



UNIVALI

PAEP

programa de apoio a
eventos no país



PPGDireito
Programa de Pós-Graduação
em Direito
Faculdade de Direito - FD



C A P E S

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E RELAÇÕES SOCIAIS EM UMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Organizadores

LITON LANES PILAU SOBRINHO

PAULO MÁRCIO CRUZ

PAULO ROBERTO RAMOS ALVES

2022

ISBN: 978-65-00-70700-7

Organizadores

LITON LANES PILAU SOBRINHO
PAULO MÁRCIO CRUZ
PAULO ROBERTO RAMOS ALVES

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E RELAÇÕES SOCIAIS EM UMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL



PPGDireito
Programa de Pós-Graduação
em Direito
Faculdade de Direito - FD



2022

ISBN: 978-65-00-70700-7

Reitor

Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitoria de Graduação

José Everton da Silva

Vice-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão

Rogério Corrêa

Organizadores

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Paulo Márcio Cruz

Paulo Roberto Ramos Alves

Projeto Editorial/Capa

Alexandre Zarske de Mello

Revisão

Pedro Gabriel Cardoso Passos

Comitê Editorial E-Books/PPCJ – UNIVALI**Presidente**

Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Bruno Smolarek (UNIPAR)

Dra. Flávia Novera Loureiro (UMINHO/PORTUGAL)

Dr. Daniele Porena (UNIPG/ITÁLIA)

Dr. Pedro Jose Femenia Lopez (UA/ESPANHA)

Dr. Javier Gonzaga V. Hernandez (UCALDAS/COLÔMBIA)

Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)

Dr. José Everton da Silva (UNIVALI)

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)

Dr. Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI)

Créditos

Este E-book foi possível por conta do Comitê Editorial E-books/PPCJ -

UNIVALI composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Moraes da Rosa e pelo Diretor Executivo Alexandre Zarske de Mello

Registro de Apoio e Fomento

Essa obra foi organizada com recursos do Programa de Apoio a Eventos no País (PAEP) - CAPES.

FICHA CATALOGRÁFICA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

VI Congresso Internacional de Jurisdição
Constitucional, Democracia e Relações Sociais;
VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos;
XIX Semana Acadêmica Integrada de Direito (8-11 nov.
2022 : Passo Fundo, RS)

Jurisdição constitucional e relações sociais em
uma perspectiva internacional [livro eletrônico] /
organização Liton Lanes Pilau Sobrinho, Paulo Márcio
Cruz, Paulo Roberto Ramos Alves. --Itajaí, SC : Ed.
dos Autores, 2022.

PDF

Vários autores.

Vários colaboradores.

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-00-70700-7

1. Democracia 2. Direito 3. Direito - Congressos
4. Estado (Direito) 5. Jurisdição (Direito
constitucional) 6. Relações sociais I. Pilau
Sobrinho, Liton Lanes . II. Cruz, Paulo Márcio.
III. Alves, Paulo Roberto Ramos. IV. Título.

23-159667

CDU-342(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito constitucional 342(81)

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
Liton Lanes Pilau Sobrinho	7
ENTREVISTAS.....	9
Professora Doutora Ana Marrades	9
Professora Doutora Cleide Calgaro	10
Professor Doutor Felipe Chiarello.....	10
Professor Doutor James Fernández Cardozo	12
Professor Doutor Lucas Gonçalves Da Silva	16
Professor Doutor Manoel Valente	17
Professor Doutor Marcos Leite Garcia	18
Professor Doutor Miguel Revenga Sanchez.....	24
Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão.....	26
Professora Doutora Vicenta Tasa	31
Professor Doutor Roberto Viciano Pastor	32
ARTIGOS	36
SOCIEDADE DE RISCO E A SEGURANÇA JURÍDICA.....	36
Ari Rheinheimer Filho	36
Leonardo José Diehl	36
SAÚDE E SEGURANÇA NO AMBIENTE DE TRABALHO.....	54
Lara Muniz do Amaral	54
PROPRIEDADE E ANÁLISE ECONÔMICA NO BRASIL PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988: ESTUDOS PRELIMINARES.....	74
Bianca Neves de Oliveira.....	74
DEMOCRACIA E A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	93
Ari Rheinheimer Filho	93
Leonardo José Diehl	93
DIREITO, ECONOMIA E INTERDISCIPLINARIDADE	115
Leonardo José Diehl	115
TIPICIDADE MITIGADA E ATIPICIDADE NO DIREITO DISCIPLINAR MILITAR	126
Taís do Amaral de Aguiar	126
O FEDERALISMO EM ATOS: DA ARTE LÚDICA E TEATRAL AO COMPLEXO EXERCÍCIO DE DIMENSÕES DE PODER	136
Carlos Afonso RigoSantin	136
Marlon Adriano Balbon Taborda.....	136

A CRISE DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	151
Marlon Adriano Balbon Taborda.....	151
Tamires Kürschner Caspers	151
DA PARTICIPAÇÃO SOCIOPOLÍTICA PARA A CONSTRUÇÃO DA TECNOCIDADANIA: A NECESSÁRIA DESCOLONIZAÇÃO DO CONHECIMENTO.....	171
Josiane Petry Faria.....	171
DO CONTRATO SOCIAL ÀS DEMOCRACIAS MODERNAS: A IDEIA DE PODER NO SÉCULO XXI.....	191
Marcio Renan Hamel.....	191
ESTADO ANTIGO X A EDUCAÇÃO INCLUSIVA NAS ESCOLAS ATUALMENTE.....	212
Tamires Kürschner Caspers ¹	212
A CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES PORTUÁRIOS SOB VÍNCULO EMPREGATÍCIO NOS PORTOS ORGANIZADOS	224
Thomaz Cesca Nunes	224
A EVOLUÇÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO NOTARIAL EM AMBIENTE VIRTUAL NO BRASIL	240
Tatiane Sander	240
AS NOVAS TECNOLOGIAS E A MANIPULAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA.....	267
Liton Lanes Pilau Sobrinho	267
Cleide Calgaro.....	267
ESTUDO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ANÁLISE, CONCEITOS EDIVERGÊNCIAS.....	283
Alice Benvegnú.....	283
Aline Hoffmann	283
GLOBALIZAÇÃO E DESGLOBALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA SOCIEDADE DE RISCO GLOBAL	303
Alessandra Vanessa Teixeira	303
REVOCATORIA DEL MANDATO: UNA FORMA DE HIPERPRESIDENCIALISMO O DE SUPREMACÍA DEL EJECUTIVO EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO	344
Pablo Sergio Ospina Molina	344

APRESENTAÇÃO

O Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo promoveu, nos dias 08, 09, 10 e 11 de novembro de 2022, o VI Congresso Internacional de Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais; VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos; XIX Semana Acadêmica Integrada de Direito.

O Congresso visa desenvolver um ambiente de debates acadêmicos e interação acerca da jurisdição constitucional, do papel do Estado na consecução de políticas públicas, da democracia no paradigma do Estado Democrático de Direito sob o prisma de uma teoria dos direitos fundamentais.

Durante o evento, foram concedidas entrevistas com renomados professores nacionais e internacionais, as quais podem ser encontradas nesta obra. Além das entrevistas, esta obra conta com artigos produzidos pelos docentes e discentes do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo e, também, de professores convidados.

Importante frisar que as pesquisas que embasaram esta obra, bem como o resultado desta, não seriam possíveis sem o fomento da CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior por meio do Programa de Apoio a Eventos no País (PAEP), Edital 06/2022.

Liton Lanes Pilau Sobrinho¹

¹ Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional ambiental, Direito Constitucional.

ENTREVISTAS

Professora Doutora Ana Marrades¹

La crisis de constitucionalismo al igual que crisis de regimiento del sistema democrático, los sistemas democráticos, yo creo que se ve afectado por un deficit de consideración de la igualdad, porque creo que deberíamos recuperar el concepto de democracias cuidadoras, democracias que ponen las personas en el centro, democracias que consideran la cuestiones de cuidados a las personas como prioritarias. Me parece que siempre hemos asistido a los conceptos clásicos de constitucionalismo, de democracia, enquanto conceptos públicos, és decir todo lo que tiene que ver la participacion politica, los sistemas de partidos, com instituciones públicas sin embargo, nos hemos olvidado de una parte que és essencial que es la parte que se desarrolla los espácios domésticos, privados, de las familias que tienen que ver con las tareas de reproduccion social. Estas tareas a sido sempre realizadas para las mujeres, e justamente esta función as mujeres an assumido o largo de los siglos, para que la vida de las demás personas sea digna es justamente lo que está situado a ellas, en una posición subordinada, discriminada e és lo que há producido una limitación y un recorte de sus derechos, derechos laborales, derechos a la participación social, derechos a la participación politica e estos és lo que produce um deficit gravie en la democracia, porque afecta la igualdad, desconpiensa la igualdade. Entón se su democracia completa requiere de la participación de todas las personas, de mujeres e de hombres, las contribuicones de todos a la vida social e publica tambiem, pero tambiem pela la vida privada. Por esto, por un lado creo que es empresindível recuperar la plena igualdad para solucionar la defesa da democracia. En segundo lugar creo que tenemos que asumir una realidad, tenemos que partir de una realidad que no son igual todas las personas, todos los seres humanos tenemos algo em comum, que és lo largo de nuestra existencia, todas las personas necesitaremos, en algun momiento de nuestras vidas, cuidar e ser cuidadas. Esso significa que todas las personas necessitamos de los cuidados, e necessitamos de co-responsabilidade, la universalidad de los cuidados. Necesitamos unas democracias cuidadoras, que estan atentas a

¹ Doutora e docente da universidade de valência - Espanha

estas necesidades que todos las personas tenemos en comum. De ai que estamos hablando del recocimento de los nuevos derechos de cuidado, que mi pariece una parte imprecrindível para recuperar esse deficit de democracia que tenemos.

Professora Doutora Cleide Calgaro²

Analisando se há uma crise ou não do constitucionalismo, hoje a gente observa que realmente há, sim, uma crise. E essa crise muitas vezes acaba sendo pela questão da ausência do conhecimento do que é cidadania e do que é democracia no Brasil. Mas é importante que nós temos uma Constituição e essa Constituição, ela é uma Constituição inovadora, principalmente na questão de garantias de direitos fundamentais, sejam em todas as esferas dos direitos fundamentais. Então essa crise existe, mas também, em certo ponto, há a Constituição como balizadora e também como instrumento de garantia do Estado Democrático de Direito. É importante conhecer o que é democracia e é importante conhecer a nossa Constituição, porque é a partir dela que efetivamente a democracia se funda e se estrutura dentro do nosso país

Professor Doutor Felipe Chiarello³

Acho que a palavra que mais define essa crise é a questão dos períodos cíclicos. Todos esses períodos de crise, na realidade quem vê a história, especialmente a história brasileira vê que são períodos cíclicos. O Brasil tem vários momentos que tem essas crises, crises de legitimidade, crises democráticas, crises ditatoriais e em todos os passos a gente começa a ver que estes são sinais de que estes movimentos são cíclicos. E é um assunto que a gente aborda em vários artigos que a gente publica, esta questão do modelo de estado, a gente percebe, por exemplo, num primeiro momento, um modelo econômico mais patrimonial, patrimonialista, depois a gente passa pra um modelo burocrático, intervencionista, e por fim um modelo de estado gerencial. Estes três modelos são modelos que tem uma influência econômica direta nestas questões cíclicas da democracia e legitimidade do estado democrático de direito. E eu

² Doutora em Direito, professora na universidade de Caxias do Sul - UCS

³ Doutor em Direito, professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie

acho que a crise econômica também é um fator importante na questão do desenvolvimento de corrupção, injustiças sociais e todas estas questões têm um viés dentro dessa crise da democracia. Eu penso a quantidade de diferenças que a gente tem dentro dos modelos. Eu vejo que sempre teve uma lenda entre a questão do *common law* e do *civil law* e que seriam muito diferentes, e num evento nos EUA eu percebi que a gente estava com as mesmas angústias, preocupados com as mesmas coisas e discutindo os mesmos temas. No final de 2019 nós fizemos uma palestra em YALE e percebi que lá eles discutiam as mesmas questões da democracia e essa crise. Isso só aprofundou, em vários momentos, uma mudança de ideal para um lado ou para o outro, e a gente percebe claramente as pessoas com um ideal mais conservador e depois um ideal mais progressista e isso efetivamente acontece na América Latina ciclicamente, e a gente volta para o outro modelo. Isso é extremamente comum. Agora, a gente tem que pensar algumas coisas quando a gente vai comparar realidades muito diferentes. Primeiro, a questão histórica da Europa, que é muito diferente da nossa. A história deles é muito diferente da nossa do ponto de vista de maturação do estado democrático de direito. A questão de diversidade também é muito diferente da nossa. Você tem o próprio poder econômico, que na União Europeia é uma coisa totalmente diferente, eles conseguiram fazer uma fusão e tiveram potência econômica plena, em determinado momento. Daí você pensa na crise na Inglaterra, monarquia, a gente percebe todos esses vieses da democracia. A gente percebeu que a crise da Grécia influenciou toda a Europa e influenciou todas as demonstrações de todos os Estados. A quebra econômica que pegou primeiro por primeiro a Itália e por fim a Alemanha, em que a Alemanha se seguiu dentro dessa intervenção que ela fez na Grécia, inclusive com metas, e isso mostra o quanto esse modelo é diferente do nosso. No Brasil não existe essa intervenção econômica dentro do MERCOSUL, a gente tem uma divisão clara entre os Países, o que também mostra uma divisão clara entre os Estados. E o modelo norte-americano é um modelo federalista totalmente diferente do nosso. Serve como exemplo o Exame de Ordem, que lá é um exame em cada estado, enquanto no Brasil nós temos um exame nacional. É um modelo totalmente diferente do nosso. Quando a gente for fazer um direito comparado, a gente tem que ter essas preocupações metodológicas para comparar. Mas efetivamente, e voltando, a gente sabe que é um movimento cíclico, e vai voltar, historicamente a gente vai ver isso. Para mim é muito importante trabalhar esse tema

porque meu mestrado foi em direito Constitucional, na PUC/SP. Eu comecei a lecionar em direito constitucional e direito administrativo, na Teoria do Estado, então essas matérias sempre foram para mim muito caras. As minhas pesquisas de mestrado e também de doutorado sempre foram dentro da esfera constitucional e eu acho fundamental trabalhar direito constitucional na academia.

Professor Doutor James Fernández Cardozo⁴

En primer lugar, el eje del constitucionalismo. Y podríamos hablar de unos grandes retos que tiene el constitucionalismo moderno en la perspectiva de un vector. Un vector que se llama el hiper capitalismo y lo que ha venido conduciendo a que empecemos a hablar de un constitucionalismo crítico, es decir, un constitucionalismo del conflicto que se pregunta por esos vectores que movilizan las diferentes categorías constitucionales. Por ejemplo, la categoría del poder constituyente. Se elaboran constituciones políticas en donde se consagran derechos que tienen la cualidad de considerarse derechos, principios, es decir, mandatos de optimización, según la teoría alemana, que se realizan según las posibilidades fácticas y según las posibilidades jurídicas. Entonces, según las posibilidades fácticas que son las de la realidad, nos encontramos con realidades tristes. Aparece el derecho a la salud en una constitución política. ¿Pero cuántas personas en Latinoamérica no fallecen en la puerta del hospital porque ni siquiera los dejan entrar? ¿Y por qué? Porque es una entidad privada, privatizada. Y esto es un problema desde el punto de vista fáctico. Y desde el punto de vista jurídico, los derechos principios que son tenidos como posibilidades de realización, pues también tienen otra dificultad. Observamos tribunales constitucionales que vienen implementando una regla fiscal, es decir, que se reconocen los derechos. Sí, el fisco. El recaudo de los impuestos alcanza para reconocer esos derechos y eso naturalmente que constituye un límite a los derechos. ¿Además, por qué las élites de Latinoamérica y las organizaciones transnacionales privadas no permiten que se les grabe con impuestos? Entonces los Estados recaudan poco impuesto, cuando no, cuando en otras ocasiones se roba el impuesto a través de la corrupción.

⁴ Doutor, professor da universidade Libre Colômbia

¿Y eso que implica? Eso impacta a los derechos. Y los derechos entran a ser minimizados por esa regla de sostenibilidad fiscal. Es decir, se reconocen derechos según las posibilidades fiscales. Y el problema es que nuestras jurisdicciones constitucionales han venido avalando eso. Eso da mucha tristeza ver eso. La segunda categoría tiene que ver con la Constitución misma. En la Constitución misma, el panorama de los derechos hace ver que los derechos fundamentales son justiciables, son subjetivos, se pueden exigir. ¿Pero qué pasa con los derechos prestacionales? ¿Aquellos que implican para el Estado una planeación, una prestación, un hacer de naturaleza económica y un Estado minimizado por las organizaciones financieras internacionales? ¿Pues qué pueden hacer en materia de dar prestaciones económicas, de vivienda, de educación, etc a los habitantes? Puede hacer poco en este marco neoliberal del hiper capitalismo que reduce el tamaño del Estado. La tercera categoría, desde el punto de vista dogmático, es la categoría de las reformas constitucionales. En Colombia hemos padecido 53 reformas a la Constitución Política, 53 reformas en menos de 30 años. Y son reformas coyunturales que no responden a sanear situaciones de fondo, sino que son reformas que simplemente lo que están buscando es coyunturas, coyunturas económicas matizadas por esos poderes transnacionales del hiper capitalismo, a través de unos títeres de unos payasos llamados congresistas que se permean, que dejan a través del lobby de las multinacionales acceder a esos intereses económicos en contravía del pueblo.

Y de ahí, pues que el pueblo se desencanta, el pueblo termina desencantado. Entonces yo diría que esos son los tres retos del constitucionalismo actual para enfrentar desde el punto de vista del Estado democrático, social o de derecho, según el énfasis que tenga el Estado. Pues observamos en un paralelo entre América y Europa ciertas similitudes. Por ejemplo, en materia de la opinión, que es la doxa. La opinión es una de las formas de actualizar la democracia, una de las formas de hacer que la democracia se renueve. Bueno, consagramos en las constituciones políticas aquí en América, mecanismos de participación, la consulta, el referendo, etc, pero hemos venido observando cómo en América Latina esos mecanismos de participación terminan siendo burlados por una maraña de normas legislativas o por la actitud presidencialista, como ocurrió por ocasión de consulta popular allá en Bolivia. Entonces eso lo vemos de izquierda y de derecha, una restricción a los mecanismos de participación ciudadana. Y en Europa también los

movimientos de opinión están en grave peligro, porque el Brexit y algunos referendos que se han realizado en Europa se ha detectado que han sido permeados por las nuevas tecnologías de manipulación mediática, la big data, la inteligencia artificial, la analítica web que hicieron que en el Brexit votaran como votaron y hoy en día están arrepentidos.

Hoy en día quieren volver otra vez a Europa porque vieron que fue un experimento fallido y que realmente fueron manipulados por esas tecnologías mediáticas de información. Eso desde el punto de vista de la opinión. Desde el punto de vista de los populismos de izquierda y de derecha, aquí en América Latina hemos venido observando cómo la corrupción, ese mal proceder de los gobernantes con los bienes que son de todos, pues termina haciendo que el pueblo se desencante, Y aparecen los populismos. Aquellos populistas que dicen que yo voy a solucionar los problemas y que yo estoy fuera de la política, etc, etcétera, etc. Entonces hemos visto aquí en América Latina como el populismo ha venido haciendo carrera, ha venido progresando el populismo en gran parte porque por un lado, el desencanto de las personas, de la ciudadanía con su clase política por los actos de corrupción, pero también por el analfabetismo político, la falta de cualificación política, la falta de enseñanza en las escuelas desde la temprana edad a los niños, a los jóvenes, acerca del deber de enterarse de qué es la política, y de cómo a través de la política podemos gozar de los derechos, especialmente a través de las políticas públicas. Pero en Europa también estamos viviendo asistiendo a fenómenos de populismos, por ejemplo, los populismos que están atizando los movimientos migratorios que originan esa actitud xenófoba, como hemos visto en varios países de Europa. Y eso hoy en día constantemente observamos cómo están cada vez más cerca esos populistas de llegar al poder con ese discurso de la xenofobia.

Y grandes cantidades de población creyendo en ese discurso. Porque los europeos de alguna manera han creído que eso era un jardín, una burbuja hermosa a la que ya nadie puede entrar. Pero no, no es así. La realidad mundial es una realidad plural, multicultural. Las migraciones han favorecido el desarrollo de la historia de las humanidades y es una realidad que Europa tiene que aceptar esa realidad de la integración social. En tercer lugar, el autoritarismo. Aquí en América Latina hemos venido viendo fenómenos de autoritarismo a todo dar. En Colombia, 859

municipios protestaron, hicieron una protesta social el año pasado ante las condiciones de desigualdad, ante la falta de acceso de los jóvenes a las oportunidades del trabajo, de la educación, de una vida digna. ¿800 y pico de municipios protestaron Y cuál fue la respuesta del Estado? Represión militar y represión policial. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos acaba de advertir que esos son rasgos vitalistas que lo que hacen es criminalizar la protesta y la protesta es un derecho del pueblo a manifestarse. ¿Por qué tiene que criminalizar? Pero en Europa también hemos venido observando autoritarismos. Hemos observado cómo hay mujeres en algunos países de allá del Oriente. ¿En dónde más? Hacia el Oriente, en donde la prohibición del velo es esa sangre y fuego. Y lo hemos visto en estaciones de policía, esas agresiones a mujeres que han empezado a rebelarse contra esas prácticas que ya se consideran en desuso.

Entonces, el autoritarismo también está presente al otro lado en Europa y finalmente las dictaduras en América Latina. En América hemos asistido ya a tres dictaduras. En mi criterio Nicaragua, Cuba y Venezuela son dictaduras, son regímenes en donde el hiper presidencialismo los llevó a esas dictaduras. De ahí el problema del presidencialismo. El presidencialismo es muy cercano a estos fenómenos del populismo, del autor, del autoritarismo y de las dictaduras. Pero en Europa también estamos viendo fenómenos de prácticamente no de dictaduras, pero sí de imperios. ¿Porque Putin, qué es lo que está representando Putin? Está representando la vocación imperial de la vieja Rusia y hay mucha gente que cree en eso, que cree que Rusia tiene que volver a ser un imperio inclusive, pues Putin no es rey, pero prácticamente está ejerciendo como un monarca en detrimento de las libertades públicas de los ciudadanos. Entonces, yo diría que ese es un paralelo que puedo hacer desde el punto de vista del Estado democrático, de las libertades y su énfasis en su carácter de derecho o Estado social. Entonces, agradecer mucho a la comunidad de Passo Fundo, a todos ustedes que tan gentilmente me han atendido en esta bella nación donde me voy con grandes recuerdos y felicitarlos por toda la tecnología, toda la atención, la sencillez, la calidez humana. Realmente los colombianos y los brasileiros somos hermanos en el corazón.

Professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva⁵

Esse é um tema que eu trabalho desde o pós-doutorado, que eu tive a oportunidade de me aprofundar na questão do direito digital e novas tecnologias, eu acho que esse tema merece total destaque para os cursos de pós-graduação no Brasil, existem pouquíssimos professores que estudam isso. E ao futuro, porque hoje em dia, o trabalho, a educação e etc., não vive sem a tecnologia, e essas empresas, grandes corporações de tecnologia, elas têm feito o que: tem se apropriado de dados, e esses dados são considerados o novo petróleo, esse novo petróleo é trabalhado através da inteligência artificial, e a inteligência artificial faz com que essas grandes empresas, esses grandes conglomerados internacionais, fiquem muito poderosos, mais poderosos as vezes do que o Estado-nação.

Então, se a gente acompanhar a eleição americana, seja a eleição brasileira, essas empresas elas conseguem manipular pessoas, elas conseguem fazer com que os cidadãos sejam levados a um caminho A ou B, então nas plataformas elas conseguem manipular, elas conseguem seduzir o eleitor e como a gente viu, o TSE ele permite um impulsionamento, e esse impulsionamento pode ser direcionado ao público, seja aqueles mais jovens de 16 a 20 e poucos anos, e pode-se direcionar a essa fala de um candidato, isso pode ocorrer uma manipulação eleitoral, e isso é regulamentado. Por isso que essa fala tem que ter a ver com programa de governo.

Fora isso, acho que a gente poderia falar um pouquinho sobre a necessidade que a gente tem hoje de uma Declaração Universal dos Direitos Cibernéticos, porque isso vai trazer uma limitação para as grandes empresas. Sem essa limitação, elas vão desrespeitar inclusive os Estados, e se elas desrespeitarem os Estados, imagina o que ela faz com aquela pessoa que não tem tanta informação, que preenche toda hora seus dados e, por exemplo, hoje uma empresa de cartão de crédito, ela não é mais só uma empresa de cartão de crédito, porque ela guarda esses dados para trabalhar esses dados de uma forma que ela consiga, armazenando esses dados, vender para outras empresas que podem traçar seu perfil econômico.

⁵ Doutor em Direito e professor da universidade federal de Sergipe

Então, as pessoas podem valer mais ou menos a partir dessas informações desses dados, podem conseguir mais crédito no banco, menos crédito no banco, com base nesse armazenamento de dados, e é o que nos pode preocupar bastante, a questão da saúde, imagina se as empresas começarem a guardar... as farmácias já guardam, você chega na farmácia, digita seu CPF, e esse seu CPF é arquivado, e olha ele tem essa, e se essa empresa de saúde trocar informações com a farmácia e etc. etc.

Então, essa troca de dados é algo que precisa de uma regulamentação, uma declaração universal de direitos do cidadão na internet, precisa ser resolvida essa questão.

Professor Doutor Manoel Valente⁶

Falar sobre crise do constitucionalismo é entendermos que uma das maiores críticas que se faz na área de humanas e ciências sociais aplicadas no Brasil, é a recorrência desse elemento crise. É crise fiscal, crise jurídica, crise tributária... Essa "crise, crise, crise" instiga isso, para nós nos avaliarmos até que ponto nós podemos pensar numa crise do constitucionalismo, se em algum momento ele não esteve em um patamar máximo de satisfação. Imaginem um exemplo, superficial, mas me cabe oportunizar no pragmatismo: um casal, de repente, declara uma crise no seu casamento, naquilo que está vivendo. Se existe essa crise é porque viveram momentos de auge, momentos de louros. Então, vamos repetir, um exemplo tão simples, igual diz Leonardo da Vinci, que a simplicidade é o último grau da sofisticação, vamos refletir... Por que falarmos de crise do constitucionalismo, brasileiro, latino-americano? Será se vivemos num momento de plena satisfação, numa democracia frágil, que teve a sua abertura e reabertura no ano de 1988, uma Constituição Federal de 88, e que diariamente está nos cobrando para reafirmar o Estado Democrático de Direito, pois nossos direitos e garantias fundamentais, os direitos sociais, os princípios da ordem econômica e financeira, a multiculturalidade que existe entre todos os povos que nos compunham como brasileiros, como latino-americanos... Então, eu, academicamente, não sou favorável a utilização do termo "crise do constitucionalismo", mas eu respeito os

⁶ Doutor em Direito e professor da Universidade de Caxias do Sul UCS

brilhantes professores que trabalham com esse termo, até porque a academia se faz de teses e de antíteses, e cada um se sinta à vontade para extrair suas sínteses.

Professor Doutor Marcos Leite Garcia⁷

No primeiro tópico sobre a crise do constitucionalismo atual, nós podemos dizer que o nosso constitucionalismo atual nasce com o pós-guerra. Esse novo paradigma que eu prefiro, inclusive, a expressão, "neopositivismo", ao contrário de muitos outros teóricos. É uma crise, eu diria, que mais do que a crise do constitucionalismo, é uma crise civilizatória exatamente porque nesse momento, nos últimos anos nós decidimos algumas mudanças na nossa sociedade e essas mudanças colocaram em questão algumas coisas do constitucionalismo do pós-guerra ou do constitucionalismo que é construído desde a ilustração, passando por todas as mudanças no século XVIII e XIX, de questões sociais que foram incluídas no constitucionalismo com a Constituição de Querétaro, no México, em 17, e a Constituição de Weimar, na Alemanha, em 19. E depois também a questão do constitucionalismo democrático do pós-guerra, né? Toda a crise que ocorreu desse estado é social de direito. Então, a partir do estado democrático e social de direito, a partir do constitucionalismo da Itália, o constitucionalismo da Alemanha, 48, 49, também do constitucionalismo francês ou mesmo do constitucionalismo da península ibérica, Portugal, 76, Espanha, 78. E o nosso constitucionalismo de 88. Essa crise é uma crise de civilização, como eu falei, exatamente porque a sociedade se transformou com muitas questões novas. É e também questões de valores, não é? Não se valoriza mais tanto o estado social. O estado social começou a ser vencido por uma nova mentalidade, por uma mentalidade neoliberal, ou seja, nós não podemos falar de democracia sem o estado social ou não podemos falar de democracia sem políticas públicas que vão incluir para todos os membros da sociedade. Eu sempre gosto de lembrar que o processo de generalização dos direitos fundamentais, essa democracia contemporânea, esse Estado Democrático de Direito contemporâneo, esse direito constitucional contemporâneo, ele é inclusivo. Ele é um estado que deve levar em consideração também as questões sociais, saúde, educação e outras questões a partir da década de 70 de 80 são

⁷ Doutor em Direito e professor UNIVALI e universidade de Passo Fundo UPF

acrescentadas, e a Constituição Brasileira é um bom exemplo, é levado em consideração por grandes constitucionalistas internacionais. A questão indígena, a questão ambiental, a questão das minorias e quando eu falo minorias aqui, eu estou falando de minorias sociológicas, não só minorias numéricas. A questão das mulheres, a questão dos indígenas, a questão do consumidor, nós somos todos consumidores, são maioria, mas são grupos que estão em desvantagem com relação ao poder, com relação à força. Ainda que as mulheres sejam, por exemplo, existam na sociedade atual mais mulheres que homens que as mulheres são mais longevas, as mulheres são uma minoria, porque são minorias da força, são um tipo de minoria que deve ser levada em consideração exatamente deve haver políticas afirmativas em favor dessas minorias, porque na sociedade, essa sociedade machista, branca, heterossexual e preconceituosa, essa sociedade dá menos poder a essas chamadas minorias sociológicas. Também a crise é uma crise ambiental, é uma crise social, até pelo advento das novas tecnologias que, de uma forma ou de outra, pasteurizam muito essas questões, também uma crise e levado em consideração valores, mentalidade. Cada vez mais o individualismo, egoísmo vem mais à tona porque as pessoas perderam a capacidade de se sentir em comunidade. Cada vez somos mais alienados. Cada vez o smartphone nos deixa mais alienado, é só a gente chegar no local e observar as pessoas. Antigamente as pessoas conversavam, trocavam ideias. Hoje em dia as pessoas estão mais metidas em sua bolha medida em seus smartphones, nas suas questões nas redes sociais e isso transformou o mundo, fez com que o mundo, que a sociedade atual não leve em consideração as questões mais globais, né? Então, essa crise também é por isso, por um egoísmo cada vez mais exagerado. Assim, com a falta de consciência, nós pioramos a sociedade, e o constitucionalismo está em crise também por essa questão, que é uma questão geral. Cada vez somos mais individualistas e cada vez temos menos, capacidade de compreender o todo. Assim, então há também a perda do espaço público. Se a gente for falar numa sociedade como a brasileira, cada vez temos mais espaço público. A praça pública não é mais um lugar de reunião, inclusive a praça pública é um lugar perigoso, as pessoas não se reúnem mais, cada um está metido na sua bolha, no seu mundo...e sendo manipulado, de uma forma ou de outra. Eu sempre digo que a universidade, ela é muito importante. Por exemplo, a faculdade de direito, ela é muito importante, mas também não deve ser somente uma escola de formação profissional. A

universidade é nosso último espaço público. É na universidade que a gente pensa a sociedade, que a gente deveria pensar na sociedade. No final, nós somos uma pequena elite intelectual que pensamos a sociedade, mas o todo, a grande maioria das pessoas está metido na sua bolha. Está metido nos seus assuntos. E cada vez mais alienado. Então, a solução para tudo isso seria a mentalidade ou uma educação voltada para valores que nós encontramos na Constituição. Eu no meu primeiro dia de aula, na graduação, eu sempre deixo bem claro (sou professor titular de direito constitucional) que eu não vou aceitar preconceito, que ali é um plenário livre, todo mundo pode se manifestar, mas partindo dos princípios da Constituição. Eu não vou aceitar o racismo. Eu não vou aceitar homofobia. Eu não vou aceitar a misoginia. Eu não vou aceitar a xenofobia. Eu não vou aceitar uma série de preconceitos que a nossa Constituição não permite. Então, se a gente tivesse esses parâmetros no viver em sociedade, talvez a sociedade fosse mais justa. Talvez fosse uma sociedade mais igualitária. Também não podemos esquecer de um preconceito que até é um conceito novo, que vem de uma filósofa da universidade de Valência, a professora espanhola Adelia Cortina, ela fala um conceito que ela criou em 2017, a "Aporofobia", então nós somos todos, aporofóbicos. Ou seja, o preconceito contra o pobre. Então, cada vez mais, o preconceito contra o pobre, disse ela que na Espanha não existe xenofobia, que o espanhol é muito receptivo. O que existe na Espanha é o que existe em todos os lados do mundo, que é aporofobia. Se o imigrante é pobre, ele é maltratado. Ele não consegue o visto. Agora, se é um imigrante que vem com a profissão já definida, eles são muito bem recebidos ou mesmo o turista. O turista que salvou, segundo a Adelia Cortina, a Espanha da crise. Então não há xenofobia. O sujeito vem, fica num bom hotel, gasta dinheiro, ele é muito bem recebido, seja ele chinês, seja ele africano, seja ele brasileiro, sul-americano. O problema é quando vem um imigrante pobre que aí esse sim será maltratado. Isso é um retrato da nossa sociedade e por todas as formas de preconceito e por tudo isso e também essa questão de valores cada vez se valoriza mais o ter e não ser. Cada vez estamos vivendo numa sociedade mais consumista e que se preocupa menos com a formação das pessoas. Então as pessoas se formam no consumismo, se formam no que no ter. Então, nas redes sociais, nós podemos observar que são todos felizes, que são todos ricos, são todos bem-sucedidos, e todos são cheios de amigos, quando a gente sabe que na realidade os amigos são poucos. Aqueles que estarão do nosso lado numa dificuldade, serão pouquíssimos.

Então ninguém tem tantos seguidores ou tantos amigos, como crê que tem na vida, nós temos poucos amigos. Então isso tudo repercute no constitucionalismo, porque o constitucionalismo traz princípios, valores e esses valores são cada vez deixados de lado. Então, hoje em dia a gente ter a capacidade de ser preocupar com outro, se preocupar com o que passa fome na esquina, se preocupar com quem está em situação de rua. Não. Nós, pelo consumismo, por essa mentalidade, nós estamos preocupados com o arranhãozinho no carro novo e ficamos muito chateados por uma bobagem, tipo um arranhão num carro. É só um exemplo. Quando um ser humano semelhante a nós, está passando fome na esquina, está passando uma necessidade. É aporofobia, né. Aquela mentalidade ridícula da meritocracia, aquela mentalidade ridícula de que ele está passando ali fome por culpa dele, não é porque ele não se adaptou o Novo Mundo. Então existe toda uma mentalidade e essa mentalidade neoliberal certamente é a culpada. Eu me lembro nos anos 90, quando fui aluno do Professor Gregório Peces Barba, e antes de ser publicado, esse texto, que é um texto 95 que eu passo para meus alunos aqui na UPF, ele já comentava isso em sala de aula, ele dizia, ele fazia a seguinte previsão, que o maior problema do constitucionalismo dos direitos fundamentais no futuro era a teoria negadora do Neoliberalismo. Que o neoliberalismo seria o grande problema do futuro para a efetivação dos direitos fundamentais, constitucionalismo, democracia, direitos fundamentais são questões que vão unidas. Não existe uma sem a outra. Então eu sem nenhum receio de me equivocar, eu digo que o grande problema do constitucionalismo é o neoliberalismo. Porque, sem políticas públicas, sem defesa de direitos sociais, sem defesa das minorias, sem estado laico, não há democracia. Eu sempre falo... Atualmente tenho falado muito em Paulo Freire, que ele diz que na educação, as obviedades devem ser ditas. Então a gente não diz mais as obviedades e essas são obviedades. O estado é laico, a democracia é, sim, uma democracia social, onde todos devem ter igualdade de oportunidade. Onde todos devem ter é as suas necessidades básicas atendidas, seja moradia, saúde, educação, alimentação. É inconcebível que nós tenhamos um constitucionalismo baseado na dignidade da pessoa humana, que a gente tem uma sociedade que não leve em consideração aqueles que passam fome, aqueles que não têm o mínimo, que não têm as suas necessidades humanas básicas. Necessidades humanas mínimas atendidas. Então, se continuarmos nessa loucura do mundo atual, onde cada vez mais somos mais consumistas, cada vez mais as pessoas

são mais preconceituosas, e cada vez mais as pessoas são mais egoístas, evidentemente que a crise do constitucionalismo é um reflexo disso tudo. Nós não podemos viver num mundo ideal da Constituição com uma realidade dessa. É claro que a democracia não existirá. É claro que os direitos fundamentais não serão efetivos. E, claro, é que o constitucionalismo está em crise. Assim, então, nós não poderemos viver dessa forma e não poderemos seguir com esse tipo de Constituição. A crise do constitucionalismo, no meu modo de ver, vai por esse caminho, o caminho da realidade da nossa sociedade atual. É impossível a gente dissociar uma coisa da outra.

A Crise do Estado Democrático de Direito, eu só quero chamar a atenção que o Estado é Democrático e Social de Direito, assim é na Constituição da Alemanha, na Constituição Espanhola de 78 e assim é na Constituição Portuguesa de 78. O nosso legislador constituinte, ele não chegou a um acordo de colocar o estado democrático e social de direito, mas ao mesmo tempo, na prática, o nosso estado é democrático, social, sobretudo se a gente for ver, por exemplo, o artigo terceiro da nossa Constituição, que é o nosso Estado Social de Direito. O Estado Democrático não pode ser separado do Estado Social. Sem o estado social, não existe democracia. Vou dar só um exemplo. A partir do golpe, que aconteceu contra a presidenta Dilma Rousseff, nós podemos dizer que foi o momento, não democrático, foi o momento ideal para acabar com nosso Estado Social. Eu tenho falado isso sempre. A triplete da maldade. Que foi aquela emenda constitucional que limita os gastos sociais, combinada com a reforma trabalhista e combinada com a reforma da previdência. Não é coincidência que isso foi feito a partir do Governo Temer e no governo Bolsonaro, e com essa Parlamento que nós temos. Com essas 3 questões, destrói-se o nosso Estado Social. E, uma vez que se destrói esse Estado Social, nós não teremos democracia. O futuro do jovem está totalmente colocado na lata de lixo, a partir dessas 3 modificações. Essas 3 questões devem ser revogadas sem nenhum problema, numa democracia, num Estado Democrático de Direito, que os brasileiros escolheram, sim, deve ser revogado. A reforma trabalhista, porque precariza o trabalho. A reforma da previdência, que tira a previdência social da Constituição e é um Direito Fundamental. Também a questão dos gastos. Então, olha a maldade, né? Por isso que eu digo que é a triplete da maldade. O jovem não vai ter tempo para se aposentar, vai ter previdência privada, a exemplo do que aconteceu no neoliberalismo no

Chile. Olha a crise que existe no Chile. E, pior ainda, o Estado está amarrado, os futuros governos estarão amarrados para ajudar essas pessoas que estão em dificuldade, com o limite do teto dos gastos em questões sociais. Então realmente isso é uma prova cabal de que não há democracia. Não podemos viver em Democracia sem Estado Social. O Estado Democrático anda junto com o Estado Social de Direito.

Minha formação foi na Universidade de Santa Catarina, me formei em julho de 1988 e logo em seguida, por uma questão familiar, tive a oportunidade de estudar na Espanha. Na Espanha eu tive uma grande sorte na vida, que transformou a minha vida, e por isso eu me decidi ser professor, ficar sempre na academia, foi a questão que eu acabei entrando como aluno e hoje eu me considero um humilde discípulo do que a gente pode chamar de Escola de Direitos Humanos ou Escola de Direitos Fundamentais do Gregório Peces Barbas. Então, eu fui aluno do Gregório Peces Barba, fui aluno do Nicolás López Calera, do Antonio Pérez Luño, Rafael Assis Roik, Ruiz Esquimedis (que foi o primeiro defensor del pueblo da democracia), também tive a oportunidade de conhecer Elias Dias, e muitos outros grandes professores da época que eu estudei na Universidade Complutense de Madrid. E essa Escola de Direitos Fundamentais de Gregório Peces Barbas tem essa visão que eu diria que é uma visão integral do conceito de Direitos Fundamentais. Nós não podemos jamais dissociar as liberdades dos direitos de igualdade. Eu até aqui cito um professor que conheci depois, bastante mais jovem do que eu, que é o professor Gerardo Pizarelo, que vem falar nesse mesmo sentido, na sua obra. Que a gente não pode dissociar os Direitos de Liberdade dos Direitos de Igualdade, e completar com os Direitos de Solidariedade. Será o professor Antonio Pérez Luño que vai falar dessas três grandes categorias de direitos do que alguns chamam de gerações. Mas é importante a gente jamais dissociar os direitos fundamentais, eles são complementares, você não pode falar de um direito de liberdade sem um direito de igualdade. Sem educação você não consegue exercer o seu direito de escolha, a sua livre escolha. Sem a educação você não consegue ler, se informar. Da mesma forma, sem saúde, educação, direitos básicos você não tem condições de exercer as suas liberdades. Marx já fazia essa crítica lá na questão judaica. E da mesma forma que sem um ambiente saudável, hoje em dia falamos da questão climática, sem um meio ambiente saudável nós não podemos sobreviver. Da mesma forma que sem a paz, imaginem agora uma bomba

nuclear... Então são todas questões que se complementam. Então uma das questões que eu destaco nessa escola do professor Gregório Peces Barbas é exatamente essa questão de como os direitos se complementam. E nós não podemos jamais pensar que só um grupo de direitos são direitos fundamentais como querem esses que são negadores de direitos, a partir do neoliberalismo, tudo pela minha liberdade, liberdade ilimitada, e evidentemente que não é assim. Eu destacaria da minha formação essa Escola que eu entrei, que foi na Universidade Complutense de Madri, no Instituto de Direitos Humanos, que hoje seria o Instituto de Direitos Humanos do Gregório Peces Barbas, que mudou para a Universidade Carlos III, do Sul de Madri.

Professor Doutor Miguel Revenga Sanchez⁸

Uma pergunta relativa a crise do constitucionalismo, eu creio que podemos reformular como uma crise da própria ideia de democracia. Eu creio que democracia é uma conquista relativamente recente na história, existem modelos alternativos e modelos de liberais que se disputam com a hegemonia política e a hegemonia cultural. Essas são as práticas da lei democráticas que provêm de eventos da própria democracia constitucional e nesse sentido é possível apontar o populismo. É um movimento político e uma forma de ação política que chama as emoções e os relacionamentos e de fora os ataques a democracia liberal pois provem de forma de organizações políticas, de caráter autoritário, de caráter liberal também que defendem sua própria visão do mundo e seus interesses, e concretamente pensando na Rússia compreendida uma aventura imperialista no território europeu que oportunamente nos leva a um retrocesso nas formas de conflito que criamos e superamos. E se pensar também no que postula o modelo popular de crescimento econômico e que fez compromisso com os Direitos Humanos, ainda que um componente que diria de cultura universal ou pelo menos universalizado que não sirva para criticar a democracia, também um pressuposto para promover condições de vida digna para todos e como digo, pois é um ideal que lamentavelmente podemos considerar universal por conta de competidores e setores que nos situam entre cenários que resultam complicados para a própria sobrevivência, na própria fortaleza democrática. Em todo caso, para

⁸ Doutor em Direito e professor da Univerdidade de CADIZ - Espanha

resumir e deixar claro minha posição eu creio que todos os sistemas políticos que ainda existem e todas as formas de organização historicamente, me parece que a democracia constitucional não absolutiza nenhuma ideia, que se abre a crítica de intercâmbio no mundo, em nível de compromisso com um núcleo básico de direitos humanos vinculados com a dignidade da pessoa e que neste sentido poder universalizar-se, é o que me parece as únicas formas, únicas maneiras de enfrentar os problemas da espécie humana, como tal, globalmente como humanas.

Professor, eu tenho uma pergunta, se o senhor pode falar um pouco sobre o estado democrático de direito, sob a perspectiva europeia e latina americana, creio que você já falou sobre isto. Bom, eu resumo que o estado de direito cultural que vai se refinando cada vez mais exigentes da academia e das políticas. E logo eu gostaria de apontar e relacionar o contraste da União Europeia e da América Latina, em primeiro a União Europeia pois desde os anos 50 e passado o ciclo assistimos um professor internacional que não tem modelo, e este professor internacional que assim chamamos na União Europeia principalmente retornará em torno do compromisso com o partido e determinados valores e basicamente os valores em relação ao estado de direito. Então isso permite, e me parece que é permitido transformar digamos assim, que os mesmos contextos articulados ao direito constitucional, a soberania e a ideia de poder fechado e estamos assistindo uma nova forma de distribuição do poder político e uma nova lógica de discussão, de debate que me parece que todos os problemas, todas as dificuldades que sempre a enfrentado, ter uma única expectativa que nos permite, como eu dizia antes, enfrentar os problemas globais sempre a dito grande que para enfrentar os problemas pequenos, onde visa buscar novos espaços e de forma inevitável melhorar o racionalismo e o federalismo sobretudo para apontar os problemas de integração global que me parece um instrumento eficiente. América Latina, creio que a sua pena pelos impulsos integradores que quero apreciar as independências que iam poder articular de maneira eficiente, como para permitir algo que ocorreu no espaço europeu, no espaço da união europeia, que é eliminar horizontes de possíveis enfrentamentos elícos, avançar em uma integração supranacional que assegura e nivela fluxos para todos que consolidam o apoio a democracia. Neste sentido, vejo com preocupação os indicadores da saúde democrática da américa latina que acendeu e apoiou esta forma de avaliação crescente, porque não se atenua nos níveis de desigualdade econômica, que não se

enfrenta as necessidades mais básicas das pessoas e que nos atendem de formas reais no sentido de alimentação, educação e sanitárias, seriam as necessidades básicas e crescem com um descontentamento e que esta perguntaria apoiaria um sistema não democrático que assegura maiores dimensões de bem estar, que foi brilhando os requisitos democráticos que se firmam de forma mais afirmativa. Obviamente isto é uma falácia que historicamente criou que a democracia é a única forma que melhor permite as necessidades que se discutem e que se tentem encontrar a forma de satisfazê-la, claro que a democracia são sistemas inimigos de oligopólios, inimigos de conservar privilégios, é um sistema que deveria plantar de maneira absoluta a corrupção é inevitavelmente é nossa conhecida na américa latina e é conhecida também na Europa e que os adeptos da democracia estão afortunadamente decrescendo, diminuindo. Então, se somos capazes de suscitar um novo consenso sobre as ideias básicas e os fundamentos democráticos, se somos capazes de utilizar os fundamentos para criticar os desvios das constituições e plantar cada fenômeno de corrupção, de crime organizado, e vai parecer que a democracia vai ter expectativas sobre estes fluxos. E na américa latina, que é verdade que os esquemas de fluxos regionais, pela comunidade Andina e Mercosul, está produzindo algum fruto interessante e não podemos duvidar que temos um fenômeno novo de impacto que a jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e das doutrinas de controle de constitucionalidade são fatores duvidosos que os fluxos, estamos todos assistindo com muita expectativa pois creio que são fatores de esperança e um panorama que alguns queiram ver como esperançoso.

Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão⁹

A crise do constitucionalismo, que é a questão de fundo mais importante para debater aqui, eu tenho identificado nas minhas atividades como professor e pesquisador da Universidade Federal do Maranhão, quer como membro do Ministério Público no controle de constitucionalidade, que é o centro que estou ligado atualmente. E o que vejo desta ideia de crise de constitucionalidade ou crise do constitucionalismo (que eu acho que é mais do que uma crise do constitucionalismo), que é uma percepção ou talvez uma ausência da percepção do que seja

⁹ Doutor em Direito e professor da Universidade Federal do Maranhão

a Constituição. Ter separado o tema “Constituição” em dois grandes momentos: a Constituição propriamente dita, aquela carta política, escrita que organiza, que confere direitos, que garante direitos fundamentais, como ponto primordial das novas concessões e organiza o estado para a realização dos direitos fundamentais, ao contrário das Constituições mais antigas que previam primeiro a Constituição do Estado e, porque havia um estado constituído, conferiam direitos fundamentais, aqueles que o estado hoje entendesse quais seriam. Hoje nós verificamos que a Constituição deve ser a carta dos direitos fundamentais e o estado se organiza, então eu tenho a Constituição escrita como primeiro momento que alguns, olhando só pra ela, dizem que a Constituição é uma folha de papel que está escrita, etc, etc, mas a Constituição não é só isso. A Constituição tem um segundo momento que decorre daquilo que tenho chamado de falta de constitucionalismo ou Constituição em movimento, que é a interpretação da Constituição, a intenção do cumprimento da Constituição, e a construção interpretativa da Constituição.

A crise, para mim, se dá exatamente nesse segundo momento, que é o momento da interpretação, da Constituição em movimento como todo, na intenção de cumprir a Constituição. Para que se possa superar a crise, não tem uma receita pra isso mas tenho uma ideia de pelo menos um dos pontos principais é compreender a Constituição - que é uma carta política sim - e que essa carta política tem uma intenção e tem compromissos, e os compromissos da Constituição em movimento começa na leitura do preambulo da CF.

Quando se fala na construção de um Estado Democrático de Direito, todo o mecanismo, todo funcionamento, toda interpretação, todo andamento da Constituição, tem que ser no sentido do Estado Democrático de Direito. Essa ideia de que nós não temos um conceito firme de Estado Democrático de Direito, cada um tem o seu, e é uma concepção absolutamente fora do contexto, porque tanto eu sei qual é o Estado Democrático de Direito a partir da leitura da Constituição que é o que o legislador me indicou o caminho, então eu chego nele pelo caminho, o caminho tem que ser sempre no marco do Estado Democrático de Direito.

Essa dialética entre Estado Democrático de Direito e a Constituição é a forma, na minha concepção, de superar isso que a gente tem tratado como crise do constitucionalismo. Eu tenho trabalhado, nos meus mais recentes trabalhos, sempre com um olhar no marco das Constituições

Europeias, nos autores europeus, com estudos no Direito Americano que são fundamentais. Não há nenhum problema com relação a isso. Só que eu preciso saber que o Estado Democrático de Direito, por todas as circunstâncias do Estado, não é igual àquele. Então, o que me parece que ainda há um déficit, não dos estudiosos que estão ligados a esta universidade, por exemplo, que tem estudado aqui, ou uma outra universidade ali, mas como contexto global. Nós ainda no Brasil, estamos de costas para o Constitucionalismo Latino-Americano. As pessoas têm a mania de excluir as coisas. Mas ou você é eurocêntrico ou você é latino americano. Ou você é Americano, ou você é Europeu. Ou você lê fulano, ou você lê outro fulano. Não. Nós temos que ler toda a realidade teórica, toda a realidade do próprio Estado que nós vivenciamos, mas tem que ler todo mundo. E o que eu tenho observado e chamado a atenção é o quanto nós podemos aprender com o Constitucionalismo Latino-Americano, sem abandonar, evidente, os marcos que a gente tem de outros lugares, porque também fomos beber naquela fonte ao construir. E temos que perceber por que aquela conceituação está aqui na nossa Constituição, vinda de tal fonte. Mas, por exemplo, quando nós olhamos para a Constituição ou lemos a Constituição do Equador, a Constituição da Bolívia, por exemplo, que respeita profundamente os povos originários, que dá dignidade Constitucional dos povos originários, que leva em consideração os povos originários dentro do Estado a ponto de reconhecer como língua oficial todas as línguas dos povos originários, a gente vê quanta diferença tem para nós, que tratamos dos indígenas como uma generalização absoluta. Tudo é meramente indígena. Os povos originários não estão separados nas suas dignidades. É indígena. Como se nós fôssemos, aqui, os protetores dos indígenas. Não deixamos acontecer nada, garantimos. Olha, a nossa língua é portuguesa, mas a gente garante pra vocês que vocês podem, entre vocês, conversar sobre isso, que é completamente diferente da percepção. Com isso, a partir do momento em que eu passo a pensar a pluralidade, fundado no respeito e na compreensão da diferença, eu posso tratar de igualdade. A igualdade jamais poderá ser construída a partir de um conceito de igualdade. Se eu não partir de um lugar que compreenda a diferença, eu jamais chegaria a um bom ponto de igualdade. A não ser num conceito eminentemente formal, que é o que acontece entre nós, que temos uma declaração de igualdade e vivemos num país racista, xenófobo, sexista e, enfim, machista. E não respeitamos diferença nenhuma, a não ser num discurso de igualdade absolutamente atrapalhado e não

respeitado. Quando nós olhamos, por exemplo, a Constituição do Equador, e da Bolívia também, mas especialmente do Equador, que lá no preâmbulo já enuncia que o “nós”, construtor da Ordem Constitucional Equatoriana, exalta a Pachamama, exalta a natureza. E mais, quando prevê a proteção ambiental, essa Constituição eleva a Pachamama e reconhece a Pachamama como sujeito de Direito. Isto é completamente diferente quando você se percebe dentro da natureza, do que aquela ideia, que nós trabalhamos e que alguns até dizem isso como se fosse uma grande vantagem, de que nós interferimos no meio ambiente. Sujamos, mas também limpamos, limpamos, mas também sujamos e etc, etc. Porque isto é uma visão antropocêntrica, absolutamente fora da natureza. Nós interferimos na natureza, e agora recentemente, uma concepção de que não há nada fora. Então não joga nada fora. As repercussões então todas na natureza. Estão dentro da natureza da terra, e nós vamos ter que resolver. É preciso reconhecer que nós somos parte da natureza. Um outro ponto que me parece bem importante é perceber que a modificação do olhar da Colômbia, do Equador, da Bolívia, que reconhecem a água como um direito fundamental, dá uma completa noção da preservação da água. Diferentemente da nossa Constituição que tem a declaração da propriedade da água para o Estado, mas todo relacionamento da água é de consumo. Essa é a nossa concepção. E por isso perdemos rios para garimpo clandestino, por exemplo. Estamos perdendo de goleada. Por isso perdemos as matas nativas, as matas ciliares, como se elas fossem em si, como se elas não fossem a proteção da água, que é direito fundamental de todos nós. Essas leituras são fundamentais. Eu não gostaria de que houvesse a percepção de que eu estou propondo uma alteração na Carta Política do Brasil porque, além de eu achar que de que não é necessário porque nós temos uma boa carta, também não é um grande momento para discutirmos isso agora. Me parece que o retrocesso seria inevitável, neste momento. A leitura da Constituição em movimento com essas percepções, muda completamente a noção desses tópicos que eu tento enunciar aqui, que é a da construção da igualdade a partir da percepção da diferença, e aí sim, eu posso ter um conceito de igualdade operacional, agora aqui na construção do Brasil. Assim como eu posso usar todo aquele potencial legislativo constitucional do meio ambiente nosso, que é muito bom. O que nós não temos é a compreensão da operação desta peça, desta construção. O que nós não temos é a Constituição em movimento protetiva do meio ambiente, como podemos fazer a partir de uma nova

percepção aprendida no Constitucionalismo Latino-Americano, por exemplo. Mas não devemos abandonar os nossos estudos lá. Agora, também é preciso perceber o seguinte: uma das coisas que eu mais odeio não gosto, efetivamente, é quando nós fizemos discursos desencantados, do tipo, “a nossa Constituição já não serve para mais nada”, “o Estado Democrático de Direito do Brasil não serve para mais nada”. O modelo da modernidade já está esgotado, mas lá houve a construção de uma série de institutos que são absolutamente estratégicos para nós. Não é o mesmo, mas eu não posso construir aleatoriamente, a não ser partindo de uma base que estava lá. Então, a modernidade é um lugar de estudo, é um lugar de percepção. Eu não quero perder por conceitos modernos, o princípio da reserva legal que estava lá no início da própria modernidade. Então é preciso repensar isso e não fazer esses deslocamentos. Eu preciso de uma nova Constituição, eu preciso de uma nova ordem global? Porque, vejam bem, aquilo que está se dizendo para uma nova ordem global se diz por uma necessidade econômica global, puxado pelo capitalismo, quando é completamente diferente o respeito à diferença que pode construir uma concessão como a da Bolívia, por exemplo, que está fundada num outro lugar, que é o da fraternidade, por exemplo. Então é possível pensar, quem sabe, lá para frente, mas ainda é estratégico nós estabelecermos o Constitucionalismo Brasileiro dentro de um Estado Democrático de Direito que ainda tem um débito social enorme a ser cumprido e que eu não buscaria isso numa ordem global, economicamente catapultada pelo capitalismo, por exemplo. Então é preciso pensarmos nisso. De outro lado, para finalizar, acho que um dos problemas maiores da crise do constitucionalismo é: qual o marco, quais os conceitos operacionais que nos serve? Eu tenho feito isso e as pessoas que tem mania de fazer a separação entre um e outro fazem no sentido, às vezes, no nível da preferência. Então nós lemos, por exemplo Dworkin, absolutamente perdidos, porque todos, todos os livros do Dworkin na introdução, bastaria ler só a introdução para perceber que o Dworkin diz: “escrevo para o sistema anglo-americano.” O princípio de Dworkin não é adequado para trabalhar direitos fundamentais na Ordem Constitucional do Brasil, que têm uma legislação absolutamente diferente. A construção é exatamente outra. Eu diria que Alexy é muito mais adequado. Mas é preciso não deixar de lado Dworkin, que é fundamental para uma série de outras situações. Agora, é saber o que fazer com o que eu leio. O problema não é a quantidade de leitura porque nós sabemos que estamos lendo

cada vez mais, porque temos meios para ler cada vez mais. Hoje, o grande desafio da ciência é selecionar, para estrategicamente utilizar aquilo que lê. E, com isso, de novo eu volto a este jogo da Latino-América com Europa e Estados Unidos. Penso que há uma crise, mas há caminhos para superação da crise e ela depende, evidentemente, da nossa própria vontade. Nós somos responsáveis. Nós somos devedores, eu até acho, de um conceito de Constitucionalismo construído num outro paradigma, num outro patamar e com um outro olhar.

Professora Doutora Vicenta Tasa¹⁰

Como estaba hablando en la intervención previa, evidentemente hay ciertos poderes, como decía Luigi Ferrajoli “poderes salvajes”, que están interviniendo en la crisis de los regímenes democráticos y de los sistemas constitucionales.

Neste mi punto de vista, como usted está documentando, la inteligencia artificial, la uniformización digital, tienen una repercusión y efectos muy importantes en los derechos políticos y sociales de las personas.

Los modelos son de inteligencia artificial, de prácticamente cuatro de los modelos de inteligencia artificial más importantes que tenemos en este momento, tres de los cuales, Estados Unidos, China e Israel, son poco cuidadosos con los derechos constitucionales de las personas. Mientras que el cuarto, que sería el modelo Europa, es el que tendría más en cuenta los derechos fundamentales de las personas o derechos constitucionales, como por ejemplo el derecho a la intimidad.

Estamos viviendo momentos en que la inteligencia artificial está teniendo mucho poder, teniendo mucha información, a través del Big Data, y esto puede afectar el derecho a la privacidad de las personas, ya que todos nuestros datos - desde salud, consumo, patrón de consumo, comportamiento, ocio, incluso aquello quién votamos - está a disposición de las empresas que asumen el control y el poder de estos datos, sin frenos, como decía los poderes salvajes, de nuestros gobiernos que, muchas veces, están a merced de estas grandes empresas digitales y

¹⁰ Doutora em Direito e professora da Universidade de Valencia - Espanha

esto efectivamente refuerza que tenemos que defender de alguna manera los derechos que tenemos y que ahora mismo peligran.

Aquí, las constituciones latinoamericanas - porque si hablamos del constitucionalismo en Europa, las constituciones viejas que se copian en muchos estados latinoamericanos - yo creo que en este momento las constituciones latinoamericanas están avanzando en la constitucionalización de derechos a las constituciones europeas.

Recientemente, tenemos la Constitución chilena, pero que ya apuntaba era muy valiente en constitucionalizar derechos que hasta ahora no habían sido tenidos en cuenta, como el derecho a la tierra, el derecho a la felicidad, o el derecho al cuidado, que son derechos que, con la ventaja, esperamos, de forma optimista, que siga en el resto de las constituciones. Aparte de esta, está la Constitución de México, como a comentado también, que en este momento esta debatiendo la constitucionalización del derecho al cuidado, y otras constituciones latinoamericanas que yo creo, que con sus luces y sombras, debemos aprender más sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, y ver cómo lo están introduciendo estos nuevos derechos y en nuevas revisiones constitucionales o reformas constitucionales, o proyectos constituyentes en Europa deberíamos ver cómo se están introduciendo y cómo podemos nosotros copiar e introducir estos nuevos derechos.

Professor Doutor Roberto Viciano Pastor¹¹

A crise do constitucionalismo e a crise do Estado de Direito são, digamos, são duas faces da mesma moeda, de uma mesma realidade. Nos dois casos o que se produz é uma perda de garantias e uma falta de limitação do poder. A crise do Estado de Direito é um conceito que tem mais a ver com a filosofia, a teoria política. A crise do Constitucionalismo tem a ver com a crise de um texto jurídico concreto, que serve para limitar o poder e que serve para defender os direitos e liberdades dos cidadãos frente às autoridades. Como digo, estão relacionados, quando estou falando de Estado de Direito, estamos falando da ideia de sujeição do poder a lei e a

¹¹ Doutor em Direito e professor da Universidade de Valencia - Espanha

Constituição, estamos falando da ideia de proteção dos direitos fundamentais, estamos falando da ideia de respeito às instituições e, bem, todas essas ideias também podem ser identificadas com a crise da constituição. Quando falamos de crise de Constituição é porque não estão respeitando adequadamente as instituições, não se respeita as regras constitucionais por quem detém o poder, não existem efetivas garantias de direitos, porque efetivamente não está funcionando a sujeição do poder público ou dos poderes privados frente à constituição. Porque se produziu essa crise nesses momentos, quando parecia que vivíamos uma época de esplendor, de consolidação do constitucionalismo, do estado de direito, porque de repente se voltou um pouco atrás? Eu creio que tem muito a ver com o tema de que, eu diferenciaria o caso latino americano e o caso europeu. O caso europeu tem a ver com o projeto de estado social, estado social e democrático de direito que funcionou dos anos 40, depois da segunda guerra mundial, até os anos 90. De repente se viu desmoronando ou debilitando e em 2/3 dos cidadãos foi visto que esse desmoronamento foi produzido sem que se tenha mudado a Constituição. Portanto, sou levado a pensar que a Constituição não é um instrumento efetivo, porque não garante o Estado Social, que é o que diz a Constituição que deve existir. Há uma situação de crise e, portanto, existe uma situação de que os cidadãos que se identificam muito com a Constituição, porque a Constituição que garante o Estado Social, de repente, já não se identifica tanto ou desconfiam da Constituição porque não lhes garantiu o Estado Social. A situação Latino-americana eu creio que a situação é diferente, porque na América-latina não foi havido uma construção de Estado Democrático e Social no sentido real. Existem constituições que falam de Estado Democrático e Social, porém não funciona realmente o Estado Democrático e Social. Logicamente, nesse caso, a decepção ou a crise de conceito vem também unida ao fato de que os cidadãos vêm que algumas constituições algumas ideias que falam de estado de direito, vem que realmente isso não funciona na realidade. Que o poder policial não garante seus direitos adequadamente, que os poderes públicos abusam do poder, que não respeitam os textos constitucionais, que não respeitam as leis, e que em definitivo o Estado Social Democrático de Direito não se foi construído. Também de outra maneira diferente se chega ao mesmo ponto, que é a desconfiança do cidadão a respeito da Constituição e da ideia de Estado de Direito, e por isso se produz tanto na Europa quanto na América Latina, movimentos populistas de

esquerda e de direita que tentam de alguma maneira conectarem-se com esse sentimento de frustração e dizer que tudo isso não tem sentido, não é importante, que seguir a Constituição não está sendo bom, que é um elemento não tão forte, se debilita toda a institucionalidade, cada vez se pretende dar um passo a mais para comprovar se o *Status Quo* reage ou tem capacidade de reação na defesa da Constituição, e por isso vemos governos que cada vez deterioram mais o funcionamento institucional, pois parece uma espécie de prova permanente, uma manobra agressiva contra o funcionamento do Estado Constitucional, e quando se comprova que não há uma reação cidadã em defesa da constituição, nem tão pouco institucional, porque não funcionam os controles institucionais, esses grupos que questionam ao fundo a ideia de Constituição, a ideia de Estado de Direito, se sentem mais fortes e voltam a dar outra volta retórica, voltam a apertar um pouco mais a situação, na sua vontade de destruir a ideia de constitucionalismo e de Estado de Direito. Por isso, me parece que é muito importante reconstruir a Teoria Constitucional, voltar ao caso Europeu, voltar a recuperar a normatividade das Constituições, recuperar o programa de Estado Social, para que os cidadãos voltem a identificar-se com a Constituição, que sim, garante seus direitos e que sim, garante o funcionamento Democrático do Estado e creio que o caso Latino Americano deve produzir uma situação na qual possa efetivamente se conseguir novamente, exemplo da pressão popular, porque os grupos Oligárquicos não tem muito interesse em que se consolide Estado Democrático e o Constitucionalismo e consequentemente o Estado de Direito. Porém os cidadãos terão que assumir que a solução não é desprestigiar a Constituição, mas tão somente revalorizá-la e pressionar para que essa Constituição se converta também no espaço Latino Americano em uma norma de efetivo cumprimento e que de verdade sirva de garantia. Creio que frente a uma tendência de despolitização aparente da sociedade, que na verdade é uma politização contra o constitucionalismo e a democracia, mas frente a essa ideia é importante demonstrar aos cidadãos que essa debilitação do constitucionalismo, essa debilitação do Estado Social, somos nós mesmos que iremos pagar. Nós vamos sofrer as consequências porque em um momento em que se produz debilitação não sofrem, porém quando os que não respeitam a constituição, os que não respeitam o Estado Democrático de Direito se sente fortes, evidentemente o peso das consequências repressivas, o preço das consequências do mau funcionamento institucional, e as

consequências das próprias liberdades individuais, irá produzir evidentemente sobre os cidadãos mais pobres, que são a parte mais debilitada do sistema político. Creio que haja necessidade de reforçar essa reflexão dos cidadãos para que se deem conta de que em realidade estão sendo instrumentalizados por grupos que pretendem não uma agenda em seus interesses, de interesses da cidadania, mas sim uma agenda com interesses de fortalecer seu poder e, portanto, deteriorar as garantias dos cidadãos.

ARTIGOS

SOCIEDADE DE RISCO E A SEGURANÇA JURÍDICA

Ari Rheinheimer Filho¹

Leonardo José Diehl²

INTRODUÇÃO

A sociedade evoluiu. Esta seria uma certeza livre de críticas? Aparentemente, o racionalismo vem perdendo sua hegemonia (não sua importância) como forma de estabelecer respostas duradouras para a sociedade, o direito e a política. A constatação da sua falibilidade revela um mundo de incertezas que, por diversos fatores, leva ao que François Ost chamou de Sociedade de Risco.

A proposta do presente trabalho é uma resposta à provocativa leitura da obra do Autor francês, professor da Universidade Saint Louis, de Bruxelas.

Ao tratar da efemeridade das respostas da ciência, da relativização das certezas, da Sociedade de Risco, e das promessas da democracia para fazer frente a tais problemas, o Autor desperta o interesse do tema por sua atualidade, pertinência e pragmaticidade.

Avaliar tais conceitos e analisá-los frente à situação atual do direito e da política no Brasil, torna-se imperativo. Não com a vã pretensão de apresentar soluções, mas de lançar luzes aos problemas muito bem descritos por Ost.

Com esta proposta, lança-se o seguinte problema: num mundo de incertezas da Sociedade de Risco (política, científica e social), como é possível o direito decidir com segurança?

¹ Bel. Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo, Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo/RS, Brasil, Analista do Poder Judiciário TJ/RS, rheinheimerari@hotmail.com.

² Bel. Ciências Sociais e Jurídicas, e Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade de Passo Fundo, Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Carazinho/RS, Brasil, Advogado, leonardo@dwadvogados.com.

A democracia está em crise. Os meios de participação do povo nas políticas públicas e no conteúdo legislativo não atingem o objetivo a que se propõe.

Resultado disso, são leis e políticas públicas equivocadas, às vezes omissas, às vezes autoritárias, que não se prestam ao objetivo de fazer efetivar as garantias que a Constituição estabeleceu como prioritárias. O povo, cada vez fica mais relegado às intempéries da volatilidade e inconstância dos sistemas de representação popular.

O controle concentrado de constitucionalidade resulta da atividade do Poder Judiciário, cuja legitimidade é colocada em xeque, pelo fato de seus cargos não serem representativos através do voto popular.

No entanto, na prática, se mostram cada vez mais “ativistas”, sob a justificativa de atingir o objetivo de efetividade das garantias constitucionais, apesar de sua aparente “falta de legitimidade”.

A participação democrática, pelo simples critério da representatividade da maioria, não se mostra efetiva na realização dos objetivos constitucionais. O Poder Judiciário, ainda que não possua o escudo do processo eleitoral, tem se mostrado mais eficiente em algumas questões mais delicadas da promoção dos direitos constitucionais.

No conflito entre representatividade democrática e efetividade dos direitos constitucionais, defender a prevalência do segundo, parece hipótese a ser confirmada.

Assim, o presente trabalho justifica-se pela relevante discussão acerca da atual situação de risco que a sociedade se coloca em razão da relativização das certezas decorrentes da perda de referência das conclusões científicas duradouras, e seus efeitos no direito e na política, cujos objetivos específicos são investigar a incerteza decorrente da relativização do racionalismo; da sobressalência atual da sociedade de risco e analisar as soluções que se apresentam, na atualidade, para seu enfrentamento.

Para isso, será realizada pesquisa doutrinária acerca do tema do trabalho. Com base nos levantamentos, se abordará os critérios democráticos frente às incertezas.

1. A CERTEZA DA INCERTEZA: A POLÍTICA DA INDETERMINAÇÃO

O mundo vive um momento de ruptura. Velhos conceitos começam a ser questionados, como na Grécia os filósofos questionaram a cosmologia, como na Idade Moderna, a sociedade ocidental questionou o absolutismo e depois o liberalismo. Na atualidade, após muitos avanços em relação à democracia e o constitucionalismo, a sociedade em geral põe em xeque a própria democracia, e suas instituições tradicionais.

A globalização relativizou distâncias, o casamento deixou de ser uma instituição duradoura, a liberdade de gênero substituiu a antiga dicotomia entre homem e mulher, a família passou a ter arranjos mais variados, a comunicação deixou de ser monopólio das grandes mídias, a verdade se tornou mais relativa, a ciência encontrou diversas vertentes deixando de apresentar respostas únicas, a era da racionalidade, enfim, abriu espaço para a incerteza.

É do interior que vem o ataque, como se, tornando-se reflexivo, o projeto científico aprendesse a duvidar de si mesmo. Estudando a “lógica da descoberta científica”, Popper demonstra que uma teoria nunca pode ser provada positivamente, nem definitivamente: do nosso recenseamento dos milhares de cisnes brancos, como poderíamos sustentar com certeza, que não existisse pelo menos um deles que fosse negro? Certamente, a validade das leis científicas é somente provisória: estas leis e teorias valerão enquanto não tiverem sido falseadas por uma experiência oposta, que vem ilustrar uma teoria rival. “O ideal de um pensamento absolutamente certo e demonstrável revelou-se ser um ídolo, explica Popper: qualquer enunciado científico continua sendo, necessariamente e para sempre, dado a título de tentativa” (OST, 2005, p. 309-310).

A percepção que ora se sustenta não é nova, e já foi percebida e suscitada por diversos cientistas importantes.

Einstein põe em dúvida o caráter absoluto do tempo e do espaço do universo desenhado por Newton; Heisenberg demonstra que o observador e suas técnicas perturbam o objeto observado; Prigogine constata o “fim das certezas” e engaja a física no estudo das estruturas dissipativas de sua ordem criadora (OST, 2005, p. 310).

A ciência, como ferramenta da racionalidade, chegou a ter a pretensão de revelar certezas. Negar o empirismo, na forma que John Locke (BITTAR; ALMEIDA, 2016) já criticava e, com o uso das faculdades da razão, a ciência seria capaz de revelar as regras da natureza, de forma certa e duradoura. Quiçá, a ciência seria capaz de revelar o futuro a partir da observação das regras da natureza.

Porém, atualmente, a única verdade que ainda se sustenta, é que ela mesma, a própria verdade, se tornou relativa. O destino voltou a ser obra do acaso, num cenário de caos.

O tempo das ciências clássicas era imutável por definição, já que leis universais e eternas da natureza podiam ser apreendidas. A ciência contemporânea desmente esta certeza e faz ver, pelo contrário, a historicidade da matéria: a segunda lei da termodinâmica revela a imagem de um universo em expansão, ameaçado pela entropia crescente, ao mesmo tempo que, por reação neguentrópica, se reforça a “pirâmide da complexidade” que, das partículas elementares, conduz aos organismos vivos. Resumindo, o universo tem uma história e o tempo uma flecha: ele é irreversível como nosso saber e é vulnerável como nossos destinos (OST, 2005, p. 311).

Neste contexto, a legislação e o direito, tem a necessidade de evoluir, adaptar-se ao acelerado movimento da sociedade.

Sem dúvida, o mundo é mais complexo que no século 19, e não mais conceberíamos que o legislador se embalasse com o sonho da perenidade das leis. Adaptar o texto às circunstâncias cambiantes, submetê-lo regularmente à avaliação, enriquecê-lo com precisões jurisprudenciais e doutrinárias, todas estas formas de “questionamento” são perfeitamente legítimas. Não estamos seguros, contudo, de que a mutabilidade contemporânea da lei derive sempre desse cuidado de harmonizar as promessas (OST, 2005, p. 301).

É insofismável a constante necessidade de evolução do direito. No entanto, neste contexto de verdades relativas, todas as mudanças que a legislação sofre encontram respaldo das suas verdadeiras finalidades? Pertinente o questionamento suscitado por François Ost (2005, p. 302), “em casos demasiadamente numerosos, ela é, antes, explicada pela ação desinstituinte dos interesses particulares e a dificuldade de decidir nos regimes assediados pelas forças centrífugas dos lobbies”.

Ao apreciar o tema, Ost suscita o exemplo da legislação belga que proibiu a propaganda vinculada ao tabaco, medida tomada pelo legislativo, com vistas à saúde pública. Na situação, a região de Valão, na Bélgica, que recebia uma das etapas do Campeonato Mundial de Fórmula I, recebeu um “ultimato”, no sentido de que tal região seria excluída das etapas do referido campeonato. O motivo era óbvio: entre as mais importantes patrocinadoras do evento, estavam as grandes companhias do tabaco. A exclusão, levaria a região a um grande prejuízo, pois a realização do evento gerava grande movimento da economia local.

No exemplo citado por Ost (2005, p. 304), a Bélgica enfrentou intensa discussão, no judiciário, no legislativo, chegando inclusive à mobilização de uma “rebelião aberta”. Ironicamente, a imprensa da época pontuou: “o direito se desfaz como fumaça”.

O caso traz importante tema a ser considerado: os lobbies das grandes corporações econômicas, e os reais motivos e fundamentos das legislações aprovadas.

O que resta deste imbróglio jurídico, cujo exemplo não é isolado, é singularmente revelador do que motiva às vezes a aceleração da produção jurídica: a incapacidade de se ater a uma decisão tomada, quando desencadeiam as forças centrífugas de interesses setoriais (OST, 2005, p. 304).

Ora! Se não se tem mais certeza de nada, se a ciência deixou de ser o espeque, a âncora comum do pensamento moderno, então entre os fatores que influenciam o direito, não se pode negar, existe uma complexa gama de intenções, interesses e pessoas.

As coisas são “causas”, escreve M. Serres – entendendo com isso que são produzidas pelas redes enclavadas de pesquisadores, indústrias, militares, políticos e usuários, e que elas não se impõem com a naturalidade dos fatos científicos que, no final do debate onde se confrontam, confundem argumentos científicos, interesses político-econômicos, valores éticos e ontologias rivais (OST, 2005, p. 310-311).

A metáfora que Ost cita, parafraseando Karl Popper, resume o pensamento:

(...) poderemos dizer que passamos dos “relógios” para as “nuvens”: do tempo que é ao tempo que ele faz, de algum modo. Os “relógios”, ou o modelo mecânico, linear e previsível de uma legislação piramidal; “as nuvens”, ou o modelo interativo, recursivo e incerto de uma regulação em rede (POPPER apud OST, 2005, p. 304).

Para Ost (2005, p. 305), “esta normatividade suavizada, a de um direito “mole, fluido, em estado gasoso”, reflete a incerteza da própria lei. E, quando esta fluidez se deixa afetar pelas forças desconstituintes, leva à exclusão, à “sociedade de risco”, que torna o “cidadão” em “vítima”.

Inobstante, a incerteza, a indecidibilidade é a “nova marca” das democracias, segundo Ost. Essa incerteza que leva a um direito volátil, maleável, que solta as amarras do passado, e se projeta para o futuro, livre de previsões enganosas.

(...) desligamento de desatamento, incerteza ao quadrado, indecidibilidade radical. Esta abertura radical do futuro, sua própria indeterminação, constituiria um novo progresso que marcaria, enfim, o acesso de todos ao mercado livre, em uma sociedade aberta, livre de ideologias funestas, e das previsões sempre enganosas que lhe entravam o curso.

A incerteza do futuro seria, então, uma oportunidade a ser valorizada e não o perigo contra o qual se precaver (...) (OST, 2005, p. 305).

Numa referência a Prometeu, a incerteza passa a ser o novo “fogo de Héstia”, que torna os homens capazes de novas proezas. O rompimento com a simplicidade do pensamento linear racional, superado, derroga a certeza dos conceitos, e permite a criação de um futuro novo.

Referindo-se às promessas ainda não cumpridas do projeto moderno, o tempo do indecível poderia contribuir para relançar o projeto de libertação dos homens e das ideias. Este é o desafio da “epistemologia da incerteza”, que caracteriza as ciências contemporâneas, e da “política da indeterminação”, que é doravante a marca de nossas democracias (OST, 2005, p. 308).

Ost cita a tecnocracia, o fato de que cada vez mais os pretores estão se cercando de conhecimentos especializados, estudos científicos, na determinação de regras. E conclui que pode ser salutar a reunião da antiga divisão entre contrato e natureza. Que ainda que não se perca a noção de que todas as premissas e conclusões são relativas, e podem ser revisadas, tal fato não impede que se façam promessas e convenções pensando na estabilidade do futuro, com vistas no alcance da verdade.

As reflexões acima levam à percepção da relativização do “absolutismo da razão”, levando a sociedade à complexidade da democracia. Ainda que com suas arestas positivas e negativas, é inegável a constatação de que uma série de conhecimentos e nuances se interrelacionam (umas com regras conhecidas, outras totalmente desconhecidas) democraticamente na produção do saber e das promessas para o futuro da humanidade. Neste contexto, seria próprio de um apedeuta a desconsideração desta complexidade.

Porém, tanta volatilidade, demanda um olhar mais dedicado ao que os autores acabaram denominando de “sociedade de risco”.

2. O RISCO DA SOCIEDADE DE RISCO

Segundo Ost (2005), percebe-se, que a sociedade deixou de lado o tempo que media a duração das coisas, da expectativa em relação aos atos e fatos, do projeto pacioso e preciso, ou seja, deixou de lado o tempo da memória. O ontem já foi e o amanhã é muito tempo: vive-se a efemeridade dos dias e das horas.

A fluidez é essencial e a velocidade importantíssima. Neste contexto, Paul Virilio (1996, p. 57) diz:

Assim, a lógica aproximada do saber/poder é eliminada, cedendo lugar ao poder/mover, isto é, ao exame das tendências, dos fluxos. Isto é tão evidente que há cinco anos não se ensina mais geografia na Escola Militar na França, e a polícia experimenta atualmente o *criminostat*³.

A atualidade de uma pandemia⁴, parece ter acelerado ainda mais o tempo e aumentado a distância entre as pessoas. Não é mais necessária a presença física, substituída pela virtual; as aquisições de mercadorias e objetos são realizadas pelo *e-commerce*; o trabalho passou a se chamar, em muitos casos, de teletrabalho ou trabalho virtual; as reuniões, conferências, aulas, cursos, são por sistemas eletrônicos, aplicativos (interatividade é a palavra); até consultas médicas e cirurgias estão sendo realizadas à distância. E não há mais espera: é “tudo pra ontem”.

O que vale é o tempo presente. Gilles Lipovetsky (2017, p. 40) afirma que:

Quando o futuro se mostra ameaçador e incerto, resta a retração sobre o presente, que não para de ser protegido, arranjado e reciclado numa juventude sem fim. Ao mesmo tempo em que põe o futuro entre parêntesis, o sistema procede à «desvalorização do passado», impaciente por cortar as amarras das tradições e territorialidades arcaicas e por instituir uma sociedade sem base de ancoragem nem opacidade; juntamente com esta indiferença pelo tempo histórico, instaura-se o «narcisismo coletivo», sintoma social da crise generalizada das sociedades burguesas, incapazes de enfrentarem o futuro sem desespero.

E este tempo presente demanda urgência. Mas o que é urgente na vida? Nas atividades cotidianas? Para Ost (2005, p. 332), “a urgência conota simultaneamente uma ideia de

³ Criminostat: é a concentração de informações policiais para o Comando Central da Polícia Nacional francesa, com objetivos estatísticos.

⁴ A Covid-19 é uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global. O SARS-CoV-2 é um betacoronavírus descoberto em amostras de lavado broncoalveolar obtidas de pacientes com pneumonia de causa desconhecida na cidade de Wuhan, província de Hubei, China, em dezembro de 2019. Pertence ao subgênero Sarbecovírus da família Coronaviridae e é o sétimo coronavírus conhecido a infectar seres humanos. Os coronavírus são uma grande família de vírus comuns em muitas espécies diferentes de animais, incluindo o homem, camelos, gado, gatos e morcegos. Raramente os coronavírus de animais podem infectar pessoas e depois se espalhar entre seres humanos como já ocorreu com o MERS-CoV e o SARS-CoV-2. Até o momento, não foi definido o reservatório silvestre do SARS-CoV-2. Fonte: BRASIL. *O que é o Coronavírus*. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>>. Acesso em: 05 set. 2022.

Até 03 de setembro de 2022, o Brasil registrou 684 mil mortes e o mundo 6,49 milhões. Fonte: JOHN HOPKINS UNIVERSITY. *COVID-19 Data Repository by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE)*. Disponível em: <<https://github.com/CSSEGISandData/COVID-19>>. Acesso em: 05 set. 2022.

inquietação face ao risco grave e iminente e uma ideia de transgressão a respeito das instituições e das maneiras de fazer habituais”. Mas, é exatamente o oposto no nosso presente: tudo é inquietação, tudo é risco grave, tudo é iminente e as instituições são transgredidas habitualmente.

Comenta o autor:

O crescimento em poder do indecível, implicando revisão permanente das escolhas (incerteza epistemológica e indeterminação democrática), a desestabilização do Estado social e do crescimento relativo da sociedade do risco, a generalização do tempo real ultracurto e do tempo efêmero da moda, todos estes temas por nós percorridos, deveriam ter preparado esta ideia: uma vez que se desacreditou a ideia de progresso e que se torna ‘extremamente difícil pensar o futuro no modo da promessa (OST, 2005, p. 332).

Corroborar com tal assertiva - processo de desacreditação institucional globalizada – que foi tratada por Manuel Castells (2017, p. 122):

De fato, a ruptura da relação institucional entre governantes e governados cria uma situação caótica que é particularmente problemática no contexto da evolução mais ampla de nossa existência como espécie no planeta azul. Isso no momento em que se questiona a habitabilidade deste planeta a partir da própria ação dos humanos e de nossa incapacidade de aplicar as medidas corretoras, de cuja necessidade estamos conscientes. E no momento em que nosso extraordinário desenvolvimento tecnológico entra em contradição com nosso subdesenvolvimento político e ético, pondo nossas vidas nas mãos de nossas máquinas.

Por que fazer planos, prevenção, previsão se tudo deve ser urgente? Flexibilidade substitui a capacidade de previsão, a adaptação é preferida em relação a antecipação, as ações não são mais certas, mas precisam ser sempre contextualizadas e revisáveis. Sem perspectivas a longo prazo, o anúncio é mais importante que a profundidade, gerando um curto-circuito do tempo.

A generalização do Estado de urgência nutre a impaciência transforma qualquer prazo em insuportável prorrogação. Neste interim Ost (2005, p. 335) afirma: “é a ideia de percurso que não é mais integrada: o caminho que se faz e o tempo que se leva para atingir um objetivo determinado, a maturação das coisas e das ideias que resulta nas realizações bem-sucedidas”.

Tem-se também a ideia do provisório permanente, sem tratamento de profundidade para resolver uma situação problemática (tratamento superficial – cedo demais é demasiado tarde porque nunca resolve, de verdade, o problema).

A vida se tornou repleta das irregularidades da urgência, conforme argumenta Ost (2005, p. 336-337):

Uma vez que não parecemos mais aptos a formular projetos, a traçar perspectivas ou rearticular promessas, resta-nos ajustar, quotidianamente, as opções resultantes de nossos compromissos também frágeis e instáveis. Sem futuro mobilizador e exterioridade simbólica; resta-nos negociar entre nós, na imanência de nossas relações sociais imediatas, as figuras provisórias de um bem comum incessantemente rediscutido. Na falta de poder tornar críveis expectativas detentoras de sentido, a urgência deixa, então, uma legitimação de substituição com a qual nossas sociedades processuais são coagidas a se conformar.

A sociedade tornou-se “de risco” diante da efemeridade das soluções tomadas no contexto da urgência. E neste contexto como dar/ou não dar segurança jurídica? Precisamos de projetos para fugir da tirania da urgência, ou a urgência é o novo mote da democracia do indecível?

3. O TEMPO DA URGÊNCIA E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

Viu-se anteriormente a ebulição social do tempo presente, da urgência e da insegurança da sociedade. Na esfera do Direito não é diferente.

Aqui trataremos de fatores internos (endógenos) da (in)segurança do direito. É óbvio, mas não é demais salientar que há muitos fatores externos de desinstituição do sistema jurídico como as relações familiares, o mercado econômico e o trabalho e a busca para uma ação penal mais repressora e menos reabilitativa, mas estas questões “externas” não serão aqui tratadas, mas fica o registro. Então o foco será o excesso de produção legislativa, a urgência e o risco jurídico.

A inflação legislativa, esta ansiedade em regradar com urgência, o excesso de normas, as mudanças de regramento e de procedimentos, novos sistemas e mudanças de paradigmas e regimes, conforme fatores políticos que estão no poder, gera uma logorreia legislativa e regulamentar com grandes textos, regulando tudo, nos mínimos detalhes, não há como dominar este excesso de legislação necessitando sempre recorrer a estudos e mais estudos: “o transitório tornou-se habitual, a urgência tornou-se permanente” (OST, 2005, p. 338).

Para ilustrar, no Brasil, temos a Constituição da República Federativa do Brasil, com 250 artigos, mais 120 artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com 125 Emendas Constitucionais desde 1994 até hoje.

Quanto à legislação federal infraconstitucional atual, segue um quadro resumo⁵:

Quadro 01- Legislação federal infraconstitucional

Normas	Quantidade
Códigos	19
Estatutos	18
Leis Complementares	196
Leis Ordinárias	14.446
Leis Delegadas	13
Decretos	11.190
Decretos-Lei	2.481
Medidas Provisórias	1.136

Fonte: Brasil (2022).

Note que são quase trinta mil normas, apenas no âmbito federal. E, praticamente a metade são Decretos, Decretos-Lei e Medidas Provisórias, que revelam regulamentação de natureza “urgente”.

Aqui se tem a ilustração da exorbitância legislativa brasileira, fruto da democracia do indecível.

O sistema legalista brasileiro, comportaria redução ao número de normas. Segundo a norma constitucional, isto seria possível através da consolidação das legislações federais, estaduais e municipais, de acordo com o disposto no parágrafo único do Artigo 59 da

⁵ Fonte: BRASIL. *Legislação*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 07 set. 2022.

Constituição Federal⁶. Porém, tal consolidação não é um trabalho que seja compatível com a “urgência”.

O resultado deste politeísmo legislativo é que se torna praticamente impossível absorver todas as legislações que tratam sobre um único assunto, por mais aleatório que se apresenta. Ou seja, retornamos ao tema inicial deste trabalho, a incerteza impera, a diversidade de lies se reverte em “lei nenhuma”, ou numa lei que “vira fumaça”.

Neste contexto, importante registrar o que diz Ost (2005, p. 338-339):

Deste modo, confirma-se, no campo jurídico a hipótese formulada nas páginas precedentes: a urgência, temporalidade do excepcional, tende a impor-se como tempo normal - a exceção que anula a regra, de algum modo. Provocando curto-circuito nas formas, nos prazos, e nos processos, a urgência, autorizando-se o estado de necessidade (necessidade que cria a lei), erige-se, assim, em “salvo-conduto generalizado”. Disso resulta um risco de tipo novo, a insegurança jurídica: não insegurança econômico-social (perigo externo), mas risco “endógeno”, produto colateral e indesejável de uma engenharia jurídica cujo ritmo disparou.

Não se deixe de considerar que a urgência é imprescindível no estado de necessidade, de sítio, da proteção da ordem pública, para legítima defesa do Estado, para continuidade dos serviços públicos essenciais. Um mal necessário para situações excepcionais. Mas tal exceção tinha, na sua gênese, a ideia de uma temporalidade demarcada e caráter provisório.

As demandas judiciais, ao seu turno, na atualidade, tem um número muito grande de pedidos que requerem urgência: processos criminais de réus presos; de crianças e adolescentes e idosos (e agora a figura dos super-idosos), deficientes físicos, toda a gama de ações de família (alimentos, guarda, alvarás, busca e apreensão de menor, adoção, entre outras); as ações da área de saúde (fornecimento de medicamentos, tratamentos e internações); as demandas classificadas institucionalmente como, por exemplo, as metas do Conselho Nacional de Justiça; além, das medidas acautelatórias na seara cível e investigativas na criminal, mandado de segurança,

⁶ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Assim, em 1998, foi criada a Lei Complementar n. 95, que permite a realização da consolidação legislativa, mas que até agora foi usada de forma muito tímida e sem a dimensão necessária. Fonte: BRASIL. *Legislação*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 07 set. 2022.

habeas-corpus, sobrando pouco tempo para se tratar das demais demandas, que também não são poucas, tornando o Judiciário, espécie de uma central de “despachos” de urgência para atender as demandas sociais, cujo outros poderes, órgãos e instituições não atuam, ou atuam com plena defasagem.

Não se deixe de registrar que, por outro lado, a estrutura do Judiciário não consegue dar vazão aos anseios da sociedade, com a demora na resolução dos conflitos, que ocorrem por diversos fatores, que vão desde a estruturais como processuais, mas que não cabe aqui discutir.

Mas é inegável que a urgência também impera nos processos judiciais. Para se ter uma noção, uma breve análise do relatório anual do “Justiça em Números”, editado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁷, que cumulam variantes de dados estatísticos de todos os tribunais do Brasil: em 30 de abril de 2022, o Poder Judiciário brasileiro, contabilizava 76.600.070 processos pendentes de julgamento; com entrada, no ano de 2022 (até 30 de abril) foram protocolizados 8.718.527 processos e julgados 8.078.438 (CNJ, 2022, p. 31).

E, para julgar todas estas matérias, temos uma relação de 1 magistrado para cada grupo de 11.764 pessoas. Em comparação com a Europa essa mesma relação é equivalente ao dobro: 1 magistrado para 5.690 pessoas (CNJ, 2022, p. 308).

Então, sob a análise da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – ONU⁸, verificando o número de processos tramitando relacionados com os ODS (um mesmo processo pode ser cadastrado em mais de um ODS, portanto não são números exatos), pode-se tirar duas constatações: primeiro que as políticas públicas governamentais são insuficientes para atender a

⁷ Estaduais (TJMs); o Superior Tribunal de Justiça (STJ); o Tribunal Superior do Trabalho (TST); o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Superior Tribunal Militar (STM). JUSTIÇA EM NÚMEROS. CNJ. Fonte: CNJ. *Justiça em números 2022*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2022.

⁸ A Agenda global 2030 é um compromisso assumido por líderes de 193 Países, inclusive o Brasil, e coordenada pela Organização das Nações Unidas (ONU). Essa agenda foi recepcionada pelo Poder Judiciário Brasileiro, por meio do Conselho Nacional de Justiça, e teve como marco inicial a criação do Comitê Interinstitucional da Agenda 2030. São 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas a serem atingidas no período de 2016 a 2030, relacionados à efetivação dos direitos humanos e desenvolvimento sustentável. Fonte: CNJ. *Justiça em números 2022*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2022.

demanda, especialmente nas áreas sociais e meio ambiente; e que estas mesmas matérias demandam urgência na resposta a ser dada pelo Poder Judiciário (CNJ, 2022, p. 288-290):

Quadro 02 – ODS X Número de processos correspondentes na justiça brasileira

ODS	NÚMERO DE PROCESSOS CORRESPONDENTES NA JUSTIÇA BRASILEIRA
8 Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos;	13.442.751
11 Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis;	7.058.511
3 Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades;	4.920.173
10 Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles;	3.339.724
12 Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis;	1.937.153

Fonte: CNJ (2022, p. 288-289).

Então, não só há um Estado jurídico de legislações urgentes, como também de demandas judiciais urgentes, necessárias, corriqueiras e do tempo presente de caráter subjetivista e político.

A análise revela um triunfo do fato sobre a forma; de argumentação pragmática e utilitarista; da ideia de que os fins justificam os meios (maquiavelicamente o alcance do bom). Mas assim agindo, dizer de Ost (2005, p. 341), estamos:

Generalizando a exceção de urgência em nome de uma necessidade nunca muito distinta da simples oportunidade, é campo virtualmente infinito que se abre à derrogação. No plano temporal, o efeito produzido não é somente de aceleração, mas também de inversão: em muitos casos, a urgência permitirá ao *imperium* (a força) que preceda a

jurisdictio (o enunciado da regra), imunizando o fato cumprido em relação a um exame jurídico posterior.

Entre alguns dos efeitos destas “urgências”, poderíamos apontar que acaba por validar a transferência de competência, passando atribuições legislativas e judiciais para o Poder Executivo, por exemplo. Também leva à simplificação considerável dos processos, diminui drasticamente os prazos, contorna as formas, instruções e execuções de medidas de forma acelerada. Ainda desemboca na diminuição do contraditório, quase a sua negação (exemplo demandas de urgências autossuficientes: exemplo: autorizar o pagamento do uso de transporte de UTI aérea, com enorme custo para os cofres públicos, quando o atendimento poderia ser realizado no próprio local ou em local mais próximo). Gera a criação de nova jurisprudência das medidas e circunstâncias excepcionais que se alastram no direito e são repetidas e replicadas em casos análogos, convalidando juridicamente atos, que, anteriormente, estariam viciados como ilegalidades (exemplo violações às liberdades públicas por autoridades militares com amplitude extrema, com emprego, inclusive de violência estatal, e pior: tornando definitivas medidas que seriam de caráter transitório). Ainda é efeito o relaxamento das normas, ou seja, uma espécie de acomodação sob aspectos processuais e de mérito. Ost (2005, p. 344), ainda cita, como efeito:

[] interpretações judiciárias flexíveis, modificações incessantes, práticas administrativas extensivas. Tudo se passa como se, uma vez aberta a dobradiça da juridicidade e consagrados diversos tipos de “poderes especiais”, o não-direito se afogaria, quase sem possibilidade de parar, nas instruções e nos comportamentos.

