem a transnacionalidade da organização⁵⁶.

Aliado a isso, insta salientar que:

[...] a promulgação de diversos tratados internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil sobre a cooperação jurídica internacional, mediante os quais o Estado partilha da preocupação com a escalada da criminalidade transnacional e reconhece que a cooperação interjurisdicional é forma de realização de justiça diligente e eficaz, comprometendo-se a honrar com as obrigações internacionais assumidas por meio daqueles diplomas.⁵⁷

É o que se pode observar no disposto no art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013, onde a legislação em questão também é aplicável quando:

[...] I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

⁵⁶ Vide BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

(...) Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. (...)

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): (...)

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

⁵⁷ ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. **Apontamentos sobre a jurisprudência do STJ e do STF em matéria de procedimentos transnacionais de cooperação jurídica**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1355/1143>>. Acesso em: 06 abr. 2014.

Ressalta-se ainda o aspecto da transnacionalidade contido no art. 9º⁵⁸ da já referenciada lei, que versa quando da existência de ação controlada que venha a transpor fronteiras, deverá ocorrer com a cooperação das autoridades de outros países.

O Artigo 9º trata da ação controlada que envolva a transposição de fronteiras, com a cooperação das autoridades de outros países. O artigo analisado trata de exigência para se evitar conflitos diplomáticos, pois que o direito internacional não autoriza um Estado a agir ou intervir no território de outro. Nesses casos acreditamos que a operacionalização das ações de cunho policial deverão se dar com a Interpol, até porque em determinados Estados ou blocos de países como a União Europeia, as polícias possuem, em casos específicos, uma liberdade e abrangência maior para atuação no combate a crimes transnacionais operados por organizações criminosas.⁵⁹

Sabe-se que no Brasil, é de competência da Polícia Federal a atribuição ao combate às infrações com repercussão internacional, conforme dispõe o art. 144, § 1º⁶⁰ da Carta Constituinte de 1988.

5. CONVENÇÃO DE PALERMO

A Convenção de Palermo forneceu a nomenclatura adotada para referenciar a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a qual foi adotada em Assembleia da Organização das Nações Unidas – ONU em novembro de 2000, em Nova York (EUA), mais precisamente na XXX Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, onde contou com o apoio do governo brasileiro.

No Brasil, a Convenção de Palermo só foi reconhecida quatro anos depois, com a edição do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

⁵⁸ Vide BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

(...) Art. 9º Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

⁵⁹ FERREIRA FILHO, Juvenal Marques. **Aspectos práticos da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18 (/revista/edicoes/2013), n. 3736 (/revista/edicoes/2013/9/23), 23 (/revista/edicoes/2013/9/23) set. (/revista/edicoes/2013/9) 2013 (/revista/edicoes/2013). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25355>>. Acesso em: 8 jun. 2014

⁶⁰ Art. 144 - A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...]

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei.

Cumprе ressaltar que a citada Convenção não busca tipificar condutas delitivas, mas tão somente, traça diretrizes de conduta aos países-parte no combate ao crime organizado transnacional.

A Convenção de Palermo é o ato normativo internacional mais abrangente no combate ao crime organizado transnacional, que prevê medidas e técnicas especiais de investigação na prevenção, controle e combate à criminalidade organizada. Outros três tratados internacionais foram adotados pela ONU para, em conjunto e integrados com a Convenção de Palermo, alavancar a iniciativa mundial contra a crescente investida da criminalidade organizada transnacional, uniformizar e balizar o procedimento das autoridades encarregadas da aplicação da lei. São instrumentos específicos e pontuais que complementam o teor da Convenção de Palermo e, por isso, são chamados de protocolos adicionais^{61 62} (sem grifo no original)

Aliado a isso, a Convenção de Palermo determina que para o combate efetivo do crime organizado transnacional, há a necessidade de cooperação internacional entre os Estados signatários através de certas ações, como transferência de pessoas condenadas; assistência judiciária recíproca; investigações conjuntas, entre outras.

Salienta-se que a Convenção ora referenciada, traça algumas características a fim de, efetivamente, caracterizar a organização criminosa transnacional, dentre estas a de grupo organizado para o cometimento de crime, violência, corrupção, dentre outras formas que visam a arrecadação de lucros e o controle de território, a lavagem de dinheiro, a possibilidade de cooperação com outros grupos do crime organizado transnacional e a potencialidade de expansão de outras atividades além fronteiras, figura esta que encontra-se caracterizada no art. 2º da citada Convenção, ao definir crime transnacional organizado.

No que se refere a extradição, nas situações que em um Estado Parte esteja no seu território o provável autor da infração penal, quando não proceder a extradição do mesmo em razão, única e simplesmente por ser seu cidadão, deverá, por solicitação do Estado Parte requerente da extradição, submeter o caso, sem demora excessiva, às suas autoridades competentes para efeitos de procedimento judicial.

[...] Estas autoridades tomarão a sua decisão e seguirão os trâmites do processo da mesma forma que em relação a qualquer outra infração grave, à luz do direito interno deste Estado Parte. Os Estados Partes interessados cooperarão entre si, nomeadamente em matéria processual e probatória, para assegurar a eficácia dos referidos atos judiciais.⁶³

⁶¹ São estes os protocolos adicionais mencionados na Convenção de Palermo: Protocolo para Prevenir e Punir o Tráfico de Pessoas; Protocolo Contra o Contrabando de Pessoas por Terra, Mar e Ar e Protocolo Contra a Produção Ilícita e o Tráfico de Armas de Fogo, suas Partes, Componentes e Munição

⁶² ADÉ DIVERSIDADE, Instituto. **O Crime Organizado na visão da Convenção de Palermo**. Disponível em: <www.institutoadediversidade.com.br/justica/o-crime-organizado-na-visao-da-convencao-de-palermo/>. Acesso em: 08 ago. 2014.

⁶³ BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

Visto de maneira breve acerca do crime transnacional organizado e da definição internacional deste estabelecida pela Convenção de Palermo, prima-se a seguir destacar a aplicação da transnacionalidade nas decisões judiciais, ante as razões e aspectos conceituais já apresentados ao longo desta pesquisa.

6. EXEMPLIFICANDO A APLICAÇÃO DA TRANSNACIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Inicialmente, interessante destacar a lição de Lupi⁶⁴, onde destaca a expressão transjudicialismo, ante a possibilidade de “diálogo entre cortes de sistemas jurídicos diferentes e de recepção das experiências de outras jurisdições”.

Estabeleceu ainda o referenciado autor quanto a possibilidade de comunicação horizontal dos Tribunais brasileiros, ou seja, do entendimento entre tribunais de igual estatura, como as cortes superiores de dois Estados soberanos.

Insta salientar que no tocante ao aspecto da transnacionalidade das decisões e da necessidade de cooperação jurídica entre os Estados:

[...] as sentenças e demais atos jurisdicionais de um dado Estado estão circunscritos aos limites geográficos do seu território nacional. Estes atos perderão a força mandamental caso ultrapassem as fronteiras da jurisdição doméstica do país de origem, vem daí a necessidade pela cooperação jurídica internacional a fim de efetivar a prestação jurisdicional quando os elementos desta transbordam os limites geográficos da jurisdição doméstica do Estado em que esta ocorre.⁶⁵

Tibúrcio⁶⁶ fortalece o aspecto da cooperação judiciária internacional, em razão da jurisdição e da divisão geopolítica, conforme se infere:

[...] do ponto de vista jurídico, o mundo é fracionado em jurisdições, alinhadas, via de regra, às lindes de divisão geopolítica vigentes. Como as decisões e ordens expedidas pela autoridade judiciária de cada Estado têm eficácia somente naqueles limites territoriais de jurisdição, freqüentemente surge a necessidade de estabelecer uma cooperação judiciária internacional.

A Convenção de Palermo traça mecanismos relacionados a reciprocidade judiciária, seja no âmbito das investigações, dos processos ou outros atos judiciais relacionadas as infrações penais estabelecidas na Convenção.

⁶⁴ LUPI, André Lipp Pinto Basto. **Jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo**. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (org) **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010. P. 123

⁶⁵ ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. **Apontamentos sobre a jurisprudência do STJ e do STF em matéria de procedimentos transnacionais de cooperação jurídica**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1355/1143>>. Acesso em: 06 abr. 2014. P. 3

⁶⁶ TIBURCIO, Carmen. **Temas de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 159

Tal cooperação judiciária somente será possível, desde que permitidas pela legislação, “tratados, acordos e protocolos pertinentes do Estado Parte requerido, no âmbito de investigações, processos e outros atos judiciais relativos a infrações pelas quais possa ser considerada responsável uma pessoa coletiva no Estado Parte requerente”⁶⁷.

É dizer, que enquanto os Estados podem corresponder o exercício dos direitos a sua legislação interna, poderá obter-se uma dimensão supranacional de justiça quando seja o mesmo Estado o que admita a jurisdição internacional, subordinando seu ordenamento jurídico e as disposições que regem o direito transnacional e tolerando um novo marco de composição baseado no espírito de colaboração e reciprocidade entre as Nações.⁶⁸

Silva⁶⁹, enfatiza acerca da tutela judicial transnacional, necessária nos dias de hoje, ante a constância existente nas relações jurídicas, as quais, perpassam as fronteiras de um Estado.

Assim, cabe aqui mencionar, dentro das decisões proferidas pelos Tribunais pátrios, exemplos de manifestações de uso da norma transnacional, dada a previsão constitucional, mais precisamente o art. 109, V da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por exemplo, quanto a competência do Juiz Federal em processar e julgar os crimes estabelecidos em tratados e convenções internacionais, “quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no exterior, ou reciprocamente”.

É o caso da competência da Justiça Federal no julgamento relacionado a pornografia infantil veiculado, via internet.

[...] Assim, tendo em vista ser o Brasil signatário da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710/1990) e diante da antevisão da transnacionalidade do delito, consistente na veiculação, via internet (Orkut), de fotografias contendo pornografia infanto-juvenil, tenho que a competência para processar e julgar o presente feito é da Justiça Federal [...] ⁷⁰

O magistrado fez menção em sua decisão de precedente do Supremo Tribunal Federal – STF, bem como do próprio TRF1⁷¹, aduzindo quanto a transnacionalidade dos crimes sob análise e perpetrados, via Internet, “é inerente ao próprio ambiente da rede, que permite o acesso de qualquer pessoa à página do Orkut, em qualquer lugar do mundo, desde que conectada à rede e pertencente à referida rede social”.

⁶⁷ SEITENFUS, Ricardos. **Legislação Internacional**. 2. ed. Barueri: São Paulo, 2009. P. 208

⁶⁸ CUNHA, José Sebastião Fagundes. Justiça supranacional ou transnacional. s.d. Disponível em: <http://www.fagundescunha.org.br/artigos/justica_supranacional.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2014. P. 9

⁶⁹ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Princípios fundamentais e regras gerais da cooperação interjurisdicional consagrados na proposta de Código Modelo para a Ibero-América**. Revista Forense v. 388, p. 477-478. Rio de Janeiro: Forense, nov/dez 2006.

⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Recurso em Sentido Estrito nº 0027165-13.2012.4.01.3500**. Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro. Brasília DF. e-DJF1 p.154 de 22/03/2013. Disponível em <<http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23084064/recurso-em-sentido-estrito-rse-27165-go-0027165-1320124013500-trf1>> Acesso em: 15 ago. 2014.

⁷¹ TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Outro exemplo relacionado a ação criminosa transnacional e de análise do Poder Judiciário é o tráfico de entorpecentes, o qual, já de longa data, encontra-se estruturado em redes internacionais.

Tráfico de entorpecentes. Indícios de transnacionalidade. Competência da Justiça Federal. Havendo indícios da transnacionalidade do tráfico de drogas, adquiridas em viagem a Foz do Iguaçu, fronteira com o Paraguai, firma-se a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento, tendo em vista o disposto no art. 70 da Lei 11.343/2006 e no art. 109, V, da CF. Unânime.⁷²

Ainda tem-se a seguinte decisão:

Penal e Processo Penal. Exceção de incompetência rejeitada. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Transnacionalidade. Configuração.

I. Não havendo recurso próprio contra a decisão que rejeita exceção de incompetência, consoante doutrina e jurisprudência pátrias, tal exceção deve ser argüida como preliminar, em razões de apelação, ou por meio de habeas corpus, como no caso.

II. A nova lei de drogas, a fim de combater com maior eficácia e rigor o crime de tráfico internacional, flexibilizou o conceito de internacionalidade antes existente (Lei 6368/1976, art. 18, inc. I). Hoje, basta que a natureza e as circunstâncias dos fatos indiquem a ocorrência de tráfico com o exterior para ser aplicada a causa de aumento de pena prevista em seu art. 4º, I, e, também, ser fixada a competência da Justiça Federal para processar e julgar a causa.

III. Correta a decisão que rejeitou a exceção de incompetência, mantendo o processamento do feito na Justiça Federal.

IV. Ordem de habeas corpus denegada.⁷³

Interessante mencionar a impossibilidade de redução da pena de tráfico de drogas relacionada a transnacionalidade do delito:

HABEAS CORPUS. CONTROVÉRSIA SOBRE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO PACIENTE COM BASE NA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS: TRANSNACIONALIDADE DO TRÁFICO, QUANTIDADE DA DROGA E FORMA DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Na espécie, os fatos que ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (transnacionalidade do crime, quantidade da droga e forma de acondicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades criminosas.

2. A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas [...]⁷⁴.

Importa observar que, em regra, a competência para processar e julgar os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é da Justiça Estadual, contudo, nas hipóteses de crime

⁷² BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Recurso em Sentido Estrito nº 0003271-27.2011.4.01.3311**. Relator: Desembargador Olindo Menezes. Brasília DF. e-DJF1 p.103 de 27/04/2014. Disponível em < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/68685129/trf-1-07-04-2014-pg-103/pdfView>> .Acesso em 15 ago. 2014.

⁷³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Habeas Corpus nº 2009.01.00.016297-9**. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Brasília DF. e-DJF1 p.337 de 17/04/2009. Disponível em < <http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3614328/habeas-corpus-hc-16297-pa-20090100016297-9>> Acesso em: 15 ago. 2014.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 106.762 São Paulo**. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. DJe 01/08/2011. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1296007>> Acesso em: 15 ago. 2014.

internacional, ou seja, envolvendo mais de um país, por exemplo, a competência passa a ser da justiça federal, desde que, efetivamente existam indícios da procedência da origem.

Nesse sentido, pode-se citar recente decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

REVISÃO CRIMINAL ART. 621, I E III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06). PRETENSÃO ANULAÇÃO DA SENTENÇA. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGAMENTO DO FEITO DIANTE DA POSTERIOR CONDENAÇÃO, PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL, POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO TRANSNACIONAL (ART. 35, C/C ART. 40, I, DA LEI N. 11.343/06). CONEXÃO INTERSUBJETIVA CONCURSAL ENTRE OS CRIMES NÃO VERIFICADA. FEITO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL JÁ JULGADO EM DEFINITIVO. INEXISTÊNCIA DE UNIDADE DE PROCESSOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 235 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICANDO A TRANSNACIONALIDADE NO CRIME DE TRÁFICO APURADO PELA JUSTIÇA ESTADUAL. REVISIONAL INDEFERIDA⁷⁵.

Da mesma forma, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERNACIONALIDADE DO TRÁFICO NÃO CONFIGURADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

I. Embora existam indícios de que o entorpecente teria sido adquirido na Colômbia, inexistente prova da transnacionalidade da conduta, firmando-se a competência da justiça estadual para o processo e julgamento do feito.

II. O simples fato de a cocaína ter sido provavelmente adquirida na Colômbia não atrai a competência da Justiça Federal, pois, se assim fosse considerado, toda a apreensão da droga no país configuraria tráfico internacional, eis que o Brasil não produz tal entorpecente.

III. Não restando demonstrada a internacionalidade do tráfico de entorpecentes, delito capaz de atingir bem, serviço ou interesse da União, hábil a atrair a competência da Justiça Federal, sobressai a competência da Justiça Estadual.

IV. Conflito conhecido para declarar competente o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Paranaíta/MT, ora suscitado.⁷⁶ (CC n. 113.464/MT, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 17/3/2011).

Por fim, tem-se ainda o entendimento, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça – STJ, da desnecessidade de caracterização do crime de tráfico internacional da efetiva transposição de fronteiras, conforme julgamento do HC 129.413/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 13.06.2011⁷⁷.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Revisão Criminal 2013.045634-8**. Relatora: Desembargadora Marli Mosimann Vargas. Disponível em <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24729500/revisao-criminal-rvc-20130456348-sc-2013045634-8-acordao-tjsc/inteiro-teor-24729501>> Acesso em: 15 ago. 2014.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 113.464-MT**. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ 14/03/2011. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18488714/conflito-de-competencia-cc-113464-mt-2010-0147904-8/inteiro-teor-18488715>> Acesso em: 15 ago. 2014.

⁷⁷ [...] o reconhecimento da transnacionalidade não fica condicionado à transposição das fronteiras nacionais, bastando a caracterização do dolo do agente em levar a droga para o exterior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre os aspectos conceituais expostos - voltados à concepção da categoria “transnacionalidade” - tem-se que ela tem por finalidade abarcar todas as normas reguladoras dos fatos e atos que por ventura venham ultrapassar as fronteiras dos Estados, seja no âmbito do direito público ou privado.

Neste norte, o Estado sem fronteiras como também é chamado, busca o equilíbrio resultante das transformações da globalização, primando adaptar-se as necessidades que surgem na sociedade, renovadas de justiça e da cooperação entre os Estados.

Ao que se refere ao fenômeno da globalização, este deve ser compreendido não sob o ponto de vista que busque uma transformação de comportamento político, social e cultural, não se restringindo apenas no aspecto econômico.

Dessarte, importa então observar que o crescimento socioeconômico e o desenvolvimento desenfreado, resulta, em muitos casos, em comportamentos de insegurança, havendo a necessidade, mesmo dentro dos espaços públicos transnacionais, fomentar o controle dessas condutas.

Nesse sentido, tem-se a segurança pública para a manutenção do Estado democrático de direito, na preservação da ordem pública, bem como de ações repressivas quando do desequilíbrio da convivência harmônica em sociedade, primando, sempre, pela paz social.

Sabe-se ainda, que em paralelo ao crescimento socioeconômico, Também nascem desigualdades e desequilíbrios inseridos no seio social, o que fomenta muitas vezes o desenvolvimento de um comportamento de violência e criminalidade inserida na sociedade de risco.

As organizações criminosas surgem em virtude da fragilidade social e, muitas vezes, diante da inércia do Estado, criando mecanismos que visam o enriquecimento ilícito e o crescimento desordenado da violência.

No que diz respeito ao combate a criminalidade, em especial, a transnacional, deve o Estado primar na reestruturação de suas ações e políticas internacionais em diversos aspectos, seja ele social, cultural, político ou econômico, a fim de evitar ou minimizar tais ações delitivas.

A Convenção de Palermo, ratificada pelo Estado Brasileiro no ano de 2004, através do Decreto nº 5.015/2014, bem caracterizou as organizações criminosas e suas finalidades, voltadas no cometimento de crimes visando o benefício econômico.

Ademais, em virtude do desenvolvimento socioeconômico global, ajustou na dispersão de ações criminosas além fronteiras, ou seja, transpassando os limites territoriais, surgindo então, o crime organizado transnacional, caracterizado quando o planejamento e execução da ações ilícitas envolva mais de um país.

A Convenção em comento estabelece ainda algumas ações criminosas caracterizadoras da organização criminosa transnacional, dentre estas a existência de um grupo organizado para a prática de delitos, emprego de violência, corrupção ou qualquer outro comportamento que prime na obtenção de lucro e/ou lavagem de dinheiro, aliada a cooperação além fronteiras.

Referente as manifestações dos Tribunais pátrios nas situações caracterizadoras da transnacionalidade dos crimes, o que se pode observar é o diálogo existente entre jurisdições distintas e a possibilidade de entendimento entre cortes superiores de dois Estados, ou seja, da cooperação jurídica internacional.

Tal reciprocidade pode ser observada na Convenção de Palermo, seja nas investigações, processos e demais atos judiciais relacionadas as infrações penais, ressaltando que desde que permitidas em acordos firmados entre os Estados parte.

O que pode ser observado, dentre as decisões expostas, é a relação com o aspecto da competência e jurisdição para apreciação dos fatos que caracterizem a efetiva transposição de fronteiras e assim, a transnacionalidade da prática delitiva, qual seja, da Justiça Federal, como nas situações de pornografia infantil e tráfico de entorpecentes, estruturados em redes internacionais, necessitando a estruturação de uma tutela judicial transnacional, a fim de atender as demandas que ultrapassam os limites territoriais de um país.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADÉ DIVERSIDADE, Instituto. **O Crime Organizado na visão da Convenção de Palermo.** Disponível em: <www.institutoadediversidade.com.br/justica/o-crime-organizado-na-visao-da-convencao-de-palermo/>. Acesso em: 08 ago. 2014.

ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. **Apontamentos sobre a jurisprudência do STJ e do STF em matéria de procedimentos transnacionais de cooperação jurídica.** Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1355/1143>>.

Acesso em: 06 abr. 2014.

BASTOS NETO, Osvaldo. **Introdução à segurança pública como segurança social: uma hermenêutica do crime.** Salvador, 2006. Disponível em: <http://www.observatorioseguranca.org/pdf/livro_osvaldo.pdf> Acesso: 02 ago. 2014.

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

BEATO FILHO, Cláudio C. Políticas públicas de segurança e a questão policial. **São Paulo Perspec.** 1999.

BECK, Ulrich. **Crônicas desde el mundo de la política interior global.** Barcelona: Paidós, 2011.

BECK, Ulrich. **Incertezas Fabricadas.** Entrevista concedida à revista eletrônica IHU On-Line, disponível no site: <http://www.ihuonline.unisinos.br/uploads/edicoes/1158345309.26pdf.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2014.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo: resposta à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa.** São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 113.464-MT.** Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ 14/03/2011. Disponível em

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18488714/conflito-de-competencia-cc-113464-mt-2010-0147904-8/inteiro-teor-18488715>> Acesso em: 15 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 106.762 São Paulo**. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. DJe 01/08/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1296007>> Acesso em: 15 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Revisão Criminal 2013.045634-8**. Relatora: Desembargadora Marli Mosimann Vargas. Disponível em <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24729500/revisao-criminal-rvc-20130456348-sc-2013045634-8-acordao-tjsc/inteiro-teor-24729501>> Acesso em: 15 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Habeas Corpus nº 2009.01.00.016297-9**. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Brasília DF. e-DJF1 p.337 de 17/04/2009. Disponível em <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3614328/habeas-corpus-hc-16297-pa-20090100016297-9>> Acesso em: 15 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Recurso em Sentido Estrito nº 0027165-13.2012.4.01.3500**. Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro. Brasília DF. e-DJF1 p.154 de 22/03/2013. Disponível em <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23084064/recurso-em-sentido-estrito-rse-27165-go-0027165-1320124013500-trf1>> Acesso em: 15 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Recurso em Sentido Estrito nº 0003271-27.2011.4.01.3311**. Relator: Desembargador Olindo Menezes. Brasília DF. e-DJF1 p.103 de 27/04/2014. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/68685129/trf-1-07-04-2014-pg-103/pdfView>> Acesso em 15 ago. 2014.

CRUZ, Paulo Márcio. Repensar a Democracia. In: CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. seleção e organização dos capítulos Emanuela Cristina Andrade Lacerda. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais**. Direito e Transnacionalidade. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2010.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. **Justiça supranacional ou transnacional**. s.d. Disponível em: <http://www.fagundes Cunha.org.br/artigos/justica_supranacional.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2014.

DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis, 2009.

DIAS, Vera Elisa Marques. **A problemática da investigação do cibercrime**. Lisboa, 2010. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/veradias_investigacaocibercrime.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2014.

FERREIRA FILHO, Juvenal Marques. Aspectos práticos da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3736, 23 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25355>>. Acesso em: 8 jun. 2014

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do Direito Unisc**, Santa Cruz do Sul nº 33, p. 103-129, JAN-JUN 2010. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801/1598>>. Acesso em: 06 abr. 2014.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. 1. ed.. Tradução de Carlos Ramires Pinheira da Silva. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1965.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. Jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (org) **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARWELL, Tatiana Eulálio D.G. **A transnacionalidade do crime no mundo globalizado**. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/Prof.%20Tatiana.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

MELE, João Leonardo. **Projeto de Revitalização Socioambiental**. Guarujá. 2009. Disponível em: <<http://www.issa.net.br/upload/arquivofile/tipoarquivofile/4e732ced3463d06de0ca9a15b6153677.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

MORIN, Edgar. **A Via: para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mara Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

MÜLLER, Friedrich Müller. **Quem é o Povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

OLIVEIRA, Ana Patricia da Cunha. **A responsabilidade civil do Estado em relação à segurança pública: o fenômeno bala perdida**. 13 nov. 2010. Disponível em: <www.jus.com.br/revista/autor/ana-patricia-da-cunha-oliveira>. Acesso em: 20 abr. 2014.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A Polícia e o Mito da Paz**. Folha de São Paulo. 27 dez. 1997.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Revista Estudos Jurídicos**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635/2178>>. Acesso em: 02 ago. 2014.

PRADO, Lucas de Melo. Política Jurídica, Transnacionalidade e Jurisdição Constitucional. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP, a.17, n.25, 2013**. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/771/908>>. Acesso em: 02 ago. 2014.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

SEITENFUS, Ricardos. **Legislação Internacional**. 2. ed. Barueri: São Paulo, 2009.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Princípios fundamentais e regras gerais da cooperação interjurisdicional consagrados na proposta de Código Modelo para a Ibero-América**. Revista Forense v. 388, p. 477-478. Rio de Janeiro: Forense, nov/dez 2006.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. Direito e Transnacionalidade. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (org) **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Estado, Globalização e Soberania: Fundamentos Político-Jurídicos do Fenômeno da Transnacionalidade. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1915.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TIBURCIO, Carmen. **Temas de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WERNER, Guilherme Cunha. **O crime organizado transnacional e as redes criminosas: presença e influência das relações internacionais contemporâneas**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Departamento de Ciência Política. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-04092009-163835/>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

SOCIAL HOUSING: TUTELA DE PROPRIEDADE E DE DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA

Celso Costa Ramires¹

Clayton Marafioti Martins²

INTRODUÇÃO

A legislação pátria trata com exuberante teoria o Capítulo dos Direitos Fundamentais, garantindo do direito à vida ao direito à moradia, então considerados como princípios da dignidade humana.

Mas de forma diversa, a realidade mostra que estamos muito longe de assegurar moradia adequada, garantindo as condições básicas essenciais de saúde física e mental, como preconiza a Organização das Nações Unidas.

Além da Carta Constitucional, outras normas legislativas asseguram a competência dos entes federados para que seja mantida a dignidade das pessoas, faltando então, programas e políticas públicas que possam trazer melhoria das condições de habitação e saneamento básico.

O artigo traz extensivamente a noção de direitos humanos e direitos fundamentais, uma vez que tendo abrangência de âmbito internacional, seja possível compreender o quanto ainda é preciso para que o Estado possa criar políticas públicas que possam atenuar as diferenças e desigualdades sociais.

Positivado na Carta Constitucional o direito à moradia já se fazia presente tanto em diplomas internacionais, como por extensão da interpretação do próprio texto constitucional.

Embalados pelo princípio da igualdade os direitos sociais têm a função de criar condições materiais propícias ao direito da igualdade e com isso o direito à liberdade que está relacionado à segurança.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - SC. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus - FDDJ - SC. Auditor Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de SC. *e-mail*: celso@tce.sc.gov.br

² Doutorando em Ciência jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI - SC. Especialista em Gestão Estratégica em Segurança Pública. *e-mail*: tcmarafioti@hotmail.com

O direito de propriedade por sua vez, tem que cumprir sua função social, conforme reza o art. 5º, XXIII, e para a mediação nos conflitos entre o direito de moradia e o direito de propriedade há de prevalecer a ponderação, uma vez que em se tratando de direitos fundamentais, a questão é de princípios e não de regras.

1. DOS DIREITOS HUMANOS EDIREITOS FUNDAMENTAIS

A literatura tende a adotar as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimas, mas os doutrinadores ressaltam aspectos quanto ao conteúdo e ao âmbito de atuação, que as diferencia.

Nesta seara, Mazzuoli³ ensina que “os direitos humanos são direitos inscritos (positivados) em tratados ou em costumes internacionais. Ou seja, são aqueles direitos que já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público” e sobre direitos fundamentais assevera que “é a expressão mais afeta à proteção constitucional dos direitos dos cidadãos. Liga-se, assim, aos aspectos ou matizes constitucionais (internos) de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Constituições contemporâneas”.

Sarlett⁴ se posiciona a respeito com a seguinte assertiva:

Importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo necessário aprofundar, aqui, a ideia de que são os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos.

Nesta linha também corrobora Piovesan⁵, para quem a expressão direitos humanos tem sido utilizada pela doutrina para identificar os direitos inerentes à pessoa humana na ordem internacional, enquanto que a expressão, direitos fundamentais refere-se a ordenamentos jurídicos específicos, ao reconhecimento de tais direitos frente a um poder político, geralmente reconhecido por uma constituição.

Canotilho⁶ em referência à distinção dos termos afirma:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais, são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte

³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 750.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 40.

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.259.

maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Para Miranda⁷ os direitos fundamentais têm origem no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem, estando a história dos direitos fundamentais ligada à história da limitação do poder. "A limitação do poder do Estado é uma ideia cara à ideologia liberal e tem como origem explicações de natureza contratual quanto a origem do próprio Estado"⁸.

Luño⁹ entende que a partir de John Locke¹⁰(1632-1704) a defesa dos direitos naturais converteu-se na finalidade principal da sociedade civil e em princípio legitimador do governo.

Para Sarlet¹¹, o marco inicial dos direitos fundamentais encontra-se nas Declarações de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776) e na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), porque vinculavam todos os poderes públicos e afirmava sua supremacia normativa.

A contribuição francesa foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais como base das Constituições do século XIX, como também as declarações norte-americanas, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos e não de uma casta. Conclui-se que a contribuição dos norte-americanos se deu mais na esfera dos direitos fundamentais, enquanto a dos franceses na esfera dos direitos humanos¹².

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, significaram importantes conquistas dos direitos humanos fundamentais em nível internacional, pois reafirmaram os princípios da dignidade humana,

⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV: direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

⁸ CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição**. Lisboa: Aldemina. 1985, p. 13.

⁹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p.31-32

¹⁰ John Locke foi um filósofo inglês e ideólogo do liberalismo, sendo considerado o principal representante do empirismo britânico e um dos principais teóricos do contrato social. JOHN LOCKE. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2014. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=John_Locke&oldid=38847592>. Acesso em: 05 jun. 2014.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.50.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.53.

da igualdade, da liberdade, do direito à vida, da vedação absoluta da discriminação. A partir daí a proteção internacional dos direitos humanos passou a se intensificar com a aprovação de inúmeras declarações e tratados internacionais, ratificados, em sua maioria, pelo Brasil¹³.

Em relação à importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem Dallari¹⁴ assim se pronunciou:

O exame dos artigos da Declaração revela que ela consagrou três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos, onde grande parte do povo vive em condições subumanas.

O Brasil, em todas as suas constituições contemplou um rol de direitos e garantias fundamentais, e atualmente a Constituição Federal de 1988 traz no Título II, artigos 5º a 17¹⁵ os direitos e garantias fundamentais de acordo com o que foi ratificado nos pactos internacionais, porém, os direitos fundamentais não escritos encontram guarida na interpretação conferida ao artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, que traz *in verbis*:

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:

(...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Conforme Zambone e Teixeira¹⁶ o que caracteriza o direito sob o aspecto material é a sua vinculação com a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição, no art. 1º, inciso III e podem ou não estar positivados no texto constitucional.

Segundo as autoras, várias são as classificações doutrinárias relativas a esses direitos. As mais usuais em relação à doutrina e jurisprudência, previstos no texto constitucional e identificados como direitos formais são: a) os direitos individuais –art. 5º CF/88; b) direitos

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.18-20.

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 179.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 02 jun.2014.

¹⁶ ZAMBONE, Alessandra Maria Sabatine; TEIXEIRA, Maria Cristina. Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 9, n. 9, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/3542-10021-3-PB.pdf>. Acesso em: 30mai.2014.

coletivos – art. 5º CF/88; c) direitos sociais – art. 6º, 193 e segs. CF/88; d) direito à nacionalidade – art. 12 CF/88; e) direitos políticos – arts. 14 a 17 CF/88¹⁷.

Esses direitos foram classificados na Constituição com base no critério de seu conteúdo que se refere paralelamente ao objeto que tutela e à natureza do bem protegido¹⁸.

2. DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme a literatura destaca-se a classificação geracional, ou a classificação em dimensões, mas com a discordância de alguns doutrinadores, em relação ao aspecto simplista da classificação.

Nesta linha destaca-se Trindade¹⁹, que considera a classificação geracional um desserviço à evolução do direito internacional dos direitos humanos, uma vez que sugere que os direitos humanos se sucedem ou se substituem, quando na verdade, eles se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo aos direitos individuais e sociais.

Nesta seara o Ministro Celso de Mello destaca a classificação dos direitos fundamentais em primeira, segunda e terceira geração como aduz:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade²⁰.

Bonavides²¹ ensina sobre os direitos de primeira geração que são direitos de resistência ou de oposição perante o estado. São direitos de defesa que limitam o poder do Estado e defendem o indivíduo de interferências arbitrárias no exercício de seus direitos fundamentais, ou em relação às agressões sofridas em sua autonomia.

¹⁷ZAMBONE, Alessandra Maria Sabatine; TEIXEIRA, Maria Cristina. Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 9, n. 9, 2012. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/3542-10021-3-PB.pdf. Acesso em: 30mai.2014.

¹⁸SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.180.

¹⁹TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997, vol. 1, p.24.

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **Pleno. MS nº. 22.164/SP**. Rel. Min Celso de Mello. Diário da Justiça 17nov.1995, p.39206. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo12.htm>. Acesso em: 02 jun.2014.

²¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

Nesta seara Marmelstein²² assevera: “os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos”.

Os direitos fundamentais de segunda geração, ou de segunda dimensão conforme o entendimento de Araújo e Nunes Júnior²³:

(...) traduzem uma etapa de evolução da dignidade humana. Sua essência é a preocupação com as necessidades do ser humano. O Estado em vez de abster-se, deve fazer-se presente, mediante prestações que venham a imunizar o ser humano dessas necessidades mínimas que pudessem tolher a dignidade de sua vida.

Com este entendimento Marmelstein aduz: “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 para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade”²⁴.

Sarlet²⁵ destaca que esta geração engloba as liberdades sociais, incluindo o direito de greve, a liberdade de associação sindical bem como os direitos a prestações, as chamadas ações positivas do Estado. Direitos sociais, econômicos e culturais.

Os direitos fundamentais de terceira geração também conhecidos por direitos de fraternidade ou de solidariedade, compreendem dois aspectos: 1) trata da proteção de grupos humanos, com característica de titularidade coletiva; 2) destina-se ao gênero humano e referem-se aos direitos à paz, ao desenvolvimento e ao meio ambiente²⁶.

Para Bonavides²⁷ a terceira dimensão envolve o princípio da solidariedade que pode ser expresso conforme enumera:

O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos); Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza, para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits); e uma coordenação sistemática de política econômica.

Bonavides²⁸ em seu ensinamento destaca ainda a quarta geração ou dimensão de direitos fundamentais que resulta do processo de globalização econômica e política, e neste sentido assevera; “globalizar direitos equivale a universalizá-los no campo institucional”.

²² MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 49

²³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.85-86.

²⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 49

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.56.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.57.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 570.

Bonavides resume as dimensões dos direitos fundamentais referindo-se aos de primeira dimensão como inerentes ao indivíduo, os da segunda dimensão, ao grupo, os da terceira à comunidade e os da quarta ao gênero humano²⁹.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS A PRESTAÇÕES

Canotilho³⁰ esclarece que os "direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular em obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)" e diferentemente dos direitos de defesa, os direitos fundamentais sociais buscam garantir, através da ação positiva do Estado, a liberdade e igualdade real e efetiva para todos, que só será alcançada mediante a redução das desigualdades sociais³¹.

Neste sentido, Leite³² aduz:

A proteção social se preocupa, sobretudo com os problemas individuais de natureza social, assim entendido aqueles que, não solucionados, têm reflexos diretos sobre os demais indivíduos e, em última análise sobre a sociedade. A sociedade então, por intermédio de seu agente natural, o Estado, se antecipa a esses problemas, adotando para resolvê-los principalmente medidas de proteção social.

No Texto Constitucional de 1988, os Direitos Sociais são tratados no Capítulo II do Título II, destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)³³.

Todos estes direitos refletem concretizações diretas do princípio da dignidade humana e nesta seara Sarlet³⁴ explica:

O ponto de ligação entre a pobreza, a exclusão social, e os direitos sociais reside justamente no respeito pela proteção da dignidade da pessoa humana, já que – de acordo com Rosenfeld – ‘onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estarão violados’.

Os direitos sociais "nasceram abraçados ao princípio da igualdade" e servem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, pois criam condições materiais propícias ao direito da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível ao exercício da liberdade³⁵.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 524.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 571.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 408.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 214-217.

³² LEITE, Celso Barroso. **A proteção Social no Brasil**. São Paulo: LTR, 1972, p.21.

³³ BRASIL. **Constituição da república Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02jun.2014.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 96.

4. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Ter um lugar para permanecer e desenvolver-se está ligado aos anseios do indivíduo, pois para alcançar as necessidades básicas da vida como relaxar, trabalhar, educar-se, faz-se necessário um lugar fixo e amplamente reconhecido por todos³⁶.

Nolasco³⁷ refletindo sobre direito à moradia, destaca:

Se em seu estado natural o homem, na imensidão do orbe, encontrava um ponto para estabelecer-se e a abundância de material para a sua edificação, o incremento da população e a carência de espaços livres foram comprimindo a potencialidade de exercício de moradia, até a sua gradual e drástica redução, senão extinção para os mais desfavorecidos (os moradores debaixo das pontes, das ruas, das praças e das calçadas), como ocorre diariamente nos grandes aglomerados humanos.

Para a autora o direito à moradia é a posse exclusiva de um lugar onde se tenha um amparo, que se resguarde a intimidade e se tenha condições para desenvolver práticas básicas da vida. É um direito erga omnes, um lugar de sobrevivência do indivíduo, e complementa: “(...) daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção”³⁸.

O direito à moradia é Direito Fundamental, positivado pela Constituição Federal de 1988 através da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, condição já prevista na Declaração dos Direitos Humanos e em outros diplomas internacionais e cabe ao Estado implementá-lo através de políticas públicas.

Alexy³⁹ ao defender a ideia de direitos sociais mínimos, no qual inclui o direito de uma moradia simples, aduz que estes deveriam ser tratados como efetivamente fundamentais, podendo ser exigidos perante os tribunais, e acrescenta:

A casa uno le corresponden las posiciones des prestaciones jurídicas como derechos fundamentales sociales que, desde el punto de visa del Derecho Constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar em manos de la simple mayoría parlamentária.

O direito a moradia se manifesta como um direito inerente à condição humana, portanto um direito alienável o que diz respeito aos “princípios e direitos fundamentais que concernem ao plano dos bens da personalidade referentes à moradia”⁴⁰

³⁵BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.564.

³⁶SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

³⁷NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Editora Pillares, 2008, p.88.

³⁸NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Editora Pillares, 2008, p.88.

³⁹ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Silva⁴¹ aduz para a complementariedade e a interdependência do direito à moradia, se referindo à observância de requisitos mínimos que possam garantir no entendimento do autor “dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar (...)”, e esclarece o autor, sem estes requisitos, o direito à moradia seria um direito empobrecido.

O direito à moradia aborda, segundo Sarlet⁴², todo o conjunto de posições jurídicas vinculadas à garantia de uma morada digna para a pessoa humana, o que inclui tutela e promoção da moradia, como direitos de moradia e o direito à habitação. Além destes, os deveres fundamentais e conexos e autônomos em matéria de moradias e os deveres de proteção.

Souza⁴³ em seu ensinamento traz com maestria distinções acerca da moradia, habitação e residência, e revela:

A moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, que permite a fixação em lugar determinado. Não só físico, como também as fixação dos seus interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo, e, secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da “moradia” é inerente à pessoa e independente de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, “moradia” é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. “Residência” é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a habitação é o exercício efetivo da “moradia” sobre determinado bem imóvel. Assim, a “moradia” é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico (...).

Em função da sua relação com a dignidade humana a definição de direito à moradia envolve parâmetros básicos para uma vida proveitosa nas exigências impostas pela Organização Mundial de Saúde, as quais abrangem o completo bem-estar físico, mental e social, aspectos que envolvem uma vida com saúde não podendo ficar restrita a reles existência e sobrevivência física. O que se acorda é que a importância do direito à moradia traz a necessidade da intensa conexão entre o direito interno e o internacional e, ainda, dentre os vários direitos e deveres fundamentais⁴⁴.

⁴⁰ SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas com os direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008, p. 116.

⁴¹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.314.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, p. 304.

⁴³ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.45.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador**. In: FACHIN, Zulmar (coord.). 20 anos de Constituição cidadã. São Paulo: Método, 2008, p. 41-66.

5. DIREITO DE PROPRIEDADE

No entender de Farias e Rosenvald⁴⁵, o Direito à Propriedade está localizado dentre os direitos e garantias fundamentais ao lado dos valores da vida, liberdade, igualdade e segurança, compondo assim a norma do artigo 5º da Constituição Federal, que destaca em seu caput:

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 propriedade⁴⁶.

Pela importância deste direito, a previsão legal acima eleva a propriedade à condição de Direito Fundamental, tal qual à liberdade e à vida. Justifica-se, portanto, o fato de a Constituição Federal de 1988 estabelece a moradia como direito social fundamental, criar a função social da propriedade e estabelecer as diretrizes da política urbana.

Nesse passo, o Estatuto da Cidade⁴⁷ (2001) ainda torna obrigatórios os planos diretores – em que deve ser tratada a questão habitacional – para cidades acima de 20.000 habitantes. Ainda, a Lei nº 11.124⁴⁸, de 16 de junho de 2005, dispõe sobre a utilização prioritária de terrenos de propriedade do Poder Público para a implantação de projetos habitacionais de interesse social⁴⁹.

Em decisão do Supremo Tribunal Federal de Ação Direta de Inconstitucionalidade 2213/DF o Ministro Celso de Mello se pronunciou com a seguinte argumentação:

O Direito de Propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitima-se a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso a terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da república Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02jun.2014.

⁴⁷ "Estatuto da Cidade" - Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta o capítulo "Política Urbana" da Constituição Federal, detalhando e desenvolvendo os artigos 182 e 183. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/programas/estatutodacidade/oquee.htm>. Acesso em 30mai.2014.

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 11.124 de 16 de junho de 2005**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm. Acesso em: 30 mqi.2014.

⁴⁹ Dossiê da articulação nacional dos Comitês Populares da Copa Megaeventos e Violações de Direitos Humanos no Brasil - Moradia – Trabalho – Informação, Participação e Representação Popular – Meio Ambiente – Acesso a serviços e bens públicos – Mobilidade – Segurança Pública. p.13.

naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto - enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade - reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social⁵⁰.

O Código Civil Brasileiro, aprovado pela Lei 10.406/02⁵¹, prevê o Direito de Propriedade no Livro III - Direitos das Coisas, Título III, arts. 1228 a 1377. Destaca-se o art. 1228, *in verbis*:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

(...)

§ 3o O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

No plano infraconstitucional enumera-se a Lei nº 8.629/93 que regulamenta os artigos 184 a 191 da Carta Magna atribuindo ao Poder Público, as regras do processo administrativo de desapropriação, denominado na doutrina de "fase declaratória". O Estatuto da Terra, normatizado pela Lei Federal nº. 4.504 de 30 de novembro de 1964, e o próprio Código Florestal, da Lei nº. 4.771/65 tratam em seus respectivos textos, da necessidade de cumprimento da função social da propriedade rural. Cita-se ainda o artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), no qual o Brasil, por ser Estado Signatário, deve adotar as medidas apropriadas para assegurar "o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas".

Zavaski em relação à função social da propriedade considera:

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre

⁵⁰ STF - ADI-MC: 2213 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 03/04/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-04-2004 PP-00007 EMENT VOL-02148-02 PP-00296. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774884/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2213-df>. Acesso em 30mai.2014.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em. 30mai.2014.

⁵¹ BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em. 30mai.2014.

independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades são fenômenos da realidade. Direito – e, portanto, direito da propriedade – é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico. A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, ‘função social das propriedades’), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse⁵².

O direito de propriedade se dá relativamente a bens funcionalizados e, por isto, é conformado por tal noção. A funcionalização de bens e direitos está presente, no novo Código Civil, em cláusulas gerais que, com seu caráter prospectivo, dão abertura e mobilidade ao sistema. Tal permite ao juiz construir a solução para cada caso concreto mediante a aplicação da cláusula geral à vista das circunstâncias particulares verificadas⁵³.

6. CONFLITO ENTRE DIREITO À MORADIA E DIREITO DE PROPRIEDADE

De acordo com doutrinadores ambos os direitos são direitos fundamentais e relacionados à princípios e não à regras, como defende Alexy⁵⁴:

As normas podem ser divididas em regras e princípios. Os princípios: são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível, relativamente às possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Já as regras: são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas (...). Elas são, portanto, mandamentos definitivos. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção. Sendo assim, os direitos fundamentais são normas princípios que, havendo conflito, os direitos discutidos devem ser ponderados.

A teoria dos princípios é aplicada como forma de solução para os conflitos dos direitos à moradia e propriedade. A aplicação de proporcionalidade traz a ponderação, como conceitua Steinmetz⁵⁵: “a ponderação de bens é método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão”.

⁵² ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil**. In A reconstrução do Direito Privado, org. Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002, p. 844.

PAULSEN, Leandro. **A normatização jurídico-positiva da função social da propriedade**. Disponível em:http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev02/03_conteudo_juridico_normativo_da_funcao_social_da_propriedade.pdf. Acesso em: 28mai.2014.

⁵³ PAULSEN, Leandro. **A normatização jurídico-positiva da função social da propriedade**. Disponível em:http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev02/03_conteudo_juridico_normativo_da_funcao_social_da_propriedade.pdf. Acesso em: 28mai.2014.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

⁵⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 262.

Para Alfonsin⁵⁶ diante de um conflito entre o direito de moradia com o de propriedade puro, ou seja, quando essa não cumpre sua função social, deve prevalecer o primeiro. Só uma interpretação da lei que seja culturalmente privatista e patrimonialista, tende a considerar como prioritário o direito à propriedade, o que consiste em uma inconstitucionalidade, pois a moradia está intimamente ligada à dignidade humana.

Transcreve-se Acórdão do julgamento feito pela desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos, da 19ª Câmara Cível do TJ/RS, que reconheceu o direito de 600 famílias do Movimento Sem Terra:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISAO ATACADA: LIMINAR QUE CONCEDEU A REINTEGRACAO DE POSSE DA EMPRESA ARRENDATARIA EM DETRIMENTO DOS "SEM TERRA". LIMINAR DEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU SUSPENSA ATRAVES DE DESPACHO PROFERIDO NOS AUTOS DO AGRAVO, PELO DESEMBARGADOR DE PLANTAO. COMPETENCIA DA JUSTICA ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO, MESMO QUE DESCUMPRINDO O DISPOSTO NO ART-526 CPC, FACE DISSIDIO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO E PORQUE DEMANDA VERSA DIREITOS FUNDAMENTAIS. GARANTIA A BENS FUNDAMENTAIS COM MINIMO SOCIAL. PREVALENCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS 600 FAMILIAS ACAMPADAS EM DETRIMENTO DO DIREITO PURAMENTE PATRIMONIAL DE UMA EMPRESA. PROPRIEDADE: GARANTIA DE AGASALHO, CASA E REFUGIO DO CIDADAO. INOBTANTE SER PRODUTIVA A ÁREA, NAO CUMPRE ELA SUA FUNCAO SOCIAL, CIRCUNSTANCIA ESTA DEMONSTRADA PELOS DEBITOS FISCAIS QUE A EMPRESA PROPRIETARIA TEM PERANTE UNIAO. IMOVEL PENHORADO AO INSS. CONSIDERACOES SOBRE OS CONFLITOS SOCIAIS E O JUDICIARIO. DOUTRINA LOCAL E ESTRANGEIRA. CONHECIDO, POR MAIORIA; REJEITADA A PRELIMINAR DE INCOMPETENCIA, A UNANIMIDADE; PROVERAM O AGRAVO POR MAIORIA. (Agravo de Instrumento Nº 598360402, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 06/10/1998)⁵⁷

Para Diniz⁵⁸ é através das normas que o Direito obtém o equilíbrio social e assevera:

Tem-se que “direito é um poder dever” de tentar esse equilíbrio social e que serve para impedir a desordem, isto é, de permanecer no controle social. Razão o é que o direito objetivo, como conjunto de normas jurídicas que regem o comportamento humano prevê um composto de sanções para o seu descumprimento, sendo o direito subjetivo aquele que recebe a autorização normativa para fazer ou não algo conforme os interesses e bens envolvidos.

Para Bobbio⁵⁹ “a propriedade deverá atender sua função social” e neste ínterim a propriedade configura garantia e direito fundamental, sendo elevado ao mesmo patamar, de direito social à moradia.

⁵⁶ ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 256.

⁵⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 598360402**, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 06/10/1998. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 05 jun 2014.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.246.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.24.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da dignidade da pessoa humana se sobrepõe a qualquer outro direito. Em nome da moradia digna, como uma das condições para dignidade, há de se fazer prevalecer a função social da propriedade.

Considerando a realidade desigual, o direito à moradia tem caráter essencial, que não pode ser reservado tão somente aos direitos de primeira geração como o direito à vida e à liberdade, mas há de se considerar que no contexto social, o direito à vida digna envolve o direito à saúde, educação e ao direito de morar com dignidade.

A ausência do direito impossibilita a existência física do indivíduo e para isso o Estado precisa agir, tratando os direitos sociais com a mesma importância que trata os direitos individuais.

Reconhecidamente a falta de moradia traz a pobreza e a marginalização e as diretrizes para a tutela do direito à moradia estão estabelecidas na Constituição e na legislação, faltando que isto se materialize através de políticas públicas que possam oferecer condições habitacionais que venham a garantir, como preconiza a Constituição e os demais pactos internacionais, a dignidade da pessoa humana oferecendo condições materiais para o desfrute dos direitos fundamentais de todas as dimensões.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. **Constituição da república Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL. **Lei nº 11.124 de 16 de junho de 2005**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm>. Acesso em: 30 mai.2014.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em. 30mai.2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 598360402**, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 06/10/1998. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Pleno. **MS nº. 22.164/SP**. Rel. Min Celso de Mello. Diário da Justiça 17nov.1995, p.39206. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo12.htm>>.

BRASIL STF - **ADI-MC: 2213 DF**, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 03/04/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-04-2004 PP-00007 EMENT VOL-02148-02 PP-00296. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774884/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2213-df>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição**. Lisboa: Aldemina. 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.246.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

HÖFFE, Otfried. Derecho Intercultural, especialmente p.166-69. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEITE, Celso Barroso. **A proteção Social no Brasil**. São Paulo: LTR, 1972.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV: direitos fundamentais. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

PAULSEN, Leandro. **A normatização jurídico-positiva da função social da propriedade**. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev02/03_conteudo_juridico_normativo_da_funcao_social_da_propriedade.pdf>.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador. *In*: FACHIN, Zulmar (coord.). **20 anos de Constituição cidadã**. São Paulo: Método, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas com os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997, vol. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002, p. 844.

ZAMBONE, Alessandra Maria Sabatine; TEIXEIRA, Maria Cristina. Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 9, n. 9, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/3542-10021-3-PB.pdf>.

GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMBATE AO TERRORISMO: A RESTRIÇÃO À DEMOCRACIA NO *PATRIOT ACT*

Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes¹

Jorge Hector Morella Junior²

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a Democracia e os Direitos Fundamentais em sua relação com o Terrorismo e os atos tendentes a coibi-lo.

O artigo trata de considerações e conceitos sobre Terrorismo e o Terrorismo Internacional, trazendo reflexões de que maneira este pode influenciar as relações entre os Estados.

Diante disso, o objetivo geral do presente artigo, é destacar os Atentados Terroristas de 11 de Setembro de 2001 como o marco para o surgimento de uma nova forma de Terrorismo, qual seja o Terrorismo Transnacional. Destaca ainda a influência do Patriot Act nos Direitos Fundamentais e na Democracia.

Os objetivos específicos deste artigo são: conceituar a Democracia; expor a Soberania, tal como seu conceito e evolução. Em relação à Metodologia na Fase de Investigação³ foi utilizado o Método Indutivo⁴, no momento de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, o Relatório dos Resultados elaborado na base lógica indutiva⁵.

Para operacionalizar a Pesquisa foram acionadas Categorias⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

¹Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada (OAB/SC 23.524) e Professora do Curso de Direito da UNIVALI. E-mail: fernanda@ssg.adv.br

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Coordenador do Curso de Relações Internacionais dos Campi de Itajaí e Balneário Camboriú da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. E-mail: profjorge@univali.br

³ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

⁴ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁵ Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**, *op. cit.*, especialmente, p. 99-107.

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

O artigo está estruturado em cinco seções, estruturadas para atender aos objetivos propostos.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS⁹ NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Os Direitos Fundamentais são “os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas enquanto tais, ou enquanto cidadãs ou enquanto capazes de agir.”¹⁰

Ferrajoli¹¹ assim conceitua Direitos Fundamentais:

Proponho uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, de “direitos fundamentais”: são “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.

Os Direitos Fundamentais, correspondendo a interesses e expectativas de todos, formam o fundamento do próprio Estado Constitucional de Direito.

O constituinte de 1988 privilegiou o catálogo de direitos e garantias fundamentais. Logo no início do texto constitucional são dispostos direitos que não se resumem àquelas pretensões de caráter individual, mas também àquelas de caráter coletivo, e não apenas as pertencentes à dimensão estritamente liberal, mas igualmente as de cunho social.

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

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

⁹ Uma das primeiras dificuldades que apresenta o tema é quanto a sua terminologia. Dessa maneira, faz-se necessário um esclarecimento sobre a terminologia mais correta usada com referência ao fenômeno em questão. Diversas expressões foram utilizadas através dos tempos para designar o fenômeno dos direitos humanos, e diversas também foram suas justificações. Na nossa opinião três são expressões as corretas para serem usadas atualmente: *direitos humanos*, *direitos fundamentais* e *direitos do homem*. Respaldamos nossa opinião no consenso geral existente na doutrina especializada no sentido de que os termos *direitos humanos* e *direitos do homem* se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo *direitos fundamentais* para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado. Da mesma forma que os distintos autores quando se referem à história ou à filosofia dos direitos humanos, usam, de acordo com suas preferências, indistintamente os aludidos termos. Então, para efeitos do presente trabalho as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos* são sinônimas. Neste sentido, entre outros: PEREZLUÑO, Antonio. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. p. 31; BARRANCO, Mariadel Carmen, **El discurso de los derechos**. p. 20; e SARLET, Ingo W. **Eficácia dos direitos fundamentais**, p. 33. Explicação extraída de GARCIA, Marcos Leite. **O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito**. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/052.pdf>, acesso em 10/07/2014.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**, Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 10.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.09.

Ferrajoli sustenta, ainda, que os direitos fundamentais, correspondem a interesses e expectativas de todos, formando o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica ou dimensão “substancial” da democracia¹².

Pisarello relaciona o conceito e a importância dos Direitos Fundamentais com a importância da Constituição, ao prever que os Direitos Fundamentais são os interesses ou necessidades que assumem maior relevância dentro de um ordenamento jurídico determinado, sendo que uma demonstração desta relevância é a sua inclusão nas normas de maior valor dentro de um ordenamento, como são as Constituições.¹³

2. DEMOCRACIA

A palavra democracia pode ser traduzida como um meio para a realização dos valores essenciais da convivência humana, através da participação dos cidadãos diretamente na gerência dos atos estatais. Repousa ela, assim, sobre dois princípios fundamentais: o princípio da soberania e o princípio da participação popular, que conjugados tendem a realização dos valores da igualdade e da liberdade¹⁴.

O Estado, para Heller, é uma unidade de vontade e de ação, resultante da pluralidade de vontades e não subordinada a nenhuma outra unidade política decisória superior. Assim, sempre que se fala em soberania do Estado, se vincula de alguma forma, a soberania do povo. A unificação das vontades se dá pelo princípio majoritário e pela representação, meios técnicos que possibilitam ao povo, como unidade, dominar o povo como pluralidade, permitindo, assim, que o povo seja o sujeito da soberania. O pressuposto essencial para isto é a existência real de uma vontade geral (*volonté générale*) para que a minoria possa aceitar as decisões da maioria. Portanto, o poder do Estado é um poder representativo e vinculado à vontade geral e a democracia é o meio de formação da vontade e da unidade estatais. Com a supremacia do povo como unidade sobre o povo como pluralidade, está excluída qualquer possibilidade de soberania dos órgãos estatais e, ao mesmo tempo, se identifica a soberania do Estado com a soberania do povo. Heller, contrariando Schmitt, afirma que só quem decide constitucionalmente no estado de normalidade, decide, com autoridade jurídica, no estado de emergência, destacando que soberano não é o Presidente do Reich, mas o povo.¹⁵

Clóvis de Souto Goulart afirma:

É claro que toda a concepção de democracia não poderá prescindir da ideia de povo no governo. Porém, para nós, a democracia é muito mais a realização de uma filosofia de vida do que uma forma estereotipada de governo. A participação do povo no governo, na condição

¹²FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.15.

¹³PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para unareconstrucción. 2007, p. 80.

¹⁴DIAS, Luiz Claudio Portinho. **A democracia participativa brasileira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/61>>

¹⁵BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, Martonio Mont ' Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006. p. 337-338

de titular do poder político, representa uma consequência necessária, uma circunstância indissolúvelmente ligada à consecução dos ideais de liberdade e igualdade¹⁶

3. CONCEITO DE TERRORISMO

Durante muito tempo tentou-se conceituar Terrorismo e o que esta palavra trazia consigo, mas este se modifica e cria novas habilidades com o decorrer das décadas, assim, uma das primeiras conceituações sobre o tema está exposto na Resolução 60/43¹⁷ (Anexo I) da Organização das Nações Unidas (ONU):

2. Reitera que os atos criminosos com fins políticos realizados com a intenção de provocar um estado de terror na população feral, em um grupo de pessoas ou em determinadas pessoas são injustificáveis em qualquer circunstância, sejam por motivos políticos, filosóficos, ideológicos, raciais, étnicos, religiosos ou de qualquer natureza que possam valer para justificá-los.

O Terrorismo, mediante o exposto constitui-se como ato ou atos que tem por finalidade aterrorizar, colocar em pânico uma determinada população, em um determinado espaço, ou seja, tem motivação política, filosófica, social, entre outras e para aqueles que comentem o ato, os mesmos estão embasados em justificativas que podem ser as mais diversas e geralmente são ditas como formas de libertação ou de chamar atenção do mundo para determinada situação.

Muitos Estados, organizações e pessoas tentam conceituar o Terrorismo, uma vez que este está presente nos mais diversos continentes e se utiliza das mais diversas formas para atingir seus objetivos. Nesse sentido, a República Federativa do Brasil conceitua o Terrorismo, conforme exposto por Visacro¹⁸:

Ato premeditado, ou sua ameaça, por motivação política e/ou ideológica, visando atingir, influenciar ou coagir o Estado e/ou sociedade, com emprego de violência. Entende-se, especialmente, por atos terroristas aqueles definidos nos instrumentos internacionais sobre a matéria, ratificados pelo Estado brasileiro.

Para tanto, o Brasil possui regras claras que definem os Atentados Terroristas e o que especificamente é “Atentado Terrorista”, uma vez que o Brasil compreende que Terrorismo é um ato que visa atingir e colocar em risco determinado Estado.

O Brasil valoriza ainda com maior cautela os tratados internacionais assinados e ratificados pelo mesmo, definindo os Atentados Terroristas.

¹⁶ GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo: regime natural de governo democrático**. Florianópolis: Fundação Nereu Ramos, 1979. p. 59.

¹⁷ ONU. **A/RES/60/43**. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/490/21/PDF/N0549021.pdf?OpenElement>>. Acessado em 07 de agosto de 2009.

¹⁸ VISACRO, Alessandro *apud* Agência Brasileira de Inteligência. **Guerra irregular: terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 282.

O Reino Unido, por sua vez, conceitua Terrorismo, segundo Visacro¹⁹, como:

O uso da força ou da ameaça com o objetivo de fazer avançar uma causa ou ação política, religiosa ou ideológica que envolva violência séria contra qualquer pessoa ou propriedade, coloque em risco a vida de qualquer pessoa ou crie um risco sério para a saúde e segurança de um povo ou de uma parcela do povo.

Neste conceito, pode-se observar também a possibilidade do Terrorismo ser praticado contra pessoa ou propriedade e que possa colocar em risco parte ou toda uma população.

Para tanto, nota-se grande semelhança entre estes conceitos, mas os mesmos trazem consigo peculiaridades realçadas sobre as vivências dessas sociedades.

Sobre a conceituação do Terrorismo Internacional, pode-se destacar o proposto por Visacro:

Para que o terrorismo seja caracterizado como “internacional”, contudo, é necessário que exista um elemento de internacionalização, e uma série de critérios têm sido propostos para esse enquadramento. Por exemplo, o Departamento de Estado americano qualifica o terrorismo com *internacional*, quando envolve “cidadãos ou territórios de mais de um país”. Essa caracterização permitiria considerar *internacional* o ato de terrorismo apoiado por um Estado (*state-sponsored terrorism*) contra outro, bem como aquele que deriva da cooperação entre diversos grupos terroristas e consiste em um ataque contra estrangeiros ou suas propriedades situadas no Estado de origem do terrorista ou em qualquer outro país.²⁰

Nesse sentido, o Terrorismo Internacional são os atos de violência de um determinado grupo contra outro grupo de pessoas. Nota-se que o terrorismo pode estar escorado em questões religiosas, sociais, políticas, econômicas, entre outras.