O risco jurídico é outra questão que atinge frontalmente as estruturas normativas da nossa sociedade com sua volatilidade dos textos, a instabilidade dos governos, normas criadas como se fossem um protocolo de intenções, cuja a eficácia não é possível, por outro lado, o perfeccionismo legalista e sua ânsia em tudo regular, criando textos e mais textos (o artigo da Constituição Federal é regulamentado por uma Lei Complementar, que remete uma Lei Ordinária, passando por um Decreto, por uma Portaria Ministerial, desembocando numa Ordem de Serviço); desconhecimento, subestimação, renúncia às regras já estabelecidas sobre o mesmo assunto (regulando o já regulado); as leis estão durando cada vez menos, pois não devidamente debatidas, que impõe modificações futuras, e estas retificações, muitas vezes improvisadas, gerando uma legislação sem fim. O que valia hoje não vale amanhã.

Exemplo deste absurdo regulatório é o processo licitatório que, no período de 2 anos – de abril de 2021 a abril de 2023 – tem-se duas legislações vigentes, sobre o mesmo assunto, que poderão ser utilizadas pelos poderes públicos para realizar licitações, optando pelos critérios da Lei n. 8.666/1993 ou da Lei n. 14.133/2021⁹.

Então, como dizia Ost (2005, p. 348), o risco jurídico é um:

... mal endógeno produzido pelo próprio sistema, efeito perverso de um processo legislativo mal dirigido. Útil em pequenas doses, para permitir a adaptação do jogo e estimular a criatividade dos jogadores, a imprevisibilidade torna-se contraprodutiva quando afeta as próprias regras do jogo – sob estas condições, “o direito não aparece mais como uma proteção, mas como uma ameaça.

Mas enfim, do que se trata a segurança jurídica? É um valor ou princípio absoluto? Pensar desta forma é conferir a ela uma amplitude excessiva e engessar qualquer possibilidade do direito em desenvolver-se tendo como primícia as transformações da sociedade contemporânea e a variabilidade do interesse geral. Como vimos, a sociedade de risco é uma face da mesma moeda da democracia do indecível, da sociedade das nuvens.

Novamente, em referência ao mito de Prometeu, segurança jurídica implicaria em dar tempo aos humanos, depois de conhecer a chama de Héstia, para que possam dominar suas propriedades e desenvolver habilidades de utilizá-la.

Se poderia argumentar que a segurança jurídica devidamente aplicada dentro desta sociedade mutável e acelerada, exige a urgência das alterações legislativas e decisões judiciais que mudam por completo posicionamentos anteriores.

Mas, se tratando de segurança jurídica, é insofismável a afirmativa de que toda e qualquer alteração realizada pelo Poder Legislativo ou por decisões do Poder Judiciário, deve ser pormenorizadamente e razoavelmente justificada.

⁹ Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. Fonte: BRASIL. *Lei n. 14.133*, de 1º de abril de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 08 set. 2022.

Uma motivação razoável da mudança de atitude dos poderes públicos poderia ser a preocupação, legítima, de aniquilar uma disposição irregular: neste caso o interesse que este ou aquele particular pudesse ter na manutenção desta regulamentação se dobra ao princípio, tido como supremo, do respeito à legalidade (OST, 2005, p. 350).

A jurisprudência, se não pode prover a certeza, deverá ser um redutor de incerteza. Até porque, hodiernamente, o direito perdeu a exclusividade de reger a sociedade, pois os poderes públicos utilizam-se de planos, programas, orçamentos e campanhas, acabando com a ideia de que a ordenação se constituía dentro da hierarquia e competência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do contexto de um mundo de incertezas, marcado pela urgência, surge a democracia do indecível, cuja outra face se revela na “sociedade de risco”. O indecível como a ideia de uma sociedade livre do passado, volátil e dotada de métodos evolutivos mais ágeis e adaptáveis. O risco, como a faceta da insegurança, do jogo de interesses, e da utilização para finalidades espúrias, da estrutura do direito.

Nesta dialética, é de se observar que nem toda a legislação de urgência é criticável, muitas vezes e usada corretamente, de forma transitória, é a única forma (e mais eficiente) de resolver situações que para ela foi criada. Porém, a sua generalização para todos os casos e sua aplicação quase que diuturna nos poderes constituídos, nem sempre com a devida motivação, pode levar a uma sociedade de risco, sujeita aos lobbies das grandes corporações, levando à exclusão e desigualdade social.

Sem deixar de atentar para a evolução da sociedade, como um todo, e as novas tendências, um mínimo de segurança jurídica é saudável e indispensável. Legislar com a visão do conjunto, multidisciplinarmente (tecnocracia), com perspectiva de futuro, e não ao sabor das marés (mídia e pressões) aos pedaços, aqui ou acolá, aleatoriamente.

O futuro que se apresenta tem muitos potenciais, mas talvez demande um novo “pacto social” como feito anteriormente quando se passou do estado natural para o estado civil: promover a multiculturalidade e a volatilidade sem reduzir a insegurança permanente, confiar

um nos outros, entrelaçar promessas, fortalecer nossas instituições e a coletividade. Respeitar as individualidades não pode ser sinônimo de individualização demasiada.

Em nome de uma autonomia ou autenticidade – que é boa – deve-se estimular a participação social, ter uma “utilidade social”. Evitar o declínio das instituições em nome, por exemplo, do mercado, onde vale a lei do mais forte (estado da natureza).

Um direito em constante evolução, não precisa ser um direito instável, factual, pragmático. Deve ser, na verdade, o amalgama para a nova institucionalização da congruência social.

Por fim, num mundo de incertezas da sociedade de risco (política, científica e social) o direito, neste entremeio pode efetivamente diminuir e/ou confrontar estas incertezas, se deixar de lado a precarização, estabelecendo regras, interferências e decisões necessárias e sabendo da sua importância no combate ao “inativismo” dos poderes constituídos, mas evitando o exagero e a sobreposição institucional.

A humanidade – frente às demandas de urgências – compara-se a uma chaleira colocada no fogo com água para ferver – começou formando uma, duas, dez, cinquenta, cem bolinhas e logo numa quantidade que não se consegue contar e nem controlar a ebulição. Mas o caos não precisa ser algo negativo, desde que se repense a sociedade do urgente, dando vasão à sua efervescência, sem descuidar da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BRASIL. *Lei nº 14.133. de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 08 set. 2022.

_____. *Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59

da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 08 set. 2022.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: A crise da democracia liberal*. Tradução de Joana Angélica d'Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CNJ. *Justiça em números*. 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2022.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Era do Vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Paris: Manole, 2017.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005.

VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

SAÚDE E SEGURANÇA NO AMBIENTE DE TRABALHO

Lara Muniz do Amaral¹

INTRODUÇÃO

Os trabalhadores passavam por jornadas exaustivas e degradantes de trabalho, não possuíam condições dignas para exercerem suas atividades até ser normatizada a limitação da jornada de trabalho, fixando limites ao labor para que trabalhassem menos e com melhor qualidade. O histórico da limitação da jornada de trabalho, ou seja, a evolução dos direitos até chegarmos à limitação que temos nos dias de hoje, foi árdua e de muita luta. A limitação da jornada de trabalho é um direito fundamental dos trabalhadores, não podendo ser diminuído ou precarizado, devendo ser usufruído em sua totalidade. Por fim, a importância da limitação da jornada de trabalho e os intervalos laborais são medidas de preservação de saúde e segurança, e, com isso, observa-se que com a jornada limitada e os intervalos laborais usufruídos em plenitude pelos trabalhadores, os riscos de acidentes de trabalho e fadiga crônica são diminuídos.

A saúde e a segurança dos trabalhadores visam tutelar o direito fundamental à vida, que é o primeiro e mais importante direito do Homem, ou seja, é aquele que dá suporte para a existência e gozo dos demais direitos.

Os pilares básicos que sustentam esse direito são o trabalho digno, decente, seguro e sadio, em condições que não degradem a integridade física e psíquica dos trabalhadores. É importante para a sociedade a concretização de direitos esculpidos no nosso ordenamento jurídico, para que os riscos inerentes ao trabalho sejam reduzidos e os trabalhadores não tenham suas vidas ceifadas nesses ambientes.

As preocupações com normas que visassem à proteção da saúde e à segurança dos trabalhadores começaram a surgir com o avanço da tecnologia e com a entrada da máquina na

¹Formada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF), Advogada e mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF).

Revolução Industrial, o que foi motivo para inúmeros acidentes e até mesmo mortes no ambiente de trabalho (NASCIMENTO, 2009, p. 526).

Ainda de acordo com o autor, o desenvolvimento tecnológico, no apogeu da Revolução Industrial do século XVIII, nos traz que a máquina, ao lado dos enormes benefícios que trouxe para a humanidade, também fez suas vítimas, aumentando consideravelmente o número de acidentes profissionais (2009, p.526).

Segundo o referido autor, cresceu a ideia da necessidade de garantias, vendo que os aspectos puramente técnicos e econômicos da produção de bens não poderiam redundar num total desprezo às condições mínimas necessárias para que o homem desenvolvesse a sua atividade conforme condições humanas e cercadas de garantias destinadas à preservação da sua personalidade. Os trabalhadores passaram a ser vistos como seres humanos integrantes de um grupo social, merecedores de todos os cuidados da comunidade para que as árduas tarefas que estavam a seu cargo não os entorpecessem nem os comprometessem quanto ao bem-estar físico e mental. Os locais de trabalho, por si só e pela forma de organização, traziam riscos à saúde e também à segurança dos trabalhadores. Estavam interligadas e atuavam, de forma direta, nas condições que são desenvolvidas as atividades dos colaboradores; ambas visavam à proteção e a promoção do bem-estar da equipe.

O ambiente de trabalho é o lugar onde o trabalhador presta serviços, sendo dever das partes da relação empregatícia, ou seja, empregador e empregado manter esse ambiente o mais seguro e saudável possível para que sejam evitados acidentes de trabalho.

Ao empregador compete manter o ambiente de trabalho seguro e saudável, devendo adotar todas as normas preventivas como forma de proteger a integridade física e psíquica dos trabalhadores, de acordo com o artigo 157 da CLT. O empregador deve cumprir as normas de saúde e medicina do trabalho e uma dessas normas é entregar, de forma gratuita, equipamentos de proteção aos colaboradores. Mas o fornecimento de EPIs não afasta a obrigatoriedade do pagamento do adicional de periculosidade ou insalubridade. Para que cesse o pagamento dos

referidos adicionais o empregador deverá eliminar por completo o agente nocivo e perigoso, conforme a Súmula nº 289 do TST.

O dever dos trabalhadores, no entanto, é obedecer às normas de medicina e segurança e contribuir com a empresa para aplicação dessas normas, e também utilizar os equipamentos de proteção fornecidos pelo empregador, conforme o artigo 158 da CLT

A Constituição Federal traz em seu preâmbulo a segurança e o bem-estar social, o que demonstra que a ordem social interna está comprometida com tais propósitos. Já no artigo 6º do texto constitucional entre os direitos sociais ali estampados, estão o trabalho, a segurança e a saúde, evidenciando a redação do artigo 7º, XXII, da referida norma. Não existem dúvidas de que os trabalhadores têm o direito de ver reduzidos os riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança laboral. Esse é um compromisso não somente do Estado brasileiro, mas de toda a sociedade.

Muitas vezes o Brasil adotou uma gestão de trabalho predominantemente predatório, ou seja, um comportamento empresarial que tende a buscar extrair o máximo do trabalho sem respeitar qualquer limite que considere um obstáculo ao processo de acumulação, criando consequências lesivas para a saúde e segurança de quem trabalha, habitualmente caminhando no sentido da exploração, inutilização ou até mesmo eliminação física dos trabalhadores, como nos ensina Filgueiras (2017, p. 21).

De acordo com Melo (2013, p.148), ocorrem mais de 700 mil acidentes de trabalho por ano no Brasil; muitas mortes e inúmeros trabalhadores são mutilados e ficam incapacitados total ou parcial, provisória ou permanentemente para o trabalho e até para os mais simples atos da vida humana. Ainda refere o autor que o gasto da Previdência Social atinge cerca de 5% do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil, além dos gastos a cargo das empresas com horas perdidas de trabalho, indenizações por danos materiais, moral e estético, das ações regressivas da Previdência Social e das indenizações coletivas buscadas nas ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho e pelos sindicatos.

A saúde e a segurança, no Brasil, como visto acima, já estavam ameaçadas e pouco protegidas quando o Congresso aprovou a Reforma Trabalhista, que trouxe uma série de ataques frontais à saúde e à segurança do trabalho no Brasil, tanto no que se refere aos limites à exposição a condições e agentes insalubres, quanto em relação aos parâmetros relativos ao tempo de trabalho e descanso e formas de contratação de trabalhadores, que possuem impactos radicais no adoecimento laboral, assunto esse que será tratado no desenvolver do capítulo. Não foi considerado que o trabalho é meio de vida, e que o adoecimento e morte dos trabalhadores acarretam graves problemas sociais. Assim, nota-se que muitos empregadores e o próprio Estado não perceberam ainda que a prevenção de riscos laborais, além de preservar vidas humanas, significa melhor qualidade, maior produtividade e, com isso, mais lucro, que é o principal objetivo do capital.

A valorização do trabalho também é objeto da tutela jurídica. O progresso do direito à saúde do trabalhador é consequência do enfoque mais dignificante do trabalho. A lei reflete o senso moral médio da sociedade e evolui em harmonia com as mudanças dos valores sociais numa incessante e renovada procura de promover a Justiça. É sobre essa dignificação que vamos tratar no tópico a seguir.

1. DIGNIFICAÇÃO DO TRABALHO

O nosso país foi marcado por um grande período de escravidão. Podemos dizer que na história do Brasil há mais anos de escravidão do que de trabalho remunerado livre, o qual, por muito tempo, fora considerado indigno, especialmente por trazer à tona lembranças da época da escravatura. A abolição da escravatura aconteceu apenas um século antes da promulgação da Constituição de 1988, que trouxe em sua essência a elevação do trabalho como direito fundamental para o exercício da plena cidadania e forma de dignificação do homem perante a sociedade.

A história política e cultural do Brasil mescla-se com a história da legislação trabalhista e a tentativa de dignificação do trabalho, mas não se trata apenas de normatizar as relações trabalhistas e sim de uma mudança de consciência do próprio cidadão. O aprimoramento ético

influencia, de imediato, no comportamento social, na produção legislativa, na interpretação das leis, tudo para que não aconteça uma separação entre o mundo do Direito e a realidade fática que lhe é base e sustento. No presente tópico, veremos a valorização do trabalho e dos trabalhadores a partir da dignificação laboral.

A mudança na forma de como era considerado o trabalho a partir do século XX, nos ensina Oliveira (2011, p. 138):

O trabalho antes considerado indigno, próprio dos escravos, ou dos servos, passa após a Revolução Industrial à mercadoria lucrativa, objeto de exploração dos detentores dos meios de produção. A partir do século XX, no entanto, vem adquirindo feição diferente: de mercadoria comum está evoluindo para valor dignificante, merecendo proteção do legislador.

No artigo primeiro da Constituição Federal estão elencados os fundamentos da República, dentre eles, o valor social do trabalho, ao lado da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político. É o que permite ao Homem sair do ócio e o que o dignifica, afastando-se, assim, de um Estado absenteísta nos moldes do liberalismo. Ainda, como esclarece Oliveira (2011, p.138), de valor social, passou a ser considerado Direito Social no artigo 6º. Para destacar ainda mais, ficou estabelecido que a ordem econômica deverá estar apoiada na valorização do trabalho (art. 170) e a ordem social terá como base o primado do trabalho (art. 193). A educação, por sua vez, primará para o desenvolvimento da pessoa e sua qualificação para o trabalho (art. 205), tanto que o plano nacional de educação terá como objetivo conduzir para a formação ao trabalho (art. 214). Ressalta o autor, que a legislação ordinária, dependente do respaldo constitucional, terá de se amoldar a esses comandos de hierarquia superior e deverá ser interpretada de modo a garantir a harmonia do conjunto e sempre a prevalência da Lei Maior (2011, p.138).

Esses princípios devem estar no ponto de partida de qualquer análise a respeito das normas de proteção à vida e à saúde dos trabalhadores. A Constituição não é mais uma norma inserta no sistema jurídico à qual as demais normas têm que ceder o passo, ela compõe o cerne, a essência do sistema, define seus limites e suas possibilidades.

As regras constantes na Constituição Federal de 1988 são o norte para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; de erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades regionais; de promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, passa pela oferta de oportunidade de trabalho e pela defesa intransigente do direito ao trabalho com dignidade. Não obstante a esses objetivos, falta a uma considerável parcela da população, incentivos e oportunidade, o que traduz que ainda temos discriminação em nosso país.

A evolução do trabalho, conjuntamente ao desenvolvimento da civilização, representa um fator de segurança, porque se o trabalho é um direito fundamental deve pautar-se na dignidade da pessoa humana, resgatando o compromisso que o Direito do Trabalho tem com a justiça social, desde sua origem, conciliando a produção de riquezas com o bem-estar coletivo.

O valor do trabalho em ambiente democrático parte da ideia de que o labor é a forma como o Homem se realiza e alcança a plenitude de sua dignidade, simbolizando a realização pessoal, pela satisfação em consumir bens e serviços colocados à disposição do indivíduo; representa também fator de integração com o semelhante, de equilíbrio psíquico e emocional através da consciência de utilidade social.

Conforme Brito Filho (2013, p. 45), não há trabalho decente sem condições adequadas à preservação da vida e da saúde do trabalhador. Não há trabalho decente sem justas condições para o trabalho, principalmente no que toca às horas de trabalho e aos períodos de repouso. Não há trabalho decente sem justa remuneração pelo esforço despendido. Não há trabalho decente, se o Estado não toma todas as medidas necessárias para a criação e para a manutenção dos postos de trabalho. Não há, enfim, trabalho decente, se o trabalhador não está protegido dos riscos sociais, parte deles originada do próprio trabalho humano.

Sem trabalho não há vida digna e saudável e sem vida não há como falar em dignidade da pessoa humana como condição necessária para o exercício de sua cidadania. Compreendese assim, que a noção de trabalho digno ou decente embasa-se numa noção mais ampla, a dignidade da pessoa humana. Por meio dela, o trabalho prestado pelo trabalhador garante-lhe

a satisfação de todas as necessidades vitais, para que possa preencher todos os aspectos essenciais e desfrutar de uma vida com dignidade, são eles: econômico, social, familiar, político ou pessoal; e mais, os direitos de natureza imaterial, que visam proteger a integridade física, psíquica ou mental, moral, intelectual e social, quanto ao exercício do trabalho digno.

Para que a proteção ao trabalho digno seja realmente garantida, além dos artigos supramencionados, há também normativas da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que tem como missão promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade, que são assegurados através de convenções, sendo algumas ratificadas pelo Brasil, por exemplo, a nº 155, que será objeto de estudo no próximo tópico.

2. CONVENÇÃO Nº 155 DA OIT

As pessoas precisam de trabalho, mas precisam também de harmonia nas relações trabalhistas, empatia, proteção e equidade. O trabalho é essencial para o nosso bem-estar, traz sentido às nossas vidas, dignidade e nos dá humanidade. Cerca de 200 milhões de pessoas precisam de trabalho, milhões de outras têm trabalho, mas vivem na pobreza; centenas de milhões não gozam de direitos fundamentais no trabalho que lhes proporcionem uma vida saudável, segura e protegida. Neste cenário de desigualdades foi criada a OIT, com a convicção de que a justiça social é essencial para uma paz universal e duradoura.

Os trabalhadores muito sofreram e lutaram para conquistar seus direitos. Com a criação OIT tiveram suas conquistas salvaguardadas, pois ela possibilitou o desenvolvimento de estudos e acordos internacionais em saúde e segurança e também colaborou para a promoção dos valores de proteção e dignificação dos trabalhadores, como abordado no tópico acima². Foi por meio da OIT que surgiram diversos tratados internacionais que visavam promover a melhoria das condições de segurança e saúde no trabalho. Este tópico tem por objetivo fazer uma abordagem

² Organização Internacional do Trabalho. Conheça a OIT Disponível em: < <https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>> Acesso em: 01 set 2022.

sobre a importância e os objetivos da OIT. Trataremos também de forma breve sobre sua criação, organização e convenções, dando ênfase na Convenção nº 155 que é o tema do presente.

A Organização Internacional do Trabalho consiste em uma agência da ONU (Organização das Nações Unidas) para o mundo do trabalho. Foi criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes que pôs fim na Primeira Guerra Mundial, para assegurar a justiça social para trabalhadores e trabalhadoras. Ela se tornou uma agência especializada da recém-criada ONU depois da Segunda Guerra Mundial e hoje tem 187 países membros, número que continua a aumentar, com sua sede em Genebra e mais de 40 escritórios espalhados pelo mundo.

A OIT recebeu, em 1969, o Prêmio Nobel da Paz e atualmente é reconhecida como autoridade mundial no mundo do trabalho; o seu impacto está presente em momentos chave da história. É a única entre as organizações internacionais onde não só governos, mas também empregadores e trabalhadores têm vozes iguais, ou seja, conta com representantes dos governos, dos trabalhadores e dos empregadores, indicados pelos Estados-Membros que participam em igualdade das diversas instâncias da Organização. Eles trabalham juntos na criação de normas do trabalho e de políticas que têm um impacto na economia global³.

A OIT adotou em 2008 a Declaração sobre Justiça Social para uma globalização justa como resposta a uma crise econômica mundial. Isso fez do Trabalho Decente o ponto central da política da OIT e pôs em prática a Agenda de Trabalho Decente, a qual possui quatro objetivos estratégicos: promover oportunidades de emprego digno; melhorar a proteção social; reforçar o tripartismo e o diálogo social; garantir direitos e princípios fundamentais no trabalho. A Agenda de Trabalho Decente da OIT é uma contribuição essencial para a paz e a segurança, para o reconhecimento econômico sustentável e para a dignidade de mulheres e homens. Os quatro objetivos estratégicos da Agenda de Trabalho Decente da OIT são: definir e promover normas e princípios e direitos fundamentais no trabalho; criar maiores oportunidades de emprego e renda

³International Labour Organization. Conheça a OIT. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DMhhNXB5QEg>> Acesso em: 03 set. 2022.

decentes para mulheres e homens; melhorar a cobertura e a eficácia da proteção social para todos; fortalecer o tripartismo e o diálogo social⁴.

Através de conferências, com a participação de quatro delegados de cada Estado-Membro, sendo dois representantes do governo, um dos empregados e outro dos empregadores, reunidos em assembleia geral, onde são votadas as convenções e recomendações (OLIVEIRA, 2011, p.81). O espectro de normas expedidas pela agência (que podem ou não ser ratificadas pelos Estados-Membros) subdividem-se em: convenções e recomendações.

As Convenções da OIT são tratados multilaterais abertos que possuem natureza normativa, são elaboradas sob indicações da Conferência Internacional do Trabalho, possuem como objetivo a regulamentação do trabalho em âmbito internacional; além de regular outras questões conexas, devem ser apresentadas ao órgão competente de cada Estado-Membro para fins de apreciação. No Brasil, essa competência é exclusiva do Congresso Nacional, conforme o artigo 49, inciso, da Constituição Federal de 1988. Se for ratificada, a Convenção adquire força normativa e passa a integrar o direito positivo do Estado-Membro.

Já as Recomendações da OIT indicam as normas desejáveis sobre as quais ainda não foi obtido consenso para serem incorporadas nas convenções, mas servem de paradigma para o progresso normativo dos Estados-Membros. Podem servir também como regulamento da convenção adotada, descrevendo com maior riqueza de detalhes as normas estipuladas, como nos ensina Oliveira (2011, p.82).

Oliveira entende que as Convenções da OIT sobre segurança, saúde e meio ambiente do trabalho devem ser enquadradas como 'convenções sobre direitos humanos', de acordo com o artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição da República, o Ministro do TST Mauricio Godinho Delgado assinala que as Convenções Internacionais sobre direitos trabalhistas têm óbvia natureza de direitos humanos (DELGADO, 2019, p. 154).

⁴ International Labour Organization. Conheça a OIT. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DMhhNXB5QEg>> Acesso em: 03 set. 2022.

As convenções da OIT, que são ratificadas pelo Brasil, incorporam-se à legislação interna, podendo, assim, criar, alterar, complementar ou invalidar as normas em vigor. A OIT controla a aplicação das convenções ratificadas, devendo o Estado-Membro remeter relatórios e comunicações periódicos para acompanhamento. Além disso, as organizações profissionais de empregados ou de empregadores também podem apresentar reclamação à Repartição Internacional do Trabalho, de acordo com os artigos 24 e 25 da Constituição da OIT.

Há várias convenções da OIT que tratam direta ou indiretamente do tema da proteção jurídica à saúde dos trabalhadores, umas com uma maior amplitude e importância de aplicação do que outras, como é o caso da convenção nº 155 da OIT, que iremos tratar agora.

A Convenção nº. 155 foi adotada na 67ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra em 1981, e ratificada por diversos países entre eles, Espanha, México, Noruega, Portugal, Suécia, Uruguai e Venezuela. Teve sua aprovação no Brasil através do Decreto Legislativo nº. 2/1992, homologado em 18 de maio de 1992 e entrou em vigor um ano após, em 18 de maio de 1993 e, finalmente promulgada pelo Decreto nº 1.254/1994 (OLIVEIRA, 2011, p. 91). Esta Convenção estabelece normas e princípios a respeito da segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente sadio de trabalho.

O conteúdo programático nela incluso desdobra-se em: 1- Área de aplicação e definições; 2- Princípios de uma Política Nacional; 3- Avaliação em nível Nacional; 4- Ação em nível de Empresa; e 5- Considerações finais. Há a previsão constitucional e legal de apoio para aplicabilidade das orientações da Convenção nº 155 da OIT no artigo 7º da Constituição Federal, bem como nos artigos 154 a 159 da CLT, a Portaria nº 3.214/78 por intermédio das NR (Normas Regulamentadoras), mais especificadamente as NRs 07, 09 e 22 que também regulamentam a matéria. A Convenção nº 155 da OIT traz a obrigação de formulação, implementação e revisão periódica da política nacional de saúde e segurança no trabalho, por meio da participação plena de todos os níveis de empregadores e trabalhadores e suas respectivas organizações.

Conforme nos elucida Oliveira, a Convenção determina que o país deve instituir uma política nacional em matéria de segurança, saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de

trabalho (art. 4). Há três exigências para essa política: primeiramente, há que ser coerente; em segundo lugar, ser colocada em prática e, finalmente, reexaminada periodicamente. Em seu artigo 4.2 consagra um dos seus principais objetivos, *in verbis*:

4.2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho.

O texto nos traz a prevenção assumida na Convenção, para tanto, deverá reduzir ao mínimo, na medida do que forem razoáveis e possíveis, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho. Oliveira entende que havendo possibilidade técnica de reduzir a presença do agente agressivo, ficará o empregador obrigado a fazê-lo. O que for inevitável tecnicamente foge da razoabilidade e, portanto, não é obrigatório (2011, p. 92).

A Convenção nº 155 aplica-se a todas as áreas de atividade econômica, abrangendo todos os campos que existam trabalhadores e empregadores, inclusive na administração pública. A saúde, com relação ao trabalho, além de abranger a ausência de afecções ou doenças, abrange também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente ligados com a segurança e a higiene do local de trabalho. Ainda, estabeleceu a criação de uma Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho. Além de ser colocada em prática é necessária a fiscalização periódica das normas, assim não há dúvidas, como já foi visto anteriormente, que a Convenção possui caráter preventivo. A primazia é evitar que sequer haja riscos aos empregados. Essa política foi instituída no Brasil em novembro de 2011, por meio do Decreto Federal nº 7.602.

Fica evidente o posicionamento de proteção dos trabalhadores, pois há atualmente múltiplos fatores que colocam em risco a saúde física e mental e também a segurança do trabalhador; a norma jurídica está buscando agir em todas as frentes que possam de forma direta ou indireta, preservar o ser humano. Além disso, com o avanço da ciência e da tecnologia, mais o amparo da experiência, muitas vezes, indicam a necessidade de aprimoramento dessas normas, pela pressão dos acontecimentos.

Há alguns artigos da Convenção que merecem destaque, como por exemplo, o artigo 13. Nele há o direito de o empregado interromper uma situação de trabalho por considerar, por

motivos razoáveis, que ele envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde. Caso o empregado adotar essa atitude, não deverá sofrer qualquer punição por parte do empregador. Uma das maiores inovações da Convenção está disciplinada no artigo 14, cujas questões de segurança, higiene e meio ambiente de trabalho deverão ser incorporadas em todos os níveis de ensino e de treinamento (ensino superior, médio, técnico e profissional), tendo como objetivo saciar as necessidades de treinamento de todos os trabalhadores. Com base nisso, nos explica Oliveira:

Não adianta o progresso legislativo se o cidadão comum não despertar para a necessidade de preservação da vida, até mesmo por ignorar seus direitos. Iniciar a conscientização desde o ensino primário representa, com certeza, um grande avanço para uma melhor qualidade de vida no trabalho, já que os futuros trabalhadores e empresários começarão as suas atividades com uma nova visão sobre a saúde, o trabalho e o meio ambiente [...] (2011, p. 95).

O artigo 16 da Convenção, por sua vez, prevê que a obrigação de garantir os locais de trabalho, o maquinário, os equipamentos, as operações e processos, os quais se encontram sob seu controle, são de responsabilidade do empregador; isso mostra que as atividades são seguras e não envolvem risco algum para a segurança e saúde dos trabalhadores. Em sintonia, o art. 19 prevê o direito à informação, bem como a conjunção de esforços de empregados e empregadores. Os representantes dos trabalhadores devem ser informados sobre as medidas adotadas para garantir a segurança e a saúde, podendo discutir sobre as mesmas perante suas organizações ou em comum acordo com o empregador, até junto a conselheiros técnicos alheios à empresa. Além do direito à informação, há também a exigência de treinamento apropriado dos trabalhadores e seus representantes na empresa (art. 19, d).

No entanto, os trabalhadores devem cooperar no cumprimento das normas de segurança e saúde estabelecidas pelos empregadores, devendo comunicar ao superior hierárquico qualquer situação que envolva perigo iminente e grave, conforme o artigo 19, alínea f, da Convenção. Destaca ainda a Convenção, que nenhuma providência na área de segurança ou higiene do trabalho poderá implicar ônus financeiro para os trabalhadores, à luz do artigo 21.

Assim sendo, nota-se a importância da Convenção nº 155 da OIT, tanto para trabalhadores, quanto para empregadores. As convenções da OIT são ratificadas pelo Brasil e incorporam-se ao ordenamento jurídico brasileiro.

Além dos objetivos vistos no final do tópico anterior, Oliveira também acrescenta que a OIT tem como objetivo:

[...] dentre outros, a elevação dos níveis de vida e a proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as ocupações. A Resolução adotada em 24 de junho de 1975, sobre a ação futura da OIT, reafirmou solenemente que o melhoramento das condições e do meio ambiente do trabalho, assim como o bemestar dos trabalhadores continuam sendo a missão principal e permanente da OIT (2011, p. 80).

Diante do exposto, demonstra-se a importância da Convenção nº 155 da OIT para o mundo do trabalho, pois traz a preocupação internacional com os trabalhadores para que todos gozem de um ambiente de labor seguro e saudável, onde seus direitos são garantidos e exercidos com dignidade. A Convenção nº 155 da OIT tutela os direitos fundamentais do empregado, sejam eles: a saúde e a segurança, assunto esse que será abordado no tópico seguinte.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DA SAÚDE E SEGURANÇA (ART. 7º, XXII, DA CF/88)

Os direitos dos trabalhadores são de cunho fundamental, conforme já visto de uma maneira mais ampla no primeiro capítulo do presente. Neste tópico falaremos do direito fundamental à proteção da saúde e segurança do trabalhador, conforme o disciplinado na nossa Carta Magna, abordando o sentido desses direitos serem fundamentais e a importância de ser garantida a saúde e segurança no ambiente trabalhista.

A vida é uma preciosidade e uma boa qualidade de vida não tem preço, somente valor, mas a boa qualidade de vida não se resume à ausência de morte, só se pode alcançá-la com uma boa saúde física e mental pelo bem-estar social. A maioria das pessoas passa mais tempo em seus trabalhos do que na sua própria casa, por isso a importância de trabalhar em um ambiente seguro e saudável. Temos o direito de viver bem, de viver com dignidade, tanto em casa como fora dela.

Às vezes, parece que a “vida” é o que temos fora do ambiente de trabalho, como se fosse aceitável sacrificar nosso bem-estar no local de trabalho, como se fizesse parte do trabalho ou por sermos pagos para isso. O fato de sermos pagos para trabalhar não nos obriga a enfrentar perigos que podem ser evitados, pois é possível tornar os locais de trabalho seguros e saudáveis.

A proteção dos trabalhadores contra doenças gerais ou profissionais e contra acidentes de trabalho não é apenas um direito do trabalho, mas também um direito humano fundamental e um dos principais objetivos da OIT, consagrado em sua Constituição.

A Organização Internacional do Trabalho como visto, anteriormente, rege a proteção e segurança dos trabalhadores em âmbito internacional. No nosso ordenamento jurídico temos a Constituição Federal da República que garante a aplicação da Convenção nº 155 da OIT, entre outros tratados e normas internacionais. A Constituição traz em seu artigo 6º a saúde e a segurança como direitos sociais e em seu artigo 7º, XXII, elenca os direitos sociais específicos dos trabalhadores, disciplina que os riscos inerentes ao trabalho devem ser reduzidos, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. A segurança visa à integridade física e a higiene tem por objetivo o controle dos agentes do ambiente de trabalho para manutenção da saúde em seu amplo sentido, o que vai de encontro com o que disciplina a Convenção nº 155 da OIT, conforme anteriormente abordado. A Constituição representou um importante marco histórico na proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

A inserção da saúde e da segurança dos trabalhadores como direitos fundamentais é fruto de uma longa luta e desenvolvimento de consciência, o qual pode ser notado na evolução normativa do nosso ordenamento. A saúde e a segurança do trabalhador são firmadas no princípio da dignidade da pessoa humana, compõem a lista das necessidades básicas do ser humano, na tese do mínimo existencial, pois se pretende avançar além da saúde e da segurança dos trabalhadores, busca-se a incorporação do trabalhador como o Homem, o ser humano satisfeito e dignificado com sua atividade, que tem vida dentro e fora do ambiente de trabalho, que pretende, enfim, a qualidade de vida.

O mundo capitalista possui seu foco voltado a ampliar a evolução tecnológica e científica para aumentar a produção e lucratividade em escalas cada vez maiores, descuidando-se da proteção do meio ambiente e, de forma específica nas relações de trabalho, com a saúde e segurança dos trabalhadores. Assim, se privilegia o lado econômico das relações e se degrada o lado social, desacordando com a proteção constitucional e legal existente, conforme visto acima.

Anteriormente falamos sobre dignificação do trabalho, mas como nos ensina Oliveira, não se pode falar em trabalho digno ou decente sem garantir as condições de segurança e saúde na prestação dos serviços. Sendo esses direitos fundamentais, são indisponíveis, e devem obrigatoriamente ser respeitados pelos empregadores.

O ambiente de trabalho pode causar agressões para os trabalhadores, como por exemplo: o ruído constante, o cheiro de substâncias químicas, a poeira, a má postura, a pressão sofrida por parte do empregador, o medo do desemprego, entre outros. A presença desses agentes acarreta para o trabalhador diferentes formas de problemas, sendo que cada organismo irá responder de um jeito e os efeitos serão: dores de cabeças intensas, desconforto, insatisfação, estresse, acidentes de trabalho e, ainda, a morte prematura.

Assim, de acordo com Oliveira (2011), nota-se a importância de ser garantida e preservada a saúde e a segurança dos trabalhadores, sendo que os direitos que possuem como visto anteriormente foram resultado de lutas até chegarem ao nível de direitos fundamentais, não podendo ser reduzidos para atender as vontades dos empregadores ou menosprezados. A saúde e segurança no trabalho é, hoje mais do que nunca, um direito humano fundamental para que os trabalhadores consigam viver e trabalhar bem, para que não haja “vidas” separadas em fora do trabalho e trabalhando, para que tudo possa ser uma constante. A saúde e segurança dos trabalhadores refletem, inclusive na economia e produção de bens e serviços. Não há como não garantir um ambiente seguro e saudável de trabalho, pois, sem isso, os trabalhadores poderão se lesionar, ficar doentes e até vir a óbito e sem eles não há matériaprima, sem matéria-prima não há produção, sem produção não há mercadoria, sem mercadoria não há consumo, sem consumo não se tem o giro do dinheiro na sociedade, ação na economia e nem geração de riqueza, a sociedade se estagna e não há desenvolvimento

As normas/preceitos de proteção sobre saúde e segurança estão disciplinadas na Constituição Federal, traçando limites para o legislador infraconstitucional, devendo ele respeitar as limitações e ter a Constituição como Lei Maior para que ela e os direitos ali constantes sejam garantidos e aplicados. Isso será tratado no tópico seguinte.

4. PAPEL DO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL NA ÓTICA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Os direitos dos trabalhadores elevados e acolhidos como direitos fundamentais têm uma proteção Constitucional chamada cláusula pétrea, que não pode ser alterada nem por Proposta de Emenda à Constituição (PEC), o que mostra proteção existente e a garantia de aplicação. Esses direitos devem ser interpretados de forma favorável e eficaz, ou seja, a que mais beneficie os trabalhadores, para que não haja retrocesso social. Essa interpretação também deve estar vinculada às decisões constitucionais, não permitindo que o legislador infraconstitucional atue de forma lesiva e com excesso de liberdade, o que desenvolve o próprio programa do legislador, pois os poderes por ele constituídos estão submetidos à Constituição Federal, para que prevaleça o princípio da dignidade humana. O legislador encontra um conjunto de princípios fundamentais aos quais é amarrado e deve obedecer a essas limitações. Cabe ao legislador a tarefa de concretizar a Constituição.

A liberdade do legislador, segundo Quintiliano (2018), encontra limites explícitos e implícitos estabelecidos no texto constitucional. A sua compreensão deve considerar a evolução do constitucionalismo e a consequente substituição do protagonismo do legislador pelo poder constituinte. A partir do reconhecimento da normatividade da Constituição, a liberdade de atuação do legislador passou a ser por esta delimitada, devendo se abster de editar leis contrárias às normas constitucionais.

De acordo com Canotilho (2003), a vinculação dos órgãos legislativos significa que estes têm o dever de conformarem as relações entre Estado e os cidadãos e as relações entre indivíduos, seguindo as medidas consolidadas nas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias. Assim, o legislador deve produzir os direitos, liberdades e garantias, otimizando a sua

normatividade e atualidade. Diversos direitos, liberdades e garantias carecem de uma determinação legal, outros pressupõem extensões institucionais, procedimentais, organizadas ou criadas pelo legislador.

O legislador infraconstitucional é impedido de criar normas que colidam com os direitos fundamentais e princípios positivados na Constituição para que não seja declarada inconstitucional, pois se isso acontecer estará ferindo o princípio da proibição do retrocesso social e também o princípio da norma mais favorável, o qual está positivado no artigo 7º, caput, da CF. Ele, o legislador infraconstitucional, é responsável por garantir e assegurar que os direitos fundamentais sejam aplicados na sua totalidade sem diminuição ou restrição, para que não se tornem vazios. Nota-se que impõe uma revisão da visão reducionista, pois trataria tais direitos como meros direitos infraconstitucionais ou meros direitos constitucionais conforme nos ensina Vecchi (2016, p.228).

Canotilho também leciona:

A vinculação do legislador à constituição sugere a indispensabilidade de as leis terem a forma e seguirem o processo constitucionalmente fixado para se considerarem, sob o ponto de vista formal e orgânico, conformes com o princípio da constitucionalidade. A constituição é, além disso, um parâmetro material intrínseco dos actos legislativos, motivo pelo qual só serão válidas as leis materialmente conformes à constituição [...] (1993, p. 360).

Esta vinculação do legislador, segundo o referido autor (1993), tem como sentido geral que ao regulamentar as relações jurídicas privadas não podem e nem devem estabelecer regimes jurídicos discriminatórios, a não ser que haja fundamento material para um tratamento desigual. Deve o legislador estar preocupado e atrelado à garantia de justiça, segurança, liberdade e principalmente aos direitos fundamentais, deve ainda ser garantidor do controle judicial da aplicação dos princípios materiais e formais do Estado Democrático de Direito.

O legislador infraconstitucional normatiza, devendo sempre estar em consonância com o já positivado e garantido, nunca pode fazer uma norma que retire direitos já adquiridos e nem que garanta menos do que o já está em pleno gozo aos cidadãos. Ao intérprete das normas o dever de cuidado para que sempre faça uma interpretação justa, buscando a máxima efetividade das normas e fazendo com que não haja o retrocesso social, Vecchi assim nos instrui:

Portanto, cabe ao intérprete/aplicador buscar a máxima efetividade/eficácia possível aos direitos fundamentais dos trabalhadores, impedindo a erosão de tais direitos pela legislação infraconstitucional, além de se guiar por esses direitos como padrões de reinterpretação de todo o arcabouço jurídico trabalhista, numa verdadeira interpretação conforme aos direitos fundamentais e à Constituição de 1988. Além disso, na interpretação/aplicação desses direitos, cabe viabilizar a interpretação mais favorável, sabendo-se que a previsão constitucional de tais direitos é apenas o piso mínimo, não o máximo (2016, p. 229).

A saúde e a segurança dos trabalhadores como direitos fundamentais, de acordo com o que foi estudado acima, devem sempre ser garantidas de forma ampla e não reduzida, para que os trabalhadores possam exercer suas funções de forma segura e saudável. Além disso, o legislador infraconstitucional deverá atender e entender a realidade para que se consiga ter o encaixe das normas na vivência da sociedade, evitando assim também o retrocesso social e na interpretação, a aplicação da norma mais benéfica, visando sempre o bem-estar dos trabalhadores e mais saúde e segurança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na história da humanidade os trabalhadores nem sempre puderam contar com um tempo livre, estavam sempre em jornadas exaustivas e quase ininterruptas de trabalho. Com a evolução da sociedade, por meio de lutas, reivindicações e protestos, o trabalho ganhou uma nova interpretação deixando de ser considerado somente atividade de escravos e servos, tornando-se uma forma de dignificação da pessoa humana como condição necessária para o exercício de sua cidadania.

A jornada de trabalho e sua limitação passaram por diversas modificações até ser regulamentada da maneira como está vigente hoje, sendo de oito horas diárias e 44 horas semanais. A limitação da jornada de trabalho foi resultado de muitas lutas e reivindicações pelos trabalhadores, tanto no mundo quanto no Brasil, até encontrar respaldo e ser reconhecida como direito fundamental na Constituição Federal de 1988. O artigo 7º, inciso XXII, da Carta Magna traz o direito fundamental dos trabalhadores à proteção da saúde e segurança, não podendo ser reduzido ou suprimido, mas sim usufruído em sua plenitude.

Além da limitação da jornada de trabalho, que visa proteger a saúde física e mental dos trabalhadores, também existem os intervalos laborais, que são mais que um simples direito dos

empregados a um período de descanso, são uma necessidade e uma recomendação feita pelos médicos e fisiologistas do trabalho para preservar o bem-estar e segurança dos operários.

Considerando que as normas e princípios constitucionais devem ser obedecidos, o legislador infraconstitucional tem o dever de efetivar a Constituição, não podendo criar normas que colidam com os preceitos ali positivados, para que os direitos fundamentais sejam protegidos e garantidos, para que se evite o retrocesso social.

Além disso, a Organização Internacional do Trabalho - OIT - agência da ONU para o mundo do trabalho, rege a proteção e segurança do trabalhador em âmbito internacional, mormente em sua Convenção nº 155, a qual o Brasil ratificou incorporando-a à legislação interna.

Diante disso, nota-se a importância e o dever de ser garantida a saúde e segurança no ambiente laboral, por se tratar de um direito fundamental dos trabalhadores, o qual não pode ser suprimido, desprezado ou em algum momento, serem editados e promulgados normas que o contrarie.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Trabalho decente**. 3. ed. São Paulo: LTr. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18.ed. São Paulo: LTr, 2019.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. Saúde e Segurança do Trabalho no Brasil. In. SILVA, Alessandro da, PESSOA André Magalhães, DRUCK, Graça, SOUZA, Ilan Fonseca de, WANDELLI, Leonardo Vieira, SCIENZA, Luiz Alfredo, MAENO, Maria, PARREIRAS, Mario. REIS, Odete Cristina Pereira, RODRIGUES, Otávio Kolowski, DUTRA, Renata Queiroz, CARVALHO, Sarah de Araújo. **Saúde e Segurança do Trabalho no Brasil**. Brasília. Gráfica Movimento, 2017.

MELO, Raimundo Simão. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador** 6 ed. São Paulo: LTr, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Conheça a OIT. Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/conheca-aoit/lang-pt/index.htm>> Acesso em: 03 set. 2022.

QUINTILIANO, Leonardo David. **Direitos sociais e vinculação do legislador**. A interpretação constitucional em tempo de crise do Estado social contemporâneo. Tese (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas Direito Constitucional) – Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa 2018.p. 11 -333.

VECCHI, Ipojuca Demétrius. **Direito Material do Trabalho**. Noções introdutórias, Relação de Emprego e Contrato de Trabalho. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016. vol. I.

PROPRIEDADE E ANÁLISE ECONÔMICA NO BRASIL PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988: ESTUDOS PRELIMINARES

Bianca Neves de Oliveira¹

INTRODUÇÃO

O objetivo deste paper² é resumir alguns aspectos relevantes da Análise Econômica do Direito, com vistas ao seu emprego no enfrentamento de questões jurídicas importantes no Brasil. O ponto de partida é o fato de que a Constituição Federal brasileira define a propriedade em seu art. 5º, inciso XXII, da CF, como direito de propriedade individual. E, assim sendo, como princípio, ou direito fundamental. É justo salientar que a Constituição dispõe, de forma específica, nos incisos XXVII a XXXI, a proteção ao direito autoral, à propriedade industrial e de marcas, e ao direito de herança. Contudo, como se assinalou no art. 5º, inciso XXIII, a Lei Maior, dispõe que a propriedade deverá atender a sua função social. O §1º, do mencionado artigo, traz assim o princípio da função social, grande limitador constitucional do direito de propriedade. Por sua vez, o §2º prevê que “são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

A Análise Econômica do Direito é uma metodologia científica voltada a demonstração empírica das decisões sociais e começou a ser utilizada de maneira ampla nos Estados Unidos por juristas interessados na gestão econômica. Na atualidade, desde a CF de 1988, com o conceito de propriedade, com o qual inicia-se o texto, surgiu a oportunidade para a aplicação nas decisões jurídicas brasileiras desta perspectiva. Para desenvolver esse raciocínio, neste paper, em um primeiro momento, aborda-se a teoria econômica de Cooter e Ullen³; para em um

¹ Bacharel em Direito pela Unisinos.2020. Mestranda pelo PPG Direito-UPF

² O estudo teve, inicialmente, como propósito um resumo da Análise Econômica do Direito (AED), atendendo a temática indicada pela professora, Karen Beltrame Becker Fritz, no Mestrado em Direito da UPF, em 2021.

³ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010.

segundo momento, expor alguns exemplos no Brasil, e colocar também a perspectiva da Teoria de Mackaay e Rousseau⁴. Assim como, far-se-á algumas críticas pontuais⁵.