Para Chomsky, o Terrorismo pode ser visto como “o uso calculado da violência ou da ameaça da violência, para atingir objetivos políticos, religiosos ou ideológicos, em sua essência sendo isso feito por meio de intimidação, coerção ou instigação do medo”.

Assim, para o autor, o Terrorismo pode ser revisto como uma alternativa que determinados grupos possuem de ameaçar de forma violenta, até atingir seus objetivos determinados grupos, e para tal, podem se utilizar de instigação ao medo, entre outras alternativas.

Sobre o Terrorismo lembra Cretella²¹:

Depois do colapso do bloco soviético, a partir de 1991, manifestaram-se duas grandes tendências: de um lado, o quase desaparecimento do terrorismo de Estado, acompanhado

¹⁹ VISACRO, Alessandro *apud* Governo do Reino Unido. **Guerra irregular: terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 282.

²⁰ CRETILLA Neto. José. **Terrorismo Internacional: inimigo sem rosto – combate sem pátria**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008. p. 31.

²¹ CRETILLA Neto. José. **Terrorismo Internacional: inimigo sem rosto – combate sem pátria**. p. 112.

com o fim do terrorismo palestino de caráter laico, bem como dos movimentos terroristas *revolucionários* europeus de extrema esquerda.

Na década de 90 nota-se o surgimento de novos grupos que se utilizam de técnicas terroristas para alcançar seus objetivos, com isto, o Terrorismo deixar de ser diretamente voltado ao Estado e passa a ser também voltado a população ou grupos de pessoas de determinado Estado ou de determinadas regiões.

Para tanto, nota-se que o Terrorismo acompanha o próprio caminhar da Humanidade, alterando trajetórias e utilizando-se das mais diversas ferramentas criadas pelos Homens para facilitar suas vidas. Nesse sentido, e seguindo esta premissa surgem o Atentados Terroristas Transnacionais.

4. TERRORISMO TRANSNACIONAL

O Terrorismo Transnacional surgirá com os Atentados Terroristas de 11 de Setembro de 2001, contra símbolos estadunidenses dentro do território daquele Estado. Nesse sentido, o Terrorismo Transnacional surge como uma nova fase do Terrorismo, sendo que este irá se expandir além das fronteiras, chegando à população e em muitos momentos causando pânico e medo a todas as esferas de um determinado Estado ou região.

Para tanto, comenta Ferraz e Helber²²: “com o fim da rivalidade e do confronto político e militar entre as grandes potências, surge um novo período, denominado de pós-guerra fria.”

Com o fim da Guerra Fria, a Sociedade Internacional passa por uma grande transformação, com o surgimento de novos atores internacionais com capacidade de alterar a realidade de determinados Estados e relacionamentos já existentes.

Muitas ferramentas que eram utilizadas para chamar a atenção do planeta para determinadas regiões ou situações passam por um processo de pós-modernidade, como é o caso dos Atentados Terroristas, que assumem uma postura mais violenta e objetiva, tendo seu cume os Atentados Terroristas de 11 de Setembro de 2001.

Os Atentados Terroristas de 11 de Setembro demonstram uma nova alternativa de aterrorizar o planeta, onde não necessariamente o grupo terrorista está dentro do Estado que está aterrorizando, mas sim, uma pequena parte de sua Instituição, ou seja, uma célula,

²² FERRAZ, Daniel Amin; HAUSER, Denise. **A nova ordem mundial e os conflitos armados**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 132.

capaz de se comunicar com outras e a partir daí criar um efeito em cadeia de atos e ações terroristas.

As influências destes novos grupos terroristas são tão grandes que podem inclusive influenciar a tomada de decisão de determinado povo junto a questões internas de seu Estado.

Pode-se observar tal situação, como se verifica o pós-Atentado ao Metrô de Madrid, onde os soldados espanhóis que se encontravam no Iraque foram chamados para a Espanha, como forma de tentar estancar um segundo atentado em território espanhol.

Os Atentados Terroristas de Onze de Setembro, primeiros atentando de uma nova fase do Terrorismo, alteraram a relações entre os Estados, especialmente relações diretamente ligadas à segurança e ao comércio, pois Estados e Blocos Econômicos passaram a trabalhar para encontrar alternativas de se proteger de possíveis atentados futuros.

Destaca-se ainda que no Continente Americano, poucas foram as agressões militares ou paramilitares, e, com isto os Atentados Terroristas de Onze de Setembro, chamam a atenção, para tanto, destaca Hobsbawn²³ que entre 1815 e 1914 nenhuma grande potência combateu outra fora de sua região imediata, embora expedições agressivas de potências imperiais ou candidatas a imperiais contra inimigos mais fracos do ultramar fossem, claro, comuns.

Os Atentados Terroristas de Onze de Setembro fizeram com que governos e Estados estudassem alternativas para melhor se proteger de novos Atentados Terroristas, especialmente os EUA.

Lembra Byers²⁴ que “no dia 11 de setembro de 2001, 19 agentes da al-Qaeda seqüestraram quatro aviões de passageiros, projetando dois deles contra o World Trade Center e um terceiro contra o Petágono; o quarto avião foi derrubado num campo da Pensilvânia depois da revolta dos passageiros contra os seqüestradores.”

Uma outra característica do Terrorismo Transnacional é a observada na citação do autor acima, ou seja, os terroristas se utilizaram de meios de transporte e de comunicação comum a qualquer cidadão, neste caso, aviões comerciais para lançar contra seus alvos e

²³ HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos**: o breve século XX: 1914 – 1991. p. 31.

²⁴ BYERS, Michael. **A lei da guerra**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 81.

telefones celulares para manter comunicação com demais membros daquela célula ou com outras células terroristas.

Nesse sentido, surge uma forma de Terrorismo, até então não vivenciada, que espalha terror junto ao planeta com o auxílio da tecnologia de comunicação.

As tecnologias de comunicação são fundamentais para esta nova fase do Terrorismo, especialmente a velocidade que a informação chega aos lares, conforme proposto por Sant'Anna²⁵, ao falar das Torres Gêmeas: “O mundo começa a saber da tragédia às 8h48, um minuto e vinte segundos após o choque do vôo 11 contra a Torre Norte. Nesse instante, a CNN leva ao ar seu primeiro boletim, dando a tragédia como notícia não confirmada.”

Os Atentados Terroristas são filmados e narrados para todo o planeta *on line*, como qualquer outra situação em qualquer outra parte do planeta.

Sutti²⁶ complementa a ideia ao expor que “o mundo todo assistiu ao vivo às inacreditáveis cenas que seguiram aos impactos. De repente, uma das torres atingidas desabou; logo em seguida, a outra. Os edifícios, símbolos de nova York, com mais de 500 metros de altura, desabaram, deixando milhares de mortos sob seus escombros e provocando uma nuvem de cimento e fuligem que cobriu a cidade.”

Os Atentados Terroristas são destacados pela imprensa “ao vivo”, como um filme ou outro ato exposto em qualquer canal de TV aberta, as cenas chocam as pessoas e param o planeta.

Outra característica do Terrorismo Transnacional é o “drama posterior”, geralmente, financeiro e econômico, onde Estados com medo de novos atentados passam a rever suas relações comerciais, criando e insistindo que outros Estados passem a utilizar estas regras para manter estas negociações.

Os Atentados Terroristas de Onze de Setembro de 2001, mudaram as relações econômicas entre os Estados e a forma de agir uns com os outros e de imporem regras, para tanto, lembra Krugman²⁷ que do ponto de vista de um economista, o indício mais revelador do que está acontecendo após o onze de setembro é a preferência dos políticos pelas transferências orçamentárias diretas, cujo uso não é detalhado.

²⁵ SANT'ANNA, Ivan. **Plano de Ataque**: a história dos vôos de 11 de setembro. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006. p. 184.

²⁶ SUTTI, Paulo e RICARDO, Sílvia. **As diversas faces do Terrorismo**. São Paulo: Editora Harbra, 2003. p. 104.

²⁷ KRUGMAN, Paul. **A desintegração Americana** – EUA perdem o rumo no século XXI. Tradução: Renato Bittencourt. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 280.

Nesse sentido, nota-se o surgimento de relações até então não observadas entre Estados, pautadas na segurança internacional, uma vez que um ataque terrorista pode ocorrer em qualquer lugar e a qualquer momento e as características do mesmo podem ser diferentes, uma vez que o Terrorismo Transnacional possui as mais diversas formas de se manifestar e de ser colocado em prática.

5. A RESTRIÇÃO DA DEMOCRACIA NO *PATRIOT ACT*

O *Patriot Act* foi uma das reações tomadas pelo governo americano para combater os atos de terrorismo perpetrados no dia 11 de setembro de 2001. Foi assinado pelo presidente George Bush em 26 de outubro de 2001, visando expandir o nível de atuação de agências nacionais de segurança (FBI), bem como das internacionais de inteligência (CIA), conferindo-lhes poderes ainda não conhecidos.

Em sua origem, a lei tinha como objetivo principal prender os responsáveis pelo ataque terrorista. Contudo, atualmente, visa evitar ocorrências de igual natureza no território norte-americano.

O texto integral, além de autorizar agentes federais a rastrear e interceptar comunicações de eventuais terroristas, traz as seguintes inovações: a) torna mais rigorosas leis federais contra lavagem de dinheiro; b) faz com que leis de imigração sejam mais exigentes; c) cria novos crimes federais; d) aumenta a pena de outros crimes anteriormente tipificados, e e) institui algumas mudanças de procedimento, principalmente para autores de crimes de terrorismo.²⁸

Discute-se, então, até que ponto pode o Estado, sobre a pretensa justificativa de segurança nacional, sobrepor-se aos Direitos Fundamentais dos cidadãos em um verdadeiro Estado Democrático.

Na análise dos interesses em questão, necessária é a averiguação de possível colisão ou conflito de direitos. Tal colisão ocorrerá sempre que a Constituição proteger simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta²⁹.

²⁸ DOYLE, Charles. Senior Specialist, American Division of Law. **The USA patriot Act: A Legal Analysis**. 15 de abril de 2002. Congressional Research Service. The Library of the Congress. p. 02.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1191.

No texto do *Patriot Act* algumas situações se destacam:

a) **a definição do crime de terrorismo doméstico** - significa atividades que a) configurem atos perigosos à vida humana que são uma violação de leis criminais dos Estados Unidos ou de qualquer Estado; b) que pareçam pretender (i) intimidar ou coagir uma população civil; (ii) influenciar a política de um governo por intimidação ou coação; ou (iii) visem modificar a conduta de um governo utilizando-se de destruição em massa, assassinatos ou seqüestro. Diante de termos abertos como “pareçam pretender”, surge a possibilidade de incriminar pessoas que simplesmente estão colocando em exercício seus direitos de expressão, de reunião, de dissenso e de protesto.

Tal atitude atingiria condutas protegidas pela 1ª emenda da Constituição dos Estados Unidos, que concede, dentre outros direitos, a liberdade de expressão, o de reunião pacífica e o de peticionar o governo para reparação de injustiças.

b) **a detenção compulsória de terroristas suspeitos e os tribunais militares** – Embora a quinta Emenda da Constituição Americana disponha que ninguém será obrigado a responder por crime capital, ou por outro crime infamante, a não ser perante denúncia ou acusação de um grande júri e nem será obrigado a servir de testemunha contra si próprio em qualquer processo criminal, nem ser privado da vida liberdade ou propriedade sem um devido processo legal, o *Patriot act* refere-se a prerrogativa de deter, de modo compulsório, pessoas suspeitas de serem terroristas. Para colocar tais suspeitos sob custódia, o procurador-geral tem a capacidade de certificar/atestar que um estrangeiro esteja descrito em situações previamente tipificadas, ou esteja empenhado em qualquer outra atividade que ponha em perigo a segurança nacional dos Estados Unidos.

c) **mandados de busca e apreensão** – A 4ª emenda à carta constitucional dos EUA garante ao povo americano o direito à inviolabilidade de suas pessoas, casas, documentos e haveres, contra buscas e apreensões arbitrárias. Prevê, ainda, que nenhum mandado será emitido senão com base em indício de culpabilidade, confirmado por juramento ou declaração solene, e particularmente com a descrição do local de busca e das pessoas ou coisas a serem apreendidas. Contudo o US Patriot Act possibilita a busca e apreensão de documentos de americanos sem qualquer indício de criminalidade com o fundamento de investigação de atos tendentes ao terrorismo.

Diversas são as manifestações diárias contrárias a atuação do Patriot Act, fundamentadas na inconstitucionalidade desta Lei, prorrogada pelo Presidente Obama até o ano de 2015.

A mitigação dos Direitos Fundamentais e da sobreposição dos interesses daqueles que realmente detém o poder (Governo do Povo) em nome da defesa a possíveis ataques terroristas deve ser repensada. Nestes termos:

Diante de tal Estado, é preciso repensar as estratégias tradicionais de conflito político. No paradigma securitário, todo conflito e toda tentativa mais ou menos violenta de reverter o poder oferecem ao Estado a oportunidade de administrar os efeitos em interesse próprio. É isso que mostra a dialética que associa diretamente terrorismo e reação do Estado numa espiral viciosa. A tradição política da modernidade pensou nas transformações políticas radicais sob a forma de uma revolução que age como o poder constituinte de uma nova ordem constituída. É preciso abandonar esse modelo para pensar mais numa potência puramente destituente, que não fosse captada pelo dispositivo de segurança e precipitada na espiral viciosa da violência. Se quisermos interromper o desvio antidemocrático do Estado securitário, o problema das formas e dos meios de tal potência destituente constitui a questão política essencial que nos fará pensar durante os próximos anos³⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se na presente pesquisa que os Direitos Fundamentais estão consagrados de maneira expressa na Constituição Federal, contudo, existe ainda uma considerável distancia entre a teoria e a realidade, haja vista que muitos destes direitos, não possuem efetividade.

Assim, a preocupação no Estado Constitucional que se caracteriza pela centralidade e força normativa da Constituição deve ser com a concretização destes direitos consagrados como fundamentais.

O presente ensaio abordou a Democracia e os Direitos Fundamentais em sua relação com o Terrorismo e os atos tendentes a coibi-lo.

O artigo tratou, ainda, de considerações e conceitos sobre Terrorismo e o Terrorismo Internacional, trazendo reflexões de que maneira este pode influenciar as relações entre os Estados.

Diante disso, destacou-se os Atentados Terroristas de 11 de Setembro de 2001 como o marco para o surgimento de uma nova forma de Terrorismo, qual seja o Terrorismo

³⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Como a obsessão por segurança muda a democracia.** Em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1568>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

Transnacional. E destacou ainda a influência do *Patriot Act* nos Direitos Fundamentais e na Democracia.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGAMBEN, Giorgio. **Como a obsessão por segurança muda a democracia**. Em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1568>>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

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

BYERS, Michael. **A lei da guerra**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. 8 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CHOMSKY, Noam. **11 de setembro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CRETELLA Neto, José. **Terrorismo Internacional: inimigo sem rosto – combate sem pátria**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

DIAS, Luiz Claudio Portinho. **A democracia participativa brasileira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/61>>

DOYLE, Charles. Senior Specialist, American Division of Law. **The USA patriot Act: A Legal Analysis**. 15 de abril de 2002. Congressional Research Service. The Library of the Congress.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ, Daniel Amin; HAUSER, Denise. **A nova ordem mundial e os conflitos armados**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOULART, Clóvis de Souto. **Parlamentarismo: regime natural de governo democrático**. Florianópolis: Fundação Nereu Ramos, 1979.

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

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914 – 1991.** Tradução Maracos Santarrita. Revisão Técnica: Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KRUGMAN, Paul. **A desintegração Americana – EUA perdem o rumo no século XXI.** Tradução: Renato Bittencourt. Rio de Janeiro: Record, 2006.

LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional.** Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania-** Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ONU. **A/RES/60/43.** Disponível em:
<<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/490/21/PDF/N0549021.pdf?OpenElement>>. Acessado em 07 de agosto de 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo.** 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. Ebook: <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>>

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

_____, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011

PISARELLO, Gerardo. **Los derechossociales y sus garantias. Elementos para uns reconstrucción.** 2007.

SANT'ANNA. Ivan. **Plano de Ataque: a história dos vôos de 11 de setembro.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Estado e Política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos*. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e GARCIA, Marcos Leite (org.). **Reflexões sobre Política e Direito** – Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

SUTTI, Paulo e RICARDO, Sílvia. **As diversas faces do Terrorismo**. São Paulo: Editora Harbra, 2003.

VISACRO, Alessandro *apud* Agência Brasileira de Inteligência. **Guerra irregular: terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história**. São Paulo: Contexto, 2009.

A DICOTOMIA ENTRE O ESTADO LAICO E O ESTADO CONFSSIONAL: UMA ABORDAGEM DA PREVELÊNCIA DO PRINCÍPIO DA LAICIDADE A FAVOR DA LIBERDADE RELIGIOSA EM CORROBORAÇÃO AOS PRESSUPOSTOS DA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

“Ora, o Senhor é o Espírito; e onde está o Espírito do Senhor, aí há liberdade”¹

2 Coríntios 3:17

Juliete Ruana Mafra²

Natammy Luana de Aguiar Bonissoni³

INTRODUÇÃO

A liberdade religiosa é um dos temas de mais alta relevância na atualidade, deste modo, a base doutrinária de diversos documentos constitucionais que abarcam a categoria dos direitos fundamentais reside na ideia baseada na Declaração Universal dos Direitos do Homem com a finalidade de alcançar a tolerância religiosa entre diversos credos.

A presente pesquisa pretende investigar a diferenciação estrutural existente entre Estado laico e Estado confessional e analisar o princípio da laicidade como pressuposto a consecução da liberdade religiosa. Para tanto, será analisada a evolução histórica constitucional brasileira com a finalidade de destacar os avanços da liberdade religiosa até a atualidade e o seu reconhecimento como um direito humano fundamental.

Caracteriza-se como objetivo geral a análise da laicidade no ordenamento jurídico brasileiro e seu progresso até os dias de hoje. Em objetivos específicos, indica-se investigar, em noções gerais, a diferença do Estado Laico e do Estado Confessional; compreender a importância do princípio da laicidade para o direito à liberdade religiosa; identificar a laicidade no ordenamento jurídico brasileiro; e ainda, desenvolver um estudo acerca da liberdade religiosa como um Direito Fundamental.

¹ BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Nova Versão Internacional. Disponível em: www.biblionline.com.br/nvi/2co/3. Acesso em 16 set. 2014.

² Mestranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. Bolsista do PROSUP – CAPES. Bacharel pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: julietemafra@univali.br.

³ Mestranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí. Bolsista do PROSUP – CAPES. Bacharel pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: natammy@hotmail.com.

Para alcançar tal enfoque, a pesquisa será dividida em três momentos, buscando-se desenvolver os objetivos geral e específicos, os quais foram dirigidos pela temática e problemática da pesquisa, quais sejam: noções gerais sobre dicotomia entre Estado Laico e Estado Confessional; a importância da laicidade para o direito à liberdade religiosa no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, a liberdade religiosa como consecução a garantia dos Direitos Fundamentais.

O artigo científico é desenvolvido nos campos do direito constitucional e contém traduções feitas livremente pelas autoras. Quanto à metodologia empregada, registra-se que na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo, e nas diversas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE A DICOTOMIA ENTRE ESTADO LAICO E ESTADO CONFSSIONAL

Para uma maior compreensão acerca do assunto e com o intuito de apresentar as diferenças e as especificidades de cada tipo de Estado, a pesquisa abordará as características fundamentais dos dois principais tipos de Estado da atualidade: Estado laico e Estado confessional.

Pelo simples fato do Brasil se identificar como Estado laico, grande parte dos estudos em território nacional dedicam-se a compreensão da abrangência deste Estado e limita, deste modo, os estudos acerca das características do estado confessional à escassa literatura estrangeira.

A “Canadians for Justice and Peace in the Middle East”⁴ apresenta o Estado confessional como um tipo de “consocialismo”, o qual é apresentado por cientistas políticos como um estado que funciona independente de suas divisões internas.

Para a CJPME⁵, “confessionalism is a system of consociational government which distributes political and institutional power proportionally among religious sub-

⁴ Canadians for Justice and Peace in the Middle East.

⁵ “Confessionalismo é um sistema de governo “consociacional”, o qual distribui proporcionalmente poderes políticos e institucionais entre sub-comunidades religiosas”. Tradução livre.

communities”. Ademais, apresenta alguns exemplos atuais de “consociational states” incluindo Bélgica, Suíça, Índia, Espanha, Líbano e Holanda.⁶

Assim, o Estado Confessional, segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti⁷, é aquele que, “embora não se confunda com determinada religião, possui uma religião oficial que pode influir nos rumos políticos e jurídicos da nação, além de possuir privilégios não concedidos às demais”. Inclusive, ele complementa que “foi o caso do Brasil Imperial, cuja Constituição definiu a religião católica apostólica romana como religião oficial do país”.

Por outro lado, considera-se laico o Estado que não é confessional, ou seja, aquele que não adotou uma religião como religião oficial e, sim, o regime aquele que aprova a separação entre Estado e instituições religiosas, permitindo ao seu povo qualquer religiosidade como também a irreligiosidade.⁸ De igual modo, a liberdade de religião é respeitada e resguardada, entretanto, o Estado não pode manifestar-se de maneira tal que possa induzir a população.

Canotilho⁹, valendo-se do exemplo da Constituição portuguesa, destaca o que segue:

O laicismo, produto ainda de uma visão individualista e racionalista, desdobrava-se em vários postulados republicanos: separação do Estado e da Igreja, igualdade de cultos, liberdade de culto, laicização do ensino, manutenção da legislação referente à extinção das ordens religiosas.

Em seguida, o Estado laico não pode ser confundido com aquele em que a pessoa que professa uma determinada religião não possa se manifestar, não possa ter opinião ou, não possa desejar ter representantes que façam as leis de acordo com os princípios e valores em que acredita, atuando em consonância com vontade da maioria, respeitando as minorias.¹⁰

Ives Gandra da Silva Martins sustenta que:

O certo, todavia, é que se faz necessário, de uma vez por todas, deixar claro uma coisa: “Estado laico” não significa que aquele que não acredita em Deus tenha direito a impor sua maneira de ser, de opinar e de defender a democracia. Não significa, também, que a democracia só possa ser constituída por cidadãos agnósticos ou ateus. Não podem, ateus e agnósticos, defender a tese de que a verdade está com eles e, sempre que qualquer cidadão,

⁶ CJPME. Canadians for Justice and Peace in the Middle East. **Understanding Lebanese Confessionalism**. Disponível em: <http://www.cjpmo.org/DisplayDocument.aspx?DocumentID=47>. Acesso em 16 set. 2014.

⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tomemos a sério o princípio do Estado laico - Página 2/3. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1830, 5 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11457>>. Acesso em: 13 set. 2014.

⁸ NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/20257/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Acesso em 27 ago. 2014.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p.165

¹⁰ MARTINS, Ives Gandra. Do parecer no tocante ao Tratado Brasil-Santa Sé – constitucionalidade do artigo 11, § 1º, do decreto nº 7107/010 em face do artigo 210, § 1º, da constituição federal e do artigo 33 da lei de diretrizes e bases da educação. Liberdade de expressão – inteligência dos incisos IV, VI, VII E IX do artigo 5º da Constituição Federal – a correta exegese de repúdio ao “discurso do ódio”. **Parecer**. p. 12. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/parecer/index>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

que acredita em Deus, se manifeste sobre temas essenciais – como por exemplo, direito à vida, eutanásia, família etc.- sustentar que sua opinião não deve ser levada em conta, porque inspirada por motivos religiosos. Por tal lógica conveniente e convivente, e desqualificada opinião de agentes ateus e agnósticos, precisamente porque seus argumentos são inspirados em sentimentos “anti-Deus”. Numa democracia, todos têm o direito de opinar, os que acreditam em Deus e os que não acreditam.¹¹

Em um Estado democrático, o Estado laico é constituído por homens eleitos pelo povo os quais representam a vontade da sociedade, bem como o regime jurídico e a ordem pública de seu determinado país. Portanto, neste tipo de Estado, é a própria sociedade que estabelece as normas e o governo e não os líderes religiosos, os quais deverão respeitar a vontade popular.¹²

Logo, nas palavras de Paulo Bessa “o Estado laico pode ser definido como a instituição política legitimada pela soberania popular em que o poder e a autoridade das instituições do Estado vêm do povo.” Desta feita, tal conceito está estritamente ligado à democracia e à tutela dos direitos fundamentais.

Interessante se faz a fundamentação da laicidade em dois princípios: o primeiro está relacionado à autonomia das comunidades religiosas perante o estado, impedindo a interferência do estado em assuntos estritamente religiosos, bem como o embaraço de qualquer religião com o Estado; já o segundo princípio está relacionado a liberdade de crença. Com efeito, o Estado laico não é desfavorável à qualquer religião, posto que possibilita a convivência de diversos credos em seu território.¹³

No mesmo sentido se posiciona Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁴:

A laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé. Não impede a colaboração com confissões religiosas, para o interesse público (CF, art. 19, I). A sistemática constitucional acolhe, mesmo, expressamente, medidas de ação conjunta dos Poderes Públicos com denominações religiosas e reconhece como oficiais certos atos praticados no âmbito de cultos religiosos, como é o caso da extensão de efeitos civis ao casamento religioso.

Guilherme Bessa Neto afirma descreve que:

¹¹ MARTINS, Ives Gandra. Do parecer no tocante ao Tratado Brasil-Santa Sé – constitucionalidade do artigo 11, § 1º, do decreto nº 7107/010 em face do artigo 210, § 1º, da constituição federal e do artigo 33 da lei de diretrizes e bases da educação. Liberdade de expressão – inteligência dos incisos IV, VI, VII E IX do artigo 5º da Constituição Federal – a correta exegese de repúdio ao “discurso do ódio”. **Parecer.** p. 18-19. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/parecer/index>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

¹² MARTINS, Ives Gandra. Do parecer no tocante ao Tratado Brasil-Santa Sé – constitucionalidade do artigo 11, § 1º, do decreto nº 7107/010 em face do artigo 210, § 1º, da constituição federal e do artigo 33 da lei de diretrizes e bases da educação. Liberdade de expressão – inteligência dos incisos IV, VI, VII E IX do artigo 5º da Constituição Federal – a correta exegese de repúdio ao “discurso do ódio”. **Parecer.** p. 12. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/parecer/index>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

¹³ NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi.** Disponível em: jus.com.br/artigos/20257/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Acesso em 27 ago. 2014.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** ed. 9. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 318.

O Estado laico não deve ser entendido como uma instituição antirreligiosa ou anticlerical. Na realidade o Estado laico é a primeira organização política que garantiu a liberdade religiosa. A liberdade de crença, a liberdade de culto e a tolerância religiosa foram aceitas graças ao Estado laico e não como oposição a este.¹⁵

Em linhas gerais, Ives Gandra Martins¹⁶ afirma que o Estado laico não é ateu ou agnóstico. Ao contrário disso, é um Estado que caracteriza-se pela possibilidade de expressão de consciência e crença e que não apresenta vinculação com as decisões ou qualquer incidência direta de instituições religiosas.

De fato, o Estado que possibilita o direito de seus habitantes a continuarem a exercer suas crenças independentemente de qualquer influência lhes garante o direito de liberdade de religião resguardado pela Declaração Universal de Direitos Humanos e, no caso do estado brasileiro, tutela a liberdade religiosa elencada no rol de direitos e garantias fundamentais; temática que será abordada no próximo capítulo.

2. A IMPORTÂNCIA DA LAICIDADE PARA O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O projeto da Declaração de Direitos Humanos foi ratificado pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 1948 e continuou o processo já iniciado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, a qual estabeleceu a igualdade entre todos os seres humanos não importando suas origens, raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou qualquer outra condição.¹⁷ Desde então, a independência do Estado diante de qualquer religião já tem sido presença marcada.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém diversas menções acerca dessa questão: desde o início, no preâmbulo, a declaração proclama a chegada de um mundo novo em que se usufrua da liberdade de crença; e, a seguir o artigo II afirma que os direitos e as liberdades devem ser gozados sem distinção de religião.¹⁸

¹⁵ NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/20257/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Acesso em 27 ago. 2014.

¹⁶ MARTINS, Ives Gandra. **Estado laico não é ateu ou agnóstico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/estado-laico-nao-ateu-ou-agnostico-ives-gandra-martins>. Acesso em: 16 set. 2014.

¹⁷ BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. A internacionalização da proteção dos direitos humanos e da proteção ambiental. In: SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza. (Org.). **Teoria Jurídica e Transnacionalidade**. 1ed. Itajaí: Univali, 2014, v. 1, p. 20-36.

¹⁸ OLÉ. Observatório da laicidade na educação. A laicidade do Estado e os Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.edulaica.net.br/71/posicoes/a-laicidade-do-estado-e-os-direitos-humanos/>. **Jus Navigandi**. Acesso em 16. set. 2014.

A saber, mais adiante o artigo XVIII¹⁹ menciona, especificamente, a questão da liberdade religiosa:

Art. XVIII - Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Atualmente, a laicidade no Estado brasileiro é reconhecida pela Constituição Federal de 1988. A atual Carta estabeleceu em seu artigo 19, inc. I, o seguinte:

É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Com base nesta disposição, o Estado brasileiro foi caracterizado como laico. Entretanto, nem sempre foi assim. Ainda no período do Império, a primeira Constituição do Brasil outorgada em 1824 invocava a "Santíssima Trindade", em razão do Estado manter a religião Católica Apostólica Romana como oficial, o que já acontecia no Brasil Colônia.²⁰

Tratava-se, portanto, de um modelo de Estado confessional. Outras religiões poderiam se manifestar, mas deveriam atender alguns requisitos, quais sejam: realizar seus encontros em locais sem forma exterior de templo, respeitar a religião oficial do Estado e não ofender a moral pública. Ademais, só se podia eleger Deputado quem seguisse a religião do Estado.²¹

Um ano após a proclamação da República, em 1890, a Igreja foi separada do Estado, inaugurando um novo período na história brasileira. Por sua vez, a nova Carta rompeu com a relação Estado-Igreja, apresentando a Constituição de 1891 um Estado laico e ateu, sem nenhuma religião oficial ou menção de "Deus" em seu texto. A partir deste momento os cultos podiam ser livres e públicos, restando impossível a privação de direitos por motivos de convicção religiosa.

Após a Revolução de 1930 ter proposto a adoção de uma democracia social, a Constituição de 1934 apresenta o teísmo estatal ao reconhecer que Deus é digno de

¹⁹ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 16 set. 2014.

²⁰ JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa Silva. Laicidade do Estado: Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/18975/laicidade-do-estado. Acesso em 19 set. 2014.

²¹ JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa Silva. Laicidade do Estado: Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/18975/laicidade-do-estado. Acesso em 19 set. 2014.

confiança. Portanto mantêm-se a laicidade e a liberdade religiosa sendo acolhida a colaboração Estado-Igreja em prol do interesse coletivo.²²

Outorgada por Getúlio Vargas, a Constituição de 1937 impôs o país o regime do Estado Novo, com inspirações fascistas. Desta feita, o nome de Deus foi banido da Carta Magna, mas conservou-se a liberdade religiosa. As manifestações podiam ser públicas e era proibido ao Estado o estabelecimento, embaraço ou financiamento dos cultos religiosos. A Constituição Polaca foi a primeira das Constituições a prever, expressamente, o repouso dos operários nos feriados religiosos.²³

Em 1945, logo após a restauração da democracia liberal, com a deposição de Getúlio Vargas e instalação da Assembléia Constituinte, promulga-se a Constituição de 1946. Regressa-se, portanto, ao teísmo estatal, estabelecido por meio da inserção da expressão “sob a proteção de Deus” na disposição preambular. Promulgada no governo de Eurico Gaspar Dutra, foi a primeira Carta a indicar a vedação do lançamento de impostos sobre os templos de qualquer culto.

Ao exemplo das cartas de 1934 e 1946, Celso Ribeiro de Bastos²⁴, nos comentários conjuntos com Ives Gandra Martins, defende a separação entre a liberdade de consciência da de crença em razão das mesmas não se confundirem. Para tanto, o autor argumenta o seguinte:

Em primeiro lugar, porque uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma. Deflui, pois, da liberdade de consciência, uma proteção jurídica que os próprios ateus e agnósticos. De outra parte, a liberdade de consciência pode apontar para uma adesão a certos valores morais e espirituais que não passam por sistema religioso algum. Exemplo disso são os movimentos pacifistas que, embora tendo por centro um apego à paz e o banimento de guerra, não implicam uma fé religiosa.

Editada após o Golpe Militar de 1964, a Constituição de 1967 preservou a liberdade religiosa e apenas invocou a proteção de Deus, ao contrário da Constituição anterior que a declarava. Dois anos após, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, introduzida com o Ato Institucional nº 5, por sua vez, trouxe inovações em relação à Constituição de 1967 somente

²² JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa Silva. Laicidade do Estado: Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/18975/laicidade-do-estado. Acesso em 19 set. 2014.

²³ JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa Silva. Laicidade do Estado: Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/18975/laicidade-do-estado. Acesso em 19 set. 2014.

²⁴ NETO, Jayme Weingartner. **Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 85-86

em dois aspectos: proibição expressa de pronunciamento parlamentar e de propagandas que importassem em preconceito de religião.²⁵

Por fim, a Constituição de 1988 retorna a professar a proteção de Deus. Apronta ser "inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias"²⁶, incluindo tal liberdade no recém inaugurado rol de direitos e garantias fundamentais.

Diante do exposto percebe-se a evolução do Estado brasileiro desde o período colonial até o estado Democrático de Direito, partindo de um Estado confessional até o estágio atual: o Estado laico.

Em aborde desta evolução, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti²⁷ assinala que:

A doutrina laica surgiu ou se fortaleceu em virtude dos abusos estatais cometidos em nome de crenças religiosas, como ocorrido na Idade Média, quando a Igreja Católica Apostólica Romana impunha seus dogmas a todos, sob pena inclusive de fogueira em casos que julgasse mais graves (através de julgamentos canônicos realizados pelo Tribunal da "Santa" Inquisição, o que fez com que se denomine este período histórico como "Idade das Trevas").

Deve-se ter em mente, contudo, que o Estado Laico não é um Estado Ateu, pois este proíbe toda e qualquer crença teísta, exigindo que todos sejam descrentes (que não acreditem em nenhuma crença teísta), ao passo que aquele permite que as pessoas escolham a crença teísta que lhes faça melhor sentido ou então que não adotem crença teísta nenhuma, sendo, portanto, descrentes, ateus.

Deste modo, a Constituição tutela a liberdade religiosa com o objetivo de facilitar que as pessoas possam usufruir de sua fé.²⁸ Em território brasileiro, o respeito à liberdade religiosa impede que certas questões sejam resolvidas pelo Judiciário. Ademais, também não podem ser confundidas com decisões empresariais, muito menos o ministério religioso ser confundido com atividade trabalhista.²⁹

Outro aspecto que é relevante de se ressaltar é a questão da igualdade sem distinção de credo religioso. José Afonso da Silva³⁰ relembra que todos devem receber igual

²⁵ JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa Silva. Laicidade do Estado: Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/18975/laicidade-do-estado. Acesso em 19 set. 2014.

²⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16 set. 2014.

²⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tomemos a sério o princípio do Estado laico - Página 2/3. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1830, 5 jul. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11457>. Acesso em: 13 set. 2014.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**.ed. 9. São Paulo: Saraiva, 2014. p.319

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**.ed. 9. São Paulo: Saraiva, 2014. p.318

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo:Malheiros, 2003.p. 225

tratamento “nas condições de igualdade de direitos e obrigações, sem que sua religião possa ser levada”.

Neste diapasão, não restam dúvidas de que a liberdade religiosa é direito que encontra nítida relação para com o Estado de tipo laico. Isto por que o princípio da laicidade é que permite aos cidadãos desfrutarem com autonomia de seus cultos religiosos, decidindo com liberalidade pela sua crença ou descrença, de acordo com a sua paz do espírito, como verdadeiro ato de fé, e não por imposição estrutural política.

3. A LIBERDADE RELIGIOSA COMO CONSECUÇÃO A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É cediça a existência de direitos fundamentais. Não é com assombro que se encontra a sua usual referência, afinal, é corriqueira a discussão sobre a tutela de garantias consideradas fundamentais. “Hoje em dia, há direitos fundamentais para todos os gostos. Todo mundo acha que seu direito é sempre fundamental”, comenta George Marmelstein³¹.

Paulo Bonavides³² leciona que: “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]”.

Sobre o tema, Pisarello relaciona a pertinência dos direitos fundamentais à importância da Constituição, ao prever que os direitos fundamentais são os interesses ou necessidades que assumem maior relevância dentro de um ordenamento jurídico determinado, isto porque, se assim não fosse relevante, não haveria a sua inclusão nas normas de maior valor dentro de um ordenamento, como são as Constituições.³³

Além da banalização para com o uso da expressão “direitos fundamentais”, sem a certeza do correto significado, há também a confusão deste termo com outros. Nota-se que “as expressões mais usuais são ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’ e normalmente são utilizadas como sinônimas”, anuncia Luiza Gomes da Silva e Júlio Cezar da Silva Castro³⁴.

³¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563.

³³ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para uns reconstrucción. 2007, p. 80.

³⁴ SILVA, Luiza Gomes da; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais no Brasil: passeio histórico-político**. São Paulo: Baraúna. 2011. p. 219.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho³⁵, nota-se que: as expressões ‘direito do homem’ e ‘direitos fundamentais’, que vem sendo usadas tal qual fossem termos sinônimos, podem, entretanto, a partir do critério e significado, ser distinguidas para seu tratamento, pela seguinte forma: os direitos humanos consistem naqueles direitos do homem válidos para todos os povos e em todos os campos em qualquer tempo da história (dimensão jusnaturalista-universalista). São direitos provenientes da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal. Já os direitos fundamentais se demonstram pelos direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente, ou seja, são direitos objetivamente vigentes em uma determinada ordem jurídica concreta.

Neste ínterim, Ingo Wolfgang Sarlet³⁶ abarca a diferenciação com sucinta defesa: “‘direitos humanos’ (positivados na esfera do direito internacional), e ‘direitos fundamentais’ (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado)”. É possível que os direitos sejam humanos e fundamentais aos mesmo tempo, posto que neste caso correspondem aos direitos reconhecidos tanto na esfera internacional, bem como na esfera nacional, visto que se encontra reconhecido como posição jurídica constitucional no ordenamento jurídico interno ao mesmo tempo em que está positivado enquanto diretriz norteadora de direito internacional.

Assim é o direito à liberdade religiosa, visto que é direito declarado como fundamental e humano. Desponta como tipo de direitos humanos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a qual ainda reconheceu a sua estreita conexão com o direito de crença a liberdade de pensamento e consciência, que se revela na liberdade de manifestação da religião ou crença³⁷. Ao passo que, como já visto, também está positivado na Constituição da República Federativa do Brasil.

Junto ao sentido de direitos fundamentais, há que se indicar que a característica da fundamentalidade decorre de dois sentidos distintos: uns pela previsão formal no texto constitucional; e outros em razão do seu conteúdo material, ou seja, pode-se apontar para a especial dignidade de proteção dos direitos provindos dum aspecto formal e/ou decorrente

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 393.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 30.

³⁷ NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/20257/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Acesso em 27 ago. 2014.

dum aspecto material³⁸.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 dispõe no seu Título II, um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais, sistematizados em cinco capítulos: (I) Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; (II) Dos Direitos Sociais; (III) Da Nacionalidade; (IV) Dos Direitos Políticos e (V) Dos Partidos Políticos³⁹. Assim, o rol dos direitos fundamentais indicados expressamente na própria Constituição, em razão desta previsão, são definidos e identificados como formais.

Destarte, os direitos fundamentais de aspecto formal consistem naqueles que abrangem proteção disposta pela Constituição, isto por estarem nela inscritos, isto é, a formalidade é característica que decorre do simples fato de alguns direitos terem sido eleitos pelo Poder Constituinte Originário como fundamentais e, assim, terem sido escritos na Constituição, passando esses direitos a assumir um *status* jurídico especial, com um regime jurídico próprio⁴⁰.

Quanto ao aspecto material, somente a análise do conteúdo do direito permitirá a verificação da existência de fundamentalidade material. “A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”, orienta Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹.

No caso em tela, o direito fundamental a liberdade religiosa é posição jurídica com fundamentalidade formal, *(conforme dispõe o artigo 5º, inciso VI, já mencionado na pesquisa), mas também encontra consonância ao caráter material, uma vez que o conteúdo defendido pela liberdade religiosa se perfaz através do princípio da laicidade, que abarca aporte ideológico com critérios éticos de relevância e substância jurídica, e, ainda, relacionando-se com o princípio da dignidade da pessoa humana.*

Ora, a Constituição nacional vigente não se limitou em proclamar a liberdade de religião como direito fundamental. “Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I,

³⁸ CANOTILHO José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina. 1992. p. 509.

³⁹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de ago. de 2014.

⁴⁰ MIRANDA, Jorge. MIRANDA, Jorge. **Manual de direitos constitucional**. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 137.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 61.

*o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas”*⁴².

Nas palavras de Jônatas Machado Eduardo Mendes⁴³:

A titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas colectivas reveste-se de particular importância no caso do fenómeno religioso. A história demonstra a existência e influência de inúmeros grupos que surgem da dinâmica social do homem e da religião. No caso particular do Cristianismo, por exemplo, a ideia de assembleia (ecclesiae), marcou tão profundamente os hábitos sociais que se torna hoje difícil conceber a religião desligada de sua dimensão associativa. Acresce que um dos actos mais significativos através dos quais o indivíduo exerce sua liberdade religiosa consiste, justamente, na adesão de uma comunidade moral de natureza religiosa. Assim, dado o carácter eminentemente social do fenómeno religioso, o reconhecimento do direito à liberdade religiosa individual tem como corolário o respeito pela autonomia das formações sociais a que aquele naturalmente dá lugar.

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou particular.⁴⁴

Ademais, os direitos fundamentais são indivisíveis, indisponíveis, inalienáveis e, ainda, imprescritíveis, é dizer, não são perdidos pela falta de uso, prescritíveis. Assim, por exemplo, não é porque alguém nunca usou do direito de mudar de religião, ou seja, que ficou sem usar da liberdade de religião que terá perdido esse direito.

Neste sentido, orienta Ramón Soriano⁴⁵:

La libertad religiosa – se dice – es el principio jurídico fundamental que regula las relaciones entre el Estado y la Iglesia en consonancia con el derecho fundamental de los individuos y de los grupos a sostener, defender y propagar sus creencias religiosas. De manera que el resto de los principios, derechos y libertades en materia religiosa son coadyuvantes e solidarios del principio básico de la libertad religiosa.

É importante assinalar o reconhecimento da liberdade de pensamento, crença e religião como um dos direitos fundamentais do ser humano apenas demonstrou que tal direito não provém de mera convenção humana, contudo, demonstra que é proveniente do próprio direito natural. Guilherme Bessa Neto inclusive ressalta que “o Estado, para visar ao

⁴² SARMENTO, Daniel. **Diferentes, mas iguais. Estudos de Direito Constitucional**. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006, pp. 115-118.

⁴³ MACHADO, Jônatas Eduardo Mendes. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 208.

⁴⁴ NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/20257/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Acesso em 27 ago. 2014.

⁴⁵ SORIANO, Ramón. **Las libertades públicas**. Madri: Tecnos, 1990.

bem pessoal e ao bem comum, deve respeitar os direitos inerentes ao homem pela sua própria natureza de homem, sob pena de ofensa à sua dignidade.”⁴⁶

Neste interim, a Constituição brasileira vigente firmou o direito fundamental a liberdade religiosa constituindo, além deste, o princípio da laicidade do Estado, visto que, segundo Jônatas Machado Eduardo Mendes⁴⁷, a norma dispõe sobre “a radical hostilidade constitucional para com a coerção e discriminação em matéria religiosa, ao tempo em que afirma o princípio da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos”.

A liberdade religiosa tem como consequência o direito à liberdade de manifestação desta crença incluindo também a responsabilidade de propagação da própria fé, a exemplo do Cristianismo, cujo fundador, Jesus Cristo, ordenou: “Ide por todo o mundo, pregai o evangelho a toda criatura”.⁴⁸

Nota-se que “[...] a democracia, o pluralismo e a dignidade da pessoa humana são os fundamentos do direito à liberdade religiosa. Dessa maneira, afastar-se da religião não é a tarefa que se exige do Estado constitucional contemporâneo”, orienta Felipe Germano Cacicado Cidad⁴⁹, complementando que: “ao contrário, reconhecê-la como uma manifestação cultural e basilar para a vida em sociedade é um imperativo, e o respeito e adequação de situações anômalas deve ser sua bandeira capital”.

É sobremodo importante assinalar que a liberdade religiosa está intimamente ligada à liberdade de consciência. O direito do exercício público de um determinado culto não é um direito absoluto, como qualquer direito fundamental, portanto, está condicionado aos direitos de outrem ou condicionado à ordem pública.⁵⁰

Inclusive, o direito à livre prática da religião abrange dois aspectos: o primeiro está relacionado ao fato ninguém poder ser juridicamente obrigado a praticar uma religião contrária à sua consciência, mesmo que esta seja declarada verdadeira; por outro lado,

⁴⁶ NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/20257/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Acesso em 27 ago. 2014.

⁴⁷ MACHADO, Jônatas Eduardo Mendes. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 347.

⁴⁸ NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/20257/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Acesso em 27 ago. 2014.

⁴⁹ CIDAD, Felipe Germano Cacicado. Considerações acerca da liberdade religiosa e do Estado laico. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 19, n. 3972, 17 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28337>>. Acesso em: 14 set. 2014.

⁵⁰ NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/20257/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Acesso em 27 ago. 2014.

ninguém pode ser obrigado a realizar atos adversos aos preceitos de uma religião, ou, dirigidos contra a comunidade religiosa a que pertencer por decisão de sua consciência.⁵¹

Semelhantemente, o direito ao ateísmo também está resguardado pela Constituição vigente. Tendo em vista a liberdade de crença abranger a liberdade de se optar qualquer religião, bem como a liberdade de muda-la, a Constituição também protege a liberdade de não aderir a religião alguma, “bem como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo.”⁵²

Da mesma sorte, Alexandre de Moraes destaca que “(...) a liberdade de convicção religiosa abrange inclusive o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, devendo o Estado respeito ao ateísmo”⁵³

O direito à liberdade religiosa como consecução a garantia dos Direitos Fundamentais tem por objetivo proteger o *fórum internum*, de modo a evitar qualquer pressão às opções de fé. Portanto, cria-se em torno do indivíduo uma “esfera jurídico-objetiva” cujo “perímetro os poderes públicos e as entidades privadas devem respeitar”.⁵⁴

Assim, é inconfundível a preeminência da laicidade na constituição da liberdade religiosa, permitindo que este instituto jurídico, na qualidade de direitos dos homens, direito fundamental e base principiológica constitucional, esteja entrelaçado com o cenário jurídico contemporâneo, não se permitindo pensar de maneira contrária, uma vez que confia a ideia de retrocesso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo escorço da pesquisa desenvolvida através do presente artigo, possibilitou-se compreender a diferenciação estrutural existente entre Estado laico e Estado confessional, bem como se conseguiu firmar, em aspectos gerais, análise acerca do princípio da laicidade como pressuposto a consecução da liberdade religiosa.

⁵¹ NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. Jus **Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/20257/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Acesso em 27 ago. 2014.

⁵² RACHEL, Andrea Russar. **Brasil: a laicidade e a liberdade religiosa desde a Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22219/brasil-a-laicidade-e-a-liberdade-religiosa-desde-a-constituicao-da-republica-federativa-de-1988/1>. Acesso em 16 set. 2014.

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 47.

⁵⁴ NETO, Jayme Weingartner. **Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 113

Entender as diferenças que compõem o Estado Confessional e o Estado Laico permite avançar num comparativo de vantagens e desvantagens, possivelmente, decorrentes dos tipos estruturantes desses Estado.

Enquanto o Estado Confessional se demonstra naquele Estado que reconhece uma determinada religião como sendo oficial da nação, a qual acaba influenciando nas diretrizes políticas. Por sua vez, o Estado Laico é não confessional, o que pressupõe a inexistência de uma religião oficial e a liberdade de crença e escolha para todos da sociedade.

Mostra-se evidente que na historicidade jurídica brasileira, houve uma evolução do Estado Confessional para o Estado Laico, deixando-se de admitir a Igreja Católica Apostólica Romana como religião oficial para avançar ao encontro da liberdade religiosa e ao respeito para todas as crenças ou, até mesmo, com respaldo a garantia de descrença do indivíduo.

É inadmissível considerar que, num Estado Democrático de Direito, haja a atribuição de Estado Confessional, posto que a concepção religiosa faz parte da convicção interna de cada indivíduo, sendo incongruente que venha a ser firmada por ato impositivo, inquisitivo, visto que foge a própria ideia de fé e crença.

Ainda que todos de uma mesma nação, que venha a compor um Estado estruturado, sejam adeptos de uma mesma crença, com unanimidade, não é concebível que essa se torne a religião oficial, visto que a própria fé basta para firmar a conduta humana, os padrões morais daquele povo, e assim, reafirmar as diretrizes da concepção religiosa na sua legislação interna.

Assim, é coerente que cada cidadão encontre a liberalidade de confirmar ou mudar de crença pelo conhecimento de sua verdade interior, estando seguro, a todo tempo, de estar agindo em favor de sua espiritualidade, e não por imposição do Estado. Ao passo que quando o Estado inibe o livre-arbítrio humano de escolher uma divindade ou divindade nenhuma, acaba por ferir sua dignidade humana.

Por vezes, os direitos fundamentais são concebidos como sinônimos dos direitos humanos, o que não é verdade, vez que esses são os direitos do homem positivados pelo direito internacional, com caráter inviolável, intemporal e universal; diferentemente, aqueles são os direitos do homem positivados dentro do Direito Constitucional de cada Estado, com limite espaço-temporal.

Assim, os direitos fundamentais se apresentam como os interesses ou necessidades que assumem maior relevância dentro de um ordenamento jurídico, razão pela qual encontram com a ideia de proteção especial.

É inconteste que o direito à liberdade religiosa consiste em tipo de direitos humanos, além de ser direito fundamental, como também essência relacionável ao princípio da laicidade. Fatores jurídicos que afirmam os direitos da fé e da liberdade que lhe deve compor.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Nova Versão Internacional. Disponível em: www.bibliaonline.com.br/nvi/2co/3. Acesso em 16 set. 2014.

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

BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. A internacionalização da proteção dos direitos humanos e da proteção ambiental. In: SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza. (Org.). **Teoria Jurídica e Transnacionalidade**. 1ed. Itajaí: Univali, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de ago. de 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina. 1992.

CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Considerações acerca da liberdade religiosa e do Estado laico. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 19, n. 3972, 17 maio 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/28337>. Acesso em: 14 set.

CJPME. Canadians for Justice and Peace in the Middle East. **Understanding Lebanese Confessionalism**. Disponível em: <http://www.cjpmo.org/DisplayDocument.aspx?DocumentID=47>. Acesso em 16 set. 2014.

JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa Silva. Laicidade do Estado: Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/18975/laicidade-do-estado. Acesso em 19 set. 2014.

MACHADO, Jônatas Eduardo Mendes. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva**: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Ives Gandra. Do parecer no tocante ao Tratado Brasil-Santa Sé – constitucionalidade do artigo 11, § 1º, do decreto nº 7107/010 em face do artigo 210, § 1º, da constituição federal e do artigo 33 da lei de diretrizes e bases da educação. Liberdade de expressão – inteligência dos incisos IV, VI, VII E IX do artigo 5º da Constituição Federal – a correta exegese de repúdio ao “discurso do ódio”. **Parecer**. p. 12. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/parecer/index>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

MARTINS, Ives Gandra. **Estado laico não é ateu ou agnóstico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/estado-laico-nao-ateu-ou-agnostico-ives-gandra-martins>. Acesso em: 16 set. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. ed. 9. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge de. **Manual de direitos constitucional**. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/20257/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Acesso em 27 ago. 2014.

NETO, Jayme Weingartner. **Liberdade religiosa na constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLÉ. Observatório da laicidade na educação. A laicidade do Estado e os Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.edulaica.net.br/71/posicoes/a-laicidade-do-estado-e-os-direitos-humanos/>. **Jus Navigandi**. Acesso em 16. set. 2014.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 16 set. 2014.

PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. 2007, p. 80.

RACHEL, Andrea Russar. **Brasil: a laicidade e a liberdade religiosa desde a Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22219/brasil-a-laicidade-e-a-liberdade-religiosa-desde-a-constituicao-da-republica-federativa-de-1988/1>. Acesso em 16 set. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

SARMENTO, Daniel. **Diferentes, mas iguais. Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Luiza Gomes da; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais no Brasil: passeio histórico-político**. São Paulo: Baraúna. 2011.

SORIANO, Ramón. **Las libertades públicas**. Madri: Tecnos, 1990.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tomemos a sério o princípio do Estado laico - Página 2/3. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1830, 5 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11457>>. Acesso em: 13 set. 2014.

ENTRE A SOBERANIA ESTATAL E A ECONOMIA: A REINVENÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO PODER NA ATUAL FASE DA GLOBALIZAÇÃO

Vânia Petermann¹

Paulo Marcos de Farias²

INTRODUÇÃO

Atualmente salta aos olhos o fenômeno da globalização: se no passado não era tão sentido, agora vem a passos largos pelas possibilidades das tecnologias da informação e da comunicação (*internet*) aliadas às facilidades do transporte internacional de pessoas e de bens. O desenvolvimento mundial com a abertura das fronteiras, todavia, mostra-se incapaz de resolver os problemas históricos da humanidade. A pobreza, a fome, a miséria, a incompreensão ao próximo (solidariedade) e a ignorância (ausência de informação formadora da cidadania) veem-se escancaradas pelos países mais pobres e ou em desenvolvimento. Assim, a globalização muitas vezes é vista muito mais com apreensão do que com entusiasmo.

Em um passado não muito anterior, aliás, registrou-se grave crise que assolou o mercado mundial, cujas consequências deveras desastrosas foram sentidas até em países desenvolvidos.

Dessas constatações ressaí que nem só de progresso econômico se formam os anseios sociais. Em verdade, talvez antes disso, a humanidade realmente almeja é uma existência digna, sem violações aos direitos fundamentais. E a este respeito, constata-se que as reivindicações se voltam precipuamente sobre o Estado.

Logo, se de um lado busca-se o progresso e o desenvolvimento econômico no planeta, de outro não se pode perder de mira a salvaguarda de mínimo existencial a todos os indivíduos.

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí - UNIVALI. Juíza de direito do Juizado Especial Cível e Criminal da Trindade, Foro do Norte da Ilha, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. Professora no Curso de Formação Inicial I (Prática Forense) pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Brasil, no concurso para ingresso na carreira da Magistratura; e-mail vania@tjsc.jus.br.

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI. Juiz de Direito da Vara do Tribunal do Júri convocado para atuar como Juiz Instrutor no Gabinete do Ministro Jorge Mussi desde 01/04/2014, no Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Distrito Federal, Brasil. E-mail pmfarias@tjsc.jus.br.

Calcado nessa premissa, o objetivo do presente artigo é a investigação dos impactos da globalização na relação entre o Estado e a economia, donde ressaí o Judiciário como Poder para equilibrar as duas forças, dado o seu papel de protetor e garantidor dos direitos fundamentais.

O método utilizado nesta pesquisa foi o indutivo, e a técnica adotada foi a da pesquisa bibliográfica em obras impressas e disponíveis na rede mundial de computadores.

No primeiro capítulo, abordar-se-á a complexidade da globalização, por se tratar de um fenômeno que pode ser analisado em vieses distintos. Ainda, serão apontadas as suas consequências para a conformação de novo cenário mundial, no qual o poder econômico se agiganta perante o político, vez que suplanta as fronteiras.

Já no segundo capítulo, o mote será a situação do Estado nessa nova contextura estabelecida em razão da globalização, analisando-se a perspectiva clássica, bem como o impasse relacionado à sua existência e aos seus limites em face do poder econômico. Em sequência, investigar-se-á a necessidade do repensar dos seus elementos, em especial a soberania.

Ainda, no terceiro capítulo, declinada a situação da economia e do Estado, será buscado o equilíbrio dessas forças a partir do estudo dos direitos fundamentais e do papel do Judiciário para a sua consagração, delineando-se o agigantamento deste como poder na Era da globalização.

Por fim, será apresentada a conclusão.

1. A CONFORMAÇÃO DO NOVO CENÁRIO MUNDIAL

A globalização é fenômeno deveras complexo, que pode ser comparado às ondas com avanços e retrocessos que podem durar até séculos, o qual se vê constantemente conectado à perspectiva econômica na ordem mundial.

A atual fase ou “onda”³ da globalização tornou-se mais perceptível e acelerada com a *internet* e a facilitação dos transportes internacionais de bens e de pessoas. Com isso,

³ Para maiores aprofundamentos sobre as fases da globalização, cujo início não é unanimidade na doutrina (com a inclusão algumas vezes da expansão do império romano e o período das grandes navegações, perpassando pelas duas grandes guerras até a revolução da internet), sugere-se ler GUERRA, Sidney. A quarta onda globalizante e os desafios para o direito internacional. In **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, Ano IV, n. 4 e Ano V, n. 5, 2003-2004. p. 341 a 357. Disponível em <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/17.pdf> Consulta em 29 de ago de 2014.

extravasou a esfera do comércio, da produção e dos capitais, passando para outras formas de “intercâmbio mundial”.

Nesse quadro, como adverte Anthony GIDDENS a ideia de globalização não se limita ao contexto econômico, vez que também está ligada às circunstâncias locais (micro) que repercutem no plano global (macro) e em sentido inverso:

A globalização trata efetivamente da transformação do espaço e do tempo. Eu a defino como ação a distância, e relaciono sua intensificação nos últimos anos ao surgimento da comunicação global instantânea e ao transporte de massa. [...] A globalização não é um processo único, mas uma mistura complexa de processos, que freqüentemente atua de maneira contraditória, produzindo conflitos, disjunções e novas formas de estratificação.⁴

Assim, a globalização nos dizeres de Roland ROBERTSON "se trata de um fenômeno que requer nitidamente aquilo que se chama convencionalmente tratamento interdisciplinar"⁵, vez que nele saltam interconexões e interdependências entre os diversos processos de ação e reação observados nas cadeias de relações e dependências que acabam se tornando mundiais.

Logo, a globalização não entendida apenas como fenômeno econômico, deve ser analisada também sob o viés político, o qual envolve a aproximação e interconexão da grande maioria dos Estados soberanos em torno de objetivos e interesses comuns.

Também, sob a perspectiva social pode-se entender a globalização, que, palavras de Antony GIDDENS desta vez citado por Boaventura Sousa SANTOS, compreende-se como “a intensificação de relações sociais mundiais que une localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice versa”.⁶

Registre-se que neste estudo interessa preponderantemente examinar o viés econômico da globalização, mas sem perder de mira os reflexos deste enfoque no político⁷ e social⁸, os quais, como frisado, se interlaçam intimamente com o primeiro.

⁴ GIDDENS, Anthony. Tradução de Álvaro Hattner. **Para além da esquerda e da direita**. O futuro da política radical. São Paulo: UNESP, 1996, p. 13. Título original: *Beyond Left and Right: The Future of Radical Politics*.

⁵ ROBERTSON, Roland. Mapeamento da condição global: globalização como conceito central. In FEATHERSTONE, Mike (coord.) **Cultura global - nacionalismo, globalização e modernidade**. Tradução de Atílio Brunetta. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. p. 26.

⁶ SANTOS, Boaventura Sousa. **Os processos da globalização**. Disponível em <<http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html>>. Acesso em: 29 ago de 2013. Sem paginação.

⁷ Aqui o enfoque político se dá no entorno do poder estatal reduzido em face da abertura dos mercados e instalação de regras próprias nessas relações, privatizando parte das fontes do direito com esse movimento de internacionalização – nesse sentido MARTY, Mireille DELMAS. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. **Por um direito comum**. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 46. Título no original: *Pour un droit commun*.

⁸ Ou seja, direitos humanos *versus* interesses econômicos.

Por outro lado, cabe lembrar que o processo econômico da globalização intensifica relações mercantis a nível global, sendo ausente a polarização econômica, esta compreendida no sentido de que todos os agentes (Estado, governo e sociedade) devem participar do jogo econômico; bem como se verifica a crescente complexização e agigantamento do fenômeno econômico, a causar incertezas diuturnas sobre o rumo da economia dita “global” – como, por exemplo, os efeitos devastadores que movimentos internos potencialmente geram no mercado internacional⁹.

No sentido econômico, ademais, diz-se que os traços principais desta nova economia mundial estão refletidos, segundo compreende-se da leitura de Boaventura Sousa SANTOS, nas seguintes explicações: a) economia subordinada pelo sistema financeiro e pelo investimento; b) produção flexibilizada e multilocal; c) redução a baixo custo os gastos com transporte; d) processos de produção flexíveis e multilocais; e) influência das tecnologias de informação e de comunicação; f) desregulação das economias nacionais; g) hegemonia das agências financeiras multilaterais como o FMI - Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial; h) emergência do capitalismo norte americano com privilégios nas relações comerciais com o Canadá, México e América Latina; i) a emergência do capitalismo japonês com iguais relações de privilégio comercial com Cingapura, Coreia do Sul, Taiwan e Hong Kong e os restante da Ásia; j) a emergência do capitalismo europeu fundado na União Europeia e relações privilegiadas desta com a Europa de Leste e com o Norte de África.¹⁰

Desse modo, nasceu o processo contemporâneo de “economização”, pelo qual os paradigmas da ciência econômica (desregulamentação, organização supraestatal de empresas, etc.) passam a suplantam aqueles das demais ciências, notadamente a sociológica, a política e, sobretudo, a jurídica.