1. TEORIA ECONÔMICA DA PROPRIEDADE EM COOTER E ULLEN⁶

Em um primeiro momento, colocar-se-á em breves linhas as principais ideias da Teoria Econômica da Propriedade de Cooter e Ullen. A teoria da negociação pode ser aplicada à venda de um carro ou à criação de uma sociedade civil, provando a generalidade e o poder da teoria. Ela serve de base para uma teoria econômica da propriedade e do direito de propriedade,⁷ que parte do pressuposto de que: ao negociar as pessoas chegam a um acordo a respeito das condições para sua interação e cooperação. Os autores citam as seguintes perguntas: A negociação privada irá determinar a propriedade? Quem pode reivindicá-las? O que um proprietário pode e não pode fazer? Quem poderá interferir na propriedade de um dono? Obtendo a resposta: O Teorema de Coase⁸. Nesse contexto as circunstâncias especiais que definem os limites do direito estão contidas numa proposição notável chamada de Teorema de Coase.⁹

Os autores mencionam o exemplo do pecuarista e do agricultor, um pecuarista vive ao lado de um agricultor. O agricultor planta milho em parte de sua terra e deixa outra parte dela não cultivada. O pecuarista cria o gado em toda a sua terra, a divisa entre a fazenda e a propriedade agrícola é clara, mas não tem cerca, assim, de tempos em tempos, o gado entra na propriedade do agricultor e causa prejuízo ao milho. Como resolver o problema, pois o prejuízo poderia ser reduzido construindo-se uma cerca, vigiando-se continuamente o gado, criando-se um menor número de cabeças de gado ou plantando-se menos milho, e cada uma dessas medidas tem seu custo.¹⁰ Sendo assim, o pecuarista e o agricultor poderiam negociar para decidir quem deveria arcar com o custo do prejuízo, a alternativa seria que a lei interviesse e atribuísse

⁴ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. pp.226-293.

⁵ Nesse sentido, pode se ver, LUHMANN, Niklas. **A Economia da Sociedade**. México: Herder, 2017.

⁶ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.99.

⁷ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.100.

⁸ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.102.

⁹ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.103.

¹⁰ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.103.

a responsabilidade a cada um pelos prejuízos causados. Há duas regras específicas que a lei poderia adotar: O agricultor é responsável por manter o gado fora de sua propriedade, e ele tem que pagar pelo prejuízo quando o gado entra (um regime que poderíamos chamar de "direitos dos pecuaristas" ou "âmbito aberto"; já o pecuarista é responsável por manter o gado em sua propriedade, e deve pagar pelo prejuízo quando o gado sai, ("direitos dos agricultores" ou "âmbito fechado"). Conforme os autores tem as seguintes regras: a) o agricultor não teria como recorrer judicialmente contra o prejuízo causado pelo gado de seu vizinho. Para reduzir o prejuízo, ele teria que plantar menos milho ou fazer uma cerca em torno da área cultivada; b) o pecuarista precisa construir uma cerca para manter o gado dentro de sua propriedade. Se o gado escapar, a lei poderia esclarecer os fatos, determinar o valor monetário do prejuízo e fazer o pecuarista pagá-lo ao agricultor. O agricultor e o pecuarista conseguem negociar juntos e chegar a um acordo a respeito das condições da cooperação, sendo uma "negociação bem-sucedida", a negociação ocorre mediante a comunicação entre as partes.¹¹

Coase usou o termo "custos de transação", para designar os custos da comunicação, ocorrendo impedimentos da negociação, pois é necessariamente bem-sucedida quando os custos de transação são iguais a zero, quando os custos de transação são nulos (ocorre a invariância, independente da regra do direito), um uso eficiente dos recursos resulta da negociação privada, independente da atribuição jurídica de direitos de propriedade para alcançar a eficiência, o Teorema de Coase¹² especifica implicitamente quando o direito da propriedade é importante a curto prazo.¹³

Os efeitos da dotação, levantamentos e experiências revelam que as pessoas às vezes exigem muito mais para abrir mão de algo que têm, do que estariam dispostas a pagar para adquiri-lo, a diferença entre o preço com exemplos de compra e de venda, pois o preço varia dependendo da atribuição inicial da propriedade.¹⁴

¹¹ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.104.

¹² COASE, Ronald H. **A Firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

¹³ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.104.

¹⁴ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.104.

Já as normas sociais, são costumes, pois evoluem para fazer frente a custos externos, sem negociação ou lei, por exemplo: uma norma social na Califórnia exige que os pecuaristas assumam responsabilidade pelo controle de seu gado. Os elementos dos custos de transação, são os custos das trocas ou comércio, de uma transação comercial, isso tem três etapas: 1. é preciso localizar um parceiro comercial, isso implica achar alguém que queira comprar o que você está vendendo ou vender o que você está comprando; 2. uma negociação tem de ser fechada entre os parceiros comerciais, sendo uma negociação bem-sucedida, quando pode incluir a redação de um acordo; 3. depois de se ter alcançado uma negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida, monitora o desempenho das partes e punir violações do acordo. Ocorrem, três formas de custos de transação, que correspondem a três passos de uma transação comercial: (1) custos da busca para a realização do negócio, (2) custos da negociação, (3) custos do cumprimento do que foi negociado, exemplo, de um custo de busca: a negociação de um acordo para a compra de um carro: a. Barganhar o preço; b. Cobrar os pagamentos mensais pela compra; c. Perder tempo de trabalho para que o comprador e o vendedor se encontrem; d. Comprar um anúncio na seção de classificados do jornal; e. Comprar um jornal para obter os classificados; f. Perguntas feitas pelo comprador ao vendedor sobre o sistema de ignição do carro.¹⁵ As partes poderão querer um acordo, nesse caso advogados podem facilitar as negociações se interpondo entre as partes. As transações assim têm três estágios, e cada um deles tem um tipo especial de custos: 1. custos da busca; 2. custos da negociação; 3. custos da execução. Esses custos variam, podem ser altos ou baixos, e vai de zero até indefinidamente elevados, dependendo da transação. Atualmente quase tudo pode ser feito pela internet.¹⁶

De acordo com o autor, dependendo do nível dos custos de transação e a regra jurídica apropriada, haverá uma divisão (limite) dos custos de transação: em uma região em que a negociação funcionará; e outra região em que isso não acontecerá. Dois casos, por exemplo: 1) a negociação é bem-sucedida: os direitos legais, não afetam a eficiência (baixos custos de

¹⁵ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.105.

¹⁶ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.106.

transação), assim ocorre a aplicação ao Teorema de Coase; 2) a negociação fracassa: os direitos legais afetam a eficiência (altos custos) de transação.¹⁷

Os teoremas normativos de Coase e Hobbes, comentam como a redução dos custos de transação "lubrifica" a negociação, sendo um objetivo jurídico importante lubrificar as negociações privadas diminuindo os custos de transação. Uma maneira interessante da lei contemplar isso é definindo direitos de propriedade de forma objetiva, caso do exemplo do Teorema Normativo de Hobbes, que exige que a lei crie o "âmbito aberto" (direitos dos pecuaristas), e não o "âmbito fechado" (direitos dos agricultores). Esses dois princípios normativos do direito da propriedade minimizam o prejuízo causado por desacordos privados relativos à alocação de recursos (o Teorema Normativo de Hobbes) e minimizam os obstáculos a acordos privados relativos à alocação de recursos (o Teorema Normativo de Coase) que têm uma aplicação ampla no direito.¹⁸

Referente a indagação lubrificar ou alocar? Coase versus Hobbes, os Teoremas de Coase e de Hobbes caracterizam duas formas pelas quais o direito pode aumentar a eficiência, quando os custos de transação são positivos: a) o direito pode lubrificar o intercâmbio privado diminuindo os custos de transação; b) o direito pode alocar direitos de propriedade à parte que mais os valoriza. De um lado, os Legisladores (supondo que não utilizam o Teorema de Coase), agem com informações limitadas, e se deparam (imaginam) com um equilíbrio entre custos de transação e custos de informação. Já por outro lado, os Tribunais, seguindo rigorosamente os precedentes judiciais (nos Estados Unidos), evitam os custos de informação ao determinarem quem mais valoriza um direito. Com a adesão rigorosa aos precedentes, por parte dos Tribunais, as partes precisam arcar com conflitos, custos de transação, e de correção das alocações judiciais ineficientes de direitos. Assim sendo, a eficiência exige que os Tribunais façam o que é mais barato.¹⁹ Como os direitos de propriedade são protegidos? Como um Tribunal deveria reagir quando uma pessoa privada, ou, o governo, infringe os direitos de propriedade de alguém? Por meio de Indenizações e mandados de segurança, são os remédios jurídicos disponíveis para um

¹⁷ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.107.

¹⁸ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.109.

¹⁹ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.110.

tribunal do Common law, são indenizações ou os remédios por equidade (ação mandamental). O principal remédio jurídico é o pagamento de uma indenização pecuniária pelo réu ao autor da ação. Essa indenização é uma quantia em dinheiro que visa ressarcir o autor da ação pelas infrações cometidas contra ele pelo réu. O Tribunal determina a quantia apropriada de dinheiro que irá "compensar o autor da ação".²⁰

Assim sendo a indenização "tem efeito retroativo" no sentido de indenizar o autor da ação por um dano ou prejuízo já sofrido, ao passo que o remédio jurídico equitativo (ação mandamental ou ordem judicial) "tem efeito proativo" no sentido de que impede um réu de infligir um dano ou prejuízo ao autor da ação no futuro.²¹

2. DIREITO DE PROPRIEDADE PÓS CF 1988 E A TEORIA DE MACKAAY, ROUSSEAU. E CRÍTICAS DE NIKLAS LUHMANN

A CF de 1988, permitiu a introdução no CC de 2002, de princípios como a Função Social da Propriedade, gerando o que muitos interpretam, como constitucionalização do Direito privado. Perante essa questão, autores como Luciano Timm,²² tem aplicado a metodologia da análise econômica do Direito para refletir sobre os novos modelos de Direito privado, por exemplo: ao defender a vigência da cláusula arbitral. Timm entende com reservas a ideia da constitucionalização do Direito privado, ao questionar a ênfase no público em detrimento do privado, chegando a defender a privatização do Direito Público.

Assim, objetiva-se "demonstrar os dois paradigmas conflitantes no que toca à função social do Direito Contratual no Brasil, os quais emergem da disputa em torno da interpretação do disposto no supracitado art. 421. Este embate não é apenas dogmático, tampouco versa apenas sobre a revelação do Direito pelos juristas."²³ Para ele, o primeiro paradigma, que se chama de modelo solidarista (ou paternalista, como preferem os americanos) do Direito

²⁰ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.112.

²¹ COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010, p.113.

²² TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil. Ensaios sobre o mercado, a reprivatização do Direito civil e a privatização do Direito público**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008.

²³ TIMM, Luciano Benetti. **Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva VS. Eficiência Econômica**. *RIDB*, Ano 1 (2012), nº 6, p.4

Contratual, está embasado em uma visão coletivista sociológica da sociedade e, por conseguinte, dos contratos. O segundo, que Timm chama de modelo de Direito e Economia do Direito Contratual, que se vale da noção individualista, própria dos economistas, do que vem a ser um contrato e de sua função na sociedade²⁴.

Nessa linha de ideias, para Timm no Brasil, pode-se deparar com o mesmo debate concernente à função social do Direito Contratual, realizado de forma mais dramática que na Europa, e mais próxima dos Estados Unidos, por duas razões. Primeiro, pelo advento da Constituição de 1988, com a criação de direitos positivos (direitos sociais e econômicos), e pela entrada em vigor do novo Código Civil, ensejando intensos debates e disputas de paradigmas de Direito Contratual.²⁵

De acordo com o modelo de Direito e Economia do Direito Contratual, a proteção dos interesses sociais nem sempre é entendida como interferência em favor da parte mais fraca nos casos em que haja desnível de poder de barganha entre os contratantes, acarretada por esta política pública para os consumidores como um todo. Nesse sentido, a excessiva intervenção judicial nos contratos pode trazer instabilidade jurídica e insegurança ao ambiente econômico, acarretando mais custos de transação às partes, para que negociem e façam cumprir os pactos.²⁶

Para Flávia Vera, "outra forma de pensar os benefícios de se conferir uma propriedade é pensar na responsabilidade e interesse do proprietário. Uma República de estudantes certamente será cuidada com menor zelo do que um quarto alugado por um estudante. Quando cuidamos de algo nosso a definição de responsabilidade é clara e os benefícios também. Da mesma forma, o uso de bem público, que é de todos e também de ninguém, particularmente tem que estar protegido de regras claras e monitoramento, com sanções para maltrato, não importa o País. Esse comportamento é Universal porque estamos tratando de indivíduos, que buscam antes de

²⁴TIMM, Luciano Benetti. **Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva VS. Eficiência Econômica.** *RIDB*, Ano 1 (2012), nº 6, p.4

²⁵TIMM, Luciano Benetti. **Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva VS. Eficiência Econômica.** *RIDB*, Ano 1 (2012), nº 6, p.17.

²⁶TIMM, Luciano Benetti. **Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva VS. Eficiência Econômica.** *RIDB*, Ano 1 (2012), nº 6, p.6.

tudo, maximizar o Bem-Estar, não importa a cultura, origem ou sistema Legal.”²⁷ Assim sendo, a análise econômica de Direito (EAD) colabora com a ciência jurídica por meio de um método de raciocínio que facilita para seus defensores a cientificidade do estudo do Direito.

Para Vera, a teoria a ser seguida para a solução das questões da EAD, conforme autores como os citados Cooter e Uller, e Mackaay e Rousseau, depende de uma teoria das negociações (Bargaining Theory), onde a apropriação de um Bem é o pré-requisito para troca. A Teoria dos Jogos seria a fonte da Teoria da Negociações e entendimento do Direito de Propriedades e de Contratos. Segundo Vera “A Teoria das Negociações baseia-se em jogos cooperativos, baseados em confiança e a decorrente ideia do benefício das trocas (do valor adicionado gerado)”.²⁸ É importante salientar, nesse momento, a relevância do Teorema de Hobbes: a Lei deve se estruturar de forma a minimizar os prejuízos causados pelas falhas (alto custo de transação) das negociações particulares.

Outrossim, segundo Mackaay e Rousseau se pode enfrentar a questão desde a análise econômica do Direito. Assim, a indenização perfeita é uma quantia de dinheiro que substitui o dano e deixa a vítima indiferente a respeito de sua ocorrência. A vítima que recebe uma indenização perfeita não tem razão para se queixar a respeito do dano. Em consequência, a justiça muitas vezes não pune pessoas que indenizam perfeitamente os danos que causam. Pode-se reformular este argumento em termos econômicos. A indenização perfeita internaliza completamente os custos externos de uma lesão. Quando os custos são completamente internalizados, a eficiência exige liberdade de ação, e não dissuasão²⁹.

Em vez de prometer aos acionistas, para Mackaay e Rousseau, uma taxa de retorno precisa sobre seu investimento, os diretores fazem promessas vagas de serem leais e darem o melhor de si. Mesmo que os diretores não façam tais promessas, a tradição do common law exige que eles sejam leais aos acionistas e deem o melhor de si. Às vezes, entretanto, os diretores se portam

²⁷ VERA, Flávia Santinone. **A Análise Econômica da Propriedade**, pp.200-203, In TIMM, Luciano Benetti. Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁸ VERA, Flávia Santinone. **A Análise Econômica da Propriedade**, p.206, In TIMM, Luciano Benetti. Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁹ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.260.

de maneira desleal e os acionistas os processam. A título de ilustração, suponha que uma diretora fique sabendo da existência de minerais valiosos nas terras da empresa. Antes que outra pessoa descubra, a diretora induz a empresa a vender a terra a ela. O relacionamento entre acionistas e diretores implica confiança. A confiança seria solapada caso se permitisse a um diretor tomar ativos que pertencem a empresa. O caso típico em que os tribunais adotam a execução específica como remédio jurídico implica a venda de bens para os quais não existe um substituto próximo, exemplos de bens assim são a terra, casas, antiguidades, obras de arte e contratos de trabalho especializado. Em contraposição a isso, quando o descumprimento implica a venda de bens para os quais existem substitutos próximos, a justiça geralmente concede uma indenização como remédio jurídico. A vítima pode usar a indenização para comprar uma execução substituta, exemplos de bens assim são carros novos, trigo, televisores e ações em empresas de capital aberto³⁰.

Os Remédios Jurídicos definidos pelas partes: danos líquidos, muitas vezes, os contratos especificam o remédio jurídico para o descumprimento de uma de suas condições. O contrato poderia estipular uma quantia de dinheiro que a parte que quebra a promessa pagará à parte inocente ("danos líquidos"). Como alternativa, as partes podem deixar ativos valiosos em depósito com um terceiro e especificar que os ativos deveriam ser dados à vítima em caso de descumprimento ("caução negociada"), os tribunais examinam as condições que especificam remédios jurídicos de maneira mais cética e crítica do que outras condições constantes em contratos. Em vez de fazer cumprir condições que especifiquem remédios jurídicos, a justiça às vezes revoga as condições e as substitui por remédios jurídicos definidos por ela mesma [...].³¹

As tradições do common law e do civil law diferem no que diz respeito à execução de cláusulas punitivas de contratos. Uma tradição do common law impede os tribunais de executar condições que estipulem uma indenização maior do que o dano efetivo causado pelo descumprimento. A estipulação de uma indenização que exceda as exigências para o ressarcimento pode cumprir três funções. Era primeiro lugar, o elemento punitivo pode ser

³⁰ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2015.p.261.

³¹ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2015.p.262.

considerado pagamento num contrato de seguros feito em favor da parte inocente pela parte inadimplente, uma segunda razão para executar cláusulas punitivas é que elas muitas vezes transmitem informações sobre a confiabilidade do promitente [...] ³².

Uma terceira razão para executar cláusulas punitivas, explicada por Avery Katz, é que a maioria das multas ou penalidades pode ser reformulada em forma de bônus. Os modelos de remédios jurídicos, segundo Mackaay e Rousseau, depois de descrever os remédios jurídicos para a quebra de contrato, passamos a analisá-los agora. Uma análise econômica dos remédios jurídicos modela seus efeitos sobre o comportamento, os remédios jurídicos afetam muitos tipos de comportamento, mas não podemos modelar todos. Descumprimento e cumprimento eficiente, quando as circunstâncias mudam, não cumprir uma promessa pode ser mais eficiente do que cumpri-la. ³³

Nessas circunstâncias, o descumprimento ocorre de duas formas. Em primeiro lugar, o promitente pode descumprir o contrato quebrando sua promessa, o que os teóricos chamam de "descumprimento eficiente". Em segundo lugar, as partes podem renegociar e modificar o contrato para permitir o descumprimento da obrigação original. ³⁴

Quando o descumprimento é mais eficiente do que o cumprimento, o que determina se irá romper o contrato ou renegociá-lo? Segundo o Teorema de Coase, as partes irão renegociar sempre que os custos transacionais forem baixos. Ao renegociar, as partes dividirão o excedente resultante da substituição do contrato original por um mais eficiente. As condições do contrato renegociado dependerão do poder de barganha das partes, que, por sua vez, depende do remédio jurídico na eventualidade de que a barganha fracasse ³⁵. As próximas duas seções explicam como o remédio jurídico (por exemplo, indenização por quebra de expectativa ou

³² MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.262.

³³ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.263.

³⁴ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.264.

³⁵ COASE, Ronald H. **A Firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

execução específica) afeta o poder de barganha quando há uma contingência infeliz ou uma contingência feliz.³⁶

A eficiência exige que os jogadores escolham as ações que maximizem a soma dos retornos para o principal e para o agente. Encontra-se a soma dos retornos somando os dois números em cada cela. É fácil perceber que cumprir a promessa a um custo baixo é mais eficiente do que descumpri-la, ao passo que descumpri-la é mais eficiente do que cumpri-la a um custo elevado. Mostramos que o remédio jurídico da indenização faz com que o agente cumpra a promessa a um custo baixo e a descumpra, em vez de cumpri-la, a um custo elevado. Em contraposição a isso, o remédio jurídico da execução específica faz com que o agente cumpra a promessa a um custo baixo, e às vezes a descumpra e às vezes a cumpra a um custo elevado. Ele a cumpre a um custo alto quando a renegociação não dá certo. Consequentemente, o remédio jurídico da indenização é sempre eficiente, ao passo que a execução específica às vezes é ineficiente.³⁷

É possível ocorrerem dois tipos de contingência: Feliz e Infeliz. A contingência feliz, para Mackaay e Rousseau, cuja exposição precedente explicou, ocorre quando uma toma o cumprimento não econômico e o promitente quer evitá-lo, sendo o remédio jurídico injuntivo, aumenta o poder de barganha do promissário (promitente) nas negociações subsequentes sobre o remédio jurídico indenizatório. Agora, poder-se-ia aplicar-se esta linha de argumentação a uma contingência feliz³⁸. Uma contingência feliz faz com que o promitente queira evitar o cumprimento da promessa com base no contrato original, a fim de lucrar ainda mais com um contrato alternativo, sendo o remédio jurídico injuntivo aumenta o poder de barganha do promissário nas negociações subsequentes sobre o remédio jurídico indenizatório.³⁹ Entretanto o Teorema de Coase implica que os remédios jurídicos fixados pelo tribunal só diferem no tocante à eficiência quando os custos transacionais são positivos [...] ⁴⁰

³⁶ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.265.

³⁷ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.267.

³⁸ Uma contingência feliz é, normalmente, um contrato alternativo que é mais lucrativo ainda do que o contrato original.

³⁹ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.268.

⁴⁰ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.269.

Essa análise do direito da propriedade revela um paradoxo quando deparamos com ações estatais que exigem a indenização de donos de propriedade privada por reduções nos valores de suas propriedades ("subtrações") e ações estatais que não exigem indenização ("regulamentações"). Isso caracteriza o paradoxo da Indenização em Mackaay e Rousseau. Um contrato impõe ao promitente obrigações que são, normalmente, dispendiosas de cumprir. Para cumprir ou aumentar a probabilidade de cumprimento, o promitente precisa investir. O promitente terá um incentivo para investir mais no cumprimento quando a responsabilidade civil pelo descumprimento for mais elevada. Inversamente, o promissário pode aumentar o valor do cumprimento confiando, mas confiar também aumenta o prejuízo resultante do descumprimento. O promissário terá um incentivo para confiar mais quando a responsabilidade civil pelo descumprimento for mais elevada.⁴¹

Segue-se a forma geral do paradoxo do ressarcimento de acordo com o autor, os seguintes itens: para que o autor do dano internalize os custos, ele tem de ressarcir plenamente a vítima. Já para que a vítima internalize os custos, ela não deve receber ressarcimento por seus danos. No direito privado, o ressarcimento pago pelo autor do dano equivale ao ressarcimento recebido pela vítima, por isso, o direito privado não pode internalizar os custos para o autor do dano e a vítima como exige a eficiência. No direito contratual, este paradoxo assume a seguinte forma. Para que o promitente internalize os benefícios da precaução, ele tem de ressarcir plenamente a promissária por descumprimento da promessa. Para que a promissária internalize os custos da confiança, ela não deve receber indenização pelo descumprimento. No direito contratual, o ressarcimento pago pelo promitente por descumprimento da promessa equivale ao ressarcimento recebido pela promissária, por isso, o direito contratual não pode internalizar os custos para o promitente e para a promissária como exige a eficiência⁴².

A maioria das pessoas cuida de seus próprios interesses melhor do que qualquer outra pessoa o faria por elas. Entretanto, pessoas incompetentes não podem cuidar de si mesmas, de

⁴¹ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.271.

⁴² MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.272.

modo que outras precisam fazê-lo. A lei atribui a responsabilidade por proteger pessoas incompetentes de contratos prejudiciais às pessoas competentes com as quais elas negociam.⁴³

As pessoas competentes têm de proteger os interesses de parceiros contratuais incompetentes ou assumir a responsabilidade civil por deixar de fazê-lo. Portanto, a lei interpreta um contrato entre uma pessoa competente e outro incompetente de modo a servir aos melhores interesses desta última [...].⁴⁴

De acordo com os autores cada uma das partes precisa receber ao menos tanto quanto pode obter por conta própria ("valor de ameaça"). Muitas vezes, a barganha implica trocar exigências e propostas ou ofertas na tentativa de acordar o preço da cooperação[...] ⁴⁵. Conforme a barganha, que implica exigências e ofertas, é o oposto da coerção, que implica ameaças. Um contrato geralmente implica uma barganha em que uma parte dá algo para induzir a outra parte a fazer uma promessa. A barganha facilita a cooperação, que é produtiva. Ambas as partes geralmente esperam ganhar com a barganha. Ambas geralmente querem a executabilidade para garantir um compromisso digno de crédito com a cooperação.⁴⁶ Em contraposição a isso, um contrato feito sob coação tem os traços opostos. A coação geralmente implica extrair uma promessa mediante uma ameaça. A execução da promessa geralmente redistribui riqueza de uma pessoa para outra. Uma parte esperar ganhar com uma promessa obtida sob coação, e a outra espera perder. Uma quer a executabilidade de uma promessa obtida sob coação, e a outra não a quer. Outra diferença importante entre barganhas e contratos decorrentes de coação diz respeito à consequência de uma tentativa malsucedida de estabelecer um contrato, pois se a barganha fracassa, as partes não cooperam nem criam um excedente.

Suponha a necessidade, como a coação, o estado de necessidade é uma promessa feita sob um constrangimento muito grande. Como explicamos, a coação diz respeito a um constrangimento muito grande imposto ao promitente pelo promissário. Em contraposição a isso, a necessidade diz respeito a um constrangimento muito grande imposto ao promitente por

⁴³ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.273.

⁴⁴ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.281.

⁴⁵ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.282.

⁴⁶ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.283.

alguém que não seja o promissário. A causa do constrangimento muito grande poderia ser o promitente, um terceiro ou a má sorte.⁴⁷

Em casos de coação e necessidade, o promissário faz uma ameaça destrutiva e o promitente reage fazendo uma promessa unilateral. A natureza da ameaça, entretanto, é diferente para as duas doutrinas. No caso da coação, o promissário ameaça destruir agindo. No caso do estado de necessidade, ele ameaça destruir não agindo, especificamente não salvando. Por exemplo, a passante ameaça deixar o cirurgião abandonado numa estrada no deserto a menos que ele prometa pagar US\$ 50 mil por 5 litros de gasolina. [...]. O salvamento merece uma recompensa apropriada, e não uma recompensa extravagante. Uma recompensa apropriada proporciona incentivos eficientes para o salvamento. Os incentivos eficientes para o salvamento induzem investimento suficiente no salvamento, de modo que o custo equivale ao benefício esperado. O benefício esperado equivale à probabilidade de um salvamento multiplicada por seu valor, distinguimos três espécies de salvamento por seu custo. Em primeiro lugar, um salvamento fortuito usa recursos que estavam à disposição por acaso. Por exemplo: causalmente a passante tem gasolina extra em seu tanque quando ela se encontra por acaso com o cirurgião retido por falta de combustível, de modo que ela passa com um sifão 5 litros de gasolina do tanque de seu carro para o tanque do carro dele. Em segundo lugar, um salvamento previsto usa recursos guardados para a eventualidade de se fazerem necessários para salvar alguém. Por exemplo: a passante sempre leva um galão de 5 litros de gasolina no porta-malas de seu carro só para o caso de se encontrar com alguém retido por falta de combustível. Em terceiro lugar, para um salvamento planejado ocorre quando a pessoa que salva procura pessoas que necessitem de salvamento, por exemplo: um profissional de salvamento que está patrulhando o deserto dá com o cirurgião retido lá.⁴⁸

A impossibilidade, no caso da coação e da necessidade, o constrangimento muito grande precede a promessa. Às vezes, um constrangimento muito grande se segue à promessa e impede seu cumprimento. Por exemplo: um cirurgião poderá prometer fazer uma operação e depois

⁴⁷ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.285.

⁴⁸ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.286.

quebrar sua mão antes da data marcada para a cirurgia. Embora não possa cumprir a promessa, ele poderia pagar uma indenização. Se não pode cumprir fisicamente a promessa, a lei pode escusá-lo ou então exigir que pague uma indenização. Em geral, quando uma contingência torna impossível o cumprimento, o promitente deveria ser escusado ou responsabilizado? Às vezes, as condições explícitas constantes no contrato oferecem orientação para preencher uma lacuna [...], em outros casos, entretanto, as condições do contrato e o costume do segmento não oferecem orientação para a alocação do risco. Quando o contrato não aloca o risco de maneira explícita ou implícita a uma das partes, a lei precisa fazer isso. No direito contratual, normalmente o promitente é responsabilizado pelo descumprimento, mesmo que não seja culpado dele. Em outras palavras, a responsabilidade civil contratual é estrita [...], em algumas circunstâncias, contudo, a impossibilidade física de cumprir a promessa escusa o descumprimento [...].⁴⁹

Para Mackaay, e Rousseau, a doutrina da impossibilidade diz respeito a contingências que tomam impossível o cumprimento da promessa. Essas contingências representam um risco, semelhante ao risco de uma pneumonia ou um acidente de trânsito. A economia tem uma teoria sobre a alocação eficiente de risco. A eficiência exige que se aloque o risco às pessoas que possam assumi-lo ao menor custo. Se a doutrina da impossibilidade no direito contratual fosse eficiente, ela atribuiria a responsabilidade civil à parte que possa assumir ao menor custo o risco de que o cumprimento se torne impossível [...], a capacidade de uma pessoa de reduzir e diversificar o risco determina sua capacidade de assumi-lo, a eficiência exige que se aloque o risco às pessoas que possam assumi-lo ao menor custo. Portanto, a eficiência exige que se interprete a doutrina da impossibilidade como se segue: se uma contingência torna impossível o cumprimento da promessa, atribua a responsabilidade civil à parte que poderia reduzir ou diversificar o risco ao menor custo [...], já a frustração do objeto do contrato, tendo exposto uma contingência que impede o cumprimento do contrato, examinamos agora uma contingência que destrói seu objeto [...] a doutrina da impossibilidade oferece uma regra-padrão para alocar o prejuízo causado por contingências remotas que tomem impossível o cumprimento da promessa. De modo semelhante, a doutrina da frustração do objeto do contrato oferece uma regra padrão para alocar o prejuízo causado por contingências que tomem sem sentido o cumprimento da

⁴⁹ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.288.

promessa. A eficiência exige que se aloque o risco à parte que possa arcar com ele ao menor custo. Portanto, a eficiência implica que se interprete a doutrina acerca da frustração do objeto do contrato da seguinte maneira: se uma contingência torna sem sentido o cumprimento da promessa, atribua a responsabilidade civil à parte que poderia assumir o risco ao menor custo. [...] a capacidade de uma pessoa de reduzir e diversificar o risco deter mina seu custo de arcar com ele. É patente que a eficiência exige que se aloque o risco do adiamento aos proprietários de imóveis e não às pessoas que alugaram os quartos.⁵⁰

Finalmente, em outra visão, “crítica da AED, do ponto de vista da teoria dos sistemas sociais Niklas Luhmann entende que a observação da análise econômica depende de uma metodologia individualista que opta por um processo de decisões racionais baseadas na competência para o enfrentamento das contingências infelizes.”⁵¹ Isso implica em uma incapacidade de redução da complexidade por meio de uma comunicação social mais integradora.

Segundo Luhmann, “Uma teoria geral do direito, ou, ao menos, a que é ensinada nos cursos introdutórios deve limitar-se a representar um pouco de tudo o que existe: realismo jurídico em suas variantes americanas ou escandinavas, teoria analítica do direito, jurisprudência analítica, jurisprudência sociológica e sociologia do direito, correntes do direito racional e positivista, além de suas respectivas e diferentes debilitações de fases tardias, que são a análise econômica do direito e a teoria de sistemas”⁵².

Nesta linha de ideias, segundo Rocha, “o Direito, para Luhmann, embora visto como uma estrutura, é dinâmico devido à permanente evolução provocada pela sua necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo. Assim, esta complexidade heterogênea, causada pela chamada dupla contingência, é combatida pelos processos de identificação estrutural, somente possíveis

⁵⁰ MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.291.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.9.

⁵² LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.10.

com a criação de diferenciações funcionais”.⁵³ Isso implicaria na necessidade de uma perspectiva sociológica baseada na organização e risco para uma melhor observação do Direito.⁵⁴

Segundo Pilau Sobrinho, a “concepção dominante de sociedade como grupo de pessoas localizadas em determinado espaço geográfico cede lugar à ideia de comunicação. Para Luhmann a comunicação é gerada por comunicações em uma contínua cadeia recursiva, na qual o produto das diversas comunicações sociais será sempre novas comunicações, rompendo-se, assim, com a ideia sistêmica inicial parsoniana de sistemas de ação”.⁵⁵

Para Luhmann, a economia da sociedade dependeria de uma análise dos meios de comunicação simbólica expresso pelo Dinheiro.⁵⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em guisa de conclusão, observa-se que as teorias da Análise Econômica do Direito (EAD) permitem, como se viu, desde Cooter/Uller e Mackaay/Rousseau, que se estabeleça uma forte base epistemológica para a implementação de uma perspectiva empírica para o processo de tomada de Decisões nas organizações jurídicas. Como exemplo, pode-se inferir que a Análise Econômica do Direito é empregada para explicar a função social do contrato em um ambiente de mercado, como afirma TIMM. Essa perspectiva proporciona motivações comportamentais na coletividade, não desde a parte mais fraca do contrato, mas desde a totalidade das pessoas que efetivamente, ou potencialmente, integram um determinado mercado de bens e serviços. Ademais, no raciocínio argumenta-se favoravelmente à utilização da análise econômica do Direito no âmbito dos contratos, para que se alcance um entendimento mais perspicaz acerca das externalidades do contrato, gerando menos prejuízo à coletividade e mais eficiência social.

⁵³ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 5(2):141-149, julho-dezembro 2013 © 2013 by Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2013.52.06. p.8.

⁵⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 5(2):141-149, julho-dezembro 2013 © 2013 by Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2013.52.06. p.9.

⁵⁵ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito a saúde**. Sevilha: PUNTO ROJO LIBROS, S.L., España, 2016. p.53

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **A Economia da Sociedade**. México: Herder, 2017. Cap.7, p.281.

Portanto, a eficiência que se interprete a doutrina acerca da frustração do objeto do contrato da seguinte maneira: se uma contingência torna sem sentido o cumprimento da promessa, atribua a responsabilidade civil à parte que poderia assumir o risco ao menor custo.

Contudo, fica a observação crítica de Niklas Luhmann para quem a observação da análise econômica depende de uma metodologia individualista que opta por um processo de decisões racionais baseadas na competência para o enfrentamento das contingências infelizes. Deste modo, afasta-se de uma crítica social.

Assim sendo, a teoria da comunicação ampliaria o eixo da metodologia da EAD para um nível mais abrangente apto a uma maior redução da complexidade das decisões tidas como racionais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

COASE, Ronald H. A Firma, o mercado e o direito. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. Direito & Economia. 5. Ed. – Porto Alegre: Bookman, 2010.

FRITZ, Karen Beltrame Becker; NASCIMENTO, Aline Trindade do; FRITZ FILHO, Luiz Fernando. Diálogo entre as teorias da justiça de John Rawls e Amartya Sen. In: Sirlei Glasenapp e Solange Regina Marin. (Org.). Ensaio Sobre o Pensamento de Amartya Kumar Sen. 1ed. Santa Maria: Editora da UFSM, 2018, v. 1.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CRUZ, Paulo Márcio; ZIBETTI, Fabiola Wust. Organização. Jurisdição Constitucional, democracia e relações sociais [livro eletrônico]: perspectivas da atualidade. Itajaí, SC: Ed. dos Autores, 2023.

LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. A Economia da Sociedade. México: Herder, 2017.

MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2015.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Comunicação e direito a saúde*. Sevilha: PUNTO ROJO LIBROS, S.L., España, 2016.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)* 5(2):141-149, julho-dezembro 2013 © 2013 by Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2013.52.06.

TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Civil. Ensaio sobre o mercado, a reprivatização do Direito civil e a privatização do Direito público*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva VS. Eficiência Econômica. *RIDB*, Ano 1 (2012), nº 6.

VERA, Flávia Santinone. *A Análise Econômica da Propriedade*, In TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

DEMOCRACIA E A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Ari Rheinheimer Filho¹

Leonardo José Diehl²

INTRODUÇÃO

Antes de qualquer exposição ou manifestação a respeito da discussão – não só acadêmica, mas da própria sociedade – sobre o chamado “ativismo jurídico”, é importante verificar minimamente a origem da legitimação do Poder Judiciário. Quais são os aspectos fundantes de sua instituição e de suas decisões? Por que seus representantes – não eleitos – podem, por exemplo, decidir sobre a suspensão de uma norma aprovada por um parlamento, cuja legitimidade advém da democracia representativa? Qual é o encadeamento racional e lógico desta possibilidade? Será a “commownização” do direito como fonte primária? Como a doutrina estrangeira lida com isso? O Poder Judiciário é uma espécie de poder moderador das decisões tomadas pelos demais poderes? Quais as reações institucionais e da própria sociedade frente a esse paradigma? O quanto a teoria sobre o Estado elaborada por Sieyès e Montesquieu são aplicáveis atualmente? Hoje, é um momento de crise teórica e de adaptação em relação a um novo marco sobre o Estado moderno (o modelo atual entrou em declínio)?

A fórmula constitucional para escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal é política e é realizada de acordo com a condução ideológica da sociedade, assim ele se torna um tribunal jurídico e político, limitando as ações dos três poderes. Sua função primordial é interpretar a Constituição, portanto sua legitimidade é um exercício abstrato cognitivo. O Estado também assim o é, não é uma *persona reale* e sua existência e legitimidade parte da tripartição dos poderes estatais, portanto a razão da existência do Estado está umbilicalmente ligada a existência

¹Mestrando em Direito pelo PPGD-UPF, e-mail: 16902@upf.br, currículo: <http://lattes.cnpq.br/8714685175087982>.

² Bel. Ciências Sociais e Jurídicas, e Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade de Passo Fundo, Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Carazinho/RS, Brasil, Advogado, leonardo@dwadvogados.com.

do Poder Judiciário e de sua legitimidade. Mas a sociedade não compreende, basta verificar o momento atual da sociedade brasileira: a contestação dos poderes e das instituições.

A dificuldade deste entendimento decorre da falta de “legitimidade de voto” do Poder Judiciário, que ocorre tanto no Poder Legislativo como no Executivo. Sobre este, geralmente é proeminente e agiganta-se em diversos países, especialmente nas nações em desenvolvimento (é uma distorção do sistema), ficando mais fácil e compreensível suas legitimações. Já a do Poder Judiciário necessita ser construída, trabalhada na sociedade.

Mas esta é uma teoria construída no processo revolucionário francês, e entre tantos, destaca-se Sieyès e, claro, utilizando-se muito da construção teórica de Montesquieu. Estes autores devem ser revisitados para se formular uma argumentação plausível em defesa das decisões dos magistrados com força de Estado.

Luís Roberto Barroso resume, com propriedade, o cenário atual acerca da discussão em foco, e vincula despretensiosamente, a democracia deliberativa à justificação da legitimidade do Poder Judiciário.

Rawls e Habermas, em outro contexto, já discutiam a democracia deliberativa e, o que se pretende, é avaliar com base no arcabouço histórico supracitado, a justificação comentada pelo eminente Ministro do STF.

1. A LEGITIMAÇÃO HISTÓRICA DO PODER JUDICIÁRIO

Neste capítulo, primeiramente se falará sobre Sieyès, buscando apresentá-lo e situá-lo no marco temporal e após se verificará a construção de sua teoria contida na obra. Mais adiante será revisitado Montesquieu e sua contribuição para a formatação do Estado e legitimidade dos poderes constituídos, buscando uma perspectiva histórica que permita analisar a equivocada contestação atual da legitimidade do Poder Judiciário, segundo o argumento da não elegibilidade pelo voto popular de seus membros e a acusação de interferência nas atribuições dos demais poderes constituídos (Legislativo e Executivo) a serem tratadas nos próximos capítulos.

Para buscar compreender Sieyès é importante analisar cronologicamente seu tempo: em 1715, Luís XV assume o trono francês; em 1774, Luís XVI ocupa o trono francês; 1776 ocorre a declaração de independência das colônias inglesas na América do Norte; em 1789 é finalizada a aprovação da constituição dos Estados Unidos e uma sucessão de fatos importantes ocorrem na França: instalação do chamado Estados Gerais, o Terceiro Estado se autoproclama Assembleia Nacional Constituinte, Tomada da Bastilha e ocorre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; em 1791, a Assembleia Constituinte proclama sua constituição, preservando o direito de veto do rei, anteriormente abolido e divide os cidadãos em ativos (com direitos de participação eleitoral) e os passivos (os que não tem direito de votar) e instalada nova Assembleia Legislativa de acordo com a Constituição; em 1792 inicia-se nova revolução, cai a Monarquia, ocorre Convenção Nacional, sem distinções entre os cidadãos em ativos e passivos e proclamada a República Francesa; em 1793 Luís XVI é guilhotinado, os Jacobinos assumem o poder e ocorre a promulgação da Constituição da República Jacobina contendo direito ao voto universal; em 1794 ocorre a contrarrevolução do 9 de Termidor; 1795 promulgada nova Constituição Republicana retirando o voto universal e inicia-se o governo do Diretório com duas Câmaras: a Baixa – Conselho dos 500 e a Alta – Conselho de Anciãos, elegendo o Poder Executivo que contava com cinco membros, entre eles Sieyès; em 1799 ocorre em 18 Brumário o golpe de Estado de Napoleão Bonaparte, onde é instituído o Governo do Consulado fazendo parte Bonaparte, Sieyès e Roger-Ducos, é outorgada nova Constituição; em 1802 Napoleão se autoneomeia Cônsul vitalício; em 1804 Napoleão torna-se imperador; em 1815 ocorre a batalha de Waterloo, onde Napoleão é derrotado por forças inglesas e prussianas; em 1821 morre Napoleão Bonaparte; e em 1836, após retorno de exílio por oposição a Bonaparte falece, em Paris, Sieyès³.

³ Conf. cronologia da Revolução Francesa e fatos contemporâneos significativos, in: Emmanuel Joseph Sieyès. **A Constituinte Burguesa**, p. 102-104.

Sieyès, procurou adaptar para a realidade francesa a teoria liberal e econômica de Adam Smith⁴, numa harmonização com os ideais mercantilistas esboçados por Condillac⁵, entre outros, lembrando que sua principal obra, aqui utilizada como parâmetro paradigmático, *Qu'est-ce que le Tiers État?* deve ser compreendida dentro de sua época, pois escrita no calor da revolução⁶.

Como se sabe, o conflito deflagrado com a Revolução Francesa, origina-se da crise social e econômica que assolava a França e a tentativa de a realeza preservar a nobreza e o clero, em detrimento do terceiro estado. Contudo, no início, não houve ruptura e o Abade Sieyès, juntamente com grandes liberais e a alta burguesia formam o Partido Nacional Patriota e o "Comitê dos Trinta", cuja participação da convocatória dos Estados Gerais, elaborou-se uma série de documentos cujo objetivo é a reforma do Estado e dentre eles se destacou a presente obra, buscando a igualdade entre as três esferas, onde o clero e a nobreza eram privilegiados e o Terceiro estado não. Diante deste conflito o Terceiro estado declara Assembleia Nacional, independentemente da participação do Clero e da Nobreza, cuja perspectiva era elaborar uma constituição para a sociedade francesa⁷.

Aurélio Wander Bastos⁸ adverte: "onde a obra deve ser analisada de dois prismas: o que seria a representatividade política da nação e, em segundo lugar, como os deputados deveriam se organizar para promulgar uma Constituição representativa". A ideia de o voto ser uno, por cabeça, era realmente revolucionária para a época, uma vez que, com isso, ele faria com que o Terceiro Estado (burgueses, camponeses e trabalhadores) fossem a maioria no parlamento, superando os privilegiados da nobreza e do clero. Diz mais adiante: "a origem do poder é a

⁴ Adam Smith (1723-1790) foi um economista e filósofo escocês. Considerado o pai da economia moderna. O mais importante teórico do liberalismo econômico do século XVIII. Sua principal obra "A Riqueza das Nações", é referência para os economistas. Pregava a não intervenção do Estado na economia e um Estado limitado às funções de guardião da segurança pública, mantenedor da ordem e garantia da propriedade privada. In: https://www.ebiografia.com/adam_smith/. Acesso em 02 jan. 2023.

⁵ Étienne Bonnot de Condillac (1715-1780) desenvolveu uma teoria do conhecimento baseada no empirismo onde as sensações são o principal instrumento que nos permitem conhecer. Este filósofo formulou os fundamentos da teoria do conhecimento na época do iluminismo. In: http://www.filosofia.com.br/historia_show.php?id=87. Acesso em 02 jan. 2023.

⁶ Conf. prefácio de José Ribas Vieira, in: Emmanuel Joseph Sieyès. **A Constituinte Burguesa**, p. 19.

⁷ Conf. prefácio de José Ribas Vieira, in: Emmanuel Joseph Sieyès. **A Constituinte Burguesa**, p. 22.

⁸ Aurélio Wander Bastos, escreveu a introdução da obra de Sieyès, na tradução para o português. Ele é professor titular das Faculdades Cândido Mendes, Professor Agregado da PUC-RJ e Chefe do Setor de Direito da Fundação Casa de Rui Barbosa (licenciado).

vontade individual de associar-se: a força de cada um isoladamente é nula; é a união de todos que gera a nação". Lembrar que, na organização de convocação pelo rei denominada Estados Gerais, o voto era por Estado e não por indivíduo, o que deixava o Terceiro Estado sempre em desvantagem⁹.

É de considerar que, muito embora sua posição fosse avançada para a época, era uma elegibilidade censitária, somente votando e sendo votado aqueles que possuíam determinada renda e contribuíssem com certa quantia em tributos. Mulheres jamais seriam eleitas, como também estrangeiros e alguns trabalhadores que podiam apenas votar. De qualquer sorte, Sieyès, teve importantes contribuições ao constitucionalismo moderno ao distinguir o poder legislativo do poder constituinte e de estabelecer a constituição como a lei fundamental e, as demais normas, em leis fundadas, derivadas da primeira¹⁰.

Sob a perspectiva da conjuntura história relatada, é que se desenvolve a compreensão do cerne da teoria de Sieyès e sua contribuição para a criação do Estado como se conhece hodiernamente.

O autor começa sua obra relatando as tarefas a serem empreendidas para a existência de uma nação, onde, resumidamente, depende do trabalho de seus cidadãos e das funções públicas organizadas, pois são estas duas atribuições que sustentam a sociedade com o pagamento de tributos e onde todas estas atividades recaem sobre o Terceiro Estado e não sobre os outros integrantes políticos da França pré-revolucionária, quem seja: a nobreza e o clero; já as tarefas públicas há uma divisão onde as penosas são realizadas pelo Terceiro Estado e as atribuições bem remuneradas e honoríficas acabam sendo ocupadas pelas outras duas classes políticas privilegiadas. Ao conceituar Nação como "um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura", afirma que a nobreza não se enquadra, pois é um povo à parte, sendo um "*imperium in império*", onde seus deputados exercem poder político para defender tão-somente seus interesses de classe privilegiada¹¹.

⁹ Conf. introdução de Aurélio Wander Bastos, in: Emmanuel Joseph Sieyès. **A Constituinte Burguesa**, p. 34.

¹⁰ Conf. introdução de Aurélio Wander Bastos, in: Emmanuel Joseph Sieyès. **A Constituinte Burguesa**, p. 40.

¹¹ Emmanuel Joseph Sieyès. **A Constituinte Burguesa**, p. 45-48.

Ao reclamar o pertencimento em igualdade de condições do Terceiro Estado e a Nobreza dentro da sociedade francesa, o autor afirma que seus representantes devem ser escolhidos apenas entre os cidadãos que pertençam a ele, ou seja, não ser detentor de quaisquer privilégios. Neste sentido relata o comportamento dos “indivíduos de toga” que chegaram à nobreza por um caminho diferente do corriqueiro, e como não são devidamente respeitados pelos nobres, procuram se integrarem no Terceiro Estado, mas não porque buscam o interesse da população, mas para fazerem com que os membros desta classe votem neles para fazerem parte do Parlamento, repetindo o que acontecia sempre: cidadãos do Terceiro Estado elegendo cavalheiros da Nobreza para “representá-los”¹².