Assim, como acentua Boaventura Sousa SANTOS a sociedade civil, ao contrário do Estado, é “concebida como o domínio da vida econômica, das relações sociais espontâneas orientadas pelos interesses privados e particularísticos”.¹¹

⁹ Nesse aspecto, destaca-se a crise econômica mundial de 2008 – que gera efeitos até nossos dias –, em que uma ‘bolha’ no mercado imobiliário de alguns estados dos EUA causaram impacto em absolutamente todas as economias de mercado do globo.

¹⁰ SANTOS, Boaventura Sousa. **Os processos da globalização**. Sem paginação.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 2 ed. Cortez: São Paulo, 1195, p. 117.

Nessa linha, não é de surpreender contradição da ciência jurídica – seus princípios e regras – quando cede às demandas econômicas de corporações e empresas transnacionais. Como espécimes desse fenômeno, basta citar a sabida proibição, pela rede de *fast-food* McDonald's, a seus empregados de sindicalizarem, ou o jogo politiqueiro (e publicamente notório) consistente na guerra fiscal, travada entre Estados, para trazerem montadoras de veículos a seus territórios, muitas vezes em afronta, *verbi gratia*, às bases do direito tributário e do próprio princípio federativo.

Surge, portanto, uma classe capitalista transnacional, da qual as empresas multinacionais são as principais representantes. Vale destacar quase metade do produto industrial mundial é produzido por estas empresas, inclusive, percentual ainda maior é envolvido nas transações, no giro de capital pelas transnacionais. É certo que vantagens advêm desse processo – como o maior acesso a bens tecnológicos em escala global (*i.e.*, telefonia, computação, automóveis, etc.). Entretanto, notadamente em países periféricos (usa-se a expressão “em desenvolvimento”, de jaez eufemístico), nefastas conseqüências sobrevêm, em prejuízo de elevados direitos garantidos, aos cidadãos desses países, pelas respectivas leis e Constituições.

Destaca-se, também, o poder de bancos e dos fundos de investimentos, os quais, não raras vezes, utilizam-se de atividade especulativa para enriquecer a custa de indivíduos, ou pior, de nações inteiras, como é o recente caso da moratória argentina¹².

Vive-se, assim, tempos de desenvolvimento econômico de vários países, o que, no entanto, não reduziu a desgraça da miséria e da fome mundial.

Permanecem, assim, hígidas as reivindicações da sociedade no entorno dos direitos sociais que as modernas constituições lhe conferiram.

Então o que podemos esperar desse quadro que se apresenta?

¹² Thomas Griesa, magistrado americano que julgou um processo de reembolso de dívida do governo argentino com fundos de ação, considerou que a proposta de Buenos Aires para destravar pagamento das obrigações é "ilegal" e "inválida", decidindo, a seguir, a favor dos fundos especulativos que processaram a Argentina nos Estados Unidos para cobrar a dívida decorrente da moratória de 2001. Fonte: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/08/argentina-acusa-juiz-americano-de-impor-condicoes-ao-congresso.html>>, acesso em 28/08/2014.

2. O PAPEL DO ESTADO NESSE NOVO CENÁRIO MUNDIAL: A REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Estados Nacionais, desde a sua formação no contexto mundial, passaram a se constituir como elemento fundamental na organização social e para a conformação e realização de direitos. Outrossim, são considerados os principais sujeitos da sociedade internacional, donde derivam as demais pessoas internacionais.¹³

Dessa constatação já se poderia justificar a inviabilidade da extinção ou da substituição dos Estados pelos entes que emergiram da globalização. No entanto, é inegável que o modelo clássico não se manteve incólume às transformações pelas quais o mundo tem passado especialmente a partir de meados do século XX.

E é essa a reflexão que se propõe no presente tópico.

Os Estados Nacionais surgiram na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou inícios do XIX, com a superação do sistema policêntrico e complexo típico do feudalismo. Essa alteração foi impulsionada pela necessidade de expansão comercial e consequentemente pela existência da unificação da organização política e territorial para viabilizá-la. Por isso, diz-se que foi a economia que impulsionou o seu surgimento.

Nas palavras de Morgana Bellazzi de Oliveira CARVALHO:

A imagem dos Estados Nacionais [...] favorecia o capitalismo na medida em que proporcionava segurança ao comerciante externo que quisesse ampliar seus negócios e seu mercado. Com isso, surgiram, no século XV, os Estados Nacionais, impulsionados por comerciantes e mercadores que reivindicavam uma nova ordem política e econômica capaz de viabilizar o desenvolvimento econômico interno do país e possibilitar a concorrência externa com outros países. Foi a vitória dos reis sobre os feudos.¹⁴

Mas o que representa e significa, de fato, o Estado? Thomas Hobbes, ao enunciar a sua essência, assim expressou:

Uma Pessoa instituída, pelos atos de uma grande Multidão, mediante Pactos recíprocos uns com os outros, como Autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira que achar conveniente, para assegurar a Paz e a Defesa Comum. O titular dessa pessoa chama-se SOBERANO, e se diz que possui Poder Soberano. Todos os restantes são SÚDITOS.¹⁵

¹³CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. A globalização e os desafios do Poder Judiciário no século XXI em prol da realização do bem-estar e do desenvolvimento. In: **CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**, XVIII, 2009, São Paulo, Anais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2072.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014. p. 2093.

¹⁴CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. A globalização e os desafios do Poder Judiciário no século XXI em prol da realização do bem-estar e do desenvolvimento. p. 2092.

¹⁵HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2008, 3ª ed. Título original: *Leviathan*. p. 126. Grifo do autor.

Bobbio, por sua vez, caracteriza o Estado nacional como um espaço “[...] territorial concentrado e unitário através da chamada racionalização da gestão do poder e da própria organização política imposta pela evolução das condições históricas materiais”.¹⁶

E, para Max WEBER:

[...] o Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território – este o ‘território’, faz parte da qualidade característica – reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita. Este é considerado a única fonte do ‘direito’ de exercer coação.¹⁷

Ademais, conforme a previsão da Convenção Pan-Americana sobre Direitos e Deveres dos Estados de 1933¹⁸, diz-se que o Estado possui três elementos constitutivos, a saber: a) povo; b) território; c) soberania.

Por sua vez, de acordo com Darcy AZAMBUJA:

Povo é a população do Estado, considerada sob o aspecto puramente jurídico, é o grupo humano encarado na sua integração numa ordem estatal determinada, é o conjunto de indivíduos sujeitos às mesmas leis, são os súditos, os cidadãos de um mesmo Estado. Neste sentido, o elemento humano do Estado é sempre um povo, ainda que formado por diversas raças com interesses, ideais e aspirações diferentes.¹⁹

O território diz respeito à porção física do Estado, o extrato do globo em que está inserido, limite de sua atuação e porção donde advêm os recursos materiais para a sua existência.²⁰

O terceiro e último, a soberania, envolve a autoafirmação, autodeterminação, a supremacia do Estado sobre os indivíduos que conformam sua população:

[...] a soberania designa, não o poder, mas uma qualidade do poder do Estado. A soberania é o grau supremo a que pode atingir esse poder, supremo no sentido de não reconhecer outro poder juridicamente superior a ele, nem igual a ele dentro do mesmo Estado. Quando se diz que o Estado é soberano, deve entender-se que, na esfera de sua autoridade, na competência que é chamado a exercer para realizar a sua finalidade, que é o bem público, ele representa um poder que não depende de nenhum outro poder, nem é igualado por qualquer outro dentro do seu território.²¹

¹⁶BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. Tradução de Carmen C, Varriale et ai. **Dicionário de Política**. Vol. I. Brasília: UNB, 13ª ed. 3ª reimpressão, 2009, p. 426. Título original: *Dizionario di politica*.

¹⁷WEBER, Max. Tradução de Johannes Winckelmann. **Economia e Sociedade**. Vol. 1. Brasília: UNB, 1972, p. 525-526. Título original: *Wirtschaft und Gesellschaft*.

¹⁸ O Decreto 1.570/1937 promulgou no Brasil as Convenções sobre direitos e deveres dos Estados e sobre Asilo político, assinadas em Montevideo a 26 de dezembro de 1933, por ocasião da Sétima Conferencia internacional americana. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D1570.htm. Consulta em 29 ago 2014.

¹⁹AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Globo, 1969, p. 19.

²⁰AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**, p. 36.

²¹AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**, p. 49-50.

Esta é a soberania sob o prisma interno. Externamente, a soberania se relaciona com igualdade, ou seja, significa que nas relações entre os Estados não existe subordinação nem dependência.²²

A soberania – que apesar da divisão, especialmente para fins didáticos, mencionada, é uma só – encontra-se profundamente relacionada à ideia de poder, um poder político.

Não se olvida da complexidade da matéria e das várias teorias destinadas a explicar e a enunciar a soberania; todavia, no que interessa ao objetivo da presente pesquisa, constata-se que estreita ligação à noção de poder.

Ocorre que diante da contextura atual – delineada no item “1” do presente artigo – a complexidade da economia não permite a dissociação do poder exercido pela economia em face do Estado e da sua soberania. Este, aliás, é inegavelmente o elemento mais impactado pela globalização.

Ora, como visto, a globalização trouxe inúmeras consequências tanto no aspecto social, econômico, quanto político, que mitigaram os localismos e deram ensejo a problemas, soluções, diálogos, relações que superam os limites do território do Estado.

Além disso, o agigantamento do poderio econômico ganhou tamanha proporção que se tornou capaz de envolver o poder político.

Logo, há que se considerar que independência, supremacia e autoridade são componentes da soberania que demandam consideração compatível com essa nova realidade, mormente diante da expansão das corporações, de cunho transnacional.

Ademais:

O Estado já não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle e direção. Também já não pode deixar de compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. As funções do Estado-nação não desaparecem, mas assumem outras formas.

O que deve ocorrer, portanto, não é o fim da soberania e autonomia estatais, mas sim a revisão da função desses conceitos e adaptação aos novos parâmetros de convivência, cooperação internacional e formação de blocos econômicos.²³

Noutro viés, há que se destacar que houve um fortalecimento das relações entre Estados, por meio de acordos político-econômicos interestatais como o NAFTA (*North*

²²AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**, p. 49-50.

²³CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. A globalização e os desafios do Poder Judiciário no século XXI em prol da realização do bem-estar e do desenvolvimento. p. 2093.

American Free Trade Agreement), o Mercosul (Mercado Comum do Sul) e a União Europeia. Esses novos atores econômicos, certo modo, surgiram como contraponto à diminuição da soberania em face da economia, pois representa revigorado controle estatal em demandas econômicas de mercados globais e transnacionais.

Em que pese o novo delinear assumido no contexto internacional, e até da importância dos blocos econômicos em relação aos Estados Nacionais considerados individualmente, a nova leitura mencionada não importa na extinção do Estado, tampouco na revigoração do (neo)liberalismo²⁴.

É da sabença que o pensamento (neo)liberal não concorda com a participação política na economia. O (neo)liberalismo deseja o fator político cada vez menos participativo na economia de mercado. Mas, a total liberdade é basicamente impraticável, tendo em vista as diferenças sociais e econômicas apresentadas entre os países ricos, emergentes e pobres. O pensamento (neo)liberal prega a necessidade de não intervenção do Estado na economia, na medida em que ela autorregula-se, argumentando que os efeitos imediatos de pobreza seriam circunstâncias temporárias.

Não é o que se tem observado no cenário mundial, entretanto!

Ademais, o pensamento (neo)liberal reconhece sua própria incapacidade, conformando-se com a ideia da manutenção de um Estado mínimo com intervenção subsidiária. Assim, com argumento em Marques NETO, Alexandre Morais da ROSA observa que: “Os sujeitos, segundo o modelo neoliberal, não podem depender do Estado que, pelo mercado e a seleção natural dos mais capazes, pode naturalizar as desigualdades sociais.”²⁵

Nesse prisma,

A Law and Economics convoca o Poder Judiciário a uma missão reformulada. Ao invés de se basear na tradição do direito de propriedade, ao Poder Judiciário cabe a função de maximização da riqueza, relendo, pois, o direito de propriedade, para o conceder a quem melhor puder o valorar dentro do critério econômico.²⁶

²⁴Deve-se frisar a dificuldade de estabelecer um conceito fechado sem redundar numa visão reducionista, parte-se de uma perspectiva do liberalismo num sentido amplo, como liberdade para o mercado com a menor intervenção do estado possível. O termo liberalismo é polissêmico, pelo que complexa é a enunciação de sentido unívoco. Consoante lecionam Bobbio, Matteucci e Pasquino: "A definição de Liberalismo como fenômeno histórico oferece dificuldades específicas, a menos que queiramos cair numa história paralela dos diversos Liberalismos ou descobrir um Liberalismo 'ecumênico', que não têm muito a ver com a história". BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. Tradução de Carmen C. Varriale et al. **Dicionário de Política**. Vol. II, p. 686.

²⁵ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009. p. 43.

²⁶ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**, p. 72.

Logo, não se pode admitir um Estado Mínimo em face dos direitos fundamentais expostos nas Constituições, porquanto à vista do que se vê é que o desenvolvimento econômico não tem naturalmente neutralizado os efeitos da miséria e da pobreza nos países pobres e emergentes. Obviamente que o viés econômico e desenvolvimentista devem ser tomados em consideração na atuação do Poder Judiciário, nada obstante, isso não serve de regra geral à presunção de prevalência frente a outros direitos sociais.

De fato, as conquistas sociais retratadas pela história mundial, bem como a experiência negativa quando se experimentou uma espécie de Estado mínimo levam à compreensão de que não se terá aceitação do retrocesso. Ou seja: a despeito de alianças econômicas, e do novo significado de soberania na atual Era da globalização, não se mostra cível que se estaria inclinando à volta do (neo)liberalismo em que não haveria resguardo de qualquer direito fundamental e em face do avanço econômico.

Com efeito, como adverte Norberto BOBBIO:

Se a globalização de mercados está acabando com a idéia tradicional de Estado-nação, deve-se fazer uma recomposição da idéia de Estado e de seus objetivos. Tal há de se dar, assim, em tomo dos direitos humanos, voltando-se para uma soberania de um Estado garantidor do ser humano, garantidor das heterogeneidades e das possibilidades econômico-sociais de que cada um e todos possam desenvolver as suas singularidades.²⁷

Nessa esteira, é de relevância a universalização de direitos humanos e sociais, seja nos tempos das Constituições Mexicanas de 1917 e de Weimar de 1919, como nas mais recentes pós nazifascismo, a constituir barreira ao avanço desenfreado da ditadura “economicista” na sociedade e nas soberanias nacionais.

Com efeito, o caráter universal dos direitos sociais – que, segundo Norberto BOBBIO²⁸ constituem prestação positiva do Estado –, a nível global, criou uma espécie de blindagem contra o poderio econômico.

E na medida em que se cuida da principal instituição para salvaguarda dos direitos fundamentais, mormente diante do fenômeno do constitucionalismo, o Judiciário se mostra como o Poder que pode equilibrar essas forças (economia e Estado).

²⁷ BOBBIO, Norberto. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. **A Era dos direitos**. 13ª tiragem. São Paulo: 2004, p. 122. Título original: *L'età dei Diritti*.

²⁸ BOBBIO, Norberto. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. **A Era dos direitos**, p. 6.

3. A REINVENÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO PODER NA ATUAL ERA DA GLOBALIZAÇÃO

O Estado Democrático de Direito²⁹ marca-se pelo abandono à ideia do Estado (neo)liberal, superando o Estado Social, “impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade”³⁰.

Esse é o modelo prevalente atualmente. E em se tratando de transformação da realidade, é inegável que os direitos humanos representam uma das maiores conquistas da história da humanidade.

Dentre as várias perspectivas em que podem ser conceituados, na visão aqui adotada, são compreendidos como:

[...] conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-físico-econômica e afetiva dos seres humanos e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-econômico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir e viabilizar que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo.³¹

A positivação desses direitos fundamentais decorre de processos luta, os quais são classificados pela doutrina como dimensões.

Os direitos de primeira dimensão tratam das liberdades negativas, ou seja, os direitos de liberdade, cuja conquista se deveu ao combate ao absolutismo Estatal, notadamente nas revoluções burguesas.

Por sua vez, os de segunda dimensão respeitam às liberdades positivas, ou aos chamados direitos sociais. Eles envolvem prestações positivas pelo Estado, condizentes em políticas públicas. Em especial, surgiram por ocasião da Revolução Industrial e têm na Constituição de Weimer (1919), da Alemanha, bem como na do México (1917) como importantes documentos.

²⁹São princípios do Estado Democrático de Direito, segundo Norberto BOBBIO: **A** – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; **B** – Organização Democrática da Sociedade; **C** – Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; **D** – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; **E** – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; **F** – Divisão de Poderes ou de Funções; **G** – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; **H** – Segurança e Certeza Jurídicas. BOBBIO, Norberto. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. **A Era dos direitos**, p. 122.

³⁰MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos humanos, Estado e globalização. **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica, p. 132.

³¹MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos humanos, Estado e globalização. **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica, p. 131.

Como adverte Norberto BOBBIO, são os direitos mais violados hodiernamente:

Já a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel. (...) A única coisa que até agora se pode dizer é que são expressão de aspirações ideais, às quais o nome de "direitos" serve unicamente para atribuir um título de nobreza. Proclamar o direito dos indivíduos, não importa em que parte do mundo se encontrem (os direitos do homem são por si mesmos universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter uma futura legislação que imponha limites ao uso de substâncias poluentes. Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. (...) A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos "sem-direitos". Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente proclamados)³².

Por fim, os chamados direitos de terceira dimensão objetivam aos princípios de fraternidade e solidariedade, tendo em mira a proteção em especial dos direitos coletivos e difusos. Têm alicerce na época da expansão tecnológica, e sua efetivação pede atuação na esfera mundial, dada a superação das fronteiras pelas questões albergadas por esse direito, como a ambiental, a comunicação, a paz, e também o acesso à justiça³³.

Alerta-se que, malgrado seja possível delinear o devir histórico dos direitos fundamentais em período antecedente³⁴, a previsão no texto das Constituições, além de originar a problemática das dimensões, demarcou a transição do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito), alterando sobremaneira as relações do Estado com a sociedade, e daqueles com a economia.

Noutros termos:

Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas 'gerações' (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno

³²BOBBIO, Norberto. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. **A Era dos direitos**, p. 9.

³³Para maior aprofundamento na temática das dimensões dos direitos fundamentais, sugere-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 36-62.

³⁴"Sintetizando o devir histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, K. Stern, conhecido mestre de Colônia, destaca três etapas: a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) fase de constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos". (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 37)

Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito), bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes nesse contexto e que poderiam ser considerados³⁵.

Dessa forma, “[...] o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente”³⁶.

E é nesse ponto que se centra a grande questão relacionada aos direitos fundamentais: a sua efetivação.

Ora, o moderno constitucionalismo reclama poderes que garantam os estatuídos pelas Cartas de cada país, sendo que, em havendo violação tanto pelo ente estatal quanto privado, há que se ter mecanismo ou instituição ao qual o cidadão possa recorrer. Pelo sistema prevalente, essa incumbência foi posta ao Poder Judiciário.

Nesse contexto, o constitucionalismo ofereceu mudanças estruturais nas funções do Poder Judiciário, ao que passou o Estado Democrático de Direito a se chamar de Estado Constitucional de Direito, agora alicerçado sob outras perspectivas: supremacia da Constituição, interdependência dos poderes; e dimensão objetiva dos direitos fundamentais³⁷.

Assim, os direitos fundamentais ingressaram na seara dos valores do Estado e, via reflexa, a intervenção do Judiciário foi abraçada por esta mudança com a possibilidade de intervenção à proteção dos direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade.

Teoricamente falando, [...] a adoção, no Brasil, do modelo norte-americano, não tão supreendentemente, conduziu o Judiciário, na sua evolução histórica, a desempenhar um papel diferenciado (mais ‘ativo’, como se dirá) na realização efetiva da Constituição, especialmente desde que se abandonou o modelo do Constitucionalismo moderno (norte-americano) liberal por um constitucionalismo social, mantendo, contudo, o mesmo modelo de defesa da Constituição quanto aos órgãos habilitados a realizar essa defesa³⁸.

Já em 1952 Antonie GARAPON discorreu sobre a ampliação dos poderes do Judiciário, apresentando-o como instância de resgate dos ideais da justiça, o guardião das promessas não cumpridas. Explica o jurista francês que: “O sucesso da justiça é inversamente

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 36-37.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 59.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 58-62.

³⁸ TAVARES, André Ramos. *Justiça Constitucional e Direitos sociais no Brasil*. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte-MG: Del Rey Editora, 2012. p. 143.

proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público”.³⁹

Assim, “O direito não é mais o instrumento de conservação social, porém de sua contestação: ele se coloca então como a fonte de uma sociedade que se constitui na busca de si mesma.”⁴⁰

Mauro CAPPELLETI, nesse contexto, informa o Poder Judiciário como o terceiro gigante (ao lado de Executivo e do Legislativo), o qual, na sua independência, é capaz de resistir às violações de direitos constitucionais⁴¹.

Consoante sustenta Edihermes Marques COELHO:

O fato é que o Poder Judiciário é, nesse contexto, um Poder estatal *sui generis*, devido às funções que potencialmente pode exercer frente à população e frente aos outros Poderes estatais. Frente à população estão todas as possibilidades de uma atuação respeitosa e efetivadora dos direitos humanos. Frente aos outros Poderes estatais, salienta-se a potencialidade do Judiciário para atuar como fiscal e censor das atuações institucionais, no sentido de que estas não afrontem os valores superiores do sistema jurídico (especialmente aqueles consagrados constitucionalmente)⁴².

Insiste-se que o Direito e, via de consequência, o Poder Judiciário, não podem solucionar todos os problemas econômicos, políticos e sociais, especialmente em face da impossibilidade de substituir as atribuições dos outros poderes. Num modelo de tripartição de poderes ao Executivo incumbem a administração e a execução das políticas públicas; ao Legislativo, a edição de normas.

No entanto, dada a posição central no quadro protetivo e realizador dos direitos fundamentais, para as hipóteses de inércia e/ou violação, a atuação é imperiosa em face da própria estrutura do sistema:

Realmente, não se pode olvidar que o aparecimento e o florescimento da Justiça constitucional acabam ocorrendo como uma alternativa ao modelo legalista, que entra em crise no início do século XX, e como uma resposta aos abusos ocorridos especialmente após a II Grande Guerra mundial. Mas não apenas isso. É também uma resposta à inércia dos ‘poderes’ que tradicionalmente eram considerados como as únicas instâncias deliberativas em termos de prestações e serviços estatais a serem oferecidos. Em recente entrevista, um dos juízes do Supremo Tribunal brasileiro considerou justamente que o Judiciário supre

³⁹GARAPON, Antoine. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: REVAN, 2001, p. 48. Título original: *Le gardien des promesses*.

⁴⁰GARAPON, Antoine. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. **O Juiz e a democracia**. O guardião das promessas, p. 50

⁴¹CAPPELLETI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sérgio Anônio Fabris Editor, 1993, p. 107. Título original: *Giudici Legislatori?*

⁴²COELHO, Edihermes Marques. **Os direitos fundamentais em face da globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária**. Tese de doutoramento. 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/82613>>. Acesso em 20 de ago de 2014, p. 147.

omissões inconstitucionais do Estado, quando o Estado se omite ou retarda excessivamente o cumprimento de suas obrigações⁴³.

Registre-se que, especialmente nas situações em que os direitos fundamentais vão de encontro, total ou parcialmente, a interesses econômicos, o Poder Judiciário é chamado a instrumentalizar a diminuição desses conflitos, engrandecendo a construção de modelos de convivência fundados em direitos humanos:

Os Estados, ainda que ciosos de sua autonomia, não querem abrir mão dos benefícios trazidos pelo livre comércio e pelo capital estrangeiro. Por isso, tentam equilibrar esses dois desejos, abrindo suas fronteiras ao comércio e aos investimentos, e procurando regular a economia quando o crêem necessário – mas a lentidão de seus processos políticos faz que inevitavelmente tenham de se curvar à vontade do mercado⁴⁴.

Ademais, recorde-se que políticas possíveis em outros momentos da vida da humanidade não o são nessa situação de ambiguidade de vontades. Assim, pode-se concluir que o mercado de capital global acaba disciplinando os governos nacionais. Nesse quadro, os países pobres e/ou em desenvolvimento, sabidamente mais vulneráveis, são os que mais sofrem com isso.

Citam-se, a título ilustrativo, as sociedades empresariais transnacionais que operam de maneira discriminatória em relação aos países que melhor se adaptam às suas características. E no “jogo” do desenvolvimento, acabam forçando esses países a compatibilizarem cada vez mais suas políticas econômicas em prol dos interesses das empresas. Cabe lembrar, ainda a título de exemplo, a influência das taxas de juros como único instrumento econômico à disposição dos governos. Esses, por seu turno dependem do “risco país” definido internacionalmente, o que demonstra a diminuição da soberania econômica estatal.

Existe, verdadeira “lei de mercado” imposta aos Estados carentes de recursos, que buscam atrair o capital transnacional flexibilizando seu direito interno e afastando-se da ética, substituindo o direito estatal alicerçado na ética comunitária por regras informais de conduta que têm como único argumento a eficiência econômica⁴⁵.

Diante dessa situação, a soberania econômica resta prejudicada, verificando-se que não é mais possível ao Estado questionar as regras fundamentais para a boa governabilidade. Dessa maneira, a democracia certamente resta afetada: as escolhas não

⁴³ TAVARES, André Ramos. *Justiça Constitucional e Direitos sociais no Brasil*. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoliberalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**, p. 146.

⁴⁴ MATIAS, Eduardo Felipe. **A Humanidade e suas fronteiras**. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 186.

⁴⁵ Para maiores aprofundamentos sobre a questão ética mencionada, sugere-se a obra: CORTINA, Adela. *Ética transnacional e cidade cosmopolita*. In: MERLE, Jean-Cristophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

condizentes com os interesses do mercado global podem ser por ele punidas e propostas de desenvolvimento não condizentes são mal vistas pela comunidade internacional.

Mas quais os limites para o desenvolvimento? O simples interesse econômico atende à expectativa social?

Certamente não.

Cada vez mais se vê, dentre outros, a fome, a desigualdade social, a diversas formas de exploração do meio ambiente, o retorno à escravidão em situações desumanas de trabalho na puta de reivindicações. A sociedade se desenvolve economicamente, mas não em seus laços de compreensão ao próximo e solidariedade. Vale lembrar que, como mecanismo de propaganda, muitas das grandes corporações invocam essas questões por meio de projetos e compromissos, de modo a disseminar uma imagem de comprometimento social. Nem, sempre, todavia, essa é a real finalidade dessa imagem que se pretende refletir, pois o interesse revela-se em benefícios fiscais e na projeção de imagem positiva aos olhos da sociedade⁴⁶.

Ademais, deve ficar claro que não se prega a baixa renda como fator decisório, mas sim como componente a justificar a incapacidade de autosuficiência da economia para resolver os problemas oriundos dos direitos sociais não efetivados. Portanto, como recomenda a leitura de Amartya SEN:

Embora valha a pena ressaltar essas relações entre a pobreza de renda e pobreza de capacidades, também é importante não perder de vista o fato fundamental de que a redução da pobreza de renda não pode, em si, ser motivação suprema de políticas de combate à pobreza. [...] Acontece que o aumento das capacidades humanas também tende a andar junto com a expansão das produtividades e do poder de auferir renda. Essa conexão estabelece um importante encadeamento indireto mediante o qual um aumento de capacitação ajuda direta e indiretamente a enriquecer a vida humana e tornar as privações humanas mais raras e menos pungentes. As relações instrumentais, por mais importantes que sejam, não podem substituir a necessidade de uma compreensão básica da natureza e das características de pobreza.⁴⁷

Nessa contextura apresentada, extrai-se que economia e Estado encontram seu ponto de equilíbrio na imperiosa efetivação dos direitos fundamentais, e, conforme Norberto BOBBIO:

A efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana. É um problema que não pode ser isolado, sob pena, não digo de

⁴⁶Para aprofundar o estudo sobre a questão, indica-se o filme “A Corporação” ou “The Corporation” no qual esses temas são abordados e os fundamentos dos argumentos indicados. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZxOf_8FKMrY>. Acesso em 20 abr. 2014.

⁴⁷SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 7ª reimpressão. 2008, p. 115. Título original: Development as freedom.

não resolvê-lo, mas de sequer compreendê-lo em sua real dimensão. Quem o isola já o perdeu. Não se pode pôr o problema dos direitos do homem abstraindo-o dos dois grandes problemas de nosso tempo, que são os problemas da guerra e da miséria, do absurdo contraste entre o excesso de potência que criou as condições para uma guerra exterminadora e o excesso de impotência que condena grandes massas humanas à fome. Só nesse contexto é que podemos nos aproximar do problema dos direitos com senso de realismo⁴⁸.

E nesse caminho, para os casos de violação e descumprimento, inclusive no que respeita ao aspecto coercitivo, dá-se ao Poder Judiciário o grande desafio de decidir questões que afrontem aos direitos humanos, sem perder de mira oportunidades de desenvolvimento social que podem erradicar a pobreza e incluir a nação no mercado internacional.

A este respeito, não pode o Judiciário fechar os olhos à inoperância das demais funções estatais, silentes ou coniventes aos interesses econômicos de solução rápida, deixando seus povos a toda má sorte da miséria:

No caso brasileiro, como mencionado, situação que se repete nos países de modernidade tardia, o descaso com a população, com seus direitos mais básicos, por parte do Executivo e do Legislativo, têm feito com que o Judiciário assumisse mais intensamente sua responsabilidade por realizar plenamente a Constituição. O fundamento está na postergação, no adiamento indefinido da realização da Constituição, ao mesmo tempo em que há recordes de arrecadação tributária e grandes escândalos de corrupção, desvio e mau uso dos recursos públicos⁴⁹.

Dada à previsão no texto das constituições na condição de direitos fundamentais, pois, é dever do Estado agir.⁵⁰

Nesse caminho, pondera-se:

O grau de certeza nesta atuação traduz-se em boa medida no grau de democracia. Judiciário e democracia estão tão intrinsecamente relacionados que se pode afirmar que quanto maior o grau de certeza na atuação do Judiciário, no sentido de garantir a soberania popular e o respeito integral aos direitos fundamentais, maiores serão os graus de democracia alcançados por uma determinada sociedade⁵¹.

Daí porque se entende que a nova contextura global exaustivamente declinada faz desse século o século do Judiciário enquanto Poder, como instituição estatal incumbida de, mediante a salvaguarda dos direitos fundamentais Constituições, equilibrar e ponderar duas das maiores forças: a economia e o Estado.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. **A Era dos direitos**. 13ª tiragem. São Paulo: 2004, p. 44.

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e Direitos sociais no Brasil. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neonconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**, p. 150.

⁵⁰ Não se afirma, aqui, que a solução aos efeitos nefastos do desenvolvimento econômico egoístico reside só no Estado. Claro que isso depende também de ações da sociedade civil. Mas no âmbito deste estudo toca-se à quota parte do Estado, que, por ser o guardião dos direitos fundamentais constitucionalmente resguardados, tem o dever de efetivá-los, inclusive na esfera das deliberações do Terceiro Poder (o Judiciário).

⁵¹ SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário e democracia: uma visita a "O Poder Judiciário no Regime Democrático". In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. BERCOVICI, Gilberto. MELO, Claudineu de (Orgs.). **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 714

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O progresso é um caminho desejável e buscado pela humanidade desde os tempos mais remotos.

A globalização adveio nesse processo de desenvolvimento, e representa um grande marco, o qual alterou substancialmente o modo de ser, agir, pensar, das pessoas, tendo em vista a redução das distâncias e barreiras. A *internet* que também é produto desse fenômeno, por exemplo, permite que o mundo todo acompanhe, em tempo real, desde a final do jogo da copa do mundo, a posse de chefe de Estado ou a derrocada de ditador. Proporciona, ainda, a disseminação de ideias, padrões, consumo, dentre outros.

E em meio a essas transformações, verificou-se que a globalização potencializou o poder da economia e conseqüentemente de empresas, corporações, uma vez que proporcionou ao capital o atingimento de “vida própria”, para o além do Ente estatal.

Nesse caminho, então, se num primeiro o Estado Nacional se apresentou como aliado para a expansão econômica, num contexto global passou a ser entrave, vez que impõe restrições, obrigações, controle para salvaguarda do direito interno. E dado agigantamento da economia, observou-se a existência de ideários (neo)liberalistas, minimalistas, sob o argumento do desenvolvimento, do progresso.

Ocorre que paralelamente a essa expansão econômica, a sociedade experimentou também a consagração de direitos humanos, inicialmente como limitadores à interferência estatal (liberdade negativa), e após como instrumental de obrigações mínimas de cunho prestacional, necessárias para uma existência digna.

Esse sistema protetivo, em que pese possua eficácia vertical, encontra aplicação também no plano horizontal. Assim, se de um lado a economia pode levar ao progresso, este não pode justificar produção de violência, exploração, ou seja, não autoriza a violação à dignidade humana.

E é neste ponto que se vislumbrou a essencialidade do Estado, em que pese as alterações também por este sofridas na Era da globalização, inclusive em seus elementos básicos, como a soberania. Assim, se existem problemas, desafios, objetivos que suplantam as fronteiras e que demandam atuação conjunta, seja sob a égide de blocos econômicos, seja por organismos internacionais, a imperiosidade da realização dos direitos humanos mantém viva a necessidade do Estado Constitucional de Direito.

Como visto, a história revela que a sociedade se formou e foi se desenvolvendo com o objetivo de melhorar as condições de vida dos indivíduos, sendo o Estado Material de Direito fruto dessa busca. Logo, diante de todo o caminho já percorrido e dos anseios de superação da miséria, das guerras, das explorações, verificadas hodiernamente não só no discurso, mas também nas exigências levadas aos órgãos/instituições dirigentes das mais variadas formas (protestos, ações judiciais, pleitos administrativos, etc), não se pode admitir qualquer retrocesso.

Considerando que o Judiciário é a instituição incumbida da salvaguarda e da concretização dos Direitos Fundamentais, constatou-se que emerge, na atual conjuntura, como Poder na era da globalização. Isso porque na medida em que seu dever maior, como guardião da Constituição é, em suma, a defesa da dignidade da pessoa humana, núcleo fundamental dos direitos humanos, o Judiciário traz em si a possibilidade de equilibrar política e economia, proporcionando o progresso sem esquecer-se da origem, do motivo e do destino de tudo o que existe e/ou é criado em decorrência dele: o ser humano.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Globo, 1969.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico e globalização**. In: Direito Global. Coordenadores: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. São Paulo: Max Limonad, 1999.

BOBBIO, Norberto. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: *L'età dei Diritti*.

____; MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. Tradução de Carmen C, Varriale et ai. **Dicionário de Política**. V. I e II. Brasília: UNB, 13ª ed. 3ª reimpressão, 2009. Título original: *Dizionario di política*.

BRASIL. **Jornal o Globo**. Disponível em <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/08/argentina-acusa-juiz-americano-de-impor-condicoes-ao-congresso.html>, acesso em 28/08/2014.

____. Governo Federal. **Legislação Federal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D1570.htm. Consulta em 29 ago 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Anônio Fabris Editor, 1993. Título original: *Giudici Legislatori?*

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. A globalização e os desafios do Poder Judiciário no século XXI em prol da realização do bem-estar e do desenvolvimento. In: **CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**, XVIII, 2009, São Paulo, Anais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2072.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014.

COELHO, Edihermes Marques. **Os direitos fundamentais em face da globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária.** Tese de doutoramento. Universidade Federal de Santa Catarina. 2002. 247 p. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/82613>>. Acesso em 20 de ago de 2014.

CORTINA, Adela. Ética transnacional e cidade cosmopolita. In: MERLE, Jean-Cristophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e Legitimidade.** São Paulo: Landy, 2003.

GARAPON, Antoine. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. Título original: *Le gardien dess promesses.*

GIDDENS, Anthony. Tradução: Álvaro Hattner. **Para além da esquerda e da direita.** O futuro da política radical. São Paulo: UNESP, 1996. Título original: *Beyond Left and Right: TheFuture of Radical Politics.*

GUERRA, Sidney. A quarta onda globalizante e os desafios para o direito internacional. In **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, Ano IV, n. 4 e Ano V, n. 5, 2003-2004. p. 341 a 357. Disponível em <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/17.pdf> Consulta em 29 de ago de 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Ícone, 2008.

MARTY, Mireille DELMAS. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. **Por um direito comum.** Martins Fontes: São Paulo, 2004. Título no original: *Pour um droit commun.*

MATIAS, Eduardo Felipe. **A Humanidade e suas fronteiras.** São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Diretos humanos, Estado e globalização. **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica.** Org. David Sánchez Rúbio,

Joaquín Herrera Flores, Salo de Carvalho. – 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. 578 p. Disponível em <http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>. p. 131-132. Consulta em 29 de ago 2013.

ROBERTSON, Roland. Mapeamento da condição global: globalização como conceito central. In FEATHERSTONE, Mike (coord.) **Cultura global - nacionalismo, globalização e modernidade**. trad. de Attílio Brunetta. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário e democracia: uma visita a “O Poder Judiciário no Regime Democrático”. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. BERCOVICI, Gilberto. MELO, Claudineu de (Orgs.). **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Processos da globalização**. p. 25-94. In: SANTOS, Boaventura (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. **Os processos da globalização**. Disponível em <http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html>. Acesso em: 29 ago de 2013. Sem paginação.

_____. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 2 ed. Cortez: São Paulo, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e Direitos sociais no Brasil. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte-MG: Del Rey Editora, 2012.

WEBER, Max. Tradução de Johannes Winckelmann. **Economia e Sociedade**. Vol. 1. Brasília: UNB, 1972. Título original: *Wirtschaft und Gesellschaft*.

DEMOCRACIA ELETRÔNICA: UMA NECESSIDADE IMPOSTA PELOS NOVOS TEMPOS?

Maíra Martins Crespo¹

Maria de Lourdes Alves Lima Zanatta²

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar que a democracia eletrônica tem se revelado um instrumento bastante eficaz para maior transparência na política e participação de todos os segmentos da sociedade nos processos de tomada de decisão, no Brasil e no mundo. O avanço tecnológico ocorrido nas últimas décadas impôs a necessidade de ações mais rápidas, sendo a internet o instrumento viabilizador de uma verdadeira revolução da informação. Porém, a vulnerabilidade em âmbito virtual revela que, embora o meio eletrônico imprima grande velocidade na transmissão da informação e um novo rumo para a gestão pública, é preciso cautela, visto que a internet, apesar de ser um ambiente bastante democrático, ainda é um território desconhecido. A metodologia a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa compreende o método cartesiano quanto à coleta de dados e no relatório final o método indutivo com as técnicas da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. O CONCEITO TRADICIONAL DE DEMOCRACIA X A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E AS NOVAS DEMANDAS SOCIAIS

É sabido e ressabido que o conceito de democracia surgiu na Grécia Antiga, em Atenas, e em sua definição semântica significa governo do povo. Nos primórdios, a democracia era direta, ou seja, o cidadão participava do processo de tomada de decisão. E durante a antiguidade isso também foi possível porque, além do número bastante reduzido de indivíduos, nem todos eram considerados cidadãos. Vale dizer, nem todos tinham o direito de voto e, portanto, de participar do processo de tomada de decisões.

¹ Titular da Escrivania de Paz de Gravatal, SC – Tabelionato de Notas e Registro Civil das Pessoas Naturais. Especialista em Direito Público, Direito Notarial e Registral. Mestranda na UNIVALI – Linha de Pesquisa: Constitucionalismo e Produção do Direito, email: mairacrespo@hotmail.com

² Advogada. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI,-Linha de Pesquisa: Direitos Humanos- Mestre em Relações Econômicas Sociais Internacionais pela Universidade do Minho-UMINHO- Professora da Univali nos Cursos de Graduação e Pós Graduação: Direito, Enfermagem e Medicina, email: maludireito@gmail.com

O crescimento dos Estados e as revoluções sociais que culminaram no direito da igualdade entre as pessoas, independentemente de raça, sexo ou posição social, fez com que a democracia direta se tornasse materialmente impossível, dado o gigantesco número de cidadãos. Adotou-se, então, a democracia representativa, um modelo de exercício do poder popular por delegação, em que são eleitos pelo voto representantes que exercem diretamente o poder político que lhes foi conferido para a tomada das decisões.

Todavia, o exercício desse poder tem sido sistematicamente desvirtuado: os representantes eleitos para concretizar os anseios da coletividade, visando o bem de todos, são corrompidos e passam a tutelar seus próprios interesses e de alguns poucos, gerando a denominada crise de representatividade. Curiosamente, o modelo de democracia resultante das lutas sociais pela isonomia e pelo sufrágio universal gerou a mesma distorção que existia na Grécia antiga: a tutela e prevalência do interesse de poucos. E é no cerne desta crise e em meio ao solavanco tecnológico das últimas décadas é que surge a ideia de uma participação coletiva que vá além do sufrágio universal, viabilizada, sobretudo, pelo uso da internet.

O surgimento de novas demandas e a transformação da própria sociedade requer a adaptação de alguns conceitos clássicos. Neste particular, é pertinente a transcrição do pensamento de Tiago Fensterseifer:

O conceito de democracia se recria a cada nova tomada de consciência política e avanço civilizatório. Não se pode aceitar a fórmula democrática da modernidade como a sua possibilidade última. A democracia, em um mundo tão desigual e injusto como o vivido em nosso tempo, vai ser sempre a bandeira a ser erguida na luta contra a dominação e espoliação dos mais favorecidos economicamente em relação aos carentes de poder econômico, social, tecnológico, etc. E, na medida em que se enfrenta novas realidades políticas e sociais, a democracia vai se adaptando e transformando, mas sem nunca perder de vista o seu ideal emancipatório e libertário, bem como o seu compromisso com a realização dos direitos fundamentais e da existência humana digna e saudável para todo o conjunto da comunidade estatal.³

Atualmente, a informação, de qualquer natureza, verdadeira ou não, é disseminada em meio eletrônico em velocidade alucinante, num território sem fronteiras e ainda sem muitas regras. Não se discute que a crise das instituições democráticas resultou do crescimento das demandas sociais sem a correspondente resposta estatal, justamente por conta do desvio do exercício do poder. Não se discute também que uma maior participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões pode ser benéfica. Todavia, é preciso observância às regras para haver democracia. Nas palavras de Norberto Bobbio:

³ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008, p. 121.

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos. No que diz respeito aos sujeitos chamados a tomar (ou a colaborar para a tomada de) decisões coletivas, um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de membros do grupo. Percebo que "número muito elevado" é uma expressão vaga. No entanto, os discursos políticos inscrevem-se no universo do "aproximadamente" e do "na maior parte das vezes" e, além disto, é impossível dizer "todos" porque mesmo no mais perfeito regime democrático não votam os indivíduos que não atingiram uma certa idade.⁴

Evidentemente, Bobbio colocou seu pensamento levando em conta o conceito tradicional de democracia, mas mesmo em se tratando de democracia eletrônica, a observância de regras é de suma importância para a legitimidade de todo o processo.

A internet gerou um ambiente muito democrático, extremamente inclusivo, onde todos parecem ter vez: a informação é disseminada com incrível rapidez, as discussões atingem um sem número de pessoas, gerando a dinamização das relações interpessoais. A participação dos cidadãos online, com o propósito interativo com os atores centrais do poder é importante, mas é preciso vê-la com reservas, dada a vulnerabilidade do âmbito virtual e regramento ainda incipiente.

O uso de Tecnologias da Informação e Comunicação visando maior transparência na política, publicizando elementos necessários à formação de opinião e maior participação dos cidadãos nos processos de tomada de decisão é muito importante, mas desde que requisitos mínimos sejam observados.

A democracia eletrônica vem encontrando espaço no Brasil e no mundo, por meio de novas formas de interação e participação nos processos decisórios e de gestão da coisa pública. Este, aliás, é um dos pontos cruciais do estudo da democracia eletrônica.

Assim, a utilização de novas ferramentas pode representar uma mudança significativa nos paradigmas históricos e no próprio conceito de democracia, mas, embora muito se fale

⁴ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia; uma defesa das regras do jogo**; tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 18.

em crise de representatividade, os instrumentos que serão empregados para minimizar os seus efeitos precisam ser legítimos e respeitar a ordem constitucional vigente.

2. DEMOCRACIA ELETRÔNICA: SUA APLICAÇÃO NO BRASIL E EM OUTROS LUGARES DO MUNDO

Segundo Tiago Peixoto e Tobias Albuquerque Wegenast:

Entende-se por democracia eletrônica o uso de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) como meios para aumentar a transparência de processos políticos, facilitar a participação cidadã nos sistemas de tomada de decisão e, finalmente, melhorar a qualidade do processo de formação de opinião na esfera pública, a partir da abertura de novos espaços de informação e deliberação. Tal entendimento da democracia eletrônica considera um amplo espectro de atividades e fenômenos, englobando iniciativas tão diversas quanto o ativismo político *on-line* e modernos sistemas de votação por meio de telefonia celular. Difere, portanto, do conceito de governo eletrônico, mais voltado para a prestação de serviços públicos com foco na eficiência e efetividade das funções governamentais⁵.

O processo de formação de opinião dos cidadãos é de suma importância para a democracia, pois o voto pleno e com conteúdo ideológico somente é exercido por quem esteja apto a avaliar a realidade que o cerca e seus futuros representantes.

Na esteira da democracia em meio eletrônico, recentemente foi editado o Decreto 8.243, de 23 de maio de 2014, que instituiu a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS.⁶ Alguns artigos da referida norma são particularmente interessantes para o tema tratado no presente trabalho.

O art. 2º, X, considera como **ambiente virtual de participação social** o mecanismo de interação social que utiliza tecnologias de informação e de comunicação, em especial a internet, para promover o diálogo entre administração pública federal e sociedade civil.

O art. 4º elenca os objetivos da PNPS, e, no inciso VI, determina:

O incentivo do uso e o desenvolvimento de metodologias que incorporem múltiplas formas de expressão e linguagens de participação social, por meio da internet, com a adoção de tecnologias livres de comunicação e informação, especialmente, softwares e aplicações, tais como códigos fonte livres e auditáveis, ou os disponíveis no Portal do Software Público Brasileiro⁷.

⁵ PEIXOTO, Tiago. WEGENAST, Tobias Albuquerque. **Democracia Eletrônica no Brasil e no Mundo**. Disponível em <http://www.macroplan.com.br/documentos/artigomacroplan201132183042.pdf> Acesso em 16/06/2014.

⁶ BRASIL. **Decreto n. 8.243, de 23 de janeiro de 1934**. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm Acesso em 16/06/2014.

⁷ BRASIL. **Decreto n. 8.243, de 23 de janeiro de 1934**. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm Acesso em 16/06/2014.

O art. 6º, IX, por sua vez, assevera que o ambiente virtual de participação social é **instância e mecanismo de participação social**.

O art. 17, III, impõe que as **consultas públicas** observem, dentre outras diretrizes, a **utilização da internet e de tecnologias de comunicação e informação**.

Por fim, dispõe o art. 18:

Na criação de ambientes virtuais de participação social devem ser observadas, no mínimo, as seguintes diretrizes:

I - promoção da participação de forma direta da sociedade civil nos debates e decisões do governo;

II - fornecimento às pessoas com deficiência de todas as informações destinadas ao público em geral em formatos acessíveis e tecnologias apropriadas aos diferentes tipos de deficiência;

III - disponibilização de acesso aos termos de uso do ambiente no momento do cadastro;

IV - explicitação de objetivos, metodologias e produtos esperados;

V - garantia da diversidade dos sujeitos participantes;

VI - definição de estratégias de comunicação e mobilização, e disponibilização de subsídios para o diálogo;

VII - utilização de ambientes e ferramentas de redes sociais, quando for o caso;

VIII - priorização da exportação de dados em formatos abertos e legíveis por máquinas;

IX - sistematização e publicidade das contribuições recebidas;

X - utilização prioritária de softwares e licenças livres como estratégia de estímulo à participação na construção das ferramentas tecnológicas de participação social; e

XI - fomento à integração com instâncias e mecanismos presenciais, como transmissão de debates e oferta de oportunidade para participação remota.⁸

Para sustar os efeitos do referido Decreto, foi apresentado à Câmara o Projeto de Decreto Legislativo 1.491/2014, que sustenta ter havido violação das prerrogativas constitucionais do Poder Legislativo. A justificativa do PDC afirma que o decreto faz prevalecer o direito de participação daqueles considerados pelo governo como sociedade civil ou movimentos sociais: "*O cidadão comum, não afeto a esse ativismo social, fica relegado ao segundo plano dentro da organização política prevista no referido Decreto*"⁹.

Atualmente, nada impede que o governo faça consultas populares e audiências com movimentos sociais. A criação de uma nova estrutura administrativa irá aumentar os gastos públicos e não há elementos concretos aptos a demonstrar que tal medida irá ser produtiva.

⁸ BRASIL. **Decreto n. 8.243, de 23 de janeiro de 1934**. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm Acesso em 16/06/2014.

⁹ BRASIL. **Projeto de Decreto Legislativo n. 1.491/2014**. Susta a aplicação do Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, que institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617737>. Acesso em 16/06/2014.

Aliás, do ponto de vista do sistema constitucional vigente, ao contrário, tal medida revela-se perniciosa e antidemocrática, na medida em que a Constituição Federal estabelece a forma de exercício da soberania popular, indicando as formas de participação direta¹⁰.

Nesse sentido, aliás, a democracia eletrônica já vem sendo implementada no Brasil. O portal e-Democracia – <http://edemocracia.camara.gov.br/>¹¹ – é um canal de internet que visa colocar o cidadão em contato direto com a Câmara dos Deputados, viabilizando participação maior das pessoas em assuntos de interesse coletivo, tais como propostas de leis, possibilitando discussões, bate-papo, envio de propostas de textos legais, opinião em enquetes, apresentação de ideias livres, inserção de textos e melhor compreensão do processo legislativo.

Na Inglaterra, por exemplo, há um sistema que permite aos cidadãos criarem e votarem petições: <http://epetitions.direct.gov.uk/>¹². Para participar, basta que a pessoa faça o cadastro e valide sua participação logo após receber a confirmação via email. Para usar o sistema, o cidadão deve procurar para ver se já existe uma petição eletrônica sobre o tema antes de criar uma nova. Se for o caso, ele pode criar uma nova petição eletrônica, que será analisada por um departamento do governo. Uma petição eletrônica pode ficar aberta para assinaturas por até 1 ano. Se forem obtidas 100.000 assinaturas, essa petição poderá ser debatida na Câmara dos Comuns do Reino Unido.

Ao tratar das práticas de informação pelo Poder Legislativo, Tiago Peixoto e Tobias Albuquerque Wegenast citam exemplos norte-americanos e o espanhol:

Ao acessar a página referente a um parlamentar no *site* da Carolina do Norte (EUA), por exemplo, os *links* com informações relativas a proposições, votos, relatórios e atuações em comissões são apresentados. Ao clicar no *link* “votos”, os usuários podem facilmente acessar o histórico de votação do parlamentar, com a mesma página apresentando o número de presenças do deputado e *links* para cada proposição votada.

Sabe-se, todavia, que grande parte da ação parlamentar concentra-se no trabalho das comissões. Nesse sentido, as TICs têm um papel preponderante para fornecer ao usuário diferentes recursos que permitam a transparência e o acompanhamento individualizado das comissões.

O *site* da Flórida (EUA), por exemplo, apresenta uma seleção de arquivos em vídeo das reuniões realizadas pelas comissões, enquanto o *site* do Arizona (EUA) fornece um sistema de busca de arquivos de vídeo de comissões baseado em palavras-chave e nomes de proposições. No *site* do Havaí (EUA), basta entrar com o número de uma proposição para

¹⁰ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 16/06/2014.

¹¹ Portal **e-Democracia**. Disponível em: <http://edemocracia.camara.gov.br/> Acesso em 16/06/2014.

¹² Portal **HM Government**. Disponível em: <http://epetitions.direct.gov.uk/> Acesso em 16/06/2014.

encontrar pareceres de comissões pertinentes e ser notificado antecipadamente por e-mail e RSS cada vez que ela for apreciada por uma comissão.

Outro componente essencial do *design* de um *site* legislativo é permitir que o usuário encontre rapidamente os projetos. Facilitar a busca por autoria, por tipo de projeto, situação, assunto e outras características pertinentes consiste em um trabalho de permanente inovação. O *site* legislativo de Utah (EUA) oferece clipes de áudio para cada uma das proposições: ao entrar com o número de uma proposição, trechos de debates em comissões e plenárias são apresentados ao usuário. A apresentação dos arquivos de áudio é complementada por *links* para outros conteúdos relevantes, como minutas, relatórios de comissões e histórico de votos.

Recursos simples de TICs para tornar a ação legislativa mais acessível ao público puderam ser encontrados em diferentes *sites* legislativos no decorrer deste estudo. O *site* da Assembleia de Arkansas (EUA), por exemplo, apresenta um *podcast* semanal em que o presidente apresenta notícias e comenta as últimas atividades da Casa. De maneira similar, o *site* de Navarra (Espanha) proporciona ao usuário uma visita virtual ao Parlamento, com informações básicas sobre o Legislativo local, que vão desde sua história até uma explicação simplificada do processo legislativo.¹³

3. PROBLEMAS PRÁTICOS DA DEMOCRACIA VIRTUAL

Em seu conceito ideal, a democracia eletrônica visa a maior eficiência dos governos, maior participação dos cidadãos na gestão da coisa pública, com a consequente facilitação do acesso de todos às informações e aos serviços públicos.

Tal pressupõe também o acesso de todos à internet e interação, o que sabemos, não é um fato. Além disso, o ambiente virtual ainda se revela bastante vulnerável. Os recentes acontecimentos envolvendo a agência central de inteligência norte-americana, diversos governos e corporações, demonstram a fragilidade do meio cibernético, que ainda dá pouca segurança e privacidade aos seus usuários.¹⁴

A vulnerabilidade do meio eletrônico coloca em xeque a ideia precípua de democracia: a cada cidadão corresponde 1 voto. Como viabilizar essa ideia se nem todos estão conectados? Não seria conferir mais participatividade para uns em detrimento de outros?

O recente Decreto 8.243/2014, como visto no item 2 do presente estudo, determina a observância de diretrizes mínimas na criação de ambientes virtuais de participação social, dentre elas a **garantia de diversidade dos sujeitos participantes**. Mas como observar e

¹³ PEIXOTO, Tiago. WEGENAST, Tobias Albuquerque. **Democracia Eletrônica no Brasil e no Mundo**. Disponível em <http://www.macroplan.com.br/documentos/artigomacroplan201132183042.pdf> Acesso em 16/06/2014.

¹⁴ Portal G1. **Entenda o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA**. Globo, São Paulo, 02 julho 2013. Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html> Acesso em 16/06/2014.

garantir tais diretrizes, na prática? Como assegurar a garantia da diversidade dos sujeitos participantes se no mundo virtual sequer temos certeza de com quem tratamos?

Embora a internet tenha gerado notável dinamização e rapidez na propagação da informação, não se pode negar que em meio eletrônico não é possível ter a mesma certeza que há quando o contato é feito pessoalmente. Nas sábias palavras de Wainer Lusoli, “os resultados da política de ‘re-mediação’ através das novas tecnologias de comunicação são ambíguos, incertos e (atualmente) imprevisíveis. E não necessariamente democráticos”¹⁵. (tradução nossa)

Tais incertezas fazem com que o exercício da democracia, sobretudo em sua vertente tradicional – sufrágio universal – pela via eletrônica deva ser visto com a cautela devida. Uma mudança de tamanha envergadura deve ser fruto de amadurecimento e muito estudo, com análise de todas as circunstâncias e variáveis possíveis.

Caso contrário, corre-se o risco de se comprometer o próprio ideal democrático em virtude da subversão do propósito de gerar maior participação social nos processos de tomada de decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em qualquer democracia, o voto pleno, com conteúdo ideológico, somente é exercido por quem esteja apto a avaliar a realidade que o cerca. E para que o cidadão possa se inteirar e ter elementos para realizar juízo de valor, votar e se manifestar com a devida consciência, as iniciativas que visem maior participação popular devem concentrar informações e dar a maior publicidade de dados sobre os representantes do povo, detentores de poder e resultados da gestão de recursos públicos.

Hoje no Brasil, a população conta com o Portal da Transparência – <http://www.portaltransparencia.gov.br/#>¹⁶ –, que embora represente um grande avanço no que se refere à publicidade, não conta com algumas funcionalidades importantes como, por exemplo, a busca por palavra-chave, que é a forma de busca mais utilizada pelas pessoas na internet. É preciso que o cidadão entenda como usar as ferramentas colocadas à sua disposição. Caso contrário, a criação de portais e outras formas de interação e de acesso à

¹⁵ LUSOLI, Wainer. **Democrazia (elettronica) e definizioni.** Disponível em: http://lusoli.info/papers/lusoli_2005_democrazia_elettronica.pdf Acesso em 20/06/2014.

¹⁶ **Portal da Transparência.** Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/#> Acesso em 16/06/2014.

informação serão inócuas, implicando apenas em maior despesa ao erário, com pouca efetividade.

Nesta toada, uma ferramenta poderosa seria um portal, em cada país, com informações concentradas acerca de proposições, relatórios, atuações de parlamentares e outros agentes políticos, inclusive com histórico das votações, vídeos, comissões das quais participa e já participou, números que mostrem assiduidade, *links* para cada proposição votada e ficha criminal de tais agentes, tudo baseado em palavras-chave para facilitar a busca. Na era dos *tablets* e *smartphones*, a criação de aplicativos para consulta de tais dados é um estímulo ao crescimento da participação popular: quanto menor o custo e maior a facilidade de acesso, maior a participação e a interatividade, sem dúvida.

O implemento de políticas visando maior participatividade, direcionadas à transparência, observância de padrões éticos de conduta e à legislação vigente, dissemina a informação e a conscientização é mera consequência. É preciso que o cidadão tenha consciência política e esteja apto a formar sua própria opinião. É preciso rechaçar a ideia de se prestar ao papel de massa de manobra, apolítica e subjugada pelos interesses dominantes. É preciso instruir e construir uma sociedade verdadeiramente organizada, justa e participativa, tendo como valores norteadores a ética, a cooperação e a solidariedade.

Tais medidas conferem não só a devida publicidade das ações dos membros dos poderes legalmente constituídos, mas também possibilitam que um número cada vez maior de cidadãos compreenda a realidade que os cerca, forme opinião, participe dos processos de tomada de decisão e entenda o que é, efetivamente, democracia.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**; uma defesa das regras do jogo. tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 16/06/2014.

BRASIL. **Decreto n. 8.243, de 23 de janeiro de 1934**. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm Acesso em 16/06/2014.

BRASIL. **Projeto de Decreto Legislativo n. 1.491/2014.** Susta a aplicação do Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, que institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617737>> Acesso em 16/06/2014.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.

LUSOLI, Wainer. **Democrazia (elettronica) e definizioni.** Disponível em: <http://lusoli.info/papers/lusoli_2005_democrazia_elettronica.pdf> Acesso em 20/06/2014.

PEIXOTO, Tiago; WEGENAST, Tobias Albuquerque. **Democracia Eletrônica no Brasil e no Mundo.** Disponível em <<http://www.macroplan.com.br/documentos/artigomacroplan201132183042.pdf>> Acesso em 16/06/2014.

Portal e-Democracia. Disponível em: <<http://edemocracia.camara.gov.br/>> Acesso em 16/06/2014.

Portal da Transparência. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/#>> Acesso em 16/06/2014.

Portal G1. **Entenda o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA.** Globo, São Paulo, 02 julho 2013. Disponível em <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>> Acesso em 16/06/2014.

Portal HM Government. Disponível em: <<http://epetitions.direct.gov.uk/>> Acesso em 16/06/2014.

A REDUÇÃO DAS INJUSTIÇAS EM UM AMBIENTE GLOBALIZADO E UMA CONSEQUÊNCIA NECESSÁRIA: O PLURALISMO JURÍDICO

Guilherme Augusto Correa Rehder¹

Matheus de Andrade Branco²

INTRODUÇÃO

A globalização trouxe a constante mutabilidade social. Devido à conexão com outros países do globo, sendo possível adquirir diferentes informações em tempo quase instantâneo, os indivíduos experimentam diferentes relações, diferentes formas de ver, se relacionar e impactar com o mundo. Neste sentido, analisar a sociedade como uma forma estática é como fazer uma pesquisa inócua, que ao seu término seus resultados já não correspondem mais à realidade presente.

Assim, a busca por conceitos transcendentais para explicar a sociedade pode se revelar insuficiente para compreender o mundo. Um modelo de justiça ideal, tão fortemente buscado na história da filosofia, sociologia e política, talvez não seja mais aplicável ao atual modelo de sociedade, fundado na globalização.

O presente artigo tem como objetivo, portanto, de demonstrar que um método comparativo de justiça, baseado na redução das injustiças, pode melhor servir para o aprimoramento da sociedade, sendo que isto poderá ter como um dos efeitos o pluralismo jurídico, visto que este favorece a promoção da redução das injustiças.

1. OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO

A Globalização é um conjunto de transformações na ordem política e econômica mundial visíveis desde o final do século XX. Trata-se de um fenômeno que criou pontos em comum na vertente econômica, social, cultural e política, e que conseqüentemente tornou o mundo interligado, como uma Aldeia Global.

O processo de globalização é a forma como os mercados de diferentes países interagem e, principalmente, aproximam pessoas e mercadorias. A derrubada das fronteiras

¹ Advogado. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí.

² Advogado. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí.

gerou uma expansão do capitalismo onde foi possível realizar transações financeiras e expandir os negócios - até então restritos ao mercado interno - para mercados distantes e emergentes.

1.1 Precedentes históricos

Desde sempre o homem se caracterizou pela necessidade de movimentos de expansão. São diversos os casos verificados desde a antiguidade que denotam a necessidade dos povos em ampliar territorialmente seus interesses. Inúmeros foram os povos que, por meio da utilização da força, ampliaram suas áreas de domínio com fins de expandir não apenas sua influência política; mas, principalmente, sua dominação econômica. Tais exemplos vão desde os antigos povos do Oriente, passando pelo Império Romano e pela dominação britânica.