Anotar que as reivindicações de Sieyès na época foram importantes para sedimentar o Estado moderno e o constitucionalismo, quando pede que o número de deputados dos três setores da sociedade francesa – nobreza, clero e terceiro estado – sejam em número proporcional segundo critério o número de pessoas que cada um possui (segundo ele: proporcional entre: 80,4 mil do clero, 110 mil da nobreza e 25 a 26 milhões do terceiro estado); outra demanda defendida pelo Terceiro Estado é a votação “por cabeça” e não por ordens nas decisões dos Estados Gerais, o que por si só haveria uma igualdade de influência, já que o clero e a nobreza sempre votavam juntos¹³.

Outra ponderação que envolve o tema aqui proposto é sua análise da Constituição inglesa, “uma obra impressionante” em suas palavras, porém entende não ser adequada para sua utilização pela França, especialmente porque acredita que os julgados são superiores à Constituição, sendo “uma verdadeira garantia da liberdade individual na Inglaterra e em todos os países do mundo onde se aspira à liberdade”. Afirma ser o único método de administrar a justiça, protegendo a população dos abusos do Poder Judiciário, “tão frequentes e tão temíveis em todas as partes em que não se é julgado por seus pares”, o que o torna livre para decidir contra determinações ilegais¹⁴.

¹² Emmanuel Joseph Sieyès. **A Constituinte Burguesa**, p. 56.

¹³ Emmanuel Joseph Sieyès. **A Constituinte Burguesa**, p. 62-64.

¹⁴ Emmanuel Joseph Sieyès. **A Constituinte Burguesa**, p. 76.

Esta manifesta contrariedade aos que queriam “copiar” a Constituição inglesa Sieyès, argumenta que ela deve partir de seus cidadãos e baseados em princípios fundamentais, de maneira geral, até hoje aceitos: (1) a comunidade não se abdica do seu poder de criá-la, mas apenas delega seu exercício; (2) os representantes da Assembleia Constituinte não possuem plenitude deste exercício; (3) os delegados não podem alterar a extensão do poder outorgado. Mais adiante afirma estes representantes devem “constituir” o Estado, pois ele “não é nada sem suas formas constitutivas; não age, não se dirige e não comanda, a não ser pela vontade comum outorgada”¹⁵.

Nesta questão da representatividade, é de fundamental importância a conceituação de poder constituído e poder constituinte, para ele:

(...)a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial. Desse modo, todas as partes do governo dependem em última análise da nação¹⁶.

Para Sieyès a Nação se forma pelo direito natural. Não é positivada. A Constituição positiva é para regular o governo, nunca a nação que (1º) ela possui direitos naturais; (2º) ela os exerce; (3º) seus representantes trabalham para sua conservação. Esta é a sequência, pois é a origem de toda a legalidade, diferentemente do poder que só existe enquanto constitucional¹⁷.

Montesquieu (1689-1755)¹⁸, antecessor de Sieyès não viveu a derrocada da nobreza francesa, mas contribuiu muito para a organização dos estados advindos pós-Revolução. Parte da sua mais célebre obra – *Espírito das Leis* – pretendeu relacionar este “espírito das leis” - e como ele consiste nas relações das leis com diversas coisas -, com a natureza e princípio de cada

¹⁵ Emmanuel Joseph Sieyès. **A Constituinte Burguesa**, p. 80.

¹⁶ Emmanuel Joseph Sieyès. **A Constituinte Burguesa**, p. 81.

¹⁷ Emmanuel Joseph Sieyès. **A Constituinte Burguesa**, p. 83.

¹⁸ Batizado Charles Louis de Secondat, nasceu no castelo da família, próximo de Bordeaux. Foi educado na Ordem dos Oratários e foi membro da Academia Francesa. Em 1748 publica “O espírito das leis”, obra que o projetou porque “em caráter pioneiro, apresenta a estrutura de funcionamento do sistema representativo que, na altura (primeira metade do século XVIII), somente existia na Inglaterra”. In: Antônio Paim. *Breve História do Pensamento Político* disponível em www.espaçodemocratico.org.br.

espécie de governo: republicano, monárquico e o despótico. Nestas comparações entre eles, entende que no governo monárquico se faz necessário leis mais elaboradas do que no despótico, como também a existência de tribunais, cuja decisões devem ser conservadas, servindo de arcabouço para futuros julgamentos, o que gera uma espantosa multiplicação de regulamentações¹⁹.

Por óbvio, este trabalho se concentrará nas análises voltadas à República e a Democracia e a legitimação do Poder Judiciário, mas claro e muito embora o autor se concentra na monarquia e a república não possui as características atuais, é importante verificar a evolução da legitimidade judicial nas espécies de governos. Veja-se a atualidade de sua manifestação quando diz:

À medida que os julgamentos dos tribunais multiplicam-se nas monarquias, a jurisprudência encarrega-se das decisões que, algumas vezes, se contradizem, seja porque os juízes, que se sucedem, pensam diferentemente, seja porque os mesmos processos são ora bem, ora mal defendidos, ou, enfim, em consequência de uma infinidade de abusos que se insinuam em tudo que passa pelas mãos dos homens. É um mal necessário que o legislador corrige de quando em quando, como contrária até ao espírito dos governos moderados. Porque, quando se é obrigado a recorrer aos tribunais, é mister que isso decorra da natureza da constituição e não das contradições e incertezas das leis²⁰.

E mais: quando o Estado caminha para a república mais “rígida se torna a maneira de julgar”, porque não se pode decidir arbitrariamente como na antiga república da Lacedemônia, parecendo-se muito com um estado despótico, onde a regra é o próprio juiz, até porque na República é de sua natureza dela a observação das leis. Em Roma e na Grécia, os juízes não eram árbitros como nas monarquias, e cada um dava ser veredito, de acordo com fórmulas pré-estabelecidas, decorrendo daí, o julgamento por demandas individuais, sem “aumentar, diminuir ou modificar, porém, ao contrário, os pretores romanos instituíram a “boa-fé”, retirando a rigidez para a elaboração do pronunciamento judicial²¹.

Entre suas diversas avaliações sobre o Estado, a questão da corrupção dos princípios governamentais ganha importância, no sentido de que a democracia tem seu espírito corrompido quando se perde a igualdade ou quando se busca uma igualdade absoluta, onde todos

¹⁹ Montesquieu. *O Espírito das Leis*, p. 119.

²⁰ Montesquieu. *O Espírito das Leis*, p. 119.

²¹ Montesquieu. *O Espírito das Leis*, p. 122-123.

entendem que podem ser o legislador, o executor e o juiz das questões, portanto, são dois excessos que devem se evitados: a desigualdade que a conduz à aristocracia e a igualdade extrema, que a conduz ao despotismo²².

Montesquieu defende a necessidade de manutenção dos princípios de uma sociedade para os julgamentos, quando diz: “só se pode remediar alguns de seus males nascentes, suprimindo a corrupção e estimulando os princípios: qualquer outra correção é inútil ou um novo mal”. Exemplifica historicamente com Roma, afirmando que os julgamentos dos senadores somente foram realizados sem abusos enquanto conservou seus princípios, mas quando se corrompeu, de nada adiantou transferir os julgamentos do Senado aos cavaleiros, aos tesoureiros do erário ou a julgamentos conjuntos²³.

Sendo o grande paradigma da modernidade o princípio – hoje – constitucional da liberdade tem, para o autor, diversas significações e utilizações como a liberdade de depor um governo tirânico; a liberdade de escolher por eleição o mandatário do país; liberdade de se armar e de exercer a violência e a liberdade de escolher somente governantes pátrios ou geridos pelas próprias leis, mas ressalta: a liberdade nos governos democráticos, muito embora pareça que a população pode fazer o que quer, mas não é isso, pois “num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar”. E é interessantemente atual quando afirma: “deve-se ter sempre em mente o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder²⁴.”

E ainda sobre liberdade argumenta não ser a democracia, por sua natureza, um Estado livre, de maneira que a liberdade só existira em estados moderados, desde que não se abuse do poder, mas a história humana demonstra a tentação de sempre abusar dele e vai até onde for

²² Montesquieu. *O Espírito das Leis*, p. 153.

²³ Montesquieu. *O Espírito das Leis*, p. 158.

²⁴ Montesquieu. *O Espírito das Leis*, p. 185-186.

limitado, ou seja, para não ocorrer abuso de poder há que o poder frear o poder. A constituição é o freio²⁵.

Liberdade é associada a segurança, onde a tranquilidade que o Estado proporciona ao cidadão, fazendo com que uma pessoa não tema outra. E, transportando para “poderes”, não existe liberdade se as atribuições de Estado - legislar, executar e julgar - fiquem sob a responsabilidade de uma pessoa ou grupo. Degenera-se em tirania, arbitrariedade ou opressão: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”²⁶.

Para ele o poder de julgar não deveria ser permanente; exercido por pessoas escolhidas dentre os cidadãos; em data certa; na forma da lei; não devem pertencer a grupos identificados e profissionais; podem ser em grande número para ampliar sua escolha para o julgamento; as decisões devem corresponder a exatidão da lei, não importando a opinião pessoal do juiz e que os juízes sejam escolhidos entre os pares de condição do acusado. De qualquer sorte, muito embora conjunturalmente avançado para sua época, percebe-se uma certa irrelevância ao poder de julgar, até porque, acredita-se, a sua independência foi construída *a posteriori* aos demais poderes, e fica claro quando se reporta a ele como um mero cumpridor da lei:

Porém, em geral, o poder legislativo não pode julgar e o pode ainda menos neste caso específico, em que representa a parte interessada que é o povo. Assim, o poder legislativo só pode ser acusador. Mas diante de que ele acusaria? Rebaixar-se-ia diante dos tribunais da lei que lhe são inferiores e compostos, além disso, de pessoas que sendo povo como ele, seriam impressionadas pela autoridade de tão poderoso acusador? Não; para conservar a dignidade do povo e a segurança do indivíduo, é mister que a parte legislativa do povo faça suas acusações diante da parte legislativa dos nobres, a qual não possui nem os mesmos interesses que ele, nem as mesmas paixões. Esta é a vantagem que esse governo possui sobre a maioria das repúblicas antigas, onde este abuso existia: o povo era, ao mesmo tempo, juiz e acusador²⁷.

Portanto, a construção histórica da legitimidade do Poder Judiciário passa: (1º) pelo processo do Poder Constituinte e não do Poder Constituído como diz Sieyès e de sua

²⁵ Montesquieu. *O Espírito das Leis*, p. 187.

²⁶ Montesquieu. *O Espírito das Leis*, p. 187-188.

²⁷ Montesquieu. *O Espírito das Leis*, p. 191-194.

imprescindível inscrição nas constituições nacionais e (2º) pela autonomia e independência já alertadas em 1748 pelo Barão de Montesquieu, para seu efetivo exercício de suas atribuições constitucionais.

Claro, a modernidade trouxe novos paradigmas e, o atual, é a liberdade. O avanço dela na sociedade faz o direito mover-se no sentido de construir novas teorias de base para a organização do Estado, mas isso não quer dizer que se deve discutir a legitimidade dos poderes do Estado.

Então é importante reforçar a legitimidade dos poderes constituídos, mas é necessário ampliar e aperfeiçoar este arcabouço jurídico para emprestar legitimidade ao Poder Judiciário e não basta mais Sieyès e Montesquieu, porque o mundo atual é extremamente complexo e muda o tempo todo. Está cada vez mais difícil “armar” as instituições baseadas em teorias construídas num mundo completamente diferente que o atual. Os pressupostos de legitimidade históricos já não existem mais, portanto, é imprescindível estabelecer novas “amarras” desta construção que é a legitimação dos membros do Poder Judiciário, na verdade, é necessário revisitar a base teórica do próprio Estado.

2. DECISÃO JUDICIAL E DEMOCRACIA

A democracia atual, em si, vive uma severa crise. Luigi Ferrajoli²⁸, procura demonstrar fatores que tem levado a Itália a crescentes desrespeitos à sua Constituição, que culminam com o fortalecimento do que chama de “poderes selvagens”, com características que acredita serem próprias do fascismo, que tanto foi combatido no passado. Para o autor, a democracia vive uma evidente crise de representatividade política, na Itália.

Já Manuel Castels²⁹, também entende que existe uma evidente crise de representatividade política na Espanha, citando exemplos dos EUA, do BREXIT e da União Europeia, avaliando os fatores que entende terem colaborado para esta crise.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Poderes selvagens: a crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁹ CASTELS, Manuel. Ruptura: A crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

No Brasil, a exemplo do que destacam Ferrajoli e Castels, temos visto uma personificação dos chefes do executivo (Lula, Bolsonaro), como representantes do macro sujeito “o povo”. Um embate no cenário político cada vez menos culto, e mais vulgar. A grande mídia e a própria internet prestando verdadeiros desserviços à informação. A educação sofrendo cada vez menos estímulo. A eleição de representantes com base em promessas que representam o anseio de cidadãos evidentemente temerosos (política do medo), em evidente demonstração de crise de representatividade. Um estado de constante “urgência” (medidas contra corrupção, contra crise econômica, reformas em busca de credibilidade internacional, pandemia etc.), justificando uma série de leis de retrocesso social. Parece por demais evidente que, no Brasil, a democracia (se é que ela existiu) vive a mesma crise descrita pelos autores.

É inegável que as ditas “promessas da modernidade” não chegaram a se efetivar, da forma como se esperava. A quebra de paradigmas, o olhar para o futuro, sob novas perspectivas, é o mote do que se tem convencido chamar de “pós-modernidade. Ela, “é o estado reflexivo da sociedade ante suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo de seu *modus actuandi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade”³⁰.

Sob esta quebra de paradigmas, este olhar para o futuro, esta crise da democracia, cabe o questionamento sobre as alternativas da sociedade para a promoção e efetivação das garantias fundamentais, a promoção do bem-estar comum.

Agrava-se o fato de o Judiciário ser o repositório de demandas sociais, advindas de um processo de mercantilização do Estado e o declínio da sociedade securitária, onde as reivindicações para enfrentamento de todo o tipo de carência pelo não atendimento dos direitos sociais tornando o Poder Judiciário um recurso “ilusório” contra todos os males da sociedade marginalizada³¹.

³⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Artigo Revista Sequência, dez/2008.

³¹ François Ost. **O tempo do direito**, p. 320.

Claro, se vive uma inquietude dos tempos atuais, onde a urgência passou a ser o corriqueiro, onde o presente “concentra toda a carga de expectativa normalmente voltada para o futuro, e é nesta injunção imediata do distante – logo, na urgência – que a ação é chamada a se produzir”. E esta ação acaba substituindo políticas públicas e a falta de legislação por decisões judiciais como no campo social e na economia com sua integração planetária, por exemplo. Decisões legais ou políticas que acabam sendo jurídicas, pela inércia dos demais poderes ou pela urgência do nosso tempo³².

Por certo, que muitas alternativas podem se mostrar atrativas, umas mais outras menos factíveis. Porém, uma vem se mostrando (sem entrar, por ora, no mérito de ser boa ou ruim) efetivamente atuante e relevante. O controle das decisões políticas pelo Poder Judiciário.

Desde o emblemático caso norte-americano, *Marbury x Madison*, o Poder Judiciário tem ganhado um protagonismo crescente no controle das decisões políticas. No Brasil, o Controle de Constitucionalidade, exercido em última instância, pelo STF, tem se destacado no cenário nacional, tomando decisões de interesse e relevância, não só no âmbito jurídico, mas como ator protagonista no âmbito político.

E neste viés, é pertinente a discussão acerca da sua legitimidade, uma vez que seus representantes não são eleitos pelo povo, como é o caso do executivo e legislativo. O voto, o sufrágio universal, professado por Seiyés, é uma das conquistas da democracia, que representa a participação do povo na escolha de quem irá exercer a política para o povo através do povo.

Sobre a legitimidade do Poder Judiciário, ante a ausência de eletividade nos seus cargos, tomando por base o controle de constitucionalidade, Barroso destaca:

Diversas críticas foram dirigidas, desde o primeiro momento, a essa função pela qual o juízo feito pelos tribunais acerca de uma lei sobrepõe-se ao do legislador. As impugnações foram de natureza política, doutrinária e ideológica. Duas delas são destacadas a seguir.

A primeira: a denominada dificuldade contramajoritária (*countermajoritarian difficulty*), resultante do argumento de que órgãos compostos por agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular. Segunda: os pronunciamentos dos órgãos judiciais, uma vez esgotados

³² François Ost. *O tempo do direito*, p. 331.

os recursos processuais cabíveis — e que se exaurem no âmbito do próprio Judiciário —, não estão sujeitos a qualquer tipo de controle democrático, salvo a hipótese complexa e pouco comum de sua superação por via de emenda à Constituição. Nos Estados Unidos, o questionamento à legitimidade do controle judicial de constitucionalidade foi reavivado e aprofundado como reação à jurisprudência progressista da Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) e de Warren Burger (1969-1986), indo da crítica radical até atenuações moderadas.

É fora de dúvida que a tese da legitimidade do controle de constitucionalidade foi amplamente vitoriosa, assim no debate acadêmico como na prática jurisprudencial, sem embargo da sucessão de períodos de maior ou menor ativismo judicial. Seu êxito deveu-se a argumentos de lógica aparentemente irrefutável. Dentre eles, alinham-se alguns a seguir. A Constituição, obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído, subordinando inclusive o legislador. Se a Constituição tem status de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la. Ainda quando decida conflitos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais são jurídicos. Em uma proposição: o Judiciário, ao interpretar as normas constitucionais, revela a vontade do constituinte, isto é, do povo, e a faz prevalecer sobre a das maiorias parlamentares eventuais.

Essa linha de argumentação funda-se sobre a premissa de que a interpretação constitucional seja uma atividade mecânica, subjuntiva de determinados fatos à dicção inequívoca da norma. Não se tratando, portanto, do exercício de uma competência livre ou discricionária, não se está diante de qualquer risco democrático. O órgão judicial não impõe sua vontade nem seu próprio juízo de valores, mas apenas submete os legisladores atuais a escolhas prévias feitas pelo povo. Essa maneira de ver a questão teve amplo curso e foi acolhida de forma expressa na jurisprudência da Suprema Corte americana³³

O juiz, ao decidir - utilizando o exemplo do controle de constitucionalidade, explorado por Luís Barroso -, pode retirar uma lei do ordenamento jurídico, declarando-a inconstitucional. Tal decisão pode, inclusive, ter efeito *erga omnes*. Esta atividade, segundo a crítica, revelaria invasão do poder judiciário na atividade legislativa. É de onde nasce o problema da legitimidade do Poder Judiciário, cujos representantes não são eleitos democraticamente, para interferir nas escolhas legislativas dos representantes eleitos. Estar-se-ia ferindo o princípio democrático?

Muitas teorias, segundo Barroso, foram criadas para justificar tal prática. Na primeira tese, mais positivista, o juiz atuando como intérprete da lei constitucional, atua apenas na conformação da vontade do legislador à vontade constitucional prévia. Ou seja, não existe elemento volitivo do juiz, capaz de ferir o princípio democrático. O que existe, na verdade, é justamente o contrário:

³³ BARROSO, Luís R. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2022. Pp. 24-25.

o dever do próprio legislador de respeitar a vontade constitucional, sendo o papel do judiciário apenas de “fiscalização”.

No entanto, as teorias pós-positivistas, atentam para o conteúdo aberto das normas constitucionais, muitas das quais figuram como molduras, dentro das quais cabe certo grau de discricionariedade do intérprete. Nas quais, além dos elementos objetivos da norma, existe a possibilidade de uma escolha, um elemento de vontade, dentro do qual o julgador exerce opções, que aí sim, não estão dentro do papel meramente “fiscalizatório”, professado pela escola positivista.

Para Barroso³⁴, a escola pós-positivista esforçou-se em minimizar o aspecto volitivo da decisão judicial, com base na necessidade de uma fundamentação racional acerca da escolha realizada. Não se trata de uma opção do julgador, mas de uma conclusão lógica/racional de hermenêutica jurídica. Na mesma linha, Barroso resume as teorias que buscam, na atualidade, fundamentar a legitimidade da decisão judicial:

- o acolhimento generalizado da jurisdição constitucional representa uma ampliação da atuação do Judiciário, correspondente à busca de um novo equilíbrio por força da expansão das funções dos outros dois Poderes no âmbito do Estado moderno;
- a jurisdição constitucional é um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo;
- juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia;
- a jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias no processo decisório.

³⁴ BARROSO, Luís R. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2022. P.25.

Barroso, na obra que trata do Controle de Constitucionalidade, procura evitar o embate filosófico sobre o tema, mas conclui que a decisão judicial tem sua legitimidade justificada pela confluência de dois elementos: “o dogma da vontade da maioria e a separação de Poderes”³⁵.

Para o Autor, a adequação das decisões políticas pelo Poder Judiciário encontra-se justificada porque a democracia não se baseia apenas no critério demográfico, mas sim na liberdade e defesa dos direitos de todos, mesmo que sejam uma minoria. Assim, justifica-se a ferramenta de controle das decisões em benefício de direitos minimamente eleitos como fundamentais, de todos, inclusive de minorias contra eventuais correntes majoritárias ocasionais que desrespeitem esses direitos fundamentais mínimos. Porque a Carta Política “não pode abdicar da salvaguarda de valores essenciais e da promoção de direitos fundamentais, mas não deve ter, por outro lado, a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária e juridicizar além da conta o espaço próprio da política”³⁶.

Seguindo o raciocínio de Barroso, ainda se justifica a legitimidade do Poder Judiciário, porque tem assumido novo, mas importante, papel na separação dos poderes, servindo de cenário de discussão jurídica das decisões políticas, como ferramenta de necessária discussão acerca da conformidade sem natureza religiosa, ideológica, filosófica, moral ou econômica. Um cenário de diálogo racional, com participação ampla e equilibrada, inclusive das minorias, acerca das decisões políticas. Não no objetivo de suplantar a deliberação política democrática clássica, mas com foco em oportunizar uma discussão racional acerca de opções políticas que nem sempre são adequadamente deliberadas na esfera política. Ele diz que as instâncias de decisões judiciais devem se subsidiar de “argumentos que possam ser reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco e aberto, ainda que venham a discordar dos resultados obtidos em concreto”³⁷.

³⁵ BARROSO, Luís R. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2022. P.25

³⁶ BARROSO, Luís R. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2022. P.25.

³⁷ BARROSO, Luís R. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2022. P.26.

Para Barroso, vive-se uma era de *democracia deliberativa*. Estimula-se o amplo debate sobre as decisões políticas, com viés racional e pautado pela defesa de direitos fundamentais mínimos, admitindo-se que a democracia “não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes”, onde a “legitimidade de uma decisão judicial, como a do poder em geral, situa-se na confluência entre o consentimento e o respeito”³⁸.

3. DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Para os gregos, as deliberações sobre o futuro da comunidade eram livremente discutidas por todos. A democracia se funda no conceito de liberdade positiva:

De acordo com a clássica distinção de Benjamin Constant entre a liberdade dos modernos e a liberdade dos antigos, o aporte liberal é fundado na ideia de liberdade como liberdade negativa, enquanto o elemento democrático se funda na concepção dos antigos* sobre liberdade, ou liberdade positiva. Liberdade negativa seria a ausência de interferência, por parte do Estado ou dos “outros”, na esfera de atuação dos indivíduos, esfera privada. Nela estariam compreendidas a liberdade religiosa, liberdade de consciência, pensamento e expressão, bem como os direitos da pessoa e de propriedade. Já a liberdade dos antigos se liga a uma concepção positiva de liberdade, fundada nos ideais de participação política e gerenciamento da coisa pública, implicando liberdades políticas, exercitadas no âmbito público. O elemento democrático implica a realização do ideal de liberdade positiva, significada pela possibilidade da participação política, do atuar no sentido de algo, liberdade para. Estes dois elementos vão sempre estar se opondo um ao outro, não havendo jamais a possibilidade da erradicação desta tensão, do estabelecimento de um equilíbrio perfeito entre os ideais democráticos e liberais, consubstanciados nos princípios da igualdade e da liberdade. Esta ideia da democracia liberal é o pano de fundo sobre o qual trabalha a teoria da democracia deliberativa³⁹.

Segundo as teorias sobre a democracia deliberativa, esta podia ser entendida como um método para tomada de decisões (políticas), “assenta-se na ideia de um livre debate, ou discussão, a ser realizado entre cidadãos livres, iguais e racionais, com vistas na obtenção de um resultado com o qual todos possam concordar, uma vez que todos serão por ele afetados”⁴⁰.

³⁸ BARROSO, Luís R. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2022. P.26.

³⁹ KOZICKI, Katia. Democracia Deliberativa: a Recuperação do Componente Moral na Esfera Pública. 2004, Artigo Revista UPF, pp. 43-44.

⁴⁰ KOZICKI, Katia. Democracia Deliberativa: a Recuperação do Componente Moral na Esfera Pública. 2004, Artigo Revista UPF, p. 45.

John Rawls e Jürgen Habermas⁴¹, ao articular seus pensamentos para justificar uma teoria da democracia deliberativa, através da qual, diferente da democracia representativa, se retoma características e conceitos da antiguidade.

Os gregos, em Atenas, já exercitavam uma liberdade positiva, na qual a participação dos cidadãos na tomada de decisões públicas não só era um direito como também um dever.

Não é necessário dizer que, na atualidade, em sociedades tão grandes e complexas, é inimaginável e provavelmente impossível, a participação de todos em uma grande deliberação comunitária. Basta considerar que o Brasil tem mais de duzentos milhões de habitantes. Se cada um utilizar dois segundos para dizer “sim ou não”, estamos falando de 400 milhões de segundos (sem considerar interrupções), ou seja, seriam necessários quase 13 anos, apenas para aguardar todos se manifestarem por dois segundos. O que torna absolutamente impossível qualquer perspectiva Ateniense de deliberação democrática integral.

No entanto, o espírito da democracia deliberativa, em que pese a divergência entre Habermas e Rawls, quanto às perspectivas procedimentais ou substantivas, não perde sua importância conceitual.

A democracia representativa, considerando os números acima apontados, resulta em expressiva vantagem, uma vez que reduz o número de participantes da deliberação, tornando-a mais objetiva e factível. Porém, temos acompanhado diuturnamente, nem sempre resultam nas melhores escolhas, ou nas escolhas das maiorias. Algumas vezes, nem racionalmente justificáveis, são os resultados da democracia representativa.

Mas então, se democracia representativa e deliberativa, possuem ambas, vantagens e desvantagens, não seria mais inteligente a utilização de uma combinação das duas? Ora! Não existe qualquer impedimento. Uma não exclui integralmente a outra.

⁴¹ KOZICKI, Katia. Democracia Deliberativa: a Recuperação do Componente Moral na Esfera Pública. 2004, Artigo Revista UPF.

É relativamente simples. A democracia representativa continua a viger, e os representantes eleitos continuam a exercer as escolhas democráticas. No entanto, aqueles que, considerados iguais perante a lei, livres quanto ao exercício da democracia deliberativa, tem legitimidade e direito de postular a revisão, ou a discussão a respeito das escolhas dos representantes eleitos. Assim, mesclando a democracia representativa (leis) e a democracia deliberativa (revisão).

Analisando por esta perspectiva, a atividade jurisdicional e, em especial, o exemplo do controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes Constitucionais, são exatamente como sustenta Barroso, um campo de exercício da democracia deliberativa. Não pela totalidade da população, mas que todos que se sintam lesados, podem e devem questionar as decisões tomadas pelos representantes de democracia representativa. Com isso, o juiz se torna apenas o árbitro do jogo, mas não o jogador. Quem efetivamente joga neste campo, é o povo (o que se sente lesado ou pretende revisão).

É importante destacar que não é inteligente exigir a participação de toda a grande massa da população, quando uma parte desta está satisfeita com a escolha feita pelos representantes. Apenas os que se sentem lesados, pela lógica, é que necessitam discutir tais opções, o que reduz bastante a quantidade de participantes, e otimiza a deliberação.

No Brasil, a exemplos das ADCs e ADINs, a participação da sociedade, como um todo, ainda se dá por meio de entidades que atuam como *Amicus Curiae*, que ampliam o aspecto deliberativo da participação democrática. Como se percebe, todos, de alguma forma, se quiserem, podem participar da discussão da decisão política.

Ora, se o ator principal deste jogo é o povo, e se o povo aqui considerado, personifica qualquer pessoa, de forma livre e igualitária, é inegável que o exercício da atividade jurisdicional, neste caso, não sofre de ilegitimidade. Pelo contrário, é a ferramenta para que o povo, na sua totalidade, participe da deliberação democrática das decisões políticas tomadas na seara da democracia representativa.

Ainda que se admita uma carga valorativa na decisão do juiz, acerca do tema discutido, é livre de dúvidas que esta carga valorativa está limitada e vinculada aos argumentos que foram

discutidos durante o processo que põs em julgamento determinada decisão política. Ou seja, o elemento valorativo do juiz é limitado e influenciado diretamente pelos atores processuais, no contexto, “o povo”.

Influencia, vale salientar, que na maioria das vezes não se encontra tão presente nas decisões dos representantes eleitos. Os representantes eleitos também atuam com carga valorativa nas decisões que tomam. Não fosse o processo eleitoral (no Brasil, deveras questionável quanto à sua eficácia), que se exerce em longínquas ocasiões de quatro em quatro anos, não estariam sujeitos a nenhum sistema de controle de legitimidade.

Não é demais argumentar que a legitimidade tem mais conexão com decidir de acordo com o que o eleitor espera, do que decidir porque foi eleito. E neste aspecto, a decisão do juiz tem muito mais chance de ser legítima, considerando os limites subjetivos da lide (artigo 492 do CPC), que não encontra par na legislação brasileira, como forma de controle das decisões dos representantes eleitos.

Enfim, se está falando de uma ferramenta de legitimação da participação política. Logo, nem sequer resta coerente o questionamento acerca da legitimidade da atividade jurisdicional. A decisão judicial é o ponto culminante da própria voz do povo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como inúmeros autores, Sieyès, quando destacou a problemática francesa do Terceiro Estado, defendia a participação democrática daqueles que estão sujeitos à lei, no seu processo criativo e deliberativo.

Montesquieu foi precursor na defesa da divisão dos poderes do Estado, sem com isso, pretender retirar a legitimidade de qualquer um deles.

A democracia, não significa direta e obrigatoriamente, a decisão da maioria. Antes, significa a decisão de todos, entre eles, inclusive as minorias.

O poder legislativo, embora eleito pelo povo, no Brasil, não representa garantia de participação democrática, na medida em que está vinculado meramente ao critério demográfico, sem qualquer vinculação à participação totalitária.

Porém, a Constituição Federal do Brasil, defende a dignidade da pessoa humana de forma igualitária, o que pressupõe a participação totalitária nas decisões políticas. Do contrário, poder-se-ia legislar em benefício da simples “maioria”, e não com foco na “melhoria”, assim considerado o benefício de todos, independentemente da densidade demográfica.

Como o poder legislativo está mais vinculado ao critério demográfico, há que se complementar democraticamente suas opções, através de ferramentas que garantam a participação popular integral defendida por Sieyès.

Complementando, sob as consistentes justificativas de Montesquieu, há necessária divisão dos poderes, para evitar a tirania, o que se poderia chamar de “tirania da maioria”.

Guardando as devidas proporções e adequações, merece atenção a participação popular desenvolvida em Atenas, arguidas como “democracia deliberativa”, por Rawls e Habermas.

Assim como faz Barroso, a instrumentalização da participação popular nas decisões políticas através do Poder Judiciário, longe de carecer de legitimidade, não é outra coisa senão uma forma eficiente de promover a realização de democracia, como participação de todos, independente do critério demográfico.

O Poder Judiciário é ferramenta legítima de democracia deliberativa, estimula e permite a efetiva participação popular totalitária e, ainda que possua nuances negativas e melhorias indispensáveis ao seu aprimoramento, não pode jamais, ser chamada de ilegítima.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2022.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Florianópolis: Revista Sequência, dez. 2008.

CASTELS, Manuel. **Ruptura**: A crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014.

KOZICKI, Katia. **Democracia Deliberativa**: a Recuperação do Componente Moral na Esfera Pública. Passo Fundo: Revista UPF, 2004.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis**. Trad.: Heitor Afonso de Gusmão Sobrinho. Rio de Janeiro: Editora Pimenta de Mello, 1919.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad.: Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005.

PAIM, Antônio. **Breve História do Pensamento Político**: Capítulo 7 – Montesquieu e a difusão da nova forma de governo na Europa. Disponível em: <https://espacodemocratico.org.br/pensamento-politico/capitulo-7-montesquieu-e-a-difusao-da-nova-forma-de-governo-na-europa/>. Acessado em: 10 jan. 2023.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. 5ª edição. Org. e Intr.: Aurélio Wander Bastos. Pref.: José Ribas Vieira. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. Título original: *Qu'est-ce que le Tiers État?*

DIREITO, ECONOMIA E INTERDISCIPLINARIDADE

Leonardo José Diehl¹

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido acerca da necessidade de se efetivar as garantias fundamentais previstas em diversas constituições e declarações internacionais de direitos fundamentais. É inegável que muito do que se promete em tais documentos, não condiz com a realidade de uma expressiva parcela da sociedade mundial.

Passados mais de dois séculos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sem se ter uma perspectiva de efetiva concretização dos direitos mais básicos, aos menos favorecidos, uma constatação lógica é inevitável: se as promessas da modernidade não foram cumpridas, os meios pelos quais ela se propôs a efetivá-las, não são eficazes.

O cenário atual, por muitos chamados de Pós-Modernidade, revela um cenário de crise, de questionamentos, de mudança de paradigmas. E neste cenário, tão importante quanto fazer perguntas, é buscar as respostas.

Frente ao que muito se tem discutido, o estudo realizado sob a batuta da professora Dra. Karen Beltrame Becker Fritz, nas discussões acerca da Análise Econômica do Direito, fez surgir uma centelha de curiosidade, quiçá de uma esperança.

Assim como a escola Law and Economics se deu conta da necessidade de unir conceitos e estudar equações de interrelações entre o Direito e a Economia, seria esta interdisciplinaridade uma alternativa, uma resposta, para os “novos rumos” que a sociedade tem perquirido?

¹ Bel. Ciências Sociais e Jurídicas, e Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade de Passo Fundo, Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Carazinho/RS, Brasil, Advogado, leonardo@dwadvogados.com.

1. A RAZÃO LINEAR X COMPLEXIDADE DE FATORES

A globalização relativizou distâncias, o casamento deixou de ser uma instituição duradoura, a liberdade de gênero substituiu a antiga dicotomia entre homem e mulher, a família passou a ter arranjos mais variados, a comunicação deixou de ser monopólio das grandes mídias, a verdade se tornou mais relativa, a ciência encontrou diversas vertentes deixando de apresentar respostas únicas, a era da racionalidade, enfim, abriu espaço para a incerteza.

É do interior que vem o ataque, como se, tornando-se reflexivo, o projeto científico aprendesse a duvidar de si mesmo. Estudando a “lógica da descoberta científica”, Popper demonstra que uma teoria nunca pode ser provada positivamente, nem definitivamente: do nosso recenseamento dos milhares de cisnes brancos, como poderíamos sustentar com certeza, que não existisse pelo menos um deles que fosse negro? Certamente, a validade das leis científicas é somente provisória: estas leis e teorias valerão enquanto não tiverem sido falseadas por uma experiência oposta, que vem ilustrar uma teoria rival. “O ideal de um pensamento absolutamente certo e demonstrável revelou-se ser um ídolo, explica Popper: qualquer enunciado científico continua sendo, necessariamente e para sempre, dado a título de tentativa”².

Gilles Deleuze, em interessante debate com Michel Foucault³, argumenta:

É curioso que seja um autor que é considerado um puro intelectual, Proust, que o tenha dito tão claramente: tratem meus livros como óculos dirigidos para fora e se eles não lhes servem, consigam outros, encontrem vocês mesmos seu instrumento, que é forçosamente um instrumento de combate. A teoria não totaliza; a teoria se multiplica e multiplica. E o poder que por natureza opera totalizações a você diz exatamente que a teoria por natureza é contra o poder.

A cada dia, a razão vai se dando conta de que não é ela própria, a razão, a resposta única para todas as perguntas.

A percepção que ora se sustenta não é nova, e já foi percebida e suscitada por diversos cientistas importantes.

Einstein põe em dúvida o caráter absoluto do tempo e do espaço do universo desenhado por Newton; Heisenberg demonstra que o observador e suas técnicas perturbam o objeto observado; Prigogine constata o “fim das certezas” e engaja a física no estudo das estruturas dissipativas de sua ordem criadora⁴.

² OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, pp. 309-310.

³ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2021, p.79.

⁴ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, p. 310.

A ciência, como ferramenta da racionalidade, chegou a ter a pretensão de revelar certezas. Negar o empirismo, na forma que John Locke⁵ já criticava e, com o uso das faculdades da razão, a ciência seria capaz de revelar as regras da natureza, de forma certa e duradoura. Quiçá, a ciência seria capaz de revelar o futuro a partir da observação das regras da natureza.

Porém, atualmente, a única verdade que ainda se sustenta, é que ela mesma, a própria verdade, se tornou relativa. O destino voltou a ser obra do acaso, num cenário de caos.

O tempo das ciências clássicas era imutável por definição, já que leis universais e eternas da natureza podiam ser apreendidas. A ciência contemporânea desmente esta certeza e faz ver, pelo contrário, a historicidade da matéria: a segunda lei da termodinâmica revela a imagem de um universo em expansão, ameaçado pela entropia crescente, ao mesmo tempo que, por reação negentrópica, se reforça a “pirâmide da complexidade” que, das partículas elementares, conduz aos organismos vivos. Resumindo, o universo tem uma história e o tempo uma flecha: ele é irreversível como nosso saber e é vulnerável como nossos⁶.

Foucault, citando Nietzsche, já lecionava sobre a genealogia da história, que a história não é um fato isolado, não é o resultado de um grande acontecimento, mas o resultado de “uma miríade de eventos confusos e maravilhosos”, que mistura a complexidade dos incontáveis atores que nela obraram, assim como carrega, inegavelmente, uma boa parte da contribuição de quem a escreve, e da perspectiva da qual escreve. A própria história, genealogicamente, torna a realidade relativa.

A história tem mais a fazer do que ser serva da filosofia e do que narrar o nascimento necessário da verdade e do valor; ela tem que ser o conhecimento diferencial das energias e desfalecimentos, das alturas e desmoronamentos, dos venenos e contravenenos. Ela tem que ser a ciência dos remédios⁷.

Neste contexto, a legislação e o direito, tem a necessidade de evoluir, adaptar-se ao acelerado movimento da sociedade.

Sem dúvida, o mundo é mais complexo que no século 19, e não mais conceberíamos que o legislador se embalasse com o sonho da perenidade das leis. Adaptar o texto às circunstâncias cambiantes, submetê-lo regularmente à avaliação, enriquecê-lo com

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

⁶ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, p. 311.

⁷ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2021, p.34.

precisões jurisprudenciais e doutrinais, todas estas formas de “questionamento” são perfeitamente legítimas⁸.

É insofismável a constante necessidade de evolução do direito. Ao apreciar o tema, Ost suscita o exemplo da legislação belga que proibiu a propaganda vinculada ao tabaco, medida tomada pelo legislativo, com vistas à saúde pública. Na situação, a região de Valão, na Bélgica, que recebia uma das etapas do Campeonato Mundial de Fórmula I, recebeu um “ultimato”, no sentido de que tal região seria excluída das etapas do referido campeonato. O motivo era óbvio: entre as mais importantes patrocinadoras do evento, estavam as grandes companhias do tabaco. A exclusão, levaria a região a um grande prejuízo, pois a realização do evento gerava grande movimento da economia local.

No exemplo citado por Ost⁹, a Bélgica enfrentou intensa discussão, no judiciário, no legislativo, chegando inclusive à mobilização de uma “rebelião aberta”. Cientificamente, se tinha determinado uma norma com objetivo de beneficiar a saúde da população. Porém, não se avaliou o impacto econômico e demais nuances da regra imposta. Ironicamente, a imprensa da época pontuou: “o direito se desfaz como fumaça”.

O caso traz importante tema a ser considerado: a regra, como comando de comportamentos, obrigações e direitos, atua num mundo complexo, e para atingir os fins esperados, necessita de um estudo mais completo sobre o que Foucault denominou de “miríade de acontecimentos entrelaçados”. Entre tantos acontecimentos, e se poderia dizer “variáveis da fórmula”, o impacto econômico das normas, merece atenção.

Ora! Se a ciência deixou de ser absoluta, a razão encontrou seus limites, então entre os fatores que influenciam o direito, não se pode negar, existe uma complexa gama de conhecimentos e fatores (não só a ciência pura, e não só um único ramo da ciência) que interferem no resultado.

As coisas são “causas”, escreve M. Serres – entendendo com isso que são produzidas pelas redes enclavadas de pesquisadores, indústrias, militares, políticos e usuários, e que elas não se impõem com a naturalidade dos fatos científicos que, no final do debate onde

⁸ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, p. 301.

⁹ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, p. 304.

se confrontam, confundem argumentos científicos, interesses político-econômicos, valores éticos e ontologias rivais¹⁰.

A metáfora que Ost cita, parafraseando Karl Popper, resume o pensamento:

(...) poderemos dizer que passamos dos “relógios” para as “nuvens”: do tempo que é ao tempo que ele faz, de algum modo. Os “relógios”, ou o modelo mecânico, linear e previsível de uma legislação piramidal; “as nuvens”, ou o modelo interativo, recursivo e incerto de uma regulação em rede¹¹.

Para Ost¹², “esta normatividade suavizada, a de um direito “mole, fluido, em estado gasoso”, reflete a incerteza da própria lei.

Numa referência a Prometeu, a incerteza passa a ser o novo “fogo de Héstia”, que torna os homens capazes de novas proezas. O rompimento com a simplicidade do pensamento linear racional, superado, derroga a certeza dos conceitos, e permite a criação de um futuro novo.

Referindo-se às promessas ainda não cumpridas do projeto moderno, o tempo do indecível poderia contribuir para relançar o projeto de libertação dos homens e das ideias. Este é o desafio da “epistemologia da incerteza”, que caracteriza as ciências contemporâneas, e da “política da indeterminação”, que é doravante a marca de nossas democracias¹³.

Bittar¹⁴ também critica os conceitos da modernidade:

Percebe-se, neste contexto de crise, que o mundo é um projeto inacabado; a história é seu eixo de movimentação e realização. Em contínua construção e reconstrução de seus valores, a humanidade não pode prescindir de longos processos de maturação axiológica. A ingenuidade das idéias que constituem o cerne das propostas da modernidade é ter acreditado que se tratava de respostas definitivas para os problemas humanos e que o modelo da ciência cartesiana era suficiente para explicar e devassar a verdade de todas as coisas. O positivismo, por sua vez, exacerbou o raciocínio segundo o qual a evolução humana ter-se-ia dado pela superação das etapas mítica e metafísica à era positiva, à era da ciência. A ilusão da objetividade havia alcançado o pensamento ocidental.

Como se vê, para Bittar, o próprio fenômeno indefinido da pós-modernidade revela, no seu âmago, a constatação da ineficácia do método racional, cartesiano, positivista. A mera

¹⁰ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, pp. 310-311.

¹¹ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, p. 304.

¹² OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, p. 305.

¹³ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, p. 308.

¹⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Artigo Revista Sequência, dez/2008, p.144.

superação da metafísica não pode ser considerada o ápice da evolução do conhecimento humano.

As reflexões acima levam à percepção da relativização do “absolutismo da razão”, levando a sociedade à complexidade da democracia. Ainda que com suas arestas positivas e negativas, é inegável a constatação de que uma série de conhecimentos e nuances se interrelacionam (umas com regras conhecidas, outras totalmente desconhecidas) democraticamente na produção do saber, do direito e das promessas para o futuro da humanidade. Neste contexto, seria próprio de um apedeuta a desconsideração desta complexidade.

Destacada está a importância da multidisciplinariedade na análise do direito.

2. ANALISE ECONÔMICA DO DIREITO

A ideia de que a ciência está exposta a uma variedade complexa de fatores que se influenciam e se interrelacionam, não é uma exclusividade do direito. Na mesma toada, destaca-se a importância da (historicamente falando) recente teoria da Análise Econômica do Direito. Decio Zylbersztajn e Rachel Szatajn¹⁵ explicam, com propriedade, a fundação do movimento Law and Economics, que concluem pela importância da consideração recíproca do Direito, das Instituições e da Economia.

Foi Ronald Coase quem criticou a escola tradicional, sobre as teorias da análise econômica. Para Coase, a distribuição dos recursos não se dá de forma negocial simples, até chegar à sua alocação eficiente. Coase insere na análise, um viés mais realístico, dos custos de transação, asseverando que as instituições impactam significativamente no comportamento dos agentes econômicos. Coase impacta por alertar que a teoria tradicional está dissociada da prática, professando uma necessária aproximação.

Guido Calabresi, jurista da Universidade de Yale, dedicou-se a demonstrar “a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da

¹⁵ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e Economia: análise econômica do Direito e das organizações**. São Paulo: Campus-Elsevier, 2005.

responsabilidade civil, seja em âmbito legislativo ou judicial”¹⁶. Com isso, também reconhece que na teoria da ciência econômica, há mais fatores que influenciam, além do mero objeto específico da ciência econômica.

Trimarcchi, também evidenciou a possibilidade de “no que concerne ao direito codificado, adotarem-se critérios que induzam as pessoas a buscar eficiências alocativas”¹⁷. Para Trimacchi, a contribuição extrapola a mera constatação da insuficiência do estudo fracionário da economia, vai mais além, ao apontar para admitir e defender um estudo conjunto do direito e da economia, com viés prático na codificação legislativa.

Assim, como se asseverou no capítulo anterior, na mesma linha, o estudo atual da Análise Econômica do Direito “rejeita a premissa neoclássica de escolhas hiper-rationais e comportamento maximizador, adotando o conceito de racionalidade limitada desenvolvido por Herbert Simon”¹⁸.

O estudo organizado por Zylbersztajn e Sztajn, na mesma linha do que defendia Ost, evidencia que a Economia também chegou à conclusão da relatividade da razão, que deixa de ser absoluta, para tomar consciência da sua própria limitação.

O exemplo de Amartya Sen resume de forma extremamente realista a interação entre a Lei e a Economia:

NA ORLA DO GOLFO DE BENGALA, no extremo sul de Bangladesh e Bengala ocidental, na Índia, situa-se o Sunderban — que significa “bela floresta”. É ali o hábitat natural do célebre tigre real de Bengala, um animal magnífico dotado de graça, velocidade, força e uma certa ferocidade. Restam relativamente poucos deles atualmente, mas os tigres sobreviventes estão protegidos por uma lei que proíbe caçá-los. A floresta de Sunderban também é famosa pelo mel ali produzido em grandes aglomerados naturais de colmeias. Os habitantes dessa região, desesperadamente pobres, penetram na floresta para coletar o mel, que nos mercados urbanos alcança ótimos preços — chegando talvez ao equivalente em rúpias a cinquenta dólares por frasco. Porém, os coletores de mel também precisam escapar dos tigres. Em anos bons, uns cinquenta e tantos coletores de mel são mortos por tigres, mas o número pode ser muito maior quando a situação não

¹⁶ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e Economia: análise econômica do Direito e das organizações**. São Paulo: Campus-Elsevier, 2005, p.17.

¹⁷ Op cit.

¹⁸ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e Economia: análise econômica do Direito e das organizações**. São Paulo: Campus-Elsevier, 2005. P.18.

é tão boa. Enquanto os tigres são protegidos, nada protege os miseráveis seres humanos que tentam ganhar a vida trabalhando naquela floresta densa, linda — e muito perigosa.

Essa é apenas uma ilustração da força das necessidades econômicas em muitos países do Terceiro Mundo.¹⁹

Esta é uma simples, mas insofismável constatação de que os aspectos econômicos (pobreza) têm uma interferência nas decisões das pessoas em decidir colocar sua própria vida em risco. Não menos evidente, é que tal aspecto econômico interfere na decisão de cumprir ou não a lei.