Como exemplos mais precisos de tais movimentos, a expansão de domínios decorrente das grandes navegações, iniciadas por Portugal e Espanha, e logo seguidas por Inglaterra, França e Holanda. Indissociável da evolução tecnológica, essa expansão, também denominável de “mundialização”, apresentou sensível crescimento após a Revolução Industrial e a era das colonizações da África e Oriente.

A partir do século XX se verifica um notável aperfeiçoamento nas relações econômicas mundiais, com a criação de taxas flutuantes de câmbio e uma maior interdependência entre nações; tendo como base não mais a força, mas sim a economia. Nota-se assim, que o “fenômeno globalizador” não vem a ser nenhuma novidade.

Ocorre que, com o notável e veloz desenvolvimento tecnológico observado desde a década de 1.980, especialmente após o surgimento da *internet*, a noção de Nação, especialmente no contexto econômico, passa a ganhar contornos de menor significância.

Fato é que o aperfeiçoamento desse fenômeno de “mundialização”, o que hoje denominamos “globalização”, está diretamente ligado à ideia de eliminação de fronteiras nacionais.³

³ Conforme assevera Renato de Mello Jorge Silveira: “Especialmente a partir das últimas três décadas do século XX, as interações transnacionais conheceram uma magnitude antes não sonhada. O horizonte passa a de delinear, qual o vaticínio do Orwell. O mundo mostra-se seccionado em comunidades várias, como a União Européia, a Nafta, o Mercosul e a Alca. Como afirma Boaventura de Sousa Santos, a grande amplitude e profundidade das novas relações suprenacionais acabaram por criar, segundo muitos autores, o que se tem por uma quebra de anteriores formas de interação fronteiriças, a qual se pode chamar ‘globalização’, ‘formação global’, ‘cultura global’, ‘sistema global’, ‘modernidades globais’, ‘processo global’, culturas da globalização’, ou ‘cidades globais’. Poderia mesmo, genericamente,

Para Ulrich Beck, globalidade significa a vida em uma denominada *sociedade mundial*, caracterizada como a totalidade das relações sociais que não estão integradas, nem tampouco são determinadas ou determináveis na política do Estado-nação. O termo *mundial*, por sua vez, deve ser lido como *pluralidade, diversidade*.⁴

1.2 Efeitos negativos da globalização

Milton Santos, famoso geógrafo e intelectual brasileiro, menciona seus aspectos econômicos, e analisa o papel desempenhado pelas empresas na internacionalização do capital, e também os fluxos financeiros e o impacto que estes causam na cultura local. O autor teorizou e criticou algumas destas características do mundo de hoje, e no final de sua vida, sugeriu uma globalização solidária, que fosse centrada em valores que não fossem ligados à hegemonia⁵.

Sua obra, inclusive, discute o processo de globalização, abordando questões que trata da constituição da globalização, compreendendo três eixos temáticos na sua concepção: a Globalização como fábula; a Globalização como perversidade e a Globalização tal como pode ser, sendo esta pautada na solidariedade humana.

Essa eliminação de fronteiras econômicas, por outro lado, não representa a eliminação da soberania dos Estados, que deixam de controlar diretamente os atores econômicos, passando a regular os mercados, impondo limites à livre operação destes, a fim de evitar um colapso generalizado.

Ante o incremento das relações econômicas em nível internacional, restou evidentemente facilitada uma maior internacionalização das transações financeiras. Esta internacionalização, por sua vez, se manifesta por meio de uma extensão das atividades dos emissores, dos investidores e dos intermediários para além de suas fronteiras nacionais. Tal internacionalização das transações financeiras, sem sombra de dúvidas, traz uma série de benefícios em diversos planos.

ser qualificada como uma intensificação das relações em escala mundial, o que, através de um processo dialético, acaba por alterar os acontecimentos em forma contínua". *Direito Penal Econômico como Direito Penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50-51

⁴ BECK, Ulrich. *iQue és la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998. p. 28.

⁵ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único a consciência universal*. 19 ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

Todavia, consoante afirma Esther Hernández Sainz,⁶ gera uma série de situações negativas, como a facilitação de crises bursáteis,⁷ provoca uma certa insegurança jurídica em torno da regulação aplicável às transações internacionais, e aumenta a possibilidade de realização de práticas transfronteiriças de ilícitos no âmbito do mercado de capitais.⁸

No Brasil, até 1.994, prevaleceu uma orientação protecionista do mercado financeiro e de capitais, relativizada a partir de 1.995, com base no art. 52 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, quando se deu um incremento no sistema financeiro pátrio, com a permissão governamental para venda de bancos nacionais para instituições financeiras estrangeiras e para a abertura de subsidiárias de bancos internacionais. O país passa, então, a ter um mercado exposto ao capital estrangeiro, situação que não divergiu quanto ao Mercado de Capitais.

Por outro lado, no campo do Direito Penal, verifica-se movimento absolutamente inverso.⁹ Conforme assinala Luis Gracia Martín,¹⁰ é “fato evidente de que o fenômeno da globalização dá lugar, ao mesmo tempo, ao surgimento de condições específicas para a prática de uma nova criminalidade ou delinquência associada à globalização”, todavia, destaca o professor espanhol, “apesar da importância de seus aspectos culturais e políticos, a globalização é um fenômeno de significado fundamentalmente econômico. Por isso, não surpreende que a criminalidade da globalização tenha um caráter, por um lado, fundamentalmente econômico em razão de seu conteúdo”.

Pois é justamente dentro de tal cenário de verificação de novos riscos penais, inseridos num contexto de globalização como fenômeno essencialmente econômico, que se

⁶ HERNÁNDEZ SAINZ, Esther. *El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*. Pamplona: Thomson, 2007. p. 67

⁷ Ana María Prieto Del Pino fala em verdadeiro “efeito dominó”, ou, em outras palavras, a oscilação das cotações em um mercado levando ao mesmo efeito em outros, como o ocorrido com a bolsa de valores de Hong Kong em 28 de outubro de 1.997. (PRIETO DEL PINO, Ana María. *El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*. Navarra: Editorial Arazandi, 2004. p. 81.

⁸ Como exemplos: o oferecimento de valores mobiliários sem a devida supervisão de autoridades reguladoras, a prestação de serviços sem a devida autorização, a difusão de informações falsas, a manipulação das cotações e o uso de informação privilegiada.

⁹ Para Cláudio do Prado Amaral, “[...] a tarefa de preservação da ordem pública deve ser feita diante de uma realidade em que os bolsões de excluídos e a desigualdade estão ampliados pela globalização. Para se desincumbir dessa tarefa o Estado tem reformulado os seus esquemas de controle e prevenção de delitos. O Estado passou a incorporar uma política criminal voltada à solução das situações criadas pela ausência das respectivas políticas distributivas e compensatórias que seriam devidas. Segue-se, então, que o Estado criminaliza e persegue as situações marginais criadas pela globalização, ampliando o caráter repressivo de suas normas penais, desconsiderando os fatores políticos, socioeconômicos e culturais inerentes aos comportamentos que pretende qualificar como ilícitos penais. (**Bases teóricas da ciência penal contemporânea**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 55.

¹⁰ GRACIA MATÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2005. p. 66.

verifica, especialmente nas últimas décadas, um destacado incremento do que se pode chamar de direito penal econômico, ou também, direito penal da empresa - aqui tratados como sinônimos por mera questão de simplificação¹¹.

Tal fenômeno verificou-se no Brasil, principalmente na década de 1990 em diante, como um movimento de verdadeira inflação legislativa, motivado não apenas pelos inéditos cenários decorrentes do mundo globalizado; mas também pela brutal interferência dos meios de comunicação na opinião pública, refletidos quase que imediatamente na produção do legislador.

Como decorrência, a edição de inúmeras Leis especiais que visam à tutela dos mais diversificados ramos da atividade econômica, reflexo de tais novos riscos, como nas esferas ambiental, tributária, concorrencial, consumerista, etc.

Cabe, todavia, transcrever relevante ressalva anotada por Renato de Mello Jorge Silveira e Alamiro Velludo Salvador Netto:

O Direito Penal Econômico, dessa forma, mesmo que esculpido com fragilidade dentro de uma forma abstrata, não deve permitir que se flexibilizem as garantias liberais conquistadas. [...] Embora pareça correta a assertiva de que o Direito Penal não pode se mostrar alheio a tudo o que está a se dar no mundo, as formulações atuais do Direito Penal Econômico, por onde se procura um controle social, mormente através de termos abstratos e em forma antecipada, destoantes de toda a construção liberal, parecem um tanto temerárias.¹²

Essa tentativa do legislador em combater tais novas espécies de criminalidade, motivado mormente em aplacar os anseios da opinião pública, nem sempre, ou quase

¹¹ “En la sociedad actual tiene una gran relevancia todo lo relacionado con el mundo económico, y el sujeto económico de mayor trascendencia es la gran empresa o sociedad mercantil. Ello está vinculado a la idea cada vez más evidente de que la sociedad moderna se caracteriza, entre otros aspectos, por ser una sociedad de organizaciones. El mercado tiene efectos perniciosos (para la vida o la salud de consumidores o trabajadores o para el medio ambiente). En algunas ocasiones los danos que se generan se derivan de la actividad de empresas o sociedades mercantiles concretas y, en esa medida, pueden generar responsabilidad penal”. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Derecho penal de la empresa e imputación objetiva**. Madrid: Editorial Reus, 2007. p. 13) Consoante apregoa Luis Gracia Martin: “[...] deve-se reconhecer que o Direito penal econômico e do meio ambiente, em realidade, tem que ser configurado e compreendido em sua maior parte também como *Direito penal da empresa*. Daí porém, deve-se deduzir ademais que o critério da comissão de um fato delitivo no curso da realização de uma atividade econômica de uma empresa tem por si mesmo a suficiente *vis atractiva* como para que aquele, independentemente de qual seja sua natureza por razão do bem jurídico ou do modo de ataque, tenha que ser incluído no Direito penal econômico e ambiental em razão de que este, como foi dito, deve ser compreendido essencialmente como Direito penal da empresa. De acordo com o exposto, o Direito penal da empresa, ou seja, o conjunto de regulamentos jurídico-penais relativos aos fatos delitivos cometidos no exercício de uma atividade *empresarial*, tem que ser reconhecido também como manifestação típica - e ademais, de grande importância e transcendência - do Direito penal moderno”. (Op. cit., p. 63-64) Renato de Mello Jorge Silveira trata de delimitar os conceitos de direito penal econômico e criminalidade de empresa. O primeiro, como um “Direito Penal dos poderosos”, incumbe-se da tutela da ordem econômica, entendida, em sentido amplo, como “a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens de serviço”, e, em sentido estrito, “como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia”. Já a criminalidade de empresa é entendida como aquela relacionada a atos delitivos praticados por “grupo de pessoas organizadas hierarquicamente e com ideal de divisão de funções”. Trata ainda de classificar tal classe de criminalidade como a mais importante do campo econômico”. (Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 24-31)

¹² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. “Sarbanes-Oxley Act” e os vícios do Direito Penal Globalizado. **Revista Ultima Ratio**. Vol. 1. Rio de Janeiro, 2006. p. 199-200.

nunca, reflete uma preocupação com a utilização da melhor técnica legislativa, implicando, no mais das vezes, na utilização simbólica do direito penal para aplacar sentimentos sociais de insegurança.

O fenômeno da globalização faz com que a sociedade esteja em constante movimento. Tão logo se encontre uma solução, aparecem dezenas de novos problemas, sejam eles jurídicos, políticos, econômicos, etc.

Assim, torna-se muito mais difícil encontrar um modelo ideal de sociedade, de direito, de justiça. Pois tal modelo pode eventualmente servir para um modelo de sociedade, mas este imediatamente muda, constantemente inundado pela cultura e economia de outros povos.

Assim, em vez de se buscar um modelo ideal de justiça, o mais eficiente seria buscar a justiça por meio da redução das injustiças, o que se considera a forma adequada para o mundo globalizado, conforme se defende este artigo e será demonstrado à seguir.

2. REDUÇÃO DAS INJUSTIÇAS

Diversos pensadores ao longo da história buscaram identificar o conceito ideal do que seria a Justiça. Esta, uma categoria inerente a qualquer convívio em sociedade, sempre foi estudada, pois a sua caracterização e modo de aplicação, influenciaria diretamente no modo de se relacionar em uma sociedade e de identificar condutas aceitáveis e condutas reprováveis.

Já na Grécia Antiga encontram-se diversos pensadores que buscaram um conceito adequado para a Justiça. Sófocles na peça *Antígona*¹³ faz a diferenciação entre a justiça natural, aquela que seria da própria natureza do ser humano, e que lhe tornaria capaz de identificar a conduta ideal em cada situação, e a justiça positiva, conjunto de leis criadas pelo homem que definiriam o que seria a conduta justa e a conduta injusta.

Platão em sua obra “A República”¹⁴, também discorre sobre o tema, apresentando logo no início da, que a justiça seria dar a cada um o que é seu, continuando à discussão por todo o livro, fundando o que ele chamaria de uma cidade ideal, baseado num conceito de

¹³ SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM, 2000.

¹⁴ PLATÃO. *A República*. São Paulo: Edipro, 2012.

justiça ideal. Outro expoente importante acerca da investigação da categoria justiça é São Tomás de Aquino, que classifica a justiça em cinco categorias distintas¹⁵.

Contemporaneamente, um dos últimos grandes expoentes acerca da investigação da categoria justiça e da busca por um conceito ideal desta é, sem dúvida, John Rawls, que em sua obra *Uma questão de Justiça*¹⁶ desenvolve uma série de conceitos, como o véu da ignorância, estado hipotético em que o homem precisa se encontrar para decidir de maneira justa.

2.1 O problema do modelo ideal

Um grande problema é que se apresenta na discussão de conceitos ideais ou perfeitos de justiça seja a aplicabilidade destes em situações reais, práticas da sociedade atual. Ao fazer um exercício intelectual de buscar o que seria a justiça ideal, muitas vezes não se consideram diversas variáveis que integram uma relação real, e o grande perigo é deste conceito, exaustivamente trabalhado e analisado, não encontre qualquer eficiência prática.

O fato é que a busca por um conceito ideal da justiça talvez não resolva o problema prático da escolha, atividade frequente da qual todos estão, como diria Sartre, condenados a realizar¹⁷. O filósofo indiano Amartya Sen traz uma simples, mas relevante problemática, que revela a fragilidade de um estudo que busca conceitos universais e transcendentais.

Para exemplificar, se estamos tentando escolher entre um Picasso e um Dalí, de nada adianta invocar um diagnóstico (mesmo que esse diagnóstico transcendental pudesse ser feito) segundo o qual o quadro ideal no mundo é a *Mona Lisa*. Pode ser interessante ouvir isso, mas não tem nenhuma relevância na escolha entre um Dalí e um Picasso.¹⁸

Em outras palavras, a justiça perfeita, pode não ser capaz de resolver o problema prático do combate às injustiças. De um lado, têm-se a abordagem focada em um institucionalismo transcendental, de conceitos ideais, como os exemplos trazidos de John Rawls e Platão, e de outro lado têm se a comparação focada em realizações, ou seja, em vez de se buscar uma justiça ideal, trabalha-se no sentido de reduzir as injustiças, criando ferramentas para que a escolha possa de fato ser feita.¹⁹

¹⁵ AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2006. 9 v. 1989.

¹⁶ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

¹⁷ SARTRE, Jean-Paul. **O Existencialismo e um humanismo**. 4.ed. Lisboa: Presença, 1978.

¹⁸ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 46.

¹⁹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 38.

E se a busca por uma sociedade justa e perfeita não auxilia para a escolha de determinada decisão, ela também não é eficiente no que diz respeito à própria solução do problema, uma vez que é necessário identificar qual a variável que será identificada.

A esta problemática Amartya Sen traz um exemplo prático em sua *Uma Ideia de Justiça*. Suponha-se que você tenha que decidir entre qual de três crianças (Anne, Bob ou Carla) merecem ficar com uma flauta, que estão brigando para possuir. Anne reivindica a flauta sob o argumento de que ela é a única que sabe tocar (e os outros reconhecem tal fato), e seria muito injusto negar a flauta à única pessoa que sabe realmente tocá-la.²⁰

No entanto, Bob defende que ele merece ficar com a flauta, uma vez que ele é o único entre as três crianças que não tem nenhum brinquedo, e seria muito injusto dar a flauta às outras crianças que já possuem outros brinquedos, deixando Bob sem nada.

Por outro lado, Carla diz que ela tem o direito de ter a flauta pois foi ela que trabalhou durante meses a fim de confeccioná-la, sendo que as outras crianças só reclamaram a flauta quando esta já estava pronta.²¹

2.2 Uma forma comparativa de avaliar a questão

Esta problemática demonstra que todos possuem razões suficientes, sobre diferentes pontos de vista, para merecer a flauta. Neste sentido, a busca pela solução mais justa não encontra uma capacidade de resolver este problema prático.

Se outras variáveis pudessem ser colocadas em jogo, como o fato de que Bob não possui aptidão alguma para tocar flauta e que, mesmo que a tivesse, não a utilizaria, ou o argumento de que Carla produz frequentemente instrumentos e que a flauta não lhe faria falta alguma poderia auxiliar aquele que deve efetuar a decisão. Ou seja, o ideal não encontra guarida, deve-se buscar, no caso prático, a solução ideal.

Apesar de demonstrado as deficiências de um modelo transcendental de sociedade e de justiça, atualmente, o primeiro modelo ainda é predominante nas cadeiras de teoria política e de ciência do direito, sendo que os pensadores se voltam para o aspecto de

²⁰ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 43.

²¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 43.

encontrar a sociedade e a justiça ideal, e não de resolver a problemática de como fazer para reduzir as injustiças.²²

O que este artigo pretende demonstrar é que o segundo modo é o único possível, quando se fala em sociedade globalizada, principalmente no que diz respeito aos países em desenvolvimento, ou em outras palavras, àqueles localizados abaixo da linha do equador. As necessidades em tais países são tantas que não há como se partir de um marco teórico zero em busca da sociedade perfeita; é preciso agir de maneira a, aos poucos, buscar a redução das injustiças.

É necessário, pois, avaliar as prioridades das pessoas envolvidas e os valores ali em jogo, para efetuar uma melhor escolha. O histórico das pessoas e da sociedade, sua experiência, os aspectos a ela inerentes que não fazem parte diretamente daquele contexto de escolha, que influenciam indiretamente, não podem se fazer ausentes em um processo de escolha para efetivação da ideia de justiça, ou para ao menos sua redução. As inúmeras variáveis que são deixadas de lado, quando se faz uma análise transcendental e não comparativa, comprometem o próprio resultado da escolha.²³

A sociedade evoluiu ao longo destes anos no sentido de se reduzir as injustiças, e não pautada na efetivação de um ideal de justiça proposto por algum pensador ou filósofo, ainda que suas análises, sem dúvida, tenham contribuído para maior esclarecimento do que seria a justiça.

A abolição da escravidão foi um movimento que buscou reduzir as injustiças, ainda que todos aqueles que fizeram parte de tal ato soubesse que isto não seria capaz de tornar um mundo perfeitamente justo. O fato é que continuar com a escravidão era algo considerado totalmente injusto, e que sua abolição, certamente, em maior ou menor medida, contribuiria para uma aproximação maior da efetivação da justiça.

De fato, existem escolas de pensamento que insistem, explícita ou implicitamente, que todos os diversos valores necessitam ser reduzidos em última análise a uma única fonte de importância. [...] . quase todas as avaliações feitas como parte de uma vida normal incluem diferentes pesos e prioridades absolutos a considerações distintas, e que não há nada de especial em reconhecer que uma avaliação tem de lidar com várias prioridades concorrendo entre si. O fato de compreendermos com plena clareza que uma maçã não é uma laranja, e que suas virtudes dietéticas variam em diferentes dimensões, não nos paralisa de indecisão a cada vez que temos de escolher entre as duas para decidir qual vamos comer.²⁴

²² SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 38.

²³ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 48.

²⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 431.

Em outras palavras, o fato de conseguirmos reduzir a escolha a um número menor de variáveis não faz com que nos tornemos mais apto a efetuar a decisão, e que portanto, apenas no caso a caso, observando as variáveis naquele determinado momento, será possível fazer uma escolha se baseando no que é melhor para aquele momento.

O mundo da escolha comparativa, que se baseia na redução das injustiças, se revela muito mais eficiente pois não se vive hoje em um mundo de tudo ou nada. A justiça, se pretende ter alguma relação com a prática, deve necessariamente tratar de comparações.

A tese da redução das injustiças em uma análise comparativa das opções disponíveis, se já se revela uma opção mais prática dentro da própria ideia de Estado nação, ganha ainda mais importância quando se fala em um ambiente globalizado. Os países em desenvolvimento, que precisam acompanhar o movimento globalizador dos países que ficam acima da linha do equador.

A redução das injustiças é o caminho a que deve ser pautado as políticas econômicas, sociais e jurídicas dos países em desenvolvimento, pois caso contrário serão engolidos pelos interesses dos países que detém maior influência econômica e política no fenômeno da globalização.

Observou-se portanto, que a forma comparativa, por meio da redução das injustiças, revela-se mais adequado à uma sociedade globalização, com movimentação rápida e mudanças constantes de cenários sociais. Na terceira parte do presente capítulo, será constatado um dos efeitos práticos da busca pela redução das injustiças e um método alternativo à concepção clássica de Estado de Direito: o pluralismo jurídico.

3. PLURALISMO JURÍDICO EM UM AMBIENTE DE GLOBALIZAÇÃO De um lado têm-se o fenômeno da globalização e a mundialização de hábitos, condutas e costumes, com a influência da economia em todos os setores desta denominada aldeia global. Hoje, pode-se alimentar e comer das mesmas coisas em praticamente qualquer lugar do mundo, e não sem estranheza, muitas vezes, mesmo estando em um país distante, encontramos lugares e hábitos comuns.

Se a globalização tem direcionado, de um lado, a uniformização de condutas e hábitos, fenômeno similar tem acontecido com a ciência do direito. Isto porque, com a

aproximação dos povos e a diminuição das barreiras existentes, cada vez mais criam-se relações jurídicas entre povos de diferentes nações.

O direito marítimo, aduaneiro e portuário é um ramo que, naturalmente, trabalha com relações jurídicas em que estão em jogo diferentes legislações. Com a crescente importância dada ao direito ambiental, este é outro ramo que a partir da metade do século XX vivencia o choque de competências entre a legislação e o judiciário entre diferentes Estados Nação.

Assim, surge a ideia de um Estado transnacional, de uma legislação e competências transnacionais que possam dar conta das relações entre povos e nações, cada vez mais frequente em nossa realidade global.

No entanto, muito se discute se um Estado transnacional realmente seria capaz de dar conta da efetivação de uma ideia de justiça global.

3.1 A crítica ao modelo monista

O monismo jurídico é uma concepção que se consolidou principalmente a partir da Idade Moderna, segundo a qual o Estado é o único centro detentor da produção e aplicação das normas jurídicas em uma sociedade. Assim, somente o Estado tem legitimidade para criar as leis e depois de observar a sua fiel aplicação. O grande problema deste modelo é que, muitas vezes, a legalidade fica reduzida à legitimidade, isto é, algo é legítimo se foi emanado de acordo com a competência legal.²⁵

Hans Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito*²⁶, contribui para que o monismo jurídico atinja seu ápice, pois para o pensador, o preceito normativo passa a se preocupar apenas com sua validade ou invalidade, e discussões sobre a justiça ou a injustiça das normas jurídicas não ficariam mais ao encargo da ciência jurídica.

Assim, ao analisar o Código Penal, por exemplo, deve-se ater para a aplicação ou não dos tipos penais ali elencados, isto é, deve-se verificar se o caso concreto se adequa ou não aos tipos penais descritos de forma abstrata no Código Penal. Avaliações valorativas, no sentido de observar que, por exemplo, o código penal privilegia os crimes contra o

²⁵ CARVALHO, Lucas Borges. Caminhos e descaminhos do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone. (orgs.) **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14.

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins fontes, 2006.

patrimônio em detrimento aos crimes contra a vida, ou que as penas deste código não contribuem para a diminuição de ilícitos penais.²⁷

Warat demonstra os efeitos do monismo da teoria pura do direito, dizendo que ela:

[...] elimina de seu seio toda noção metajurídica e não só a valoração jurídica (a axiologia), senão também a facticidade (os fatos), ficando tão só com a norma e seu enfoque técnico-jurídico, o qual se reduz à demonstração lógica da validade das normas jurídicas. O conteúdo do direito se identifica com a norma. [...] A realidade jurídica não é significativa, senão tão só a norma, que é constituinte daquela.²⁸

De acordo com o monismo jurídico, o direito se funda nele mesmo e não necessita de referências a valores morais ou políticos. A consequência disto é que têm-se normas jurídicas recortadas ou desconectadas da realidade social na qual se inserem, constituindo-se em uma meta realidade.

Acerca da meta-realidade, o historiador Paolo Grossi demonstra esta construção da meta realidade jurídica, com a criação de diversos conceitos sem qualquer aporte histórico, tais como o 'contrato social', 'vontade geral' ou o 'estado de natureza', que são utilizados para legitimar a ideia de Estado Moderno.²⁹

O Estado Moderno, numa busca por legitimação, viu no direito à sua fonte de criação de conceitos aptos a dar solidez à sua estruturação³⁰, e tal fenômeno parece ter se difundido ao longo dos anos, passando por Kelsen e avançando no século XXI.

Porém, o fato é que o Estado não detém o monopólio da produção das normas; de maneira que o direito não pode ser resumir ao direito estatal, envolvendo também o direito vivo, presente na própria realidade social, apresentando não raramente uma maior legitimidade dos que aqueles atos emanados dos entes oficiais públicos.³¹

²⁷ CARVALHO, Lucas Borges. Caminhos e descaminhos do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone. (orgs.) **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15.

²⁸ CARVALHO, Lucas Borges. Caminhos e descaminhos do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone. (orgs.) **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

²⁹ GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2007. p. 51.

³⁰ GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2007. p. 52.

³¹ CARVALHO, Lucas Borges. Caminhos e descaminhos do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone. (orgs.) **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.

3.2 O pluralismo jurídico como forma de redução das injustiças

A comunidade local, muitas vezes, devido à sua proximidade com a realidade e com os problemas sociais e jurídicos de seu meio, possui maior capacidade de identificar a melhor solução a ser tomada na resolução das injustiças ali presente.

O direito ambiental, sem dúvida, contribuiu para que esta concepção pudesse aflorar e ganhar mais força, pois em situações de danos ambientais, avaliar os impactos ambientais e as consequências, sem ouvir os diretamente relacionados é um grande risco de se cair na total falta de aplicação prática.

Nos locais onde a atuação estatal não chega, fato que pode ser verificado principalmente nos países em desenvolvimento, a comunidade local se viu obrigada a encontrar uma forma de efetuar a redução das injustiças, indo contra o monismo jurídico acima descrito, criando uma forma 'alternativa' de se fazer valer o direito.

Boaventura de Sousa Santos, em sua tese de doutorado, utiliza o exemplo de uma favela no Rio de Janeiro, que desenvolveu mecanismo próprio de regulação do direito, para a diminuição das injustiças. O autor mostra como, em sua tese, a sociedade desenvolveu métodos alternativos de resolução dos conflitos relacionados à habitação de seus moradores, diante de um cenário ilegal de habitação coletiva.³²

Ir à polícia ou a um tribunal traria como consequência por as claras a situação ilegal de Pasárgada. Além disso, os moradores conheciam bem a tradição repressora dos policiais e esbarravam nos obstáculos econômicos (altos custos dos serviços advocatícios), sociais e culturais (linguagem inacessível, classe social diferenciada dos operadores jurídicos etc.). Daí que conflitos internos, tais como os relativos à posse de terra e à construção de casas e barracos passaram a ser resolvidos, frequentemente, pela associação de moradores.³³

Antonio Carlos Wolkmer em sua obra *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade* traz, além deste, uma série de outras situações acerca de diversas manifestações de autorregulação social, devido a uma impossibilidade ou a uma ineficiência do modelo clássico estatal moderno, ou, em outras palavras, no monismo jurídicos.

Outro caso emblemático é o da polícia comunitária criada no México, uma polícia não Estatal, criada no seio da própria sociedade, criada devido a ineficiência do próprio estado mexicano O grande número de assaltos ocorridos na em diversos comunidades locais, aliada

³² CARVALHO, Lucas Borges. Caminhos e descaminhos do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone. (orgs.) *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.

³³ CARVALHO, Lucas Borges. Caminhos e descaminhos do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone. (orgs.) *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.

a onda de crimes graves como o estupro, criando um crescente clima de terror, fez com que se criasse um sistema unificado alternativo de segurança e de justiça, diante de um Estado ineficaz. Criava-se assim a polícia comunitária.³⁴

E não somente no México, mas em diversos países do globo o pluralismo jurídico se revela como um importante movimento face a ineficiência de um Estado capaz de resolver as diversas problemáticas apresentadas, constantemente, em uma determinada sociedade. Em Moçambique, por exemplo, existe para cada região, pesos e medidas diferentes.

Hoje, o peso das autoridades tradicionais, ou tribunais comunitários, bem como das restantes instâncias de resolução dos conflitos, previstas ou não em lei, varia consideravelmente ao nível local, conforme se fazem sentir os diferentes momentos da história do Estado.³⁵

Observa-se, portanto, que por meio do pluralismo jurídico em diversos países em desenvolvimento, encontra-se uma forma de se fazer a justiça, não por meio da identificação de uma justiça perfeita, mas por meio da redução das injustiças, criando meios alternativos para a resolução dos diversos conflitos.

Observa-se, pois que, a redução das injustiças em países em desenvolvimento parece ser a forma de se adequar ao fenômeno da globalização, em franca expansão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A redução das injustiças por meio de um sistema pluralista jurídico é uma forma de aprimoramento da sociedade em um mundo globalizado. Pensar em modelos ideias de justiça, para posteriormente buscar a aplicação destes nas diversas e mutáveis sociedades presentes no globo, pode não trazer qualquer aplicabilidade prática. É preciso um modelo comparativo, que ajude a fazer a escolha prática com o objetivo de reduzir as injustiças.

O modelo pluralista jurídico proposto por Antonio Carlos Wolkmer e outros pensadores se coaduna com a forma comparativa de redução das injustiças apresentada por Amartya Sen. Estes dois institutos parecem ser uma resposta possível aos problemas trazidos pela globalização, marcadamente no que diz respeito ao descompasso econômico trazido pela influência daqueles países mais bem estruturados.

³⁴ RANGEL, Jesus Antonio de la Torre Rangel. A justiça comunitária como expressão do Pluralismo Jurídico no México. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone. (orgs.) **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 302.

³⁵ RANGEL, Jesus Antonio de la Torre Rangel. A justiça comunitária como expressão do Pluralismo Jurídico no México. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone. (orgs.) **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 319.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2006. 9 v. 1989.

BECK, Ulrich. **iQue és la globalización?**, Barcelona, Paidós, 1998.

CARVALHO, Lucas Borges. Caminhos e descaminhos do pluralismo jurídico no Brasil. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone. (orgs.) **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 319.

FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo. **Derecho penal de la empresa e imputación objetiva**. Madrid: Editorial Reus, 2007.

GRACIA MATÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2005.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2007.

HERNÁNDEZ SAINZ, Esther. **El abuso de información privilegiada en los mercados de valores**. Pamplona: Thomson, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins fontes, 2006.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Edipro, 2012.

PRIETO DEL PINO, Ana María. **El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores**. Navarra: Editorial Arazandi, 2004.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único a consciência universal**. 19 ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

RANGEL, Jesus Antonio de la Torre Rangel. A justiça comunitária como expressão do Pluralismo Jurídico no México. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone. (orgs.) **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARTRE, Jean-Paul. **O Existencialismo e um humanismo**. 4.ed. Lisboa: Presença, 1978.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. “Sarbanes-Oxley Act” e os vícios do Direito Penal Globalizado. **Revista Ultima Ratio**. Vol. 1. Rio de Janeiro, 2006.

SÓFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PM, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone. (orgs.) **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E DEMOCRACIA

Laudenir Fernando Petroncini¹

Luis Francisco Delpizzo Miranda²

INTRODUÇÃO

Por meio do presente artigo busca-se explorar, ainda que sem pretensão de aprofundamento, alguns aspectos do fenômeno recente – e atual – do rápido desenvolvimento das tecnologias ligadas aos meios de comunicação de massa.

O desenvolvimento da Internet e da rede mundial de computadores, associado à crescente oferta de equipamentos de informática baratos, colocou à disposição de milhões de pessoas, em praticamente todas as partes do mundo, uma maneira rápida e eficiente de aquisição de conhecimento, transmissão de ideias, além de uma forma totalmente nova de relacionamento pessoal.

Busca-se inicialmente, no primeiro capítulo, identificar alguns dos efeitos que essas novas tecnologias podem ter provocado na organização da sociedade. Abordam-se suas potencialidades, o impacto que podem representar para os indivíduos e a maneira como o ambiente em que tradicionalmente se desenvolvem as relações pessoais, comunitárias e políticas, pode interagir com o ciberespaço, um verdadeiro universo paralelo, virtual, ao qual qualquer pessoa pode se transportar e onde essas relações passam a igualmente ocorrer de forma talvez ainda mais intensa do que as que se verificam na “vida real”.

O segundo capítulo é dedicado à abordagem do impacto que esse novo universo cibernético e o deslocamento de boa parte das relações humanas para seu âmbito, com a amplificação característica decorrente do caráter imediato e interativo da transmissão de informações e opiniões, pode provocar na forma como se organizam as instituições em uma sociedade democrática.

¹ Juiz de Direito e mestrando do Curso do Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – CMJ vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ – da Universidade do Vale Itajaí – UNIVALI, sendo este artigo científico apresentado como requisito parcial para a conclusão da disciplina Direito Constitucional Comparado, orientada pelo Professor Maurizio Oliviero.

² Juiz de Direito e mestrando do Curso do Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – CMJ vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ – da Universidade do Vale Itajaí – UNIVALI, sendo este artigo científico apresentado como requisito parcial para a conclusão da disciplina Direito Constitucional Comparado, orientada pelo Professor Maurizio Oliviero.

Por fim, no terceiro capítulo, buscam-se identificar algumas ameaças que tais inovações tecnológicas podem representar para as democracias, a partir do reconhecimento de que, na qualidade de instrumentos, não são inerentemente bons ou maus, mas que podem ser utilizados tanto para um quanto para outro fim.

1. O IMPACTO SOCIAL DO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

O momento histórico atual é marcado por um profundo e vertiginoso processo de avanço técnico e científico. Novas tecnologias são desenvolvidas em uma velocidade superior à capacidade de acompanhamento pelo homem médio. Não obstante, os efeitos dessa evolução rápida e transformadora se fazem sentir inevitavelmente no cotidiano de toda a sociedade.

O progresso tecnológico estende-se a todas as áreas do conhecimento humano, sendo a evolução na área das comunicações a que tem o potencial de mais intensamente interferir na dinâmica social, na maneira como as pessoas se relacionam, como se informam dos acontecimentos, como formam suas opiniões e fazem suas escolhas, inclusive políticas.

A intensidade, o ritmo e o alcance dessas novidades tecnológicas e seus efeitos têm levado à afirmação de que vivenciamos uma revolução talvez mais relevante que a própria invenção da imprensa ou da escrita, ou, no dizer de Demócrito Reinaldo Filho, o “mais fantástico processo de universalização de conhecimentos que a humanidade já assistiu, com uma força libertadora muito superior do que aconteceu em relação à invenção da imprensa”³.

Para Reinaldo Filho, esse processo tem o potencial de provocar profundas alterações sociais, introduzindo mudanças na forma como as pessoas se relacionam entre si e com as próprias fontes de informação. Para o autor, as “novas estruturas comunicativas das redes de computadores, que têm na Internet o exemplo mais fidedigno e evoluído” podem alterar inclusive a forma como o homem se relaciona com as estruturas de poder político-administrativas, hoje estruturadas em torno da noção de controle de determinado território, definidas em função de um critério geográfico. A Internet proporcionaria ao seu usuário formas de interação com a informação inexistentes nos meios de comunicação clássicos,

³ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **As comunidades virtuais**: o desaparecimento dos limites geográficos na organização político-social e os riscos de surgimento de novas formas de dominação. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25658-25660-1-PB.html>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

como o rádio e a televisão, que se limitam à emissão de dados a partir de um ponto central. Isso pode potencialmente afetar até mesmo a relevância das noções de distância ou dos critérios geográficos de organização política:⁴

Dentro do ciberespaço, formam-se grupos auto-organizados, que realizam o ideal de democracia direta, sem necessidade de delegação de poder a representantes. As pessoas se relacionam cada vez mais de acordo com os seus interesses específicos, deixando de se identificar como deste ou daquele país; passam a ser integrantes desta ou daquela comunidade, cujos membros podem estar espalhados pelo mundo afora.⁵

Delfim Soares também reconhece esse potencial na “grande rede”, que distingue-se dos demais meios de comunicação de massa por estarem estes sujeitos a um controle elitista e por serem marcados pela passividade do público⁶. Para o autor, porém, como os demais meios de massa, “a grande rede também é um instrumental essencialmente consumista”, que amplia o leque de opções do consumidor, dando-lhe uma ilusão de liberdade e de maior democracia, ao mesmo tempo em que contribui para o fortalecimento do sistema capitalista⁷.

De qualquer modo, é uma característica desses novos veículos a criação e ampliação de novas formas de comunicação:

A grande rede tem uma aparência mais democrática. Extremamente dispersa, permite dissidências, intromissões e contestações. Tal dispersão instrumental costuma gerar outro tipo de ilusão social: uma sensação libertaria, próxima da anarquia.

[...]

Pode-se buscar informação também em fontes não institucionais bem como trocar experiências com pessoas ou grupos de todas as tendências, em qualquer canto do planeta. Mais que os meios de massa, a grande rede cria uma sensação mais realista da existência da aldeia global. Sendo o grau de escolha e de participação bem maiores do que nos meios de massa, a sensação democrática costuma ser mais acentuada entre os internautas do que no grande público massificado.⁸

Essas novas formas e meios de comunicação mostram-se, em princípio, mais democráticos. Ampliam as formas de acesso à informação, ao mesmo tempo em que asseguram ao indivíduo maior liberdade de escolha de suas fontes e de seleção de conteúdo. Também tornam possíveis a interação e o compartilhamento de opiniões, a participação do indivíduo no próximo processo de geração da notícia, de repercussão e amplificação de temas considerados relevantes.

⁴ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **As comunidades virtuais**.

⁵ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **As comunidades virtuais**.

⁶ SOARES, Delfim. Revolução cibernética na comunicação e ilusão democrática. **Ciberlegenda**, n. 1, 1998. Disponível em: <<http://compuland.com.br/delfim/delf1.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2014. p. 5.

⁷ SOARES, Delfim. Revolução cibernética na comunicação e ilusão democrática. p. 6.

⁸ SOARES, Delfim. Revolução cibernética na comunicação e ilusão democrática. p. 5-6.

Todas essas novas formas de interação ocorrem em um novo ambiente, criado por meio do uso de ferramentas tecnológicas. Um ambiente universalmente acessível, de qualquer lugar do planeta, à custa apenas de um mínimo de infraestrutura tecnológica. Uma espécie de “universo paralelo”, na definição de Thomas Friedman, resultado principalmente da conjugação da infraestrutura criada pela Internet com o repositório de informações proporcionado pela *World Wide Web*, conceito desenvolvido pelo cientista britânico Tim Berners-Lee:

Embora as pessoas frequentemente usem os termos “World Wide Web” e “Internet” trocando um pelo outro, eles não são a mesma coisa. Como o próprio Berners-Lee explica em seu website: “A Internet (‘Net) é uma rede de redes. Basicamente é feita de computadores e cabos.” [...].

E o que é World Wide Web? O que é esse incrível ciberespaço que se tornou uma espécie de universo paralelo? Berners-Lee explica: “a Web é um espaço abstrato (imaginário) de informação. Na Net, você encontra computadores – na web, você encontra documentos, sons, vídeos... informação.”⁹

Trata-se assim de um espaço não geográfico – o ciberespaço –, uma nova província que desconhece, em princípio, fronteiras territoriais, para a qual qualquer indivíduo pode se transportar, a qualquer tempo e de forma imediata, mediante uma simples conexão à Internet. Conectado, terá à sua disposição um estoque quase infindável de informações, sob a forma de textos, vídeos, registros de áudio, que poderá localizar e consultar com o auxílio de modernos e extremamente eficientes ferramentas de pesquisa e de navegação por esse oceano virtual de dados. Poderá ainda trocar informações, colher e dar opiniões, interferir e participar de debates, interagir com pessoas e grupos com os quais partilhe os mesmos interesses, integrar redes de relacionamento social etc.

Lembra Pierre Lévy que a expressão “ciberespaço”, utilizada para designar esse novo universo, foi cunhada em, 1984 por William Gibson para designar o universo das redes digitais descrito em seu romance de ficção científica “Neuromante” como um campo de batalha entre empresas multinacionais, uma nova fronteira econômica e cultural tornada palco de conflitos mundiais.¹⁰

Lévy oferece sua própria e mais atual definição de ciberespaço:

Eu defino o ciberespaço como o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores. Essa definição inclui o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos (aí incluídos os conjuntos de redes hertzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitem informações provenientes de fontes

⁹ FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano**: uma breve história do Século XXI. Tradução de Cristiana Serra, Sergio Duarte e Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 77.

¹⁰ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 92.

digitais ou destinadas à digitalização.¹¹

A criação desse novo espaço de interação pessoal, de compartilhamento de informações e ideias, não representa, por si só, uma garantia de que uma nova e mais evoluída forma de sociedade esteja sendo gestada. Para isso é necessária “uma profunda reforma das mentalidades, dos modos de organização e dos hábitos políticos”¹²

Com efeito, o ciberespaço apresenta-se cheio de potencialidades, na medida em que oferece a indivíduos e grupos a possibilidade de ampliar seus horizontes de conhecimento e de relacionamento e interação. Contudo, somente repercutirá efetivamente na vida social e nas formas como a sociedade se organiza material e politicamente na medida em que seja possível uma efetiva articulação entre esses “dois espaços qualitativamente muito diferentes, o do território e o da inteligência coletiva”¹³.

O território é definido por seus limites e seu centro. É organizado por sistemas de proximidade física ou geográfica. Em contrapartida, cada ponto do ciberespaço é em princípio co-presente a qualquer outro, e os deslocamentos podem ser feitos à velocidade da luz. Mas a diferença entre os dois espaços não se deve apenas a propriedades físicas e topológicas. São também qualidades de processos sociais que se opõem. As instituições territoriais são antes hierárquicas e rígidas, enquanto as práticas dos cibercibers são tendência a privilegiar os modos transversais de relação e a fluidez das estruturas. As organizações políticas territoriais repousam sobre a representação e a delegação, enquanto as possibilidades técnicas do ciberespaço tornariam facilmente praticáveis formas inéditas de democracia direta em grande escala etc.¹⁴

Pierre Lévy preocupa-se ainda em esclarecer que tais práticas de democracia eletrônica não devem ser entendidas ou limitadas à viabilização de formas de votação instantânea, de plebiscitos pulverizados a respeito de proposições simples formuladas por um “demagogo telegênico”. Importa, sim, incitar a colaboração coletiva e contínua dos problemas e sua solução cooperativa, concreta, o mais próximo possível dos grupos envolvidos”.¹⁵

Não se trata, portanto, em utilizar o ciberespaço como um sucedâneo do espaço político tradicional, de forma que a forma de funcionamento das estruturas políticas tradicionais – ou territoriais, na definição de Lévy – sejam substituídas por “um estilo de funcionamento ciberespacial”. É necessário, como condição para que o desenvolvimento tecnológico se torne uma força que impulse o desenvolvimento e o aprofundamento das práticas democráticas, que esses espaços se articulem, de forma a que a agilidade e fluidez

¹¹ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. p. 92.

¹² LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. p. 186.

¹³ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. p. 194.

¹⁴ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. p. 194-195.

¹⁵ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. p. 195.

características dos relacionamentos no ciberespaço compensem a lentidão, a inércia e a rigidez próprias do espaço territorial.¹⁶

2. A DEMOCRACIA E O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

Jeffrey Goldberg, correspondente nacional da revista *The Atlantic*¹⁷ faz uma interessante avaliação de uma das sessões do Festival de Ideias de Aspen, em que atuou como moderador, e da qual participou Eric Schmidt, presidente executivo da Google, em busca de resposta a uma questão: pode a tecnologia melhorar a democracia?

Goldberg qualifica como estranho o seu encontro com Schmidt, admitindo não poder afirmar se as posições do alto executivo de uma das maiores e mais relevantes empresas multinacionais da área de tecnologia são mero reflexo de uma política corporativa de relações-públicas ou uma sincera crença na habilidade da humanidade em assimilar novas tecnologias¹⁸.

No artigo em que relata esse encontro, publicado no site de notícias Bloomberg View,¹⁹ ao qual dá o sugestivo título de “O otimismo irracional de Eric Schmidt” - otimismo que Alexis C. Madrigal, vice-editor da *The Atlantic*, qualifica “radical”, em artigo em que resume e comenta a mencionada entrevista^{20 21}, - Goldberg destaca a resposta de Schmidt, quando confrontado com os problemas resultantes de campanhas de desinformação promovidas por meio de ferramentas tecnológicas, muitas vezes motivadas por interesses comerciais: “nós temos que nos unir contra isso”. Contudo, prossegue Goldberg:²² “Mas ele [Schmidt] sugeriu que essa não é uma tarefa facilmente realizável. Por isso, fez a seguinte

¹⁶ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. p. 195.

¹⁷ THE Atlantic. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/>>.

¹⁸ GOLDBERG, Jeffrey. Can Technology Make Democracy Better? **The Atlantic**. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/07/can-technology-make-democracy-better/259495>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

¹⁹ BLOOMBERG view. Disponível em: <<http://www.bloombergview.com/>>.

²⁰ MADRIGAL, Alexis C. The Radical Optimism of Eric Schmidt. **The Atlantic**. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/06/the-radical-optimism-of-eric-schmidt/259235>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

²¹ Sobre a nomenclatura empregada por MADRIGAL, diz GOLDBERG: “*The Atlantic’s* Alexis Madrigal has labeled Schmidt a “radical optimist” for his naive views of human nature. Certainly, radical optimism is a sound business policy for a company that seeks to change the way we gain knowledge. But here is the main irony of Schmidt’s worldview: His belief that the Internet has given humankind a radical new ability to reason its way to truth is in itself irrational.”. Ou, em tradução livre: “Alexis Madrigal, da *The Atlantic*, rotulou Schmidt um “otimista radial por sua visão ingênua da natureza humana. Certamente, otimismo radical é uma política comercial saudável para uma empresa que pretende mudar a forma como nós adquirimos conhecimento. Mas aqui está a principal ironia na visão de mundo de Schmidt: sua crença de que a Internet tem dado à humanidade uma nova e radical capacidade para encontrar racionalmente seu caminho em direção à verdade é, em si mesma, irracional”.

²² GOLDBERG, Jeffrey. **Can Technology Make Democracy Better?**

recomendação: “Vocês todos devem estar cientes de que a procura por alguma coisa não significa que você deva acreditar nela.”²³.

Conclui Goldberg que, segundo a perspectiva otimista – e até certo ponto ingênua de – de Schmidt, campanhas de desinformação, como a disseminação de teorias conspiratórias que ele cita como exemplo – como as que questionam a nacionalidade de Barack Obama ou o sobre a autoria dos atentados de 11 de setembro de 2001 – podem ser combatidas assim que as pessoas entenderem que nem tudo o que existe na Internet é verdade.

Questionado por Goldberg sobre se poderia indicar alguma evidência de que Internet melhorou a democracia [americana], Schmidt respondeu:

Eu não acho que quando nós construímos a Internet nós pensássemos que esse era o problema que estávamos resolvendo. Eu acredito que a maioria das pessoas concordaria que quanto mais discussão melhor. O resultado claro da situação atual é que mais discussão significa constantes pesquisas etc. Há uma insuficiência de tempo para deliberação em nosso processo político. Nossos líderes políticos vão eventualmente compreender que eles chegarão a melhores decisões se de fato fizerem uma pausa e dedicarem uma semana pensando a sobre elas.^{24 25}

Craig Newmark, fundador da Craigslist, uma rede de comunidades online centralizadas que disponibiliza anúncios gratuitos aos usuários²⁶, por seu turno, afirma que já se podem identificar efeitos concretos e positivos do impacto da tecnologia no processo político²⁷.

Newmark tem por referência a experiência política norte-americana, em particular o fenômeno de intensa mobilização social por meio de recursos tecnológicos verificado na campanha que resultou na eleição de Barack Obama à Presidência dos Estados Unidos.

Para Newmark, a revolução democrática proporcionada pela uso da tecnologia só é comparável à Revolução Americana de 1776: “Pessoas comuns estão agora influenciando e modificando o processo político, tanto na forma como elegemos as pessoas, quanto, no futuro, na forma como exercitamos a governança.”²⁸.

²³ Tradução livre do texto original em inglês: “But he suggested that isn’t a task easily accomplished. So he issued this recommendation: ‘You all have to be aware that searching for something doesn’t mean you have to believe it.’”

²⁴ Tradução livre do texto original em inglês: “I don’t think when we built the Internet, we thought that was the problem we were solving. I think most people would agree that more speech is better. The clear outcome of the current situation is that more speech means constant polling, etc. There is a lack of deliberative time in our political process. And our political leaders will eventually figure out that they’re going to make better decisions if they actually take a break and spend a week thinking about them.”

²⁵ GOLDBERG, Jeffrey. **Can Technology Make Democracy Better?**

²⁶ DIAMANETE, Erica. A entrevista com Craig Newmark, fundador da craigslist. **Huff Post Business**. 21 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/erica-diamond/erica-diamond-interviews-_b_1364628.html>.

²⁷ HOW technology is revolutionizing democracy. **CNN**, 26 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.cnn.com/2008/POLITICS/06/26/technology.election/index.html?iref=nextin#cnSTText>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

²⁸ Tradução livre do texto original em inglês: “Ordinary people ... are now influencing and changing the political process,

O impacto da tecnologia no ambiente e no processo político, em certo grau, não é estranho à realidade brasileira recente.

Há pouco mais de um ano o país foi convulsionado por manifestações populares em massa, resultado de mobilizações nascidas e organizadas no âmbito de redes e programas de relacionamento on line, como Facebook e Twitter.

Esse fenômeno foi bem recebido inicialmente, até o momento em que esses mesmos instrumentos de mobilização passaram a ser utilizados por grupos radicais com objetivos extremamente questionáveis, muito distantes dos propósitos democráticos que levaram tantos milhares a manifestarem-se nas ruas.

3. AS AMEAÇAS TECNOLÓGICAS À DEMOCRACIA

Essa ambiguidade dos instrumentos tecnológicos, sua potencialidade para o uso tanto para o bem quanto para o mal, tanto para o aprimoramento dos sistemas políticos democráticos quanto para sua manipulação, vem sendo objeto de preocupação e estudo.

Haim Harari, em artigo publicado na revista eletrônica *Edge*, aponta as ameaças que a ciência e a tecnologia podem representar à democracia.

Diz Harari:

A ciência é a fonte de numerosas curas para questões médicas, sociais e econômicas. É também uma aventura intelectual incrivelmente bonita e excitante. Ela leva a novas tecnologias, que mudam nossas vidas, frequentemente para melhor. Poderiam essas tecnologias colocar em risco os fundamentos da democracia liberal? Pode parecer loucura, mas todos nós deveríamos nos preocupar com isso. É uma ameaça real, que deveria preocupar todas as pessoas que raciocinam, se ele ou ela acredita que a ciência pode avançar a humanidade e que a democracia é o sistema de governo menos ruim.

Um sério desencontro está se desenvolvendo gradualmente, passo a passo, entre dois temas aparentemente não relacionados. A penetração da ciência e da tecnologia em todos os aspectos de nossa vida, por um lado, a democracia liberal, tal como praticada por todo o mundo livre, por outro. Intrinsecamente, a ciência e a tecnologia não são nem boas nem más. É a forma como nós a usamos que pode conduzir a amplos benefícios ou a resultados negativos.^{29 30}

both in the way we elect people, and in the future, the way we do actual governance.”.

²⁹ HARARI, Haim. Technology May Endanger Democracy. *Edge*, 2013. Disponível em: <<http://edge.org/response-detail/23835>>. Acesso em: 29 set. 2014.

³⁰ Tradução livre do texto original em inglês: “Science is the source of numerous cures for medical, social and economic issues. It is also an incredibly exciting and beautiful intellectual adventure. It leads to new technologies, which change our lives, often for the better. Could these technologies endanger the foundations of liberal democracy? This may sound crazy. Yet, we should all worry about it. It is a real threat, which should concern every thinking person, if he or she believes that science can advance humanity and that democracy is the least bad system of governance. A serious mismatch is gradually developing, step by step, between two seemingly unrelated issues: The penetration of science and technology into all aspects of our life, on one hand, and liberal democracy, as practiced throughout the free world, on the other hand. Intrinsically, science and technology are neither good nor bad. It is how we use them, which may lead to far-

Dentre uma séria de desencontros entre os ideais democráticos e as condicionantes apontadas por Harari, geradas pelo desenvolvimento tecnológico, vale destacar, como exemplo, a amplificação do desejo de garantia de todas as espécies de liberdade garantidas pelas democracias – de expressão, de imprensa, de informação etc. Essas liberdades, contudo, se levadas a extremos inaceitáveis, podem levar a graves distorções, como por exemplo a pretensão de que seja permitida a defesa do genocídio em nome da liberdade de expressão, ou a proteção dos direitos de terroristas ou assassinos com mais vigor do que o empregado na defesa dos direitos das vítimas. A tecnologia não cria essas situações, mas facilita sua disseminação.

Diante desses desafios, Harari conclui:

A única forma de lidar com o problema é permitir que a estrutura da democracia liberal moderna evolua e se adapte às novas tecnologias. Isso ainda não começou a acontecer. Nós ainda não temos soluções e remédios, mas deve haver maneiras de preservar as características básicas da democracia, enquanto suas regras e padrões são ajustados de forma a minimizar os efeitos nocivos e a permitir que a ciência moderna e a tecnologia possam fazer mais bem do que mal.^{31 32}

Além de preocupações como a manifestada por Harari, relacionadas com a potencialidade de que os meios modernos de comunicação sejam utilizados para verdadeiras investidas contra os princípios democráticos, levantam-se questionamentos também à legitimidade de práticas políticas baseadas no uso de ferramentas tecnológicas.

Delfim Soares sustenta, por exemplo, que é ilusória a sensação de maior liberdade e democracia experimentada no contato e convívio com o ciberespaço.

A revolução da massificação, muito mais do que as anteriores, produz a confusão entre vulgarização e democratização, elitização e demagogia, consumismo e liberdade, manipulação e alienação. A ilusão da informação é uma constante da comunicação massificada. O transitório, o descartável e o supérfluo são a essência da nova cultura. Da escravidão do trabalho se passa à obsessão do consumo. O sistema capitalista encontrou nos meios de massa um instrumento altamente eficaz de ilusionismo social onde a mais profunda ditadura econômica se mascara de participação popular.³³

Prossegue o autor afirmando que, como outros meios de comunicação de massa, a Internet é também um instrumento que serve à cultura consumista da sociedade atual. A institucionalização também dos novos meios de comunicação serviriam igualmente ao

reaching benefits or to negative results.”.

³¹ HARARI, Haim. Technology May Endanger Democracy. **Edge**, 2013. Disponível em: <<http://edge.org/response-detail/23835>>. Acesso em: 29 set. 2014.

³² Tradução livre do texto original em inglês: “The only way to cope with the problem is to allow the structure of modern liberal democracy to evolve and adapt to the new technologies. That has not yet begun to happen. We do not yet have solutions and remedies, but there must be ways to preserve the basic features of democracy, while fine-tuning its detailed rules and patterns, so as to minimize the ill effects and to allow modern science and technology to do significantly more good than harm.”.

³³ SOARES, Delfim. **Revolução cibernética na comunicação e ilusão democrática**. p. 3.

objetivo de estagnação da estrutura social, limitando essa nova revolução à transformação do aparato tecnológico, limitando-se esse processo, portanto, a uma revolução dos meios e não dos fins³⁴.

Apesar das incertezas e evidentes desafios, há espaço, porém, para posturas mais otimistas em relação ao impacto que as novas tecnologias de comunicação podem provocar, a médio e longo prazo, nas práticas sociais e democráticas.

Dentre essas possibilidades, destaca Valéria Marcondes:

Talvez as tecnologias possam alcançar públicos sem nenhum interesse em política, como parte dos adolescentes, e facilitar sua participação. Porém, isso não é uma garantia, tendo em vista que a cultura político-cidadã não é criada a partir das tecnologias. A participação via tecnologias, contudo, geralmente é uma prática isolada, inconstante, não de fato uma cultura participativa e cívica.³⁵

Ainda segundo Marcondes, a contribuição da Internet de outras tecnologias de informação e comunicação para a ampliação da participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões políticas condiciona-se à abertura de espaços próprios pelas instituições e administrações públicas para abrigar o debate e que seja estimulada a participação. É necessária, de qualquer forma, a educação para a cidadania, o aumento do nível de interesse e de informação política, de envolvimento – responsabilização do cidadão pelos seus atos – e aproximação de seus representantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos uma quadra histórica marcada pelo avanço e desenvolvimento tecnológico rápido, pela disseminação da tecnologia, pela disponibilidade de meios e instrumentos que permitem a todos acessar qualquer tipo de informação já disponível na rede mundial de computadores. As comunicações sofreram também um vertiginoso processo de popularização. O fenômeno das redes sociais, dos programas de mensagens instantâneas, aproxima as pessoas e grupos de uma maneira nunca antes possível e talvez nunca antes imaginada.

A verdadeira revolução causada por essas conquistas tecnológicas, mais até do que a criação da escrita ou a invenção da imprensa, da traz em si o potencial para uma real

³⁴ SOARES, Delfim. Revolução cibernética na comunicação e ilusão democrática. p. 4.

³⁵ MARCONDES, Valéria. **Internet, democracia e participação popular: discutindo experiências participativas**. Tese (Doutorado em Comunicação Social). Faculdade de Comunicação Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2128/1/000429223-Texto%2bCompleto-0.pdf>>. Acesso em 26 ago. 2014. p. 113.

democratização do conhecimento, para o esclarecimento dos indivíduos e para uma profunda alteração na forma como estes expressam suas opiniões ou divergências.

As pessoas e grupos passaram a se relacionar em um novo ambiente, virtual e ilimitado, sem respeito a limites territoriais – o ciberespaço –, em que a informação é colocada ao alcance de todos. O ciberespaço assegura um ambiente favorável à ampliação das formas de interação não apenas entre os indivíduos entre si, mas destes com a própria informação e o conhecimento. O indivíduo deixa de ser um destinatário passivo da informação, como ocorre com outros meios de comunicação de massa.

A forma como as pessoas se relacionam nesse novo universo virtual produz efeitos também na maneira como se comportam no espaço territorial tradicional. Contudo, a realização das expectativas de que isso venha a representar uma radical guinada em direção ao aprofundamento de práticas democráticas depende de uma efetiva interação e articulação entre esses ambientes, de forma que a agilidade característica do ciberespaço venha a compensar a rigidez maior dos acontecimentos no espaço territorial tradicional.

Já são apontados efeitos concretos e positivos dos avanços tecnológicos nos processos políticos tradicionais, a exemplo da ampla mobilização popular por meio de redes sociais que contribuem para o aumento da arrecadação de recursos financeiros e mobilização de apoiadores de determinados candidatos. Afirma-se que as pessoas comuns passaram a ter condições de influenciar diretamente o processo político.

Não obstante, é necessário estar atento também para o risco de que as mesmas ferramentas e recursos tecnológicos em que se depositam tantas esperanças de que possam conduzir a um futuro melhor podem ser utilizados como instrumento para o enfraquecimento dos valores democráticos.

É preciso ter em mente que a ciência e a tecnologia não são, em si, nem boas, nem más. São instrumentos que produziram benefícios ou resultados negativos dependendo da forma como sejam utilizadas pelo indivíduo ou pela sociedade.

Deve-se assim dedicar esforços também no sentido de permitir que a par dessa evolução ocorra uma adaptação adequada da sociedade e de suas instituições democrático-liberais à nova realidade resultante da introdução e desenvolvimento de novas tecnologias.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BLOOMBERG view. Disponível em: <<http://www.bloombergtv.com/>>.

DIAMANTE, Erica. A entrevista com Craig Newmark, fundador da craigslist. **Huff Post Business**. 21 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/erica-diamond/erica-diamond-interviews-_b_1364628.html>.

GOLDBERG, Jeffrey. Can Technology Make Democracy Better? **The Atlantic**. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/07/can-technology-make-democracy-better/259495>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano**: uma breve história do Século XXI. Tradução de Cristiana Serra, Sergio Duarte e Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

HARARI, Haim. Technology May Endanger Democracy. **Edge**, 2013. Disponível em: <<http://edge.org/response-detail/23835>>. Acesso em: 29 set. 2014.

HOW technology is revolutionizing democracy. **CNN**, 26 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.cnn.com/2008/POLITICS/06/26/technology.election/index.html?iref=nextin#cnSTCText>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

MADRIGAL, Alexis C. The Radical Optimism of Eric Schmidt. **The Atlantic**. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/06/the-radical-optimism-of-eric-schmidt/259235>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

MARCONDES, Valéria. **Internet, democracia e participação popular: discutindo experiências participativas**. Tese (Doutorado em Comunicação Social). Faculdade de Comunicação Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2128/1/000429223-Texto%2bCompleto-0.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **As comunidades virtuais**: o desaparecimento dos limites geográficos na organização político-social e os riscos de surgimento de novas formas de dominação. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25658-25660-1-PB.html>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

SOARES, Delfim. Revolução cibernética na comunicação e ilusão democrática. **Ciberlegenda**,

n. 1, 1998. Disponível em: <<http://compuland.com.br/delfim/delf1.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

THE Atlantic. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/>>.