A economia tradicional, limitada ao seu exíguo objeto de estudo, não contemplava a análise de fatores extra objeto que, em que pese não fossem objeto de estudo, não deixavam de influenciar no resultado prático. Acerca da relação teórico-prático, Gilles Deleuze²⁰ traz importante reflexão:

Talvez seja porque estejamos vivendo de maneira nova as relações teoria-prática. As vezes se concebia a prática como uma aplicação da teoria, como uma consequência; as vezes, ao contrário, como devendo inspirar a teoria, como sendo ela própria criadora com relação a uma forma futura de teoria. De qualquer modo, se concebiam suas relações como um processo de totalização, em um sentido ou em um outro. Talvez para nós a questão se coloque de outra maneira. As relações teoria-prática são muito mais parciais e fragmentárias. Por um lado, uma teoria é sempre local, relativa a um pequeno domínio e pode se aplicar a um outro domínio, mais ou menos afastado. A relação de aplicação nunca é de semelhança. Por outro lado, desde que uma teoria penetre em seu próprio domínio encontra obstáculos que tornam necessário que seja revezada por outro tipo de discurso (é este outro tipo que permite eventualmente passar a um domínio diferente). A prática é um conjunto de revezamentos de uma teoria a outra e a teoria um revezamento de uma prática a outra. Nenhuma teoria pode se desenvolver sem encontrar uma espécie de muro e é preciso a prática para atravessar o muro.

No dizer do Autor, que redundava exatamente na conclusão da Law and Economics, a teoria é fragmentária por si só. Não existe uma teoria que englobe todos os fatores que se influenciam. Justamente por isso, a teoria é parcial. É sobre um ponto específico. Ela esbarra num “muro” (com sentido de limite), o qual somente poderá ser transposto pela prática.

¹⁹ SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia da Letras, 2000, p.151.

²⁰ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. São Paulo : Paz e Terra, 2021, p.77.

Amartya Sen²¹ foi pioneiro em destacar que o próprio desenvolvimento não se mede apenas economicamente, mas pela “expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”.

Bittar²² também destacou que o progresso, medido apenas economicamente, pelos impactos que gera social e ambientalmente, na verdade se revela em regresso. Ou seja, uma teoria da economia vista, de forma míope, apenas pela luz desta teoria, se traduz em catástrofes em áreas conexas e não consideradas na teoria. As palavras tão bem articuladas pelo autor, ilustram a ideia:

O pragmatismo insaciável, que de tudo retira a aura, nascido desse processo, que se infla da idéia progressista, é o mesmo que alimenta os processos de acelerada destruição do mundo natural e exaustão do ambiente físico sobre o qual se lastreia a própria sobrevivência da humanidade. Em nome do progresso conseguiu-se um regresso tão ilimitado que ameaça colocar a humanidade toda sob uma catastrófica e irreversível barbarização. Mas esta advertência já havia sido feita por Adorno e Horkheimer, quando afirmam: “A maldição do progresso irrefreável é a irrefreável regressão”. Com isso, o auge da civilização é sua própria aniquilação, e dessa forma se realiza a dialética do esclarecimento.

Se poderia, ainda citar Freud, e suas teorias sobre o ID e o EGO, e como elas influenciam diretamente na predisposição das pessoas em cumprir ou descumprir as normas sociais.

Se poderia citar o papel da fé, que tem sido instrumento, ao mesmo tempo, das maiores atrocidades e os maiores altruísmos da história da humanidade.

Se poderia citar eventuais teorias sobre as energias, a astrologia, o espiritismo, o magnetismo, que revelam possíveis interações extrasensoriais ao comportamento humano.

Enfim, o que não falta, nesta “miríade” complexa de fatores, são fontes de interação que interferem nas decisões e no comportamento humano, e seus efeitos.

É nesta linha que se alicerça a constatação de que, para se obter um determinado resultado prático, tão mais eficiente será uma ação, quanto maior for a gama de

²¹ SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia da Letras, 2000, p.40.

²² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Artigo Revista Sequência, dez/2008, p.144.

interdisciplinaridade, de conhecimento sobre a interconexão e interrelação entre as diversas teorias existentes sobre a miríade de fatores que influenciam para o resultado esperado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade evoluiu. A ciência evoluiu. O paradigma desta evolução é a constatação, humilde, da própria insuficiência do pensamento cartesiano e racional que inicialmente motivou e projetou a própria ciência.

Os resultados catastróficos obtidos pelo progresso econômico, em detrimento do esgotamento de recursos naturais, da miséria imposta a uma boa parcela da sociedade, e uma série de descumprimentos de direitos fundamentais que eram promessa da modernidade, levam à constatação de que algo não está dando certo, e precisa melhorar.

Com base nas evoluções da Law and Economics, e seus desdobramentos, constata-se que uma das alternativas que se mostra como possível resposta a esta problemática, é a percepção de que, assim como a Economia não pode prescindir do Direito (e vice versa), para a análise de suas teorias, a interação entre todas as ciências e conhecimentos, pode ser produtiva na missão de estabelecer novos caminhos para um futuro desejado.

Uma complexa gama de fatores interfere, mutuamente, e se interrelaciona, na prática, para que determinados resultados aconteçam.

Se o futuro que se deseja não se revela em meras teorias econômicas, ou não se satisfaz com meras promessas contidas nas letras frias de uma Lei, mas está na mudança real do mundo dos fatos, é conclusão lógica: para atingir este resultado real, a interação desta miríade de fatores que neste mundo se interrelacionam, deve ser o objeto de estudo. Quanto mais interdisciplinar for o estudo, maior será a assertividade das medidas a serem adotadas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Artigo Revista Sequência, dez/2008

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2021.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia da Letras, 2000

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e Economia: análise econômica do Direito e das organizações**. São Paulo: Campus-Elsevier, 2005.

TIPICIDADE MITIGADA E ATIPICIDADE NO DIREITO DISCIPLINAR MILITAR

Taís do Amaral de Aguiar¹

INTRODUÇÃO

O Direito Militar e o Direito Disciplinar Militar são matérias muito peculiares e ainda pouco exploradas pelos estudiosos, resultando assim em muitas dúvidas para os aplicadores de tais direitos. Há quem defenda a ideia de que no direito administrativo deve prevalecer a atipicidade, diante da especialidade do regime militar, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Por outro lado, há quem proclame a inadequação da atipicidade em direito administrativo, em razão dos termos da Constituição de 1988, e sustente a possibilidade de uma tipicidade mitigada, como Farlei Martins de Oliveira e Cícero Coimbra Neves.

Todavia, não é plausível que se façam concessões ao princípio constitucional da tipicidade, sob pena de macular diretriz constitucional. Não se ignora a peculiaridade do Direito Militar Disciplinar e da relevância de se manter a ordem e a disciplina dentro da caserna e nas atividades fins, mas é necessário que a administração militar esteja pautada de forma direta e obediente à Constituição Federal de 1988.

1. HIERARQUIA E DISCIPLINA NO DIREITO MILITAR

O Direito Militar possui como base a hierarquia e a disciplina. Entende-se o Direito Militar como “[...] todo o conjunto legislativo que está ligado, de uma forma ou outra, ao sistema que envolve tanto as Forças Armadas Brasileiras, como aquelas que são consideradas suas Forças Auxiliares [...]”. (ASSIS, p. 19, 2018).

Dispõe o Estatuto dos Militares, em seu art. 2º, que as Forças Armadas constituídas pelo Exército, Marinha e Aeronáutica:

¹ Acadêmica do Curso de Mestrado em Direito da Escola de Ciência Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo.

"[...] destinam-se a defender a Pátria e a garantir os poderes constituídos, a lei e a ordem. São instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina [...]" (BRASIL, 1980).

O Regulamento Disciplinar da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul disciplina em seu art. 3º que "A hierarquia e a disciplina são a base institucional da Brigada Militar" (RIO GRANDE DO SUL, 2004). Já o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo traz em seu art. 1º que "A hierarquia e a disciplina são as bases da organização da Polícia Militar" (SÃO PAULO, 2001).

Conforme o Estatuto dos Militares pode-se definir Hierarquia e Disciplina como:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. § 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade. § 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo (BRASIL, 1980).

Assim, temos que a hierarquia é a cadeia de comando que deve ser observada entre os militares, aumentando a responsabilidade e o poder conforme se encontra dentro da escala hierárquica. Temos ainda que a disciplina é o pronto acatamento das normas e regulamentos.

Decorre da hierarquia o poder do superior mandar, fiscalizar e punir seus subordinados quando estes se desviam do princípio da disciplina, pois, com isso "[...] o superior tem, em matéria de serviço, completa disponibilidade sobre os atos praticados pelo subordinado que, além da faculdade de aplicar a punição, tem autoridade de fiscalização, de revisão, de dirimir controvérsias [...]" (ASSIS, p. 95, 2018).

Diante disso, faz-se imprescindível que todo militar esteja ciente dos ditames legais e regulamentares para que se mantenha disciplinado e não venha a sofrer o peso da lei previsto para casos de infrações penais ou disciplinares. Portanto, as normas devem ser claras para bem

orientar o comportamento de todo militar que zele pelo respeito à hierarquia e disciplina na caserna.

2. DIREITO DISCIPLINAR MILITAR

No Direito Disciplinar Militar não existe como no Direito Penal Comum o equivalente a Teoria do Crime, ou seja, inexistente uma Teoria do Ilícito Disciplinar Militar. O que se tem são definições de poder disciplinar e definições de transgressões disciplinares.

Assim, o poder disciplinar ele é necessário e relevante, sendo que:

“[...] é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa” citando, como exemplo destas, as pessoas que com a Administração contratam, ficando, pois, sujeitas à interferência ou ao exercício do poder disciplinar (DI PIETRO, *apud*, NEVES, p. 02).

No mesmo sentido, leciona Alexandre Mazza, em sua obra Manual de Direito Administrativo, que “O poder disciplinar consiste na possibilidade de a Administração **aplicar punições** aos **agentes públicos** que cometam **infrações funcionais**” (MAZZA, p. 310, 2014). E segue dizendo que se trata o poder disciplinar de um poder vinculado, pois se aplica somente quando o servidor comete falta funcional e refere que é um poder discricionário na medida em que a administração pode escolher a punição mais adequada para o caso concreto.

Veja-se que o poder disciplinar é vinculado via de regra ao cometimento de falta funcional e sua discricionariedade não está no enquadramento da falta e sim na seleção da pena aplicável dentro das possibilidades elencadas pela capitulação dada para determinada falta cometida.

Para os militares a falta funcional pode caracterizar crime, contravenção ou até mesmo transgressão disciplinar, conforme art. 42 do Estatuto dos Militares, estando a transgressão abarcada pelo Direito Disciplinar Militar:

Art. 42. A violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas (BRASIL, 1980).

Para o Exército é transgressão disciplinar:

Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decore da classe. [...] Art. 15. São transgressões disciplinares todas as ações especificadas no Anexo I deste Regulamento (BRASIL, 20022).

A Marinha já classifica transgressão disciplinar como:

Art. 6º - Contravenção Disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime. [...] Art. 7º - São contravenções disciplinares: [...]. (BRASIL, 1983).

A Aeronáutica refere como transgressão disciplinar:

Art. 8º Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar. [...] Art. 10. São transgressões disciplinares, quando não constituírem crime: [...]. (BRASIL, 1975).

A Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul disciplina como transgressão disciplinar:

Art. 7º - Transgressão disciplinar é qualquer violação dos princípios da ética, dos deveres ou das obrigações policiais-militares, na sua manifestação elementar e simples, bem como qualquer omissão ou ação contrária a preceitos legais ou regulamentares. [...] § 2º - São transgressões disciplinares: I - todas as ações ou omissões contrárias à disciplina policial-militar especificadas no Anexo I, deste Regulamento; II - todas as ações ou omissões ou atos não especificados na relação de transgressões do Anexo citado que afetem a honra pessoal, o pundonor militar, o decore da classe ou o sentimento do dever e outras prescrições contidas no Estatuto dos Servidores Militares Estaduais, Leis e Regulamentos, bem como aquelas praticadas contra regras e ordens de serviço emanadas de autoridade competente (RIO GRANDE DO SUL, 2004).

A Polícia Militar do Estado de São Paulo define transgressão disciplinar como:

Artigo 12 - Transgressão disciplinar é a infração administrativa caracterizada pela violação dos deveres policiais-militares, cominando ao infrator as sanções previstas neste Regulamento. § 1º - As transgressões disciplinares compreendem: 1 - todas as ações ou omissões contrárias à disciplina policial-militar, especificadas no artigo 13 deste Regulamento; 2 - todas as ações ou omissões não especificadas no artigo 13 deste Regulamento, mas que também violem os valores e deveres policiais-militares (SÃO PAULO, 2001).

Veja-se, pois, que os diplomas legais militares, contudo, capitulam transgressões disciplinares não só de forma objetiva materializada em um tipo disciplinar, como traz de maneira

ampla e genérica seu enquadramento como sendo transgressão disciplinar atitudes que afetem a honra, decoro da classe, ética, e dever militar.

Com exceção da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul e da Polícia Militar de São Paulo, o Exército, a Marinha e a Aeronáutica tiveram o zelo de referir que não basta ferir ética, honra, decoro e dever militar, mas que também deve tal conduta proibitiva estar capitulada em alguma das suas legislações para então poder ensejar tipificação disciplinar.

De outra banda, interessante trazer as considerações de Jorge César de Assis quando se refere ao Regulamento de Disciplina Militar das Forças Armadas de Portugal, onde não se tem um anexo com infrações disciplinares com penas diretamente correspondentes:

Isto tem consequências muito graves, na medida em que, por uma simples violação de um dever militar, imagine-se por exemplo o militar que cospe no chão poder vir ser preso, sem qualquer parametrização da pena. Revela a antropologia jurídica que “quem tem o poder tende a abusar dele”. A toda evidência que e, qualquer regulamento disciplinar deve ser feita uma tabela de correspondência, em que para determinada infração Y corresponderia uma pena X (ASSIS, p. 186, 2018).

Isso posto, verifica-se que no Brasil embora existam infrações disciplinares militares disciplinadas em anexos com penas previstas, ainda assim há na legislação margem para enquadrar de forma genérica e abstrata o militar como transgressor da disciplina e busca-lo punir, o que caracteriza a **Cláusula de Reserva de Discricionariedade Militar**, e nos impõe a reflexão da tipicidade mitigada ou atipicidade administrativa.

3. TIPICIDADE MITIGADA E ATIPICIDADE ADMINISTRATIVA VERSUS O PRINCÍPIO DA TIPICIDADE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Conforme Cícero Coimbra Neves, “De modo geral, postula a doutrina não viger, em matéria disciplinar, o princípio da tipicidade, mas seu oposto, ou seja, o princípio da atipicidade” (NEVES, p. 08, 2007). Já Cícero Coimbra Neves diverge de Di Pietro e diz que é “[...] mais apropriado sustentar que vige nesse “ramo” do Direito – especialmente em Direito Administrativo Disciplinar Militar – a tipicidade moderada, ou “tipicidade mitigada [...]” (NEVES, p. 09, 2007).

Contudo não se concorda com atipicidade e nem com a tipicidade mitigada em matéria de direito disciplinar militar, já que tais capitulações não estão em harmonia com a Constituição

Federal de 1988, ferindo assim os direitos dos cidadãos militares brasileiros, uma vez que os tolhe o direito de ser punido apenas se houver prévia lei que tipifique determinada conduta como fato típico disciplinar. Para Rogério Sanches Cunha a tipicidade é o cumprimento do próprio princípio da legalidade porque ela tem uma função de garantia (informação verbal)² [...]”.

O princípio da legalidade deve ser levado em consideração inclusive na seara administrativa. Veja-se que “Esse princípio já estava previsto no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. No direito brasileiro vem contemplado nos art. 5º, II; 37; e 84, IV, da CF/88” (LENZA, p. 1188, 2019). Tal princípio visa obstar poderes autoritários e abusivos.

Nesse viés, as regras proibitivas/permisivas devem ser claras para as partes, autoridade superior e subordinado, sob pena de se colocar nas mãos dos superiores autoridade irrestrita, poder sem limites, dando margem para a ocorrência de assédio moral, por exemplo, de forma velada, a forma mais cruel de assédio moral, diga-se de passagem.

O Direito Disciplinar Militar deve ser um direito constitucional disciplinar militar antes de qualquer coisa, privilegiando-se inclusive o princípio da dignidade humana, o qual impõe seja todo ser humano tratado e processado com respeito e dignidade. Dito isto, tem-se que sem haver regramento claro e objetivo acerca de condutas disciplinares fica o militar subordinado com sua dignidade em risco, pois poderá a qualquer momento, por puro capricho de um superior, se ver processado administrativamente.

Sabe-se que todo homem ou mulher que se vê processado tem a angústia em ver o processo chegar ao fim e que se espera que sempre o fim seja alcançado com justiça após observados todos os direitos e garantias. Ocorre que violada uma garantia que seja maculada estará a pretensão de justiça.

Nesse compasso, imperioso reconhecer o princípio constitucional da tipicidade como uma garantia de todo militar, e que esta garantia está albergada pelo princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, e está de acordo com o princípio da legalidade.

² Informação fornecida na aula intitulada “Tipicidade x Legalidade”, disponível no *Youtube*.

Assim, torna-se impossível se cogitar em falar de justiça se ausente a garantia da tipicidade no Direito Disciplinar Militar.

Outrossim, conforme a nova Lei de Abuso de Autoridade, artigo 27, é crime “Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa [...]” (BRASIL, 2019).

Sendo assim, indaga-se como poderá o militar ser processado administrativamente por prática de ilícito funcional quando se estiver diante de um fato não tipificado em lei ou regulamento? Estaríamos diante de um flagrante abuso de autoridade, sem dúvidas.

Argumentar no sentido de que seria impossível capitular todas as condutas que atentariam contra a disciplina e hierarquia para fins de defender a prática de tipicidade mitigada ou atipicidade administrativa é o mesmo que dizer que os termos constitucionais são negociáveis, que os cidadãos militares são menos merecedores de direitos e garantias constitucionais, que autoritarismo e arbitrariedades seriam permitidas no seio da caserna. Ora, o meio militar pela relevância que tem para a manutenção da ordem pública e paz social deve ser o maior interessado em ver o texto constitucional em plena vigência e aplicação, pois se acredita mais em uma instituição quando ela dá exemplo em cumprir as leis e a Constituição Federal.

Portanto, deve prevalecer o princípio da legalidade e sua garantia, que é o princípio da tipicidade, até mesmo no direito administrativo militar, e nele principalmente, devendo as condutas que o militar não deve praticar estarem dispostas de forma objetiva em norma regulamentar, com sua punição estipulada proporcionalmente, apesar de até o momento não existir uma Teoria do Ilícito Disciplinar Militar, o que traria ainda mais luz para a matéria em análise. Isso significa dizer que as condutas não tipificadas em norma regulamentar de forma alguma podem mesmo em nome da hierarquia e disciplina (princípios basilares do Direito Militar) serem objeto de punição disciplinar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode admitir que em nome da hierarquia e disciplina haja um poder discricionário irrestrito à autoridade militar para o enquadramento de seus subordinados às faltas disciplinares e consequente aplicação de punição, pois tal aceitação seria uma afronta a Carta Magna de 1988 (art. 5º, XXXIX), à dignidade humana e ao nosso Estado Democrático de Direito. Nenhuma Cláusula de Reserva de Discricionariedade Militar poderá se sobrepor aos termos da Constituição Federal de 1988.

Além do mais, como foi visto acima, qualquer instauração de procedimento investigatório sem o devido enquadramento da falta disciplinar poderia facilmente caracterizar um abuso de autoridade, conforme a Lei 13.869/2019. E admitir arbitrariedades em procedimentos ou processos administrativos militares sob o argumento de prevalência dos princípios da hierarquia e disciplina seria temerário ao estado constitucional e democrático de direito em que vivemos neste país.

Com todo respeito aos autores que defendem uma tipicidade mitigada ou uma completa atipicidade administrativa, devemos lembrar que a norma superior e seus mandamentos são inegociáveis e que os direitos e garantias nela constantes são conquistas históricas as quais devem ser respeitadas com muito zelo.

Por fim, claro está que as instituições militares que ainda não se adequaram aos ditames constitucionais devem fazê-lo com brevidade e com seriedade para que haja um verdadeiro Direito Disciplinar Constitucional Militar.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar**: Da simples transgressão ao processo administrativo. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de ago. de 2022.

_____. Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975. **Aprova o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D76322.htm>. Acesso em: 26 jul. 2022

_____. Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983. **Aprova o Regulamento Disciplinar para a Marinha e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1983/d88545.html>. Acesso em: 02 ago 2022.

_____. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002. **Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4346-26-agosto-2002-460600-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 03 ago 2022.

_____. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 01 de jun. de 2022.

_____. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. **Dispõe sobre o Estatuto dos Militares.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em 29 maio 2022.

_____. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 19 ago 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Tipicidade x Legalidade.** *YouTube*, 2 de jan. de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MCQoXJrODLk>. Acesso em: 20 jul 2022.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Lei Complementar nº 10.990, de 1 de agosto de 1997: **Estatuto dos Servidores Militares da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/10.990.pdf>>. Acesso em: 29/05/2022.

_____. Decreto nº 43. 245, de 19 de julho de 2004. **Regulamento Disciplinar da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <<https://www.brigadamilitar.rs.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 25 ago 2022.

ESTADO DE SÃO PAUL. Lei Complementar nº 893, de 09 de março de 2001. **Institui o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar.** Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2001/lei.complementar-893-09.03.2001.html#:~:text=Artigo%20%C2%BA%20%2D%20A%20hierarquia%20e,nos%20termos%20da%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20vigente>>. Acesso em: 22 ago 2022.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 29. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Cícero Coimbra. **Teoria Geral do ilícito disciplinar militar:** um ensaio analítico. Disponível em: <<http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/teoriageral.pdf>>. Acesso em: 19/07/2022.

VIEIRA, Luiz Carlos. **A tipicidade como elemento da infração administrativa disciplinar no âmbito militar.** Disponível em: < <https://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-anteriores/edicao-n-3-2014-1-1/1487-192-509-1-sm/file>>. Acesso em 03 ago 2022.

O FEDERALISMO EM ATOS: DA ARTE LÚDICA E TEATRAL AO COMPLEXO EXERCÍCIO DE DIMENSÕES DE PODER

Carlos Afonso RigoSantin¹

Marlon Adriano Balbon Taborda²

INTRODUÇÃO

A idéia de Federalismo é algo relativamente recente e coincidente com a Independência Norte Americana das colônias britânicas, a partir de 1777. É resultado da falência do modelo confederado de governar, especialmente quando se tratando de grandes territórios. Constitui-se como uma forma de governar ou distribuir o Poder Estatal, buscando em última análise, a justiça. E no Brasil, o Federalismo tem suas raízes cravadas junto com a Proclamação da República. Nesse sentido, o próprio Senado Federal, em seu sítio eletrônico, traz os conceitos e históricos que serão a base para o presente artigo.

Passando à análise do material produzido em sala de aula, para compreensão de tudo que se seguiu, talvez a citação do trecho da obra O federalista, de Alexander Hamilton, traga a melhor síntese da busca e para que serve o Federalismo: *"A justiça é o fim de todo o governo e de toda a sociedade civil"* (Hamilton, Alexander).

Nesse contexto, o lúdico empresta compreensão à razão e à luz da obra "Estado de sítio", que traduz acontecimentos fictícios na localidade de Cadiz, e que demonstram uma espécie de organização por delegação de poderes em razão de situações talvez inusitadas que resultam em uma conhecida forma de organizar o Poder.

¹Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2005); advogado inscrito na OABRS 64193 (2005); especialista em direito processual civil pelo Instituto Meridional – IMED (2008); Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2022); Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0238077864917585> E-mail: carlossantin@razaoinfo.com.br

²Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha de São Gabriel/RS, Pós-Graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Universidade Franciscana de Santa Maria/RS, Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS, Brasil, Advogado; Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1648809159618620> E-mail: dr.marlonbalbon@gmail.com

Avançando nas obras, foi possível compreender que, tanto o federalista clássico, quanto as situações vislumbradas no pós-modernismo de Bittar, existem características comuns, que nos levam a também poder comparar com o estado Federal de ideal federalista neste resultado de constitucionalismo moderno, onde se descentraliza o poder, e o Estado se faz presente na vida do cidadão.

Sem pretensão de esgotar o tema, pode ser dito que no “Estado de sítio” fictício, a história se desenvolve com a necessidade de atuação mais presencial do Estado, e ali vão ocorrendo situações de toda a ordem, até mesmo de ordem pessoal com o juiz; nos federalistas existe a referência de que o judiciário efetivamente tem as suas funções em poder organizado também com a sua atribuição respectiva, bem como no federalismo também existe a separação de poderes onde o judiciário está presente no plano legal posto para equilíbrio e dimensão de poder. Da mesma forma, politicamente se descentraliza e se centrifuga o poder, conforme for a situação ou ocasião, tornando-se o exercício do poder no Estado Federal de forma assimétrica.

Assim, nesta despreziosa análise que se articula, abordando o Estado Federal nesta linha de exposição, e em cotejo mútuo tanto à ficção cênica e teatral retro referida, também na diretriz Federalista, e arrojadamente pontuando-os superficialmente com o federalismo constituinte, que em atuação política se articula muito próximo de teatralização partidária encenada como política pode ser afirmado que, dentro desta sinergia que existe entre o poder político e dimensão de poder, que há uma maior linearidade de alinhamento do federal ao local, que, é claro, pode ser diferente também e até em movimento inverso, mas que chama as devidas atenções, com considerável valorização para que haja o envolvimento em assuntos locais, e isto se identifica como uma configuração assimétrica que descentraliza o poder, e que, assim, atende com mais pontualidade às demandas locais, e é aí que adentra a questão das dimensões de poder ser exercidas por quem mais contato direto tem com o cidadão e contribuinte mais próximo, que é onde as pessoas vivem, nas cidades, talvez pela ótica da otimização, e esta é uma reflexão de que se tem que a partir do modelo político que nós queremos e de fato já está posto.

Assim, a descentralização para o exercício das dimensões de poder no Brasil pode ser apresentada como uma peça de teatro, onde, conforme o clássico estado de sítio se abre um

pano, se tem uma música com este pano de fundo abrindo, e, dentro das formais e teatrais como regras do jogo passíveis de ser jogadas, nos limites da lei, os gestores políticos, por meio de seus contatos eminentemente componentes do seu meio, articulam a gestão para que possam exercer o poder no mais distante chão, solo, pago ou rincão possível dentro do Estado Federal Constitucional, e é a partir daí que se coteja esta organização Federativa, e que em determinado momento tem que ser em um movimento de chamar o poder para si, em exercício do poder, centralizando-o no que lhe for cabível e pertinente, que é chamado o movimento centrípeto, para dentro, sem também deixar de aplicar uma forma centrífuga de distribuição de dimensões de poder para que, no solo do município mais distante, se consiga fazer valer a sua vontade política, dando a ideia ao cidadão local que lhe estejam sendo atendidas as demandas necessárias, por meio de um representante local, e é dentro deste agir que se centraliza assimetricamente, e de forma organizada a assim dita organização Federativa para fragmentar a política no estado Federal.

A ideia de nação é uma força motriz muito forte e consistente, que vem sofrendo mudanças. A homogeneidade de nação no século XX já não persiste no atual século XXI, pois agora a sociedade é mais heterogênea, e hoje não há como pensar a construção da sociedade em termos homogêneos, e aí é que adentra a questão da descentralização

1. HISTÓRICO E CONCEITOS DO FEDERALISMO BRASILEIRO

O Federalismo brasileiro foi introduzido com a Proclamação da República em 1889 e apresentou uma ideia de Estado Federal como uma forma de organização e distribuição do poder estatal, ainda que centralizado, mas oferecendo autonomia à grupos locais. E como se infere do teor do 1º decreto da República, foi o tema central da mudança que se iniciava:

Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889:

O Governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, decreta:

Art. 1º - Fica proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da nação brasileira – a República Federativa.

Art. 2º- As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil.

Art. 3º - Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais.

O “pacto” federativo brasileiro é calcado nas ideias do pacto federativo norte americano, que, por sua vez, se baseia em dois princípios básicos: a participação e a autonomia. Aquele preceitua que todo Estado-membro do pacto, é parte ativa no processo de elaboração da vontade política da organização federal; este, por sua vez, preceitua que os Estados-membros tem liberdade para estatuir suas próprias ordens constitucionais, que por sua vez, deve ser a peça central de toda a organização estatal.

A Constituição deve ser a base de toda experiência federativa. É a Constituição o instrumento que delimita, organiza e equilibra todas as esferas sociais e do exercício do Poder e divisão desse Poder em 3 poderes: legislativo, executivo e judiciário; sobre os quais, cada Estado-membro pode, na proporção relativa ao seu território, organizar.

Ressalta-se que a Proclamação da República refletiu 03 grandes mudanças sociais: a abolição da escravatura; a crise na produção de cana de açúcar e a falência do modelo agrário, iniciando um êxodo rural em direção à centros urbanos. Esse quadro social impulsionou o que viria após e mantêm-se até o presente momento em relação às mudanças estruturais no país: mudança da forma de governo (de Monarquia para República); mudança do sistema de governo (de parlamentarista para presidencialista) e mudança de forma de Estado, de unitário, à Federal.

Esse primeiro contato com a experiência Federalista, acabou colocando grande poder e autonomia da mão de pequenos grupos oligárquicos (oligarquias e coronelismo), que culminou com o que a história identificou como a “política do café com leite”, que se pode dizer ser o início do modelo liberal ou de menor intervenção estatal centralizada. Esse período, no Brasil, resultou em profunda desigualdade e injustiças sociais, culminando em verdadeiro caos social e cujos valores são opostos à ideia federalista de justiça como fim de todo poder e de toda sociedade.

O Mundo então conheceu a grande depressão de 1930, e no Brasil uma profunda crise econômica e social foi instaurada, e o reflexo dessa crise foi o combustível à “quebra” da “política café com leite”, quando da revolução de 1930, ecoou o fim da “república velha” e instaurou-se o

que ficou conhecido como era Vargas ou “Estado Novo”. Em nome de uma suposta igualdade ou mais justiça social, o período foi marcado por uma extrema centralização do poder e destituição – por assim dizer – de todo poder Estatal ou descentralizado.

Após a segunda guerra mundial, em 1946, e estabelecida a “vitória” do modelo liberal e descentralizado de Poder; chega ao fim a “Era Vargas” e estabelece-se uma nova ordem constitucional e democrática no Brasil. Associando 03 grandes constituições e ideais: o federalismo norte americano; o presidencialismo Francês e o reconhecimento de direitos sociais da Constituição Alemã de 1919 (Weimar); o Brasil formula sua Constituição de 1946, e formula a organização de certas matérias de interesse nacional, tais como: direitos processual e organização judiciária, matéria eleitoral, organização das forças armadas, regras para criação de leis. E dentre diversas mudanças, a “criação” ou reconhecimento do Município enquanto Ente Federado e distribuindo parte do Poder Estatal a este “novo” participante do pacto federativo brasileiro.

E a despeito de graves crises financeiras, econômicas e sociais mundiais, o Brasil se modernizava, se industrializava e se urbanizava, crescia e seguia avançando nos pilares democráticos e restituindo aos Estados, a descentralização do Poder que havia sido perdido.

Contudo, pouco menos de duas décadas após iniciar um regime democrático e aplicar princípios Federalistas, dividindo o Poder do Estado e descentralizado o mesmo; sobreveio o movimento de intervenção militar em 1964. E toda a construção democrática e federalista, foi sobreposta a um governo agora ditatorial, apenas dividido em células de exercício desse mesmo poder absolutista e sem possibilidade de oposição. Situação agravada através dos Atos institucionais que sobrepujaram liberdades individuais e conferiram poderes quase absolutos àqueles que o exerciam.

Esse triste, porém, valioso, período de aprendizado jamais pode ser esquecido. E somente em 1985, mais de 20 anos após sua instauração, finalmente, o Brasil volta a exercer sua democracia e encontra no Federalismo, a necessária descentralização do Poder e exercício da democracia.

O retorno do regime democrático celebra também o retorno do Federalismo, e a Constituição de 1988, também chamada de constituição “cidadã”, foi um, senão o principal movimento vetor de tal que amplia as competências dos Estados-membros, e estabelece um papel de destaque para os Municípios. A constituição divide as competências de cada Ente Federado, Municípios, Estados e União. Atribui a este último as atuações referentes à Política externa e das relações internacionais; políticas de segurança e defesa nacional; economia, emissão de moeda, serviços de comunicação, geração de energia e outros de interesse Nacional. Aos Estados, compete tudo que não é de competência exclusiva do Governo Federal. Aos municípios, resta legislar sobre assuntos de interesse local, e complementar àquelas atribuições Estaduais e Federais, de acordo com seus interesses.

A divisão de poderes também observa o princípio federalista e a descentralização de competências. Todos os 03 poderes instituídos, Executivo, Legislativo e Judiciário; são descentralizados e é observada divisão de competências conforme os Entes Federativos, União e Estado para o Poder Judiciário, e União, Estados e Municípios para os demais. Além das competências atribuídas ao Distrito Federal.

2. O FEDERALISMO E SUA ASSIMETRIA QUE GERA O ESTADO FEDERAL

Visa o presente artigo também realizar uma breve exposição sobre a configuração assimétrica do Estado Federal, apresentada por posições vinculadas à centralização, e que se demonstrará que o estado Federal é assimétrico no Brasil, podendo ser descentralizado.

Importante desde já deixar claro que há diferença entre federalismo e federação, sendo o fator mais relevante é a simetria do direito, na qual os estados federais seguem, ou não, um padrão de igualdade entre as unidades federativas, sendo que o estado Federal teve seu início em um ideal federalista, como resultado de um constitucionalismo moderado, na distinção entre direito e política, sendo ele, então, uma exposição normativa, todavia, organização Federativa pode-se configurar em uma fragmentação política ou em concentração de poder, que é o federalismo e estado Federal, e que não se confundem. A simetria do direito é assim dita pela

questão de se estar subordinado a uma única Constituição Federal, a qual é simétrica no que se refere à forma perante os seus entes, os estados.

Os estados federais possuem características que as diferenciam dos Estados unitários, e estes estados federais são matrizes de diversos entre os políticos que possuem interesses comuns.

Há de abordar a relação entre a manifestação do federalismo no tocante à relação entre os Federados e a configuração política nos Estados federais, e aí é que surge o problema de uma assimetria Federativa, que são as federações que podem ser organizadas de modo simétrico ou assimétrico.

O federalismo simétrico pode ser compreendido como princípio emitido na realização de um estado com a simetria de fato e a simetria de direito. Fato é que há uma complexidade na questão do federalismo, que se mostra muito mais evidente no Brasil, com base no desenvolvimento do federalismo e do Estado Federal do Brasil, o qual indica um federalismo descentralizado, e é aí adentra uma questão de discussão sobre o caráter centralizador ou descentralizador da Federação, que é estudo da assimetria Federativa como fator de organização do federalismo e da federação.

O federalismo assimétrico tem pré-condições que praticamente o impõe em condições prévias como cogentes que não podem deixar de ser analisadas, as quais vão desde a diversidade cultural, a forma posta na territorialidade, as diferenças socioeconômicas muitas vezes individualizadas de forma única, a demografia local e regional, e tais condições evidentemente são assimétricas, as quais impõem análises casuísticas, e isto reflete até mesmo na manifestação da assimetria, e até mesmo no senado há quanto à competência dos entes subnacionais.

A simetria de direito é regra em conformidade com a Constituição de 1988, e isto é chave para vem compreender, pois a Federação Brasileira mostra-se como simétrica de direito, território nacional que possui a mesma importância para a Federação, com o mesmo número de representantes no Senado Federal, e também as mesmas competências executivas, legislativas e tributárias, e este equilíbrio surge ao lado do equilíbrio entre os poderes governamentais e o equilíbrio entre o poder estatal e os direitos fundamentais, e a redistribuição de competências

era fator imprescindível para descaracterizar o centralismo do então sistema federativo no Brasil, e é preciso sempre analisar, para o presente caso, o federalismo brasileiro.

Federalismo não é o modelo idealizado e abstrato de fórmula pronta e posta, ele tem determinadas características comuns entendidas como necessárias a um regime Federal, e, dentro de uma leitura do planejamento federativo, a atual Constituição do Brasil reflete ideias de justiça social, sendo um documento que contém a marca do constitucionalismo contemporâneo, porque à época era preciso que a nova constituição respeitasse seus princípios federativos com a maior descentralização, e este é o espírito descentralizador da constituinte.

Nos contrastes entre os anseios de centralizadores da constituinte e o resultado centralizador, o federalismo na constituição de 1988, se constata que há repartição de competências de um estado Federal, que é o núcleo essencial das questões federativas conforme os poderes da Constituição. O Estado Federal possui múltiplos ordenamentos jurídicos, com limite de atuação de estado limitados na constituição federal, não é um simples desdobramento da atividade estatal através de órgãos, há sim uma pluralidade de ordenamentos, organização territorial, com expressão de poder estatal na Federação, é um grande sistema de repartição de competências que dá substância à descentralização a em Estados autônomos.

Os estados federais devem possuir as suas normas, as quais têm como destinatários todas as pessoas que vivem naquele estado, e nesta repartição reside a assertiva de extensão da autonomia do ente federativo, porque a autonomia constitui uma pluralidade de ordenamentos; a competência é a parte central da questão Federativa, uma vez que a partilha do Poder de legislar estabelece o alcance do exercício das outras funções.

Em um primeiro momento é possível separar em competências materiais e legislativas. As primeiras são uma espécie de exclusivas da União, já a segunda é dividida em exclusivas dos Estados, pois as normas gerais são emitidas pela União, as quais estabelecem princípios e diretrizes gerais, aplicadas uniformemente, e as competências legislativas decorrentes entre União, o Estado e o Distrito Federal, são numericamente bem inferiores às privativas do Poder Federal, sendo que a União tem o poder de determinar normas gerais.

O federalismo pode se manifestar de muitos modos nos Estados federais, diversos tipos de organização federativa e também quanto à distribuição das responsabilidades, ao passo que o sistema federativo pode permitir que minorias regionais possam influenciar na tomada de decisões federais, e este comportamento se dá, por exemplo, através das bancadas estaduais nas câmaras de Deputados, e demonstra que a representatividade eleitoral e os interesses locais é deixada muitas vezes de lado também em favor de arranjos partidários, sobretudo nas questões de interesse do Poder Executivo e que retro alimenta o presidencialismo brasileiro, ao passo que o federalismo brasileiro pode ser interpretado conforme a observação do Movimento centrípeto em relação aos poderes, e de centrífugo em relação à execução das políticas planejadas pelo Governo Federal.

Então, neste contexto de reflexão, se observa que a Constituição Federal adota o princípio da descentralização da execução das políticas, isto pode fazer surgir algumas confusões de divergência conceitual de projeção e de definições relevantes, especialmente entre Federalismo e Federação que são conceitos que apesar de próximos e relacionados não se confundem, pois os mesmos têm objetos diferentes. Já que a

A Federação é um modo complexo de organização do Estado, e o Federalismo é considerado como uma forma de distribuição de poder tomado em seu significado constitucional, sendo este, portanto, uma divisão constitucional de poderes entre dois ou mais poderes competentes. Federalismo se relaciona diretamente ao de federação, sendo uma estrutura hábil para contemplar e harmonizar problemas, não somente uma realidade do direito dentro do estado, mas, sobretudo é uma realidade política, econômica e social. O Federalismo é o princípio reitor da forma de organização do estado, e Federação é a própria forma de organização do Estado em si.

Na análise dos ordenamentos jurídicos existentes nas formas históricas das federações, de federalismo simétrico, tem instrumentos que são: a composição plural de estado, poder local, poderes centrais, poder judiciário repartido entre união e estados e também um Supremo Tribunal Federal, uma organização de câmara no Poder Legislativo com o Senado.

Existem rupturas nas linhas definidoras de federalismo simétrico que podem gerar justamente formas anômalas de federalismo, ou federalismo assimétrico, com deformações na uniformidade das regras ou no funcionamento do sistema Federal. A simetria na Constituição é o estabelecimento do município como ente federativo, e isso leva a distinção entre federalismo assimétrico e estados federais assimétricos, e tais são pré-condições assimétricas presentes no federalismo, sendo que há também alguma situação de assimetria de direito, que é formalmente estranha em processos constitucionais, de forma que as unidades estatais continentes são tratadas diferentes o direito.

Sobre tal (Liziero, 2017) assim apresenta uma exposição:

O estudo do fenômeno da assimetria no direito constitucional de um Estado e consequentemente em seu federalismo é tarefa de difícil realização, uma vez que as fontes ainda são esparsas dentro da vasta literatura existente sobre o federalismo e não são poucas as vezes que a assimetria se manifesta de forma bastante diversa em Estados federais diversos, sendo de difícil estabelecimento de parâmetros para sua caracterização

Essa imprescindibilidade direciona ao enfrentamento de ideias que deve ser feito abertamente a respeito das questões relacionadas à nova leitura dos conceitos e das práticas que servem de sustentáculo aos contemporâneos Estados federais e, em especial, o Brasil. Assim, independentemente dos fatores históricos, políticos, sociais, culturais e econômicos que condicionam a formação assimétrica no federalismo de cada Estado, há elementos presentes no texto constitucional que juridicamente realizam a assimetria do federalismo na federação.

Na formação de um estado Federal existe um primeiro estágio que é a presença do federalismo, já um segundo é a formação da Constituição Federal, e um terceiro estágio é o estado Federal constitucionalmente estabelecido, e isto é bom que fique claro.

Então, dentre as preconizações para a assimetria, existem as questões socioeconômicas, culturais, a sociedade política, as quais não podem ser ignoradas e nem desconsideradas, inclusive porque aí adentra justamente o agir de forma democrática e o fim maior da democracia em si, e aí adentra a questão de que esta União indissolúvel da República Federativa, que envolve a pluralidade dos entes constituídos na própria República Federativa, repartição de competências, autonomia constitucional dos poderes reservados aos Estados, autonomia e o poder de autoorganização dos municípios, dentre outras situações que envolvem uma análise real nas

federações atualmente existentes, pois sempre haverá a presença de assimetria na circunstâncias, seja ela em movimento centrípeto, seja ela em movimento centrífugo.

Assim, esta pressuposição e precondição de uma determinada heterogeneidade sociocultural, característica cada vez mais presente na sociedade atual, que atua como motivação de convergência para a convivência de nações, tanto entre si, como internamente, e isto para o Brasil é o que o torna autêntico, estas diversidades culturais dentro do Brasil são uma atuação demonstrável como a diversidade cultural é uma pré-condição do federalismo, pois há manifestamente muitas diversas diferenças culturais que a cada dia nos distanciam mais e mais, seja por questão de princípio, seja por questão social política econômica, embora haja uma similaridade cultural diversidades culturais sob alguns aspectos, em outros não, e tais são fatores que justificam o federalismo, motivando a criação de novas unidades e aí a assimetria surge nos graus de semelhança cultural biodiversa, e o Brasil possui tais diversidades de duração justamente características de estados federais assimétricos, os quais se somam às questões da territorialidade, desigualdades sócio econômicas, demografia, e inclusive com representação política, conforme foi retro exposto.

Assim, por mais que possa haver uma a simetria de direito nos Estados federais, tendo como alicerce uma Constituição Federal uma e/ou única, inclusive no que se refere à representação, como ocorre, por exemplo, em número de senadores, se constata que tal equivalência funcional de um estado Federal em relação a outro pode ser simétrico em composição, mas sempre com arranjos de federalismo que podem gerar assimetria, inclusive porque há a assertiva de que o federalismo convive bem e melhor com sistemas Democráticos, e é incompatível com as formas autocráticas, pois, para tal, pode gerar vantagens maiores para os Estados menos populosos no jogo político.

Claro que não existe objeto empírico para ser comparado de estado Federal assimétrico, e o Brasil possui assimetrias em sua composição, mas em razão de não dar tratamento igualitário a todos os entes federativos em um mesmo grau, todos os estados e municípios são formalmente iguais entre eles e o Brasil possui assimetrias de fato, mas é simétrico de direito, são diferentes que convivem neste jogo político administrativo.

Assim, em considerações finais, pode ser dito que o que une as partes no federalismo é a finalidade de interagir, são evidências que comprovam a hipótese de a configuração assimétrica do Estado Federal (no caso brasileiro), e o estudo do federalismo passa pelo exame de certas categorias, federalismo por tipos, seja de competição, seja de cooperação, também pensar o Estado Federal em sua configuração simétrica ou assimétrica, de modo que será simétrica quando houver paridade entre seus componentes, inclusive por força de Lei Constitucional, pois há federações que são simétricas e assimétricas. O federalismo é conceito sócio-político.

Assim, nesta corajosa árdua tarefa de tentar polir estas arestas que possam ser passíveis de conclusão conjunta, unindo as obras Estado de Sítio, oFederalista, e também uma análise da Assimetria do Federalismo no estado Federal brasileiro, os aqui é articuladores se encorajam em afirmar que em Estado de Sítio houve delegações de poderes em que o estado tinha que estar presente, por meio de seu agente, no local específico, por meio de um funcionário público, com força de aplicar inclusive poder de sanção, estando aí, portanto, uma descentralização assimétrica do Poder, o que leva à conclusão de que o Estado de Sítio também é um exemplo de assimetria de um federalismo como lá posto, de presença do Estado no local distante de onde o gestor está, mas que lá tem alguém atuando em nome e no interesse daquela política pública pré estabelecida, o que se faz em homenagem a ciência em razão de que as artes cênicas também são uma composição de exercício de poder, e, portanto, também de democracia.

Ainda, e emum cenário assimétrico, certas unidades federativas podem ter mais competências e prerrogativas que outras, e esta configuração assimétrica do Estado Federal brasileiro mostra-se como um meio para a descentralização, e pode significar uma reconfiguração da Federação. O federalismo, como uma conjectura de pré-condições com diversidades toda ordem, sejam culturais, seja de territorialidade, de desigualdade socioeconômicas e demografia, necessita ser compreendido como fenômeno sociológico em constante mudança e evolução, e o conceito de federalismo está contido na sociedade de um estado, e não necessariamente em sua ordem jurídica, e os resultados assimétricos da federalismo constituem o estado Federal, é um sistema que se evolui por si só e interage.

As assimetrias no estado federal podem ser tanto de fato quanto de direito e as assimetrias podem ser definidas também por ordem constitucional de uma federação, a qual é a assimetria de direito. A assimetria de direito possibilita a descentralização ou federalismo, e essa descentralização ocorre também pela assimetria de direito na determinação de componentes das casas legislativas, pois uniões políticas podem criar tal movimento, e não há impedimento constitucional ou interpretativo que crie obstáculos à delegação de competências específicas de determinados estados, criando, desse modo, uma assimetria no tocante a autonomia Legislativa e ao realizar tal descentralização.

Assim, sabido que é uma leitura complexa, mas que tem sua importância didática na classificação de critérios sobre o tema, que levam a uma reflexão sobre a real necessidade de ajuste prático de algumas situações, especialmente quanto ao número de representantes ante à demografia populacional de cada estado, tem-se que o Federalismo é um conjunto complexo de agir, supostamente para ser aplicado em prol do povo, e que passa e/ou perpassa por agir discricionário em um cenário de gestão realizada pelos eleitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dos devaneios artísticos e lúdica representação de uma forma de exercício de Poder à consolidação da vontade popular e bem querências de um povo; o Federalismo é o solo fértil para o desenvolvimento e organização de uma sociedade. O Federalismo é a ferramenta de reconhecimento e respeito de diferenças aos mandos e aos comandos legais, válidos em relação a todos. É no federalismo, que o respeito encontra seu ponto de equilíbrio; e que a igualdade pode ser exercida, inclusive quanto passa pela solidariedade.

Princípio máximo da justiça é tratar os iguais de forma iguais e os desiguais de forma desigual, sob pena de tornarmo-nos tiranos. O respeito e o conhecimento das diferenças é o que torna o mundo o que ele é; e não se pode vislumbrar qualquer forma de organização social sem considerar essa indelével realidade.

A sociedade humana, ainda que partícipe de um ecossistema muito maior e mais complexo, não é e nunca será uniforme, sendo assim, assimétrico. E são nestas diferenças que nos tornamos seres únicos, e são elas que nos permitiram evoluir e continuar evoluindo.

Considerando o curto período de sua existência – pouco mais de 300 anos – o Federalismo se provou ser uma ideia ou ferramenta poderosa, e quiçá, indispensável à evolução das sociedades que desejam a justiça, a liberdade e o desenvolvimento social enquanto valores e objetivos.

O pacto federativo certamente não é a fórmula mágica apta a conquistar objetivos de justiça social e desenvolvimento humano digno da sociedade; mas certamente, se apresenta como uma ferramenta para alcançar esse objetivo e melhorar ou tornar possível, nossa convivência em um mundo comum, graças (e não apesar) das nossas diferenças.

Também não menos importante concluir que, evidentemente nesta questão do federalismo o respeito a uma Constituição una e/ou única para todos os seus entes é algo primordial, prevalecendo, assim, a simetria no direito, respeitadas, por óbvio, as delegações especificadas que podem fazer a referida assimetria do direito local e/ou regionalizada, mas basicamente se baseia como simetria no direito. Ainda, no que se refere ao gerir local, acaba ocorrendo a assimetria, que decorre justamente de um movimento centrífugo do gestor político geral, o qual também não deixa de ser centrípeto no que se refere à delegação que emana do ente federativo principal, como ordem emanada, ou delegação de poder, em prol do destinatário final, o cidadão o povo, e tais movimentos, simétrico, assimétrico, centrípeto e centrífugo convivem bem dentro deste sistema complexo, o qual existe tanto de fato, de direito, como também nas artes por meio da ficção referida na presente exposição.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANACLETO, Sidraque David Monteiro. **O Federalismo Brasileiro e a Jurisdição Constitucional**. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; sob orientação do Prof. Dr. Prof. Paulo Gustavo Gonet

Branco. Disponível em https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/648_arquivo.pdf , acesso em 10 de fevereiro de 2023.

BARBOSA, Antonio José. **O federalismo brasileiro**. Senado Federal. Texto publicado no sitio eletrônico do Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/jovensenador/home/arquivos/textos-consultoria/o-federalismo-brasileiro>, acesso em 04 de fevereiro de 2023.

CAMUS, Albert. **Estado de sítio**/Albert Camus; tradução Alcione Araújo e Pedro Hussak. Rio de Janeiro/RJ; 2002.

HAMILTON, Alexander. 1757-1804**O federalista**/Hamilton, Madison e Jay; tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte/MG; 2003. Pg. 51

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. **Estado federal no Brasil: o federalismo na constituinte de 1987/1988 e a descentralização pela assimetria** / Leonam Baesso da Silva Liziero. - 2017.186 f.Orientador: Prof. Dr. Gustavo Silveira Siqueira. Local Rio de Janeiro; Editora: Catalogação na fonte UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

SANTOS, Ronaldo Alencar dos Santos e ANDRADE, Pricilla Lopes. **A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO FEDERALISMO BRASILEIRO: Uma análise histórico-sociológica a partir das Constituições Federais**. Mackenzie Repositório Digital, disponível em <https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/23867>, acesso em 02 de fevereiro de 2023.

A CRISE DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Marlon Adriano Balbon Taborda¹

Tamires Kürschner Caspers²

INTRODUÇÃO

É fato notório, bem como tem sido amplamente realizado e difundido, por meio de atos de atuação institucional, assim como também no meio acadêmico dos mais variados níveis, tendo inclusive fontes de membros da mais Alta Corte do Poder Judiciário do Brasil, sob o fundamento de que se estaria aplicando como plano de fundo o Direito Constitucional que se fundamenta na tese em Direitos Humanos, um agir de que pode o Poder Judiciário, tanto sob o argumento de suprir lacunas como o de aplicar a melhor interpretação constitucional, o agir de modo manifestamente a atuar adentrando diretamente nas atribuições dos demais poderes existentes.

Dentro deste contexto se tem discutido, abordado e analisado se efetivamente existe essa legitimidade do atuar por parte do Poder Judiciário quando emana certas ou determinadas decisões, algumas com viés de lei, outros atos com cunho de ordem como determinação propriamente dita, e isto, muitas das vezes ocorre invertendo máximas de valores e fundamentos jurídicos e sob o pretexto de estar aplicando os direitos humanos mais puros como constitucionalmente expostos, sendo que a este passo cabe já de início lembrar também o que foi exposto por Hans Kelsen na sua obra da Teoria Pura do Direito de que o direito não pode ser ideológico, tem que ser tão somente direito, e se a lei é justa ou injusta, segue sendo lei desde que seja eficaz.

¹Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha de São Gabriel/RS, Pós-Graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Universidade Franciscana de Santa Maria/RS, Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS, Brasil, Advogado; Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1648809159618620> E-mail: dr.marlonbalbon@gmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS, Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS, Plataforma Lattes: https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=48F157AB3C7953C0814057DD57B2A5B4 E-mail: 149691@upf.br

Nesta senda, procurar-se-á fazer uma exposição que analise ambas as proposições, já que em razão deste momento de eclosão social e invasão manifesta do Poder Judiciário perante os demais poderes, especialmente perante o Poder Executivo atual no Brasil, traz-se à baila está análise, a qual, por Óbvio, não tem o condão de exaurir de forma plena e total o tema, mas que visa pelo menos se refletir sobre tal fenômeno que tem uma verdadeira ação social como torcida de times de futebol, onde muitos vibram sorrindo por concordar, e outros tantos ao mesmo tempo discordam bradando, eis que tomados pela indignação. Portanto, o Poder Judiciário tem o dever de atuar dentro da legalidade estabelecida, ou seja, seguindo a lei e mediante uma interpretação que seja a mais adequada ao caso. No entanto, deve-se ter em mente que, de acordo com a Constituição Federal, o Poder Judiciário tem também a função de proteger e garantir os direitos humanos, o que significa que, quando necessário, a lei pode ser interpretada de maneira diferente para garantir os direitos humanos.

1. A CRISE DE LEGITIMIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS EM FACE DA QUEBRA DOS PRINCÍPIOS DOS TRÊS PODERES

É impossível não refletir na solidão da ciência que é o Mestrado em Direito se o que o Poder Judiciário tem feito é realmente Justiça na etimologia do termo e gênese do verbo, bem como, e principalmente, se detém a legitimidade que alega deter para interferir em demais órgãos de Poder de Estado, como é o caso das interferências e desequilíbrios que pratica em face do Poder Executivo e Poder Legislativo, e, a partir de tal premissa se pode afirmar categoricamente que tal forma de agir acaba por impor que pelo menos se exerça um refletir sobre tal situação, pois se antes as indiferenças eram resolvidas na força da luta física, passando ainda pelo exército mais forte e exército mais fraco, depois se começou a se resolver através de estruturas criadas por laboratório institucional dos poderes de Estado, onde cada um destes poderes tem suas funções e atribuições bem definidas.

Além disso John Locke registrava em seu entendimento a existência da divisão em quatro poderes, Legislativo, Executivo, Federativo e Discrecional. Ele acreditava que ao dividir o poder entre um grupo de pessoas, esses poderiam controlar uns aos outros, o que impediria a ocorrência de abusos de poder. O legislativo seria responsável pela elaboração e aprovação de

leis, o executivo seria responsável pela execução das leis aprovadas, o federativo teria a responsabilidade de julgar a legalidade das ações do executivo e o discricionário seria responsável por decidir sobre questões que não estivessem previstas na lei, o autor Rodrigues traz que

[...]dentro desse contexto, o surgimento de maneira mais evidente a fragmentação das atividades estatais. Influenciado os princípios do liberalismo político. Locke, versou essencialmente acerca da garantia da propriedade, apontando a carência de leis e estabelecendo o Poder Legislativo sobre qualquer um. Mesmo que afastado da forma existente atualmente de separação de poderes foi o fundamento do modelo vigente (2022).

E com isso vem o Estado Pós-Moderno, portanto, deve contornar tais problemas. Para tanto, deve haver uma redefinição da legitimidade do Direito a partir da reconstrução dos direitos subjetivos privados e sua relação com a autonomia pública do cidadão. Isto significa compreender o Direito como um meio para alcançar a justiça, não somente a partir de seus princípios legais, mas também a partir de sua relevância ética e social. Aspectos como a responsabilidade social e a solidariedade devem ser relacionados ao Direito, pois são fundamentais para a compreensão da legitimidade e da efetivação dos direitos fundamentais. Assim, o Direito é entendido como um instrumento para promover a justiça social e alcançar a igualdade entre todos os membros da sociedade.

Ao mesmo tempo a sociedade atual está sob a égide de uma nova fase no Direito, onde se aduz que se está na pós-modernidade, que seria uma então era pós-positivista, em que o direito processual não é tão somente um singelo procedimento a aplicar o direito material sob análise, e também nem um simples fim de aplicação da vontade do legislador através da atividade substitutiva da jurisdição, mas sim uma forma de transcender e aplicar direitos máximos como Direitos Humanos, e este é um dos argumentos mais utilizados para os que usam ideologicamente a interpretação do direito para avançar o sinal das limitações do Poder Judiciário e adentrar nas competências do Poder Executivo e do Poder Legislativo, de modo que isto nos leva a refletir sob uma forma de como é que se manterá, quanto à legitimidade, uma decisão judicial que repudia a teoria básica do Direito, já que decorre na maioria das vezes de operação de dedução e ilação teratológica manifestamente ideológica que repudia a visão de respeito aos

poderes, o que faz sob apropriação do processo de tomada de decisão como uma operação que lhe fosse permitida, e que, de fato não é.

Não se desconhece que existam casos difíceis e que decorrem de haver a manifesta lacuna a ser preenchida, ainda mais em uma sociedade nova como é a ocidental, especialmente a brasileira, mas também há de se convir que há expropriações de poderes que são praticadas pelo Poder Judiciário onde a mesma cria uma lógica inexistente nas proposições que apresenta para a resolução de casos concretos, e muitas das vezes, senão em todas, resta evidente um caráter ideológico que não se mantém como legítimo, e se aduz a questão da legitimidade porque um julgador, seja o que fez concurso público, que entrou no poder por burocracia, seja o nomeado pelo Chefe do Executivo, em determinado momento pode impedir uma lei, a qual foi votada dentro de um sistema legal de apreciação pelo legislativo e por vontade do povo no parlamento específico, e por mais que os parlamentos sejam, como de fato são esquisitos, todos os parlamentos do mundo inteiro, e é claro que há alguns que são mais homogêneos, mas o espectro biológico varia de uma esquerda incendiária a uma direita explosiva, já que o parlamento é o pensamento de toda uma sociedade, e o fato é que um juiz pode suspender o efeito de uma lei, mesmo não tendo sequer recebido um voto de qualquer cidadão habilmente habilitado, precisa ser abordado se este julgador tem esta legitimidade e poder todo.

Nesse sentido, o chamado "poder judiciário de pontos", em que o Judiciário assume o papel de legislador por meio de suas decisões, viola o princípio constitucional da separação dos poderes, que garante a independência das esferas do Estado. Quando há um prejuízo à legalidade, pois a decisão do Tribunal não é decorrente de lei, torna-se necessário que existam mecanismos para assegurar a efetivação desse princípio. Por isso, é importante que a sociedade esteja realmente atenta e que faça uso do direito de defesa e da ampla defesa na defesa dos seus direitos e da lei.

Nesta linha, tem-se que o próprio o STF inegavelmente tem ministros manifestamente vinculados a determinadas ideologias da sociedade, já que são nomeados pelos presidentes, e dependendo da ideologia eleita se muda a Constituição pela Corte Suprema, e ele é o intérprete da Constituição conforme o que pensa, inclusive quanto às instituições, pois é ideológico suscitar

as instituições, e é aí que adentra, tecnicamente, a questão de legitimidade, já que no Brasil os juízes não são eleitos, e, portanto, afetam a democracia e o equilíbrio dos poderes quando invadem competências de Poderes de Estado. Assim, o que se tem que saber é se, para o sistema brasileiro, se o mesmo efetivamente consegue legitimar um julgador, seja ele concursado ou nomeado, se há como legitimar este julgador para que ele possa suspender uma lei feita com a vontade do povo?

Dito isto, a Teoria da Decisão Judicial hoje passa justamente por discutirmos esta legitimidade, pois não há como não passar pela discussão da legitimidade sem passar por duas obras básicas, para construir um Estado moderno, sendo primeiro a chamada O Poder Constituinte, que na tradução original é Constituente Burguesa, que é de um monge de ordem monástica, de um monge francês, Emmanuel Joseph Sieyès, o qual teve que se debruçar sobre a possibilidade de uma teoria para admitir e justificar a existência de uma constituição, assim como também a obra o Espírito das Leis, de Montesquieu, que é uma obra fundamental, pois ele trás toda a alegação moderna e matriz para compreender o sistema, como que explicitando Emmanuel Joseph Sieyès, que trás a Constituição. Mas para o caso, o grande passo dado foi o exposto como fio condutor por Montesquieu pois ele ajudou a bem compreender e foi muito didático quanto à existência e atribuição dos três poderes, foi Charles Montesquieu que fornece a matriz sobre a legitimidade que se procura para que se possa abordar a atuação dos magistrados, pois evidentemente que o atuar agir ideológico e dito como pós-positivo não passa pela teoria criada por Montesquieu, e, assim, acabam no plano de fundo ofendendo o princípio basilar da Democracia.

Weber destaca a importância da legalidade e da legitimidade para o direito moderno. Para ele, a legalidade é um elemento fundamental da racionalização do direito, pois permite que as leis sejam interpretadas de modo objetivo e imparcial. A legitimidade, por sua vez, é o elemento que permite a aceitação das leis por parte dos cidadãos. A legitimidade da legalidade é a base sobre a qual o direito moderno se desenvolve, pois é o que permite que o direito seja obedecido e respeitado. Ainda ele argumenta que a legalidade é necessária para a manutenção da ordem social, mas não é suficiente. Para que o direito seja respeitado, é preciso que as leis

sejam legítimas, isto é, que os cidadãos acreditem que essas leis são justas. De acordo com Weber:

[...] toda ação, especialmente a ação social e particularmente a relação social podem ser orientadas, pelo lado dos participantes, pela representação da existência de uma ordem legítima. A probabilidade de que isso ocorra de fato chamamos vigência da ordem em questão (2000, p. 19; grifos nosso).

Além disso, a validade das normas está diretamente ligada ao princípio da supremacia da Constituição, o que significa que todas as leis, regulamentos e decretos devem estar em conformidade com a Constituição. Se não estiverem, não têm validade. O mesmo princípio também se aplica às normas internacionais, que têm primazia sobre a lei nacional. Essa legitimidade pressupõe que os procedimentos jurídicos sejam adequadamente seguidos, o que implica que a norma jurídica siga as regras da lei para que seja considerada válida se os procedimentos forem desrespeitados, a norma jurídica não será considerada válida.

Portanto, “a forma de legitimidade hoje mais corrente é a crença na legalidade, a submissão a estatutos estabelecidos pelo procedimento habitual e formalmente correto” (Weber, 2000, p. 23). Neste sentido, a legitimação pode ser realizada por meio de um processo de consulta aos membros da associação antes da adoção da norma. Por meio desta consulta, todos os membros da associação política poderão expressar seus pontos de vista sobre a norma jurídica e contribuir para a sua elaboração. Além disso, a associação pode estabelecer mecanismos de controle externo e monitoramento para garantir que a norma esteja de acordo com os princípios e valores da associação.

Por fim, a obrigatoriedade das normas jurídicas também depende da sua publicação e difusão. Deve haver um mecanismo para que as pessoas possam conhecer as normas e se enquadrarem a elas. Se não houver conhecimento, não há obrigatoriedade.

2. INTERVENÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL COMO RISCOS À LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NO BRASIL ATUALMENTE

E a Corte Máxima do Brasil toma decisões que geram críticas, pois muitas das vezes abordam questões políticas e morais controvertidas, o que faz sob o argumento que estaria fazendo uma política de justiça para controle da Democracia.

Tal assertiva não é verdade, já que tem sido judicializadas várias questões com enorme repercussão no espectro político e social, pois o Poder Judiciário acaba decidindo e avocando uma atuação que envolve, efetivamente, uma transferência de poderes para juízes e tribunais, e o Poder Judiciário acabou se transformando em um órgão de poder político que acaba tendo manifesto e demonstrado agir com atuação bélica e beligerante em confronto com os demais poderes, sendo que o mesmo acabou acontecendo no que se refere à expansão de atuação do próprio Ministério Público.

O fato é que este *modus operandi* está a constitucionalizar uma matéria que acaba transformando a política em direito, que utiliza o sistema de controle de constitucionalidade como argumento e fundamento onde ele não deveria ser usado, pois nos últimos anos o STF se manifestou em várias questões, que implicam em manifesta ofensa a relação entre os poderes, sendo importante assinalar que o STF foi impulsionado normalmente por partidos políticos a atuar de forma juriscêntrica, e este modelo invariavelmente decorre de opção ideológica da corte, implicando em um ativismo judicial com a judicialização de vários temas.

Faz-se necessário, para uma melhor compreensão prática do Ativismo judicial, a análise de alguns dos julgados proferidos pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, que tem como competência precípua a guarda da Constituição Federal de 1988, conforme definido pela própria Carta Constitucional, em seu o artigo 102, que também define suas demais competências. Conforme preconiza artigo 101 da Carta Magna:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (2017, p. 19).

Mas segundo Barroso (2017), quem utiliza o termo, Ativismo, geralmente o associa ao exercício impróprio da jurisdição, tendo assim, o Ativismo, interpretação negativa. Porém, ainda conforme Barroso (2017), o Poder Judiciário, em algumas situações, deve ser autocontido, mas, em outras, sua atuação deve ser mais expansiva e sugere que, para identificar as intervenções judiciais mais abrangentes, quando necessárias e legítimas, seja utilizada a expressão: interpretação construtiva. Conforme Barroso:

Decisões políticas devem ser tomadas por quem tem voto e, portanto, como regra, o STF deve exercitar autocontenção [self restraint]. Isso é especialmente verdadeiro quando estejam em discussão temas como:

I- Regulação econômica [Ex. Normas de transição de uma moeda para outra, salvo situações absurdas];

II- Questões tributárias [Salvo violação inequívoca de algum direito fundamental dos contribuintes];

III- Questões político-administrativas [transposição de rios, demarcação de terras indígenas]. O Judiciário tem uma capacidade institucional limitada para lidar com temas com esse grau de complexidade. O que lhe cabe fazer é verificar se o procedimento adequado foi seguido. (2017, p. 11).

Com estas concepções ditas acima, o ativismo judicial e judicialização são termos correlatos de origem próxima ou comum. A judicialização é um fato, e não pode ser um exercício que seja utilizado como vontade política, enquanto o ativismo judicial é um agir como ato em si, sendo uma evidente escolha de uma atuação específica e proativa do julgador a utilizar a alegação que está a interpretar a Constituição, sendo que a presença desses dois elementos instala as situações de aplicação onde na prática acaba sendo retraído o Poder Legislativo e o Poder Executivo, e se desloca esta classe política da sociedade civil para ser analisada pelo Judiciário, o qual não detém embrionariamente tal legitimidade.

Sob outra forma, também pode se expor que possua algumas vantagens, tais como a possibilidade de se atualizar normas obsoletas, a aplicação de soluções adequadas a determinados contextos e a mais eficiente execução de direitos fundamentais. Por outro lado, o ativismo judicial também pode trazer prejuízos, como o desrespeito à separação dos poderes, a judicialização da política e a perda de legitimidade.

Nesse sentido, a ponderação de princípios, como se sabe, é uma técnica de ponderação, ou seja, uma forma de aplicar o princípio da proporcionalidade como mecanismo de controle e limitação do exercício do poder do Estado, que prevê a ponderação entre direitos fundamentais e interesses, de modo a equilibrar as partes, de forma que seja possível, por exemplo, a obtenção de uma solução justa para casos específicos que não possam ser resolvidos com a aplicação de uma regra prevista em lei. A emergente doutrina dos princípios como norma jurídica, que remonta a meados do século passado (BONAVIDES, 2000, p. 259-262), fez patente uma diversidade de pseudoinovações que adentraram à prática judicial carregando uma espécie de “pedra angular” de construção da ampliação da função de julgar.

A argumentação no plano de fundo deste ativismo judicial se correlaciona diretamente a uma forma de atuação mais profunda do Poder Judiciário no que se refere à alegação de concretização de valores, e acaba evidentemente praticando uma interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes, dentre elas a imposição de condutas ao Poder Público.

O Poder Judiciário atualmente no Brasil tem exibido e atuado em situações de posição claramente ativista, o que faz sob a falácia argumentativa do princípio democrático, como que se fosse permitido esta categoria do ativismo realizar tal apropriação para realizar a suas imposições de condutas, ou até mesmo abstenções dos próprios poderes no que se refere à matéria de políticas públicas, e isso está gerando uma persistente crise de representatividade, maculada na demonstrada ilegitimidade do Poder Judiciário em interferir tanto no âmbito do Legislativo, como também do Poder Executivo.

O ativismo no Brasil, que é entendido como o uso de meios não convencionais para solucionar problemas sociais, é uma resposta às deficiências históricas do país em resolver as demandas da população. Isso tem se tornado cada vez mais comum, com milhares de pessoas se unindo para lutar por direitos que ainda não foram plenamente reconhecidos. Esta forma de ativismo vem sendo usada para pressionar o governo para que tome medidas para melhorar as condições de vida das pessoas, assim como para chamar atenção para questões políticas e sociais importantes. Tem sido o principal meio para que as pessoas tomem as rédeas de seus direitos e de sua cidadania, pois cada vez mais fica claro que a democracia só será realmente alcançada

quando cada cidadão entender que é parte do sistema político e que tem direito a participar. Isso tem tornado o ativismo cada vez mais popular, tanto entre os jovens quanto entre os adultos. Lenza destaca:

A partir do momento em que esses dois Poderes se mostram inertes, o Poder Judiciário tem condições de se tornar ativo, atuando no sentido de assegurar a efetividade de direitos fundamentais, com o intento de proteger ou expandir esses direitos, por intermédio da adoção de decisões judiciais que, posteriormente, passam a integrar o ordenamento jurídico brasileiro sob a forma de normas ou constituem políticas públicas, atribuições específicas do Legislativo e do Executivo (2013, p.150).

Além dos julgamentos, o Supremo Tribunal Federal tem sido responsável por iniciativas de educação e conscientização social, como o Seminário “Direitos Humanos e Justiça Constitucional”, voltado ao público jovem, e o “Diálogos, Educação e Justiça”, com temas relacionados à defesa dos direitos humanos. Outra área onde o STF tem atuado significativamente é em relação às políticas públicas que visam à promoção da igualdade de gênero, como a regulamentação de cotas raciais nas universidades, a aprovação de leis que criminalizam a violência doméstica e a defesa dos direitos das minorias.

Esta alegação de atuar em nome da Constituição, decorrente de alegadas omissões, são uma inovação teratológica na ordem jurídica porque acaba sendo imanente e intrínseco ao próprio Poder Judiciário emitir ordens que tem caráter normativo geral, e que se não cumpridas implicam em desobediência, sendo que os defensores de tal situação aduzem que estaria o Poder Judiciário atendendo a eventuais demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo Parlamento, e estas decisões são manifestamente ativistas e devem ser observadas com reserva, especialmente ante a determinados momentos históricos vividos pela sociedade, mas mesmo assim os que defendem esta atuação do Poder Judiciário não conseguem aprofundar o tema de onde provém a legitimidade, pois por mais que esteja previsto um sistema de controle de constitucionalidade que o Brasil adota através dos institutos existentes, mesmo assim não detém o Poder Judiciário tal prerrogativa de invasão às atribuições dos demais dois poderes ante ao texto Constitucional como posto quanto às prerrogativas de cada um.

Com a atuação da Constituição é importante demonstrar o controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos sendo este de maneira essencial para garantir que

a jurisdição constitucional seja democrática, aberta e independente, pois o seu uso dá aos juízes a liberdade de interpretar a Constituição e controlar a legislação para assegurar que ela esteja de acordo com os princípios constitucionais. Além disso, esse controle também permite que os cidadãos sejam envolvidos na fiscalização e controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Com a desativação desse mecanismo, a jurisdição fica mais vulnerável às pressões e interferências políticas do Poder Executivo, pois o controle passa a ser mais concentrado na cúpula do Judiciário. Isso compromete a legitimidade do sistema e judicial review nos veio dos Estados Unidos com a lição de Marshall de 1803 no caso Marbury versus Madison, em que se formulou o raciocínio lógico da supremacia da Constituição sobre as leis.

Tem tido tamanha irradiação no universo jurídico que Domingo Garcia Belaunde, um dos clássicos do constitucionalismo latino-americano, lhe reconheceu já a identidade e a força de um princípio constitucional. Foram palavras suas:

Esto es, la judicial review es um tema que se analiza dentro de aquellos destinados al proceso o a lo constitucional, y por cierto, está presente em todas las demás áreas del derecho ya que la judicial review se hace a través de cualquier proceso, ante cualquier matéria. Es algo así como um princípio constitucional, que se hace efectivo a través de los jueces, y cuando está em juego cualquier interes (pg. 123, 1999).

Para garantir a independência, credibilidade e legitimidade da justiça constitucional no Brasil, é necessário que o processo de seleção dos ministros do Supremo Tribunal Federal seja aprimorado. Uma das medidas propostas é o fortalecimento dos mecanismos de participação popular na seleção dos magistrados. Isso pode ser feito por meio de audiências públicas, consultas públicas e/ou processos abertos de seleção. Também é necessário garantir que os ministros sejam nomeados e removidos somente com base em critérios objetivos, não apenas para assegurar que sejam realmente os melhores candidatos, mas também para evitar qualquer interferência de partidos políticos.

A Folha de S. Paulo, de 21 de junho de 2002, ao noticiar a posse do novo Advogado-Geral da União, se referiu também ao seu antecessor, agora no Supremo Tribunal Federal, "conhecido por participar da elaboração de Medidas Provisórias polêmicas, defender com veemência teses governistas e protagonizar bate-bocas com membros do Judiciário e do Ministério Público

Federal e com advogados". Conclui a nota: "Na defesa veemente de teses do governo, durante a permanência na AGU (Advocacia Geral da União), o novo membro do STF (Supremo Tribunal Federal) confrontou-se com juízes, procuradores e advogados e adquiriu algumas inimizades".

Na edição de 19 de maio de 2002, o mesmo órgão da imprensa brasileira, por um de seus colunistas, em artigo intitulado "A lei da política", ao fazer ponderação sobre o crescente envolvimento político do Supremo Tribunal Federal do Brasil, comentou como é feita a composição da Corte, por escolha e nomeação do Presidente da República, e assinalou:

[...] o mais alto tribunal de justiça do país, aquele que deve assegurar a primazia dos princípios constitucionais sobre tudo o mais, fica sujeito a influências maiores da política do que do direito. E influências políticas significam interesses pessoais ou de grupos.

É profundamente preocupante que, em um órgão responsável por defender a Constituição e o Estado Democrático de Direito, exista a percepção de que um de seus membros atua como líder do governo. Isso evidencia a desigualdade de posições entre os ministros e aumenta as dúvidas sobre a imparcialidade e isenção de seus julgamentos, o que pode comprometer a autoridade e a credibilidade do STF.

Crítica idêntica partiu do constitucionalista Dalmo de Abreu Dallari, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, em artigo publicado no Boletim da Procuradoria Geral da República, ao qual se seguiu outro, não menos veemente, que teve por título "Degradação do Judiciário". Neste, escreveu o constitucionalista da tradicional Faculdade de Direito de São Paulo:

[...] o presidente da República, com afoiteza e imprudência muito estranhas, encaminhou ao Senado uma indicação para membro do Supremo Tribunal Federal, que pode ser considerada verdadeira declaração de guerra do Poder Executivo federal ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil e a toda a comunidade jurídica.

Existem as mais diversas críticas principalmente no que se refere a legitimidade e ofensa à democracia, nesta politização indevida da Justiça em razão dos atos do Poder Judiciário e os riscos para a legitimidade democrática que está justamente nesta atuação dos Juízes, Desembargadores e Ministros, os quais não são agentes públicos eleitos, e, por isso eles não detêm legitimidade para invalidar decisões ou atuações dos que atuam em nome do mandato popular. Essas atuações derivam basicamente de duas justificativas, sendo uma normativa no

aspecto de reservar parcela do poder político que é exercida por agentes públicos, mas é importante contrapor que magistrados, sejam eles da jurisdição que for, não tem vontade política própria, e os Tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica, enquanto a motivação filosófica deriva mais na questão de que existe o Estado Constitucional Democrático como o produto do constitucionalismo, e devem ser respeitados os Direitos Fundamentais.

A democracia, sabidamente significa soberania popular e entre a democracia e no constitucionalismo podem surgir conflitos, e é preciso estabelecer regras nesse jogo democrático, pois por meio destas deste jogo e em nome dos Direitos Fundamentais acaba funcionando uma atuação de apropriação por parte do Poder Judiciário, que faz uso de princípios, mas é preciso lembrar que os Juízes e Tribunais não podem presumir como donos da razão e da vontade alheira em detrimento dos demais, pois não cabe a si próprios impor escolhas, e ele só atuaram com legitimidade Quando forem capazes de fundamentar de forma racional as suas decisões que tenham por base a Constituição, jamais com o cunho ideológico.

Existe manifesto risco à politização da Justiça, pois neste mundo contemporâneo, evidentemente que existe uma crença de ideal liberal-positivista que acaba objetivando de forma diametral à contraposição que se impõe como neutralidade absoluta do intérprete ao julgar, e aí é que adentra esta cultura pós-positivista, já que como o direito se aproxima da ética, é fato que existem mais desqualificadoras para esta forma de apropriação dos demais poderes por meio da decisão judicial, pois evidentemente que fazer justiça não é fazer política.

O direito até pode ser política no sentido de criação do produto da vontade da maioria, também no que se refere à aplicação não dissociada da realidade social, mas os julgadores não são seres que não tenham memória e nem desejos, bem como evidentemente eles atuam de forma até mesmo inconsciente em prol de uma ideologia, e as suas decisões sempre terão uma dimensão política ideológica, já que em tese o julgador tem que ter elementos do caso concreto, deve motivar, e assim buscar a decisão que seja mais correta, mas jamais pode criar um modelo juriscêntrico e elitista de modo a conduzir filosoficamente e de forma ideológica os direitos da sociedade, devendo ele agir em nome da Constituição, das leis, mas jamais com a vontade própria daquele que inclusive o nomeou, como é o caso de Ministros do STF nomeados por

Presidente da República, pois os julgadores jamais devem ser populistas, mas, é o que tem acontecido em contraponto aos demais poderes na atuação do Poder Judiciário junto a mais alta corte do Brasil.

Institucionalmente o Poder Judiciário sabe dos seus limites, os seus atores de mais alto escalão conhecem como ninguém os meandros legislativos e também os procedimentos processuais para tal, mas é fato também que a maioria dos Estados Democráticos do planeta se organizam em um modelo de separação de poderes, onde existe um poder que tem a capacidade de legislar, outro de administrar, e outro de julgar, onde se verificam as evidentes atribuições que tem que ser realizadas por cada um destes órgãos distintos e Independentes, e neste arranjo institucional que está vigendo atualmente, pela espectro de abuso e excesso dos poderes do Poder Judiciário, evidentemente que está ocorrendo uma interpretação de normas constitucionais onde a palavra final tem sido realizada pelo Judiciário, e isto, infelizmente não pode ser utilizado como regra de cunho ideológico da decisão preponderante que acaba por intervir nas atribuições dos demais poderes.

É fato que tanto a judicialização como o ativismo são traços marcantes desta atual pintura do quadro jurídico brasileiro dos últimos anos, já que o ativismo judicial decorre de postura interpretativa da Lei por membros do Poder Judiciário, que fazem a utilização de um mecanismo para contornar o processo político majoritário das regras do jogo que são aplicadas pelo poder executivo e legislativo, e os riscos dessa juriscentralização de poder envolve o puro ativismo que, evidentemente, não detém legitimidade democrática, pois a politização da Justiça é um risco para a democracia, e este poder do ativismo judicial está se expandindo em perigoso nível de quebra dos princípios democráticos, e aos que desconhecem a regra basilar da essência de onde veio o nascimento dos três poderes podem acreditar ser normal que uma Corte Constitucional atue de forma cega e indiferente às consequências políticas às suas decisões, de modo que o Poder Judiciário, por ser o Guardião da Constituição, deve fazer da mesma com cautela, e sem jamais desvirtuar o uso dos direitos fundamentais como valores para cancelar os seus procedimentos ditos como democráticos, impondo-se, assim, que o judiciário saiba utilizar o freio do sistema de pesos e contrapesos, isto porque deve respeitar e acatar as escolhas legítimas do povo, deve

respeitar os demais poderes, pois o ativismo judicial tem sido um grave problema, e isto macula de forma grave a legitimidade e a representatividade, e é fato notório que o Poder judiciário está sendo o grande culpado pela crise que atualmente acontece por meio dos efeitos das decisões ideológicas dos seus julgadores.

A Constituição é o principal documento político de um Estado Constitucional, que estabelece direitos e deveres de seus cidadãos, ela também estabelece os princípios básicos da organização do Estado, regula a atividade do governo e protege as liberdades individuais. Ademais a Constituição determina a estrutura de governo, define o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário e estabelece o sistema de justiça. A Constituição de um Estado Constitucional também desempenha um importante papel na proteção dos direitos humanos o qual garante a liberdade de expressão, a liberdade de culto, a igualdade entre os cidadãos e a proteção dos direitos individuais.

A efetivação da Constituição passa pela implementação de seus preceitos, pois somente assim se alcança a sua maior finalidade, que é a de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Para isso, é essencial que as instituições se comprometam com a implementação dos direitos, que é assegurada através de ações judiciais e de outros mecanismos de controle e é importante que a Constituição seja interpretada de forma a garantir o seu efeito prático, o que só é possível com o efetivo comparecimento das instituições responsáveis pela sua aplicação.

A judicialização tem sido trabalhada a partir de duas perspectivas principais: a primeira, comumente referenciada "judicialização da política", trata o problema pelo prisma político-institucional, com principal foco no Estado e em processos de modificação das relações entre seus Poderes; e a segunda, comumente referenciada "judicialização das relações sociais", trata o problema pelo prisma sociocultural, voltando maior atenção à própria sociedade e aos processos de modificação das relações entre seus agentes. A judicialização da política tem sido objeto de intensas discussões no campo das Ciências Sociais e Humanas, tendo como preocupação central o alcance da justiça. A judicialização da política tem sido entendida como a tendência de crescente participação do Judiciário na tomada de decisões políticas, o que resulta na ampliação da discricionariedade judicial e na erosão da discricionariedade política. Além disso, a

judicialização da política tem sido vista como um mecanismo que possibilita aos cidadãos acesso ao Judiciário para a defesa de seus direitos e interesses, como forma de pressionar o Estado a cumprir suas obrigações, para o autor Grimm “Pela perspectiva da judicialização da política, têm sido trabalhados temas importantes como a constitucionalização e “domesticação da política” pelo direito” (2006, pgs. 9/11).

Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação de fato, o Direito é, em certa medida, uma ferramenta de governança. A prática jurídica e a teoria estão diretamente relacionadas às questões de política, justiça social e equidade, bem como às instituições políticas. O Direito não pode ser considerado como uma questão meramente técnica, pois tem implicações importantes para a vida social, onde muitos juristas e estudiosos reconhecem que o Direito é usado como instrumento de manutenção do status quo e de controle social, mas também pode ser usado para promover mudanças sociais progressistas e ele pode ser usado para proteger os direitos humanos e a dignidade, bem como para assegurar a justiça social e a equidade, nessa esfera o doutrinador Mendonça traz que “Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa” (2007).

Por fim a decisão judicial deverá ser baseada na lei, isto é, o juiz deverá interpretar e aplicar a lei para chegar à conclusão de quem tem razão. Portanto, ao contrário do que se pensa, a decisão judicial não é política, mas sim jurídica. O juiz deve seguir uma lógica jurídica para chegar à conclusão mais correta e justa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do contexto retro exposto, é indubitável que são nocivos à Democracia também os negativos efeitos às instituições e à segurança jurídica decisões de cunho político e ideológico que contrariem as atribuições dos poderes instituídos, bem como fica muito claro que em nível segurança jurídica está ocorrendo quebra justamente do texto constitucional e dos princípios basilares que norteiam a essência dos três poderes, já que este movimento de invasão das esferas

de competência que ocorre não tem legitimidade objetiva e teórica para se manter como tal, e, da mesma forma, não compete ao direito como instrumento de análise do Poder Judiciário tal exercício, assim como também não cabe ao mesmo poder fazer política.

Pelas normas e leis hoje temos o Poder Judiciário para equilibrar a balança. No entanto, ao se questionar a legitimidade de tal órgão de Poder, a reflexão sobre a solidão da ciência do Mestrado em Direito ganha sentido, pois muitas vezes, diante da complexidade das questões levantadas, a Justiça não parece ser tão justa assim, e isso acaba por diminuir a confiança na capacidade desta instituição de prestar realmente Justiça.

É nesse sentido que devemos fazer nossa reflexão e não se limitar a aceitar a palavra da Justiça como única forma de Justiça, pois se assim o fizermos, estaremos caminhando para a solidão da ciência do Mestrado em Direito sem que o mesmo tenha servido à reflexão necessária.

Dentro destas estruturas, há um lugar de destaque para o Poder Judiciário, este órgão que se constituiu para arbitrar conflitos, dar a última palavra sobre a legalidade das ações, e aplicar as leis, que é a que tem a responsabilidade de garantir os direitos e obrigações de cada cidadão. Assim, observa-se que o Poder Judiciário tem assumido um papel cada vez mais importante na estrutura estatal, passando a interferir em assuntos que antes eram de competência dos outros órgãos. No entanto, para que a justiça seja feita e para que o direito seja preservado, é necessário um equilíbrio entre os poderes, é necessário que cada um cumpra suas funções de forma independente e harmônica.

Além disso, o Estado Pós-Moderno também deve promover a transparência e a participação da sociedade nas decisões políticas, para que todos os indivíduos possam se beneficiar dos direitos e dos deveres previstos na lei. Desta forma, os direitos fundamentais e as garantias dos direitos dos cidadãos serão garantidos, proporcionando assim um ambiente de justiça e segurança. A justiça social será um dos principais objetivos do Estado Pós-Moderno, e isso só será possível através de um sistema de direito justo, que preveja e aplique de forma eficaz o acesso igual aos direitos e às oportunidades para todos os cidadãos. E com a pós-modernidade do direito processual busca aplicar a justiça de uma forma mais eficaz e mais acertada, com a

aplicação de princípios éticos e humanitários aos procedimentos judiciais, buscando sempre a realização da justiça. Isso pode ser visto na adoção de meios alternativos para solucionar conflitos, como o uso da mediação e da conciliação, o que possibilita que o conflito seja tratado de uma forma mais rápida e eficaz e que se encontre uma solução mais adequada às partes envolvidas.

Dessa forma, é necessário que o Poder Judiciário seja responsável e cumpra o seu papel como árbitro, sem exercer aqueles poderes que não lhe são devidos, pois assim, além de respeitar a vontade do povo expressa pelo parlamento, também se preserva a legitimidade do sistema judiciário. Quanto ao princípio da Supremacia, as normas estabelecidas pelas autoridades competentes também devem estar em conformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição e em outras leis. Isso significa que as normas não podem violar os direitos e garantias fundamentais, sejam instituídos diretamente pelo Estado ou por outras fontes de direito. Se uma norma estiver em conflito com os direitos fundamentais, ela não poderá ser considerada válida.

Quanto a questão da legitimidade, uma norma jurídica é a realização de um referendo. Neste caso, todos os membros da associação terão a oportunidade de votar a favor ou contra a norma. Esta forma de consulta garante que a opinião da maioria dos membros seja considerada e, dessa forma, a legitimidade da norma é garantida.

Diante destes fatos, é importante salientar a importância do ativismo no Brasil se manifesta de diversas formas, sejam elas em fóruns, seminários, manifestações, protestos, e outras ações de mobilização. Dentre os principais temas abordados no ativismo brasileiro estão a questão da desigualdade social, o combate à corrupção, a defesa dos direitos humanos e das minorias, e ainda a luta pelo meio ambiente e ele tem se tornado cada vez mais presente na vida dos brasileiros, e isso tem tido resultados positivos, como a aprovação de leis que garantem mais direitos às pessoas e às minorias, além da conscientização de grupos de pessoas sobre questões importantes para o desenvolvimento do país.

Portanto, o Judiciário não pode sobrepor suas decisões aos desejos dos cidadãos, pois não há na Constituição nenhuma previsão específica sobre isso. Porém, é possível que o Poder Judiciário utilize os princípios constitucionais para orientar suas decisões de tal modo que seja

possível harmonizar a democracia e o constitucionalismo. Sendo assim, é possível que o Judiciário faça uso de princípios constitucionais, desde que limitado, comedido e controlado para orientar suas decisões, garantindo a democracia e o constitucionalismo, mas sem invadir esferas de competência de outros poderes, sendo que se isto continuar a ocorrer, o Estado estará fadado à continuidade da quebra de princípios e fundamentos constitucionais, e isto não é bom para a democracia em nenhum aspecto, pois, como já bem expôs Rui Barbosa que: "A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer."

Por fim, é fundamental que os três poderes trabalhem em conjunto para a implementação efetiva da Constituição. O Executivo tem a responsabilidade de executar as políticas de Estado e cumprir os seus deveres, o Legislativo tem a responsabilidade de legislar de acordo com a Constituição e o Judiciário tem a responsabilidade de zelar pelo cumprimento da Constituição. Além disso, é importante que os cidadãos também conheçam os direitos e deveres garantidos pela Constituição, pois isso é essencial para o cumprimento de seus preceitos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; MARONA, Marjorie Corrêa. **Por um conceito operacional de judicialização da política**. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 7., 2010, Recife.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

_____. **O momento institucional brasileiro e um1a agenda para o futuro**. Luís Roberto Barroso Jurisdição Constitucional e Debates Públicos, 2017. Disponível em: . Acesso em: 14 de dezembro de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017.

Domingo Garcia Belaunde. **De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional**. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 3, 1999.

Folha de S. Paulo, 21 junho 2002, p. A-10.

Folha de S. Paulo, 19 maio 2002.

Jornal do Magistrado, 6, nov. 2001-fev. 2002.

KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito: introdução à problemática jurídico-científica**, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** - 17ªEd. Editora Saraiva. São Paulo: 2013.

MENDONÇA, Eduardo. A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política, mimeografado, 2007.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

RODRIGUES, Francisco Anderson da Silva. **Crise nos três poderes: A interferência do judiciário nos poderes executivo e legislativo**. JUS.COM. São Paulo: 2022. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/96886/crise-nos-tres-poderes-a-interferencia-do-judiciario-nos-poderes-executivo-e-legislativo#footnote-12>> Acessado em: 14 de dezembro de 2022.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Vol. 1: Fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Ed. UnB, 2002.

DA PARTICIPAÇÃO SOCIOPOLÍTICA PARA A CONSTRUÇÃO DA TECNOCIDADANIA: A NECESSÁRIA DESCOLONIZAÇÃO DO CONHECIMENTO

Josiane Petry Faria¹

INTRODUÇÃO

A interseccionalidade afasta os universalismos opressores e se coloca no cenário de questionamento do império e abre caminho para a descolonização da cultura. Assim, a pesquisa nas ciências jurídica e política se interligam, melhor dizendo, se complementam nos estudos de diagnóstico e na apresentação de propostas e estratégias de ação para fenômenos sociais, inclusive aqueles decorrentes do desenvolvimento, como a inovação, as novas tecnologias, o risco, a inclusão/exclusão social.

A ciência política possibilita que sejam verificadas as suas afirmativas sem a pretensão de determinar como deveria ser. Estuda as atitudes e opiniões das pessoas acerca da política para descrição de atitudes, valores e ideias predominantes nas sociedades. O direito, por sua vez, deixou de se ocupar somente com a norma jurídica passando a incorporar uma visão integrada do seu universo de observação voltando-se para as pessoas, os fatos, os valores e as normas.

Assim, para atender a complexidade da vida contemporânea adotar-se-á essas diferentes perspectivas do fenômeno do desenvolvimento, estudando a participação sociopolítica como possibilidade de efetivação da tecnocidadania.

1. DESENVOLVIMENTO E CONHECIMENTO: TIRANIA DO CAPITAL E DA INFORMAÇÃO

Em sociedade o homem começou a interferir no curso livre da natureza para melhorar a sua própria condição, eis que o ambiente deveria ser dominado e remodelado ao sabor da

¹ Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul; com Pós-doutoramento em Direito pela Universidade Federal de Rio Grande, professora permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – mestrado em Direito, professora titular da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo; jfaria@upf.br.

vontade humana. Tal vontade se voltou também para a organização social e política, as quais deveriam ser aperfeiçoadas para atenderem as novas necessidades que foram se criando.

A iniciativa e a engenhosidade humana eram recompensadas com poder. As sociedades progressistas eram vistas como superiores culturalmente, conceito de desenvolvimento para o Ocidente pelo menos até a década de 40 e que significava simplesmente ocidentalização. Essa percepção se expandiu através da colonização e da educação para outros países, sob a falsa alegação de que “a ocidentalização beneficiava todo mundo. Desafiava a tradição e tornava as pessoas capazes de preferir a modernização, oferecendo-lhes uma opção verdadeira”.²

O desenvolvimento vinha acompanhado de aculturação e era encarado como um conjunto de processos interdependentes que transformava uma sociedade tradicional em moderna, ou melhor, ocidentalizada. O humano, nessa ordem, fora esquecido. A respeito da perda da tradição e sua repercussão na atomização dos sujeitos do processo de absorção das inovações, Giddens escreve:

O passado continua vivo, mas, em vez de ser reconstruído de modo ativo de acordo com a tradição, tende a dominar a ação quase de um modo semicausal. A compulsividade, quando socialmente generalizada, é, na verdade, tradição sem tradicionalismo: repetição que se põe no caminho da autonomia, em vez de estimulá-la.³

O desenvolvimento foi sendo ressignificado na trajetória humana, tornando-se complexo. Atingiu uma postura protagonista a partir do século XX, contudo, seu conceito foi passando por várias nuances, no início vinculado ao poderio político-militar, depois ao poder político e ao poder econômico, atingindo o status de crescimento econômico no século XX.⁴

A expectativa de que do crescimento econômico adviria o desenvolvimento social como relação direta e inafastável foi, contudo, destruída, sobretudo com as experiências fracassadas dos modelos neoliberais do passado. É importante reconhecer o papel da capacidade financeira

² CAIDEN, Gerald; CARAVANTES, Geraldo. Reconsideração do conceito de desenvolvimento. In: CAIDEN, Gerald; CARAVANTES, Geraldo. *Reconsideração do conceito de desenvolvimento*. Caxias do Sul: EDUCS, 1988, p. 22.

³ GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-industrial. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. (org.) *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1995, p.70.

⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17.

na definição das condições e qualidade de vida, como é tão importante quanto compreender a natureza restrita e dependente dessa relação. Ultrapassando essa noção, Boff descreve a profundidade do desenvolvimento:

Essas visões baseadas na economia passaram a ser questionadas, pois, além da renda per capita, têm importância o padrão e a qualidade de vida, fatores que devem ser analisados também considerando critérios sociais, culturais, políticos e morais. Passou-se a ter uma visão da totalidade das inter-relações existentes na sociedade e entre os países. O desenvolvimento é um processo de transformação global, devendo ser desejado por todos, o que implica mudanças quantitativas e qualitativas da sociedade.⁵

Depreende-se, portanto, que o desenvolvimento é um processo que, ao avançar, incorporou novas etapas, inclusive a jurídica com a criação de direitos e deveres dele decorrentes. Isso se refletiu na geração de direitos e conseqüentemente de garantias de implementação, além de proteção por meio de princípios e normas.

A evolução do conceito de desenvolvimento se mostrou agregadora, ou seja, na medida em que se modificavam, componentes foram se somando, como econômicos, sociais, políticos e jurídicos. Como num sistema as partes não podem ser isoladas sob pena de perderem o significado, o desenvolvimento se conserva íntegro somente com a co-existência de todas as suas faces.

Na evolução do conceito de desenvolvimento se destaca Sen, que o visualiza como expansão das liberdades reais constituindo-se em instrumento e fim. Localiza o autor cinco tipos de liberdade sob o ponto de vista instrumental: liberdade política, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. "Cada um desses tipos distintos de direitos e oportunidades ajuda a promover a capacidade geral de uma pessoa. Eles podem ainda atuar complementando-se mutuamente."⁶ No entanto, as liberdades dependem de outros fatores determinantes que podem se converter em fontes de privação de liberdade como a pobreza e a tirania, a pouca oferta de oportunidades econômicas, a destituição social, a

⁵ BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: Imed, 2009, p. 21.

⁶ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 26.

negligência de serviços públicos e a intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. Ou seja, a sociedade nega liberdades.⁷

A desilusão com os benefícios oriundos da inovação e da tecnologia, a negação de liberdades é certamente responsável por grande parcela da perda de autoridade que a ciência certa vez experimentou. Como sustenta Giddens, duas guerras mundiais, a invenção de armas altamente destrutivas, a crise ecológica e outros desenvolvimentos são capazes de desanimar até os mais otimistas defensores do progresso por meio da investigação científica desenfreada.⁸

A perda de autoridade da ciência pode vir a contribuir com a sociedade, na medida em que não dispensa a participação sociopolítica, ao contrário, enfatiza a sua necessidade, tanto no sentido de ampliação do acesso aos produtos do desenvolvimento como nos estudos de viabilidade em face do incremento do risco. Abre-se espaço para o desenvolvimento consciente que valoriza a pesquisa e a produção científica sem desprestigiar o ser humano, razão de ser de todo desenvolvimento.

2. A TECNOLOGIA NA ENCRUZILHADA ENTRE O IMPERIALISMO E A DESCOLONIZAÇÃO

A necessidade, no percurso histórico da sociedade, sempre serviu para justificar as invenções. Todavia, em análise mais acurada, os estímulos para investir em pesquisas voltadas para inovação remontam, normalmente, à competição e à abertura de novos mercados quando se trata de investigação promovida por empresas. Outro fator relevante na cadeia de estímulos são os novos resultados científicos e suas possibilidades no caso de pesquisas desenvolvidas por instituições de ensino e estatais. Nesse universo de estímulos à inovação é importante mencionar a motivação voltada para a melhoria nas condições de vida das pessoas, a qual deveria ser a principal fonte impulsionadora da inovação, embora assim não tenha ocorrido.

A inovação, de acordo com Pimentel, pode ser radical ou incremental, a primeira diz respeito à criação de produto novo antes não disponível na sociedade, enquanto a segunda

⁷ SEN, Amartya. op. cit. p. 18.

⁸ GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-industrial. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1995, p. 109.

refere-se a novas formas de difusão, distribuição ou organização dos materiais já existentes.⁹ Inova-se, portanto, na origem ou na dinâmica de divulgação ou de organização. A criação de um novo produto, o desenvolvimento de uma nova metodologia de produção, a abertura de novos mercados, a descoberta de nova matriz energética ou organizacional, retiram a economia e o processo de desenvolvimento do fluxo regular de equilíbrio¹⁰, ou seja, incluem invenções e reinvenções.

No que diz respeito à estruturação e aos critérios de definição do que seja a inovação tem-se o Manual de Oslo.¹¹ Esse documento se constitui em relevante ferramenta para compreensão e identificação da inovação, pois verifica e coleta dados procurando relacioná-los com o crescimento econômico para demonstrar sua influência no desempenho das empresas. Além desses elementos o Manual de Oslo identifica quatro áreas nas quais a inovação se divide, quais sejam: produto, processo, marketing e organização.

O Manual apresenta as diretrizes e categorias básicas da inovação, no entanto, não se limita aos aspectos dogmáticos, pois informa a necessidade de interação como primordial, tanto é que aponta diretrizes de como medir as relações com as fontes localizadas fora do âmbito das empresas. De acordo com Lucca, Dellepiane e Trunsky:

O Manual refere ainda que as atividades inovadoras de uma empresa dependem em parte da variedade e da estrutura de suas interações com as fontes de informação, conhecimentos, tecnologias, práticas e recursos humanos e financeiros. [...] Cada interação conecta a empresa inovadora a outros atores no sistema de inovação: laboratórios governamentais, universidades, departamentos de políticas, reguladores, concorrentes, fornecedores e consumidores.¹²

Conforme McLuhan, este início de século pode ser traduzido como a Era da Informação e do Conhecimento Tecnológico e é nesse ambiente marcado pela tecnologia que se formará o novo indivíduo, ou melhor, o novo cidadão em razão dos incrementos das novas possibilidades

⁹ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito industrial: as funções do direito de patentes*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 31.

¹⁰ BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: Imed, 2009, p. 21.

¹¹ OCDE. Manual de Oslo: diretrizes para coleta de dados sobre inovação. 3 ed. Rio de Janeiro: FINEP/OCDE, 2004.

¹² LUCCA, Liane Marli Schäfer; DELLEPIANE, Maria Amélia Tavares; TORUNSKY, Patrícia. A terceira edição do Manual de Oslo e o contexto da inovação. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Propriedade Intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 54.

de comunicação. “A tecnologia, gradualmente cria um ambiente humano totalmente novo. No princípio é expressão dos sentidos, porém depois torna-se o que os atinge e altera. Os indivíduos são modificados por suas técnicas de comunicação.”¹³

A inovação tecnológica possibilitou a globalização, encurtou o tempo e também as distâncias, valorizando a informação com valor agregado. Essas transformações fortaleceram a ideia de que as condições de competitividade¹⁴ estão diretamente relacionadas à capacidade inovativa, uma vez que a tecnologia está presente nas áreas elementares do desenvolvimento, quais sejam a economia, a ciência, a indústria, a educação e a agricultura.

Tirania do dinheiro e tirania da informação são os pilares da produção da história atual do capitalismo globalizado. Sem o controle dos espíritos seria impossível a regulação pelas finanças. Daí o papel avassalador do sistema financeiro e a permissividade do comportamento dos atores hegemônicos, que agem sem contrapartida, levando ao aprofundamento da situação, isto é, da crise.¹⁵

Assim, inovação de forma isolada, como expressão de poder, não basta. É preciso estabelecer redes colaborativas. A inovação necessita de comunicação e quando se aliam o resultado pode ser negativo quando fortalece os processos hegemônicos e positiva quando contribui para disseminação e ampliação do conhecimento. “A realização do sentido da tecnologia, está no seu compartilhamento.”¹⁶ O acesso à informação é elemento indispensável para a inclusão social, na medida em que promove informação e democratização da tecnologia.

Segundo Furtado o processo de desenvolvimento produz mudança social e necessidades que existiam ou que surgiram pelo próprio processo são satisfeitas mediante uma diferenciação no sistema produtivo decorrente da introdução de inovações tecnológicas.¹⁷ Assim, o desenvolvimento sempre apresentou a face do poder, sendo que para sua geração, manutenção

¹³ Apud DACROCE, Leocir Roque; PIAIA, Thami Covatti. A tecno-cidadania no século XXI. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Propriedade Intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.238.

¹⁴ ZOGBI, Edson. *Competitividade através da gestão da inovação*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 61.

¹⁵ SANTOS, Milton. *Por uma nova globalização: do pensamento único à consciência universal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 35.

¹⁶ DACROCE, Leocir Roque; PIAIA, Thami Covatti. A tecno-cidadania no século XXI. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Propriedade Intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 241.

¹⁷BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: Imed, 2009, p. 20.

ou alteração o diferencial se assenta no conhecimento, isto é, na detenção/apropriação do conhecimento e na implementação dos seus resultados.

Constata-se a via de mão dupla da utilização dos produtos das invenções: como instrumentos de trabalho ou como armas de guerra, a exemplo do que ocorre hodiernamente. Dado o caráter de conversibilidade da tecnologia, nem sempre os resultados de seu desenvolvimento trazem benefício à sociedade.¹⁸

Tendo em vista o paradoxo da tecnologia, conclui-se que ela impõe um repensar sobre a relação homem-natureza, pois as forças que reinam no mundo da vida ganham aspectos artificiais que provocaram rupturas estruturais significativas na história da humanidade. Surgem problemas novos ligados à biotecnologia e à sustentabilidade do ambiente, riscos aparecem e outros são identificados e mapeados. "A competitividade, sugerida pela produção e pelo consumo, é a fonte de novos totalitarismos, mais facilmente aceitos graças à confusão dos espíritos que se instala."¹⁹

Esse paradoxo se amplifica no contexto social, pois os resultados da inovação e da tecnologia não estão disponíveis a todos, tanto o conhecimento quanto o acesso a ele são onerosos e significam poder e comumente aumentam a distância entre os indivíduos e provocam inclusão e, sobretudo, exclusão. O desafio proposto reside em harmonizar a inovação e a tecnologia ao desenvolvimento democratizado.

3. CULTURA E TRANSFORMAÇÃO PRO MEIO DA PARTICIPAÇÃO SOCIOPOLÍTICA

O desenvolvimento, como visto, possui hoje uma dimensão muito mais abrangente que mero crescimento econômico, valoriza aspectos não materiais como o social e o cultural. Nesse cenário complexo a informação desempenha ocupa posição estratégica, sobretudo no conhecimento do mundo, porém sua intermediação no modelo contemporâneo é deformante emergindo a necessidade urgente de participação solidária.

A política agora é feita no mercado. Só que esse mercado global não existe como ator, mas como ideologia, um símbolo. [...] a eliminação da pobreza é um problema estrutural.

¹⁸ BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: Imed, 2009, p. 24.

¹⁹ SANTOS, Milton. *Por uma nova globalização: do pensamento único à consciência universal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 37.

Fora daí o que se pretende é encontrar formas de proteção a certos pobres e a certos ricos, escolhidos segundo os interesses dos doadores. Mas a política tem de cuidar do conjunto de realidades e do conjunto de relações.²⁰

Na sociedade contemporânea fatores relacionados à globalização, às políticas voltadas para o Estado mínimo, às privatizações, à expansão dos mercados, como também o desenvolvimento da tecnologia, sobretudo da informática, contribuíram para alterar o estilo de vida das pessoas. Uma das mudanças mais significativas se mostra na fragilização dos laços sociais e na individualização das relações, com a priorização de interesses particulares.²¹

Por um lado, pode-se encontrar a deterioração de valores essenciais para a vida democrática, especialmente a confiança entre indivíduos e desses em relação às instituições, o que leva a um descrédito no sistema político e inibe a participação cidadã, o que resulta no déficit de capital social. De outro lado, o desenvolvimento da tecnologia, particularmente da informática, revolucionou a dinâmica de comunicação social, com isso abre-se espaço para novas formas de participação e fortalecimento/reactivação de laços esquecidos, portanto, abre-se novas oportunidades. Vive-se na encruzilhada entre a perversidade e a possibilidade.

Ressalta, nesse universo, a relevância da dimensão cultural para o sistema político e até que ponto a persistência de um sistema político depende de aspectos culturais. Contribuindo com a discussão, Schmidt revela que a socialização²², a formação de atitudes e orientações políticas e a cultura política são a dimensão subjetiva da política e estão estreitamente vinculadas.²³

Pode-se dizer que a cultura política se refere mais ou menos ao núcleo principal do que as pessoas pensam ser a política, ou seja, o núcleo de ideias comuns. O fato de haver opiniões diferentes nesse meio não afasta a identificação da cultura política, pois a homogeneidade não é

²⁰ SANTOS, Milton. *Por uma nova globalização: do pensamento único à consciência universal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 67.

²¹ BAQUERO, Marcello. Capital social na América Latina. In: BAQUERO, Marcello. (org.) *Reinventando a sociedade na América Latina: cultura política, gêneros, exclusão e capital social*. Porto Alegre/ Brasília: Ed. Universidade/UFRGS/Conselho Nacional de Direitos da Mulher, 2001, p. 19.

²² A socialização é importante para o entendimento dos elementos psicoculturais de um sistema político.

²³ SCHMIDT, João Pedro. *Juventude e política no Brasil: a socialização política dos jovens na virada do milênio*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001, p. 33.

exigida. No senso comum diz-se que falta cultura política para o povo, no entanto, com base no acima referido, tal afirmação não pode ser aplicada. A cultura política está sempre presente em qualquer ambiente, embora talvez seja preciso alterá-la.

A cultura cívica, por sua vez, é diferente de cultura política, sendo parte desta. Caracteriza-se por cultura mista, balanceada pela passividade, pela tradição, sendo compatível com a democracia representativa, que seleciona os decisores. Diz Putnam:

Os norte-americanos herdaram tradições de civismo, ao passo que aos latino-americanos foram legadas tradições de dependência vertical e exploração. Não que as preferências ou predileções de norte-americanos e latino-americanos fossem diferentes; o fato é que contextos sociais historicamente determinados propiciaram-lhes diferentes oportunidades e motivações.²⁴

O civismo é a consciência e a vontade de ser cidadão, de ser membro ativo da sociedade politicamente organizada. É resultado da educação e não fruto de instrução cívica. A educação cívica é o contrário da propaganda ideológica e tem como tarefa preparar os cidadãos para a reflexão.²⁵

Nesse ambiente não é possível deixar de mencionar a atitude política, que é entendida como atitude, relativamente persistente para agir diante de uma situação política, apresentando como componentes elementares os pensamentos e crenças, sentimentos e emoções e tendências para agir, sendo, portanto, mais fáceis de modificar que aprender. Contudo, ressalva que não existe uma linha de continuidade entre atitude e comportamento, porque as variáveis do meio podem alterar o comportamento, sem, contudo, alterar a atitude. Não há uma relação de determinismo e imediaticidade.

A atitude é anterior ao comportamento, o qual se traduz na ação/omissão ou opinião. O comportamento político não é expressão direta da cultura política, embora mantenham vinculação. Trata-se da ação do sujeito em resposta a certa situação política incluindo a conduta (comportamento ativo) e a opinião (comportamento verbal). Enfatiza Schmidt que:

²⁴PUTNAM, Robert. *Desenvolvimento, comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 1996, p. 189.

²⁵ LAPIERRE, Jean-William. *Qué es ser ciudadano?* Traducción de Sofia Vidaurrezaga Zimmermann. Madrid: Biblioteca Nueva, 2003, p.78.

É equivocada a suposição de que a situação causa a conduta. Embora condicionado por fatores externos, o comportamento expressa a subjetividade do indivíduo – dimensão nem sempre considerada em abordagens excessivamente deterministas e generalizantes.²⁶

As atitudes são variáveis que incidem no comportamento, se somam à ocasião (situação) considerando o contexto sócio histórico. Portanto, as transformações de atitudes são diferentes, mais profundas e mais significativas que a mudança de opinião. Veja-se que a opinião é comportamento, exteriorização e específica para dada situação, enquanto que a atitude, por ser anterior e orientadora da conduta, é mais ampla.

Do estudo desses aspectos estruturais originou-se a noção de eficácia política, que consiste na capacidade de influenciar o sistema, de fazer a diferença, na qual a confiança exerce papel central.²⁷ A eficácia tem relação com a possibilidade de produzir resultados, dessa forma, relacionam-se a dimensão social e a política.

A confiança envolvida na eficácia política abre caminho para o capital social, o qual se constitui em atributo estrutural social que, além da confiança como elemento essencial, compreende a organização social, as normas e os sistemas, que contribuem para a ampliação da eficiência da sociedade, facilitando ações coordenadas e voltadas para objetivos coletivos.²⁸

Em espaços onde a desigualdade social se verifica é possível encontrar uma grande distância entre ricos e pobres, cenário propício para a segmentação, para os conflitos sociais e a criminalidade, sendo a solidariedade social bastante reduzida entre os desiguais.

Do contrário, a inclusão social é um vasto objetivo que envolve mudanças profundas nos sistemas econômico e político, além das transformações culturais e sociais. Somente com políticas públicas transdisciplinares e de longo prazo será possível ter êxitos sólidos na inclusão. As

²⁶ SCHMIDT, João Pedro. *Juventude e política no Brasil: a socialização política dos jovens na virada do milênio*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001, p.50.

²⁷ SCHMIDT, João Pedro. *Juventude e política no Brasil: a socialização política dos jovens na virada do milênio*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001, p.51.

²⁸ PUTNAM, Robert. *Desenvolvimento, comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 1996, p. 187.

relações de confiança e cooperação, construídas de modo sólido, podem ter efeitos sociais perversos, desde que não coordenadas em favor do interesse coletivo.

A visibilidade, potencializada pela introdução das novas tecnologias, da insuficiência das políticas públicas para enfrentar a exclusão social, motiva o interesse por novos enfoques, que partem da noção de confiabilidade e associação na participação política, em comunhão com o Estado para o fortalecimento das instituições democráticas. Isso tudo em perspectiva pragmática e respeitosa aos limites e possibilidades que a realidade histórico-cultural impõe.

4. A DESCOLONIZAÇÃO DO CONHECIMENTO NA VIDA DEMOCRÁTICA

O crescimento econômico perdeu sua aparência de paraíso social e auxiliou na transformação do conceito de desenvolvimento e isso se deve, em grande medida, ao insucesso das políticas neoliberais de minimização do Estado. Restou demonstrada a importância da presença do Estado, na coordenação e articulação de políticas públicas que trabalhem na assimilação do crescimento econômico pela sociedade de maneira mais benéfica e mais incluyente possível.

De acordo com Putnam, "O conceito de desempenho institucional baseia-se num modelo bem simples de governança: demandas sociais, interação política, governo, opção de política e implementação."²⁹ As pesquisas de Putnam refletem o poder de mudanças institucionais para reconfigurar a vida política e as restrições impostas pelo contexto histórico e social para seu êxito. Para tanto, o autor enfatiza a colaboração horizontal muito mais do que a vertical. Assim, a cooperação recíproca precisa ser construída do seguinte modo:

As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades.³⁰

²⁹ PUTNAM, Robert. *Desenvolvimento, comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 1996, p. 24.

³⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 19.

Vem à tona a interação entre Estado, sociedade civil e mercado, esferas que devem atuar numa relação de complementaridade e não de subsidiariedade ou dominação. Desnecessário ao Estado interferir em áreas onde as demais esferas atuam eficazmente. Do Estado não se pode prescindir, mas “suas iniciativas devem convergir para potencializar as ações do mercado e da sociedade civil, sem abrir mão das funções de controle constitucional.”³¹ Isso influenciará questões referentes a políticas públicas, desde estratégias até a sintonia das decisões dos responsáveis por essas políticas com o interesse do público-alvo.

Neste ponto, reforça-se o alerta já feito de que essa relação pode ter efeitos altamente produtivos do ponto de vista do desenvolvimento como potencializador das liberdades e voltado para a inclusão social, assim como também pode provocar um efeito devastador no bem estar social da comunidade. A relação é contextual e a formação positiva ou negativa depende das condições ambientais e de condução das interações em rede, mais claramente, na direção em que a confiança e a cooperação são dirigidas.

Em toda parte, homens e mulheres buscam soluções para seus problemas comuns [...] Se poucos acreditam que podemos prescindir do governo, pouquíssimos são os que ainda têm certeza de que sabemos realmente o que faz os governos funcionarem direito.³²

Constata Baquero que não existe uma relação linear entre funcionamento formal da democracia e a democratização da sociedade, pois a mera existência de um sistema democrático não se constitui em garantia óbvia de que os atores e as suas práticas políticas serão democráticos. Assim, Estados onde a democracia é somente parte do vocabulário jurídico formal e não se efetiva na prática dão margem para relações sociais individualistas, para a fragmentação social, para uma atmosfera de insatisfação generalizada e para o aparecimento de organizações

³¹ SCHMIDT, João Pedro. Capital social e políticas públicas. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAÚJO, Ernani Bonesso de. (org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. T. 2. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 440.

³² PUTNAM, Robert. *Desenvolvimento, comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 1996, p. 19.

paraestatais³³, que questionam e desafiam a própria ordem social.³⁴ Esses comportamentos têm gerado uma desvalorização da democracia enquanto princípio.

Necessário se faz pensar formas de fortalecimento da sociedade e de revitalização da democracia. Parece consenso que para tornar a democracia real é elementar a necessidade de reanimar a participação do povo, com a presença da cidadania ativa, participante e crítica. Na ausência desses elementos a democracia se manterá distante e diluída, abrindo espaço para formas negativas de ingerência e coordenação política. No entanto, a forma como a confiança e a participação podem ser reativadas é que tem despertado a atenção nos últimos tempos. A ampliação da presença da tecnologia no cotidiano modificou fortemente o universo da informação, tanto em qualidade quanto em quantidade, destacando-se o encurtamento do tempo entre o acontecimento do fato e a sua divulgação.

Sabe-se da fragilidade do Estado democrático diante da fragmentação social, bem como da necessidade de fomentar a participação sociopolítica. Portanto, é preciso conciliar o mundo real e o teórico, partindo da confiança e do sentimento de pertencimento como pressupostos essenciais para elaboração de políticas públicas voltadas para a construção de redes de cooperação.

5. A EMERGÊNCIA DA TECNOCIDADANIA COMO CONDIÇÃO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A espécie humana só pode viver em grupos sociais, mas não é naturalmente sociável no sentido do instinto, pois é capaz de desejos e comportamentos contrários às exigências da vida social. Pode ter relações estáveis com alguns de seus semelhantes e é naturalmente político porque se agrupa em sociedades organizadas.³⁵ Lapierre diz que “O homem não é o único animal social, mas é o único animal político porque não é naturalmente sociável.” Explica ele que

³³ Para exemplificar cita-se o narcotráfico, a máfia e as milícias.

³⁴ BAQUERO, Marcello. Capital social na América Latina. In: BAQUERO, Marcello. (org.) *Reinventando a sociedade na América Latina: cultura política, gêneros, exclusão e capital social*. Porto Alegre/ Brasília: Ed. Universidade/UFRGS/Conselho Nacional de Direitos da Mulher, 2001, p. 21.

³⁵ LAPIERRE, Jean-William. *Qué es ser ciudadano?* Traducción de Sofia Vidaurrezaga Zimmermann. Madrid: Biblioteca Nueva, 2003, p. 15-19.

os homens não são anjos nem abelhas, as quais vivem em ordem imutável e constante sob a direção de um guia. Nos animais se observa comportamentos análogos aos dos homens, mas entre grupos e não entre indivíduos. Nas demais espécies animais a sociabilidade é natural e por isso não se tem leis, porém, tais sociedades não têm nada de político.

Em toda sociedade humana coexistem diferentes grupos, comunidades e associações. Cada qual persegue seus interesses e nesse cenário as divergências produzem oposições e tensões que em situações críticas podem se converter em antagonismos. Diante das diferenças o poder político se constitui em artifício, que não é contra a natureza, mas uma necessidade impossível de se perfectibilizar sem a cooperação das pessoas, cujos desejos, frequentemente, entram em competição. Esses movimentos não estão decididos, mas instituídos conforme o desenvolvimento histórico. O regramento dos conflitos é o teste da arte política, de fazer com que não se recorra à violência. As sociedades humanas não podem prescindir do poder político, pois não possuem leis naturais imutáveis ao longo do tempo, são históricas e se transformam.³⁶

Nesse ponto, aparece a imprescindibilidade cidadania à construção democrática. Baquero afirma:

Observa-se que em sociedades onde a cidadania está ausente onde a sociedade civil não está integrada com a sociedade como um todo, onde as desigualdades sociais aumentam e o processo de exclusão social cresce, a democracia se esvazia ou pode até perder o seu sentido. A característica dessa forma de democracia passa a ser de instabilidade permanente.³⁷

Inevitavelmente, a inovação, até mesmo pelo caráter criativo, conduz à produção de instabilidade, de risco, que é indiferente ao próprio processo que lhe dá origem. Importante, nesse prisma, estabelecer e fortalecer a confiança entre os sujeitos, bem como a inter-relação entre os sujeitos, promovendo a autoconfrontação com os efeitos da sociedade de risco. A sociedade de risco não é algo

³⁶ LAPIERRE, Jean-William. *Qué es ser ciudadano?* Traducción de Sofia Vidaurrezaga Zimmermann. Madrid: Biblioteca Nueva, 2003, p. 21-23; 71-72; 83.

³⁷ BAQUERO, Marcello. Capital social na América Latina. In: BAQUERO, Marcello. (org.) *Reinventando a sociedade na América Latina: cultura política, gêneros, exclusão e capital social*. Porto Alegre/ Brasília: Ed. Universidade/UFRGS/Conselho Nacional de Direitos da Mulher, 2001, p. 22.

que se pode escolher ou rejeitar. “Ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos a seus próprios efeitos e ameaças.”³⁸

As técnicas, a velocidade, a potência criam desigualdades e, paralelamente, necessidades, porque não há satisfação para todos. Não é que a produção necessária seja globalmente impossível. Mas o que é produzido – necessária ou desnecessariamente – é desigualmente distribuído. Daí a sensação e, depois, a consciência da escassez: aquilo que falta a mim, mas que o outro mais bem situado na sociedade possui.³⁹

As sociedades contemporâneas, marcadas pelas rápidas e sucessivas mudanças provocadas pelo progresso científico que resulta na inovação, com todas as suas nuances, de acordo com Chanlat, devem manter-se afastada das tendências operacionais históricas a fim de responder aos estímulos e problemas que a sociedade atual coloca. Citando Prigogine, existe necessidade de se encontrar a unidade perdida:

A unidade perdida, não obstante de todos os sucessos da ciência e de todas suas grandes contribuições para a civilização. Hoje, penso que um dos objetos da ciência é encontrar essa unidade. A ciência de hoje deve buscar esta via estreita, encontrar um caminho entre dois extremos, ambos alienantes. Um é um mundo determinista, que nos torna estrangeiros ao mundo que descrevemos, e o outro é um mundo aleatório, que tornaria toda previsão impossível. Dessa perspectiva existem muitos futuros, o futuro não é dado, o futuro está implicado no presente.⁴⁰

A democratização da inovação com o acesso à tecnologia e as melhorias dela decorrentes é essencial, como essencial também é a atuação do Estado nesse sentido. Esse cenário pode ser descrito como a descolonização da inovação e da tecnologia, propício para interligar cidadania e tecnologia, colocando aquela no contexto da revolução tecnológica, ou seja, tecno-cidadania.⁴¹

Não existe, no entanto, uma relação direta entre acesso à informação, democracia e tecno-cidadania. O acesso à informação contribui nesse processo, mas não é a única causa determinante. O progresso científico, assim como pode promover a inclusão, na mesma medida

³⁸ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1995, p. 16.

³⁹ SANTOS, Milton. *Por uma nova globalização: do pensamento único à consciência universal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 129.

⁴⁰ CHANLAT, Jean-François. *Ciências sociais e management: reconciliando o econômico e o social*. Tradução de Ofélia de Lanna Sette Tôres. São Paulo: Atlas. 2000, p. 78.

⁴¹ DACROCE, Leocir Roque; PIAIA, Thami Covatti. A tecno-cidadania no século XXI. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Propriedade Intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 237.

pode conduzir à exclusão. Veja-se que já dito que um dos estímulos mais comuns à inovação é a competitividade, portanto, significa poder. Tal poder, contudo, é excludente, posto que nem todos dispõem do acesso a ele.

A produção do conhecimento e a inovação são condições para o desenvolvimento e ao mesmo tempo se constituem em oportunidade para a construção da cidadania emancipatória na perspectiva crítica e criativa, pois a capacidade de reação reconstrutiva permite ao homem ter e fazer história⁴². Na sociedade, em tempos de globalização, o conhecimento e a produção tecnológica se mostram cada vez mais complexos, demandando a necessidade de interação social, o que irá implicar informação, acesso e aplicação adequada dos produtos em prol da sustentabilidade democrática do desenvolvimento.

El pensamiento artificial y la autonomia Del signo no escapan a línea epistemológica de la modernidad, son el fruto de una modernidad llevada a sus últimas consecuencias. Quedó en pie la necesidad de interrogarnos acerca de cómo recuperar la subjetividad. Necesitamos de una nueva subjetividad, que requiere escapar (una mirada diferente) de la historia de las representaciones objetivas de la modernidad (la ilusión de creer que las observaciones pueden ser hechas sin un observador).⁴³

A confiança e a solidariedade fortificam a participação sócio-política e podem proporcionar novos caminhos para condução da descolonização do conhecimento, pode servir de inspiração na elaboração de políticas públicas que visem à ampliação do acesso à inovação. Nessa ótica, a descolonização e a solidarização tornam-se os meios e o fim das políticas públicas de acesso à inovação, como também instrumento para utilização dessas tecnologias a serviço da cidadania e da democracia. Conforme Baquero, a desconfiança social não é eficiente em termos de cidadania, a confiança dinamiza a vida social. “A externalidade que se obtém desses processos de interação é benéfica tanto para as pessoas quanto para a comunidade”.⁴⁴

A crise é estrutural e quando se busca solução de caráter não estrutural o resultado é mais crise. “O que é considerado solução parte do exclusivo interesse dos atores hegemônicos,

⁴² BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: Imed, 2009, p. 14.

⁴³ WARAT, Luis Alberto. Por quien cantan las sirenas. Florianópolis: UNOESC/UFSC, 1996, p.58.

⁴⁴ BAQUERO, Marcello. Capital social na América Latina. In: BAQUERO, Marcello. (org.) *Reinventando a sociedade na América Latina: cultura política, gêneros, exclusão e capital social*. Porto Alegre/ Brasília: Ed. Universidade/UFGRS/Conselho Nacional de Direitos da Mulher, 2001, p. 32-33.

tendendo a participar de sua própria natureza e de suas características.”⁴⁵ A informação no mundo contemporâneo adquirido o status de poder e quem detém esse poder o utiliza para exteriorizar ideologia. Entretanto, toda crise, toda desordem abre caminhos, para manutenção da perversidade excludente ou mudança inclusiva.

As novas tecnologias, artificiais e impessoais na origem, podem servir como instrumento de amplificação da comunicação, possibilitando a formação e a solidificação da confiança entre cidadãos em torno de objetivos comuns. São capazes de viabilizar a construção de redes de cooperação cidadã. Não se pode esquecer, contudo, que a inovação tem vasto potencial atomizador e de exclusão social, em face da falta de acesso a todos os cidadãos e da manipulação dos recursos em favor dos interesses individuais. Todavia, frente à irreversibilidade do avanço tecnológico, cabe à sociedade civil e ao Estado fazer uso positivo da inovação, mediante políticas públicas de democratização do conhecimento com ampliação do acesso à tecnologia e à inovação, com o objetivo de fortalecimento dos laços comunitários e da participação sociopolítica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento da cultura política, bem como da atitude e do comportamento são ferramentas que auxilia na adequada compreensão da cidadania, suas possibilidades e limites na transformação da sociedade. Dessas descrições pode-se constatar que a influência da cultura política é dinâmica, sendo capaz de auxiliar na justificação tanto das alterações quanto da estabilidade do sistema. Há causalidade recíproca entre cultura, economia e política, afastando-se com isso o determinismo.

O desenvolvimento deixou de ser identificado somente com fatores materiais, como poder bélico, dominação ou crescimento econômico. A evolução do conceito abrange hoje aspectos intangíveis, como a cultura, o bem estar social, a ampliação das potencialidades das pessoas e a participação no sistema social e político. No entanto, conforme já típico na sociedade

⁴⁵ SANTOS, Milton. *Por uma nova globalização: do pensamento único à consciência universal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 35.

contemporânea, a revolução na comunicação impõe riscos, tais como a promoção da aculturação, o vazio social e, por conseguinte, déficits de prática democrática.

O paradoxo da informação está posto e nesse ambiente ambíguo e complexo, repleto de incertezas, os cidadãos têm possibilidade de acesso a ferramentas potencializadoras da comunicação, da interação e da cooperação social. O espaço tecnológico pode facilitar a confiança ou a desconfiança, dependendo da maneira como é coordenada sua disponibilização, ou seja, de como serão formatadas as políticas públicas. Deve-se aproveitar a oportunidade e, como processo irreversível que é, ampliar o acesso, democratizá-lo descolonizando a inovação e a tecnologia, lembrando sempre que confiança e solidariedade, como cultura, não se formam na mesma velocidade da inovação, bem como que é um poderoso instrumento, mas não o único.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAQUERO, Marcello. Capital social na América Latina. In: BAQUERO, Marcello. (org.) *Reinventando a sociedade na América Latina: cultura política, gêneros, exclusão e capital social*. Porto Alegre/ Brasília: Ed. Universidade/UFGRS/Conselho Nacional de Direitos da Mulher, 2001.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. (org.) *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1995.

BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: Imed, 2009.

CAIDEN, Gerald; CARAVANTES, Geraldo. Reconsideração do conceito de desenvolvimento. In: CAIDEN, Gerald; CARAVANTES, Geraldo. (org.) *Reconsideração do conceito de desenvolvimento*. Caxias do Sul: EDUCS, 1988.

CHANLAT, Jean-François. *Ciências sociais e manegement: reconciliando o econômico e o social*. Tradução de Ofélia de Lanna Sette Tôrres. São Paulo: Atlas. 2000.

DACROCE, Leocir Roque; PIAIA, Thami Covatti. A tecno-cidadania no século XXI. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. (org.) *Propriedade Intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-industrial. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. (org.) *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1995.

LUCCA, Liane Marli Schäfer; DELLEPIANE, Maria Amélia Tavares; TORUNSKY, Patrícia. A terceira edição do Manual de Oslo e o contexto da inovação. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. (org.) *Propriedade Intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

OCDE. *Manual de Oslo: diretrizes para coleta de dados sobre inovação*. 3 ed. Rio de Janeiro: FINEP/OCDE, 2004.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito industrial: as funções do direito de patentes*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PUTNAM, Robert. *Desenvolvimento, comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

SCHMIDT, João Pedro. *Juventude e política no Brasil: a socialização política dos jovens na virada do milênio*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001.

_____. Capital social e políticas públicas. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAÚJO, Ernani Bonesso de. (org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. T. 2. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 419-458.

_____. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. T. 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1755-1787.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência humana*. 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

WARAT, Luis Alberto. *Por quien cantam las sirenas*. Florianópolis: UNOESC/UFSC, 1996.

ZOGBI, Edson. *Competitividade através da gestão da inovação*. São Paulo: Atlas, 2008.

DO CONTRATO SOCIAL ÀS DEMOCRACIAS MODERNAS: A IDEIA DE PODER NO SÉCULO XXI

Marcio Renan Hamel¹

INTRODUÇÃO

Neste século XXI, em sociedades pós-tradicionais e pós-convencionais se enfrentam várias e novas questões de ordem mundial, tais como os conflitos étnicos e religiosos, as migrações, as demandas de gênero, de transexualidade, de cor, todas envolvendo reivindicações por alguma forma de identidade, que se pode denominar aqui de reconhecimento. Além dessas novas e complexas questões de ordem social, passa-se a enfrentar, também, o desafio acerca da sobrevivência das democracias modernas no Estado contemporâneo em meio aos novos e intrigantes arranjos do poder.

O atual cenário mundial traz consigo um momento singular no que tange aos avanços da ciência da informação e tecnologia, aliados às novas e promissoras perspectivas da biociência, dos chamados novos direitos, dos novos padrões de produção, da transnacionalização de mercados, de reformas de Estados, todas, consequências da globalização hegemônica. Será, portanto, dentro desse cenário que se deve investigar a viabilidade das teses contratualistas e, conseqüentemente, a possibilidade de êxito das democracias contemporâneas.

Para a execução da presente investigação, o texto apresenta uma divisão em três seções: a) a primeira seção analisa a tese do contrato social como sendo a concepção filosófico-política por excelência na modernidade; b) a segunda seção aborda a tese do novo contrato social de Rawls e sua ideia de repactuação na sociedade contemporânea; c) a terceira e última seção faz uma análise dos novos arranjos de poder no século XXI e da viabilidade do projeto do contrato social em meio a esses novos arranjos. A metodologia, no domínio filosófico, não se dá separada da própria atividade do pensamento, sendo a opção da presente pesquisa a investigação analítica

¹ Graduado em Direito e Filosofia pela UPF/RS. Mestre em Desenvolvimento pela Unijuí/RS. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF/RJ. Pós-Doutor em Direito pela URI/RS. Professor do PPGDireito pela UPF, pesquisador na linha Relações Sociais e Dimensões do Poder. E-mail: marcio@upf.br.

por meio da interpretação e reconstrução dos conceitos, bem como hermenêutico-fenomenológica a partir da interpretação dos contextos trabalhados.

1. O CONTRATO SOCIAL COMO PEDRA DE TOQUE DA MODERNIDADE

Cabe esclarecer ao início desta primeira seção que qualquer pesquisa que envolva o poder do Estado nas ciências sociais assume um risco grande na sua execução quanto à possível amplitude do tema. Por isso, a delimitação do tema assume uma importância significativa ao ponto de se poder assegurar uma pesquisa satisfatória, que possa realmente contribuir para a reflexão e discussão científica a partir de suas conclusões. Tal justificativa se torna necessária não só em relação à delimitação teórica, mas também quanto ao elevado número de pensadores que tratam a temática direta ou indiretamente, clássicos ou contemporâneos. Por óbvio, a proposta de análise por meio de um artigo científico não é suficiente para o exame de um rol muito amplo de autores e referências, pelo que também reside aqui a necessidade de escolhas a partir da delimitação teórica e problema propostos, sendo, por vezes, indispensável revisitar alguns pensadores clássicos da filosofia social e política.

Segundo Nogueira (1989, p.09), o poder é uma circunstância obrigatória para conceituar o homem na sua realidade de ser natural, enquanto elemento originário da natureza, dela fazendo parte, e devendo ser considerado ente que não pode ter existência separada de seus semelhantes, mas sim correlacionado um ao outro, estando aí impressa a característica de sociabilidade.

No século XVI, Maquiavel apresentou em *O príncipe* a maneira pela qual se deve conduzir o Estado, bem como que a aquisição de território e controle político é natural e comum: "Para manter o domínio com segurança, basta haver eliminado completamente os herdeiros do príncipe que os dominava (...) os homens continuarão a viver tranquilamente" (1996, p.18-19).

Nesse sentido, durante o século XVII, a doutrina contratualista fez sua explicação e defesa acerca da ideia de poder e de Estado, sendo este o ponto de partida da presente investigação. Hobbes, em sua obra *Leviatã*, demonstrou que haveria um estágio na existência humana em que os homens viveriam sem um poder comum que os domine, em total ausência de poder, da

mesma forma que não haveria o “meu jurídico”, ou seja, nem a posse e nem a propriedade. Na filosofia social e política de Hobbes, este seria o Estado de Natureza. Dentro desse Estado nada pode ser considerado injusto, considerando-se que as noções de direito, justiça e injustiça não se encontram no lugar apropriado.

Segundo análise de Brandão (2006), a filosofia social e política de Hobbes permanece atual, uma vez que enquanto existirem Estados com organização mais ou menos democrática, a sombra do *Leviatã* estará sempre presente nas reflexões políticas.

Hobbes entende o Estado de Natureza como sem limites e, como tal, é um Estado sem racionalidade, onde o medo e a astúcia imperam. A gênese de sua filosofia se encontra na afirmação de que “todos os homens são naturalmente iguais”, posto que aqui reside o desejo à autopreservação. Segundo Hobbes, “durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens”. (1979, p.74). A tal Estado, Hobbes nomeará de Estado de Natureza, onde não existe um poder comum capaz de controlar a força e a astúcia humanas.

Conforme Brandão (2006, p.35), o Estado de Natureza é histórico e hipotético em Hobbes. É histórico pelo fato de a guerra de todos contra todos ter realmente existido em alguns locais da terra e, hipotético pois existiria guerra abrangente de todos contra todos. Na interpretação de Nogueira 1989, p.187), a noção de liberdade de Hobbes é a ausência de impedimentos externos, isto é, impedimentos que dominam parte do poder de que o homem é dotado de fazer o que deseja, embora não lhe possa impedir que utilize este mesmo poder restante, qual seja o que está conforme o que dita o seu juízo ou sua reta razão.

Para sair de uma tal condição de natureza, Hobbes propõe um contrato. Este talvez seja o ponto central do *Leviatã*, especialmente no capítulo XVII, onde o filósofo inglês trata da instituição do Estado como necessidade à conservação da vida humana. O pacto vai se dar entre um conjunto de partes ante a idéia da transferência de poder, a qual, por sua vez, é absoluta. A argumentação de Hobbes no sentido da defesa da celebração de um contrato para a criação do

Estado civil, inicia pela justificativa da necessidade de força, pois os pactos sem a espada de nada valem e não dão segurança a ninguém.

Em outro sentido, Hobbes argumenta que em não havendo a instituição de um poder suficientemente grande para nossa segurança a espoliação será legítima, não sendo a união de um pequeno número de homens capaz de assegurar a paz, posto que a vantagem sempre estará na união de grupos maiores. Hobbes justifica a instituição do poder comum a partir de um pacto realizado entre os homens, onde todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Aquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e possui poder soberano, sendo todos os restantes súditos. Surge em Hobbes, então, a ideia do contrato, o qual é resultado da ação voluntária dos homens em Estado de Natureza. Estando o Estado instituído, uma multidão de homens há de concordar e pactuar, cada um com cada um dos outros, que estarão sujeitos a um homem ou a uma assembleia de homens, a qual os representará, bem como a qual estarão sujeitos aos atos e decisões. Eis a figura do Estado civil.

O *Leviatã* hobbeseano se caracterizará como um Estado que controla pelo medo, posto que não pode ficar sem o poder da espada, até porque, pactos sem a espada não serão cumpridos como ressalta o filósofo inglês. Se, por um lado, o Estado de Natureza é o Estado da liberdade absoluta, por outro lado, o Estado civil é o Estado da liberdade restrita, o qual, por sua vez, aparece como forma conceitual da dimensão de força e, concomitantemente, como um Estado racional. De certa forma, o Estado civil aparece na filosofia política de Hobbes como um elemento necessário e artificial. É de se notar, também, que a vontade que leva os homens a celebração do pacto para a constituição contratual do Estado civil não é uma vontade moral, mas sim, uma vontade de decisão, o que faz sentido ao empirismo de Hobbes.

A filosofia social e política de Hobbes se expressa como sendo a primeira teoria moderna do Estado moderno, onde a luta representada pelo Estado moderno é a luta pela unidade do poder, o que Hobbes consegue construir a partir da proposta de um *Leviatã* forte, onde o soberano controla nem que seja pelo medo, não se vislumbrando na teoria hobbeseana em nenhum momento a divisão dos três poderes. Sendo este contrato uma necessidade de

preservação da própria vida humana, tal unidade de poder irá resultar na ideia de soberania, a qual é irrevogável, absoluta e indivisível, tal como observa Bobbio assegurando que “é assim que Hobbes abre caminho para reduzir à unidade a dicotomia tradicional, para coletar boas razões de afirmar aquela unidade do poder que lhe parece ser a única condição capaz de assegurar a paz entre os homens” (BOBBIO, 1991, p.70).

Em Hobbes estaria a origem do pensamento autoritário e, nesse sentido, a partir da história o triunfo do indivíduo está o triunfo da autoridade. O Estado civil tem relação hierárquica para com o indivíduo. A tese da corporeidade é a idéia básica em Hobbes, tendo o Estado civil como elemento necessário e a origem da autoridade absoluta. Para Hobbes o homem só se move por raciocínio calculado. O Estado chega de forma conceitual como dimensão de força. A simbologia do *Leviatã* é a maximização do poder, é um Estado racional.

O Estado Natural é um Estado sem racionalidade e não tem limites. Usa-se nesse Estado a força e a astúcia. O Estado é um homem artificial que comanda os homens naturais. A meta do pacto é a paz.

Contemporâneo a Hobbes, Locke implanta o liberalismo político e faz do individualismo seu objetivo maior. O pensamento político de Locke concebe os homens, ao início, no estado de natureza, em liberdade se assenta a racionalidade, conforme argumenta Nogueira:

o homem não tem o direito de destruir-se a si mesmo, não causar dano a seu semelhante, não o perturbar no seu direito de posse e, mais do que tudo, fazer dessa liberdade a melhor e a mais nobre das utilizações, de modo a exigir sua conservação. Todos obedecem e se submetem à lei da natureza, sendo esta a própria razão, e os homens que a escutam são iguais e independentes, não podendo prejudicar à vida, à saúde, à liberdade e aos bens dos demais; castigam-se quando um deles viola as leis naturais, cujo fim é oferecer tranquilidade e conservação de todos (1989, p.192).

Ainda que permaneça em Locke a tranquila razão, há ainda inconvenientes no Estado natural e a solução novamente volta a ser o Estado civil, devendo a propriedade ser obtida ante o trabalho, devendo a comunidade se submeter ao governo com o objetivo de manter a propriedade privada, sendo tudo garantido por leis conhecidas e aceitas do ponto de vista jurídico-positivo.

Pode-se afirmar, que os filósofos modernos possuem como importante contribuição a solidificação da ideia e forma do Estado Civil e a consequente laicização do poder. A partir daí e, resguardadas as devidas proporções quanto às sociedades do século XVI e às sociedades do século XX, a tese do contrato social ganha novos ares pela filosofia social e política de John Rawls, cuja proposta agora passa pela necessária reconstrução do social passa por direitos importantes tais como liberdade e igualdade. Essa proposta de repactuação é o objeto de análise da seção que segue.

2. O CONTRATO SOCIAL NA ALTA MODERNIDADE: RAWLS E A REFORMULAÇÃO DO PACTO

De acordo com Giacomo Marramao a secularização é uma metáfora, pois surgida na época da Reforma, de forma originária no âmbito jurídico, indicando a expropriação dos bens eclesiásticos em favor dos príncipes ou das igrejas nacionais reformadas, pode-se dizer que no decorrer do século XIX houve uma extensão semântica em três frentes: no campo histórico-político; na expropriação dos bens dos domínios religiosos; e, por fim, no campo ético e sociológico, quando assume o significado de categoria genealógica capaz de conter o sentido da evolução histórica da sociedade ocidental moderna (1995, p.29).

A noção de secularização utilizada usualmente é aquela definida no âmbito da sociologia e da ciência política, cuja concepção weberiana faz referência a três princípios fundamentais: o princípio da ação eletiva (ou princípio da autodecisão individual); o princípio da diferenciação e especialização progressiva (que atinge funções, *status* e instituições); o princípio da legitimação (entendida como reconhecimento, ou mesmo institucionalização, do processo de mudança) (MARRAMAO,1995, p.31).

Nesse sentido, a progressiva secularização do poder se realiza, segundo Marramao (1995, p.184), no âmbito de uma evolução do sistema social que vê simultaneamente ampliar-se o domínio de sua *ratio* e engrossar-se a teia das relações internas. Uma marca presente no século XVIII é a ideia de progresso enquanto conceito global, resultando no momento em que a

legitimidade do político passa da filosofia política para a filosofia da história. A partir do século XIX e, principalmente do século XX,

a política deve perseguir incessantemente os impulsos democrático-igualitários provenientes da sociedade. A legitimação torna-se assim um movimento frenético de seguimento-derivação: resultado de uma política obrigada a operar sobre o sentido, a dar conta já não apenas do *espaço social* (o "estado de natureza" a ser normativizado e submetido à Lei), mas também do *tempo social*: da dinâmica dos movimentos coletivos que apresentam as próprias pretensões como *já legitimadas* pela História (por esta razão a época do progresso – que é a época da universalização da representação – é também a época na qual tem início a crise *permanente* da própria *representação*) (MARRAMAO, 1995, p.168).

Segundo análise de Marramao, a crise de representação já é notada entre os séculos XIX e XX, ou seja, a progressiva laicização e legitimação do poder trouxeram novas demandas ao Estado Social e ao Estado de bem-estar, não sem razão o seu declínio, isso sem mencionar a nova arquitetura social e agenda de reivindicações igualitárias deste início de século XXI que, ao início de sua segunda década, apresenta contínua complexidade das relações horizontais sociais e das relações verticais de poder.

No dizer de Marcelo Neves (2006, p.2015), o Estado Democrático de Direito, como exigência funcional e pretensão normativa da modernidade, é condicionado por diversos fatores, sendo que o modelo não se reproduz perfeitamente na realidade. Contemporaneamente, há a prevalência cada vez maior de uma ordem mundial reproduzida com base na economia e na técnica, enquanto que, por outro lado, há o fortalecimento das etnas locais e fundamentalismos.

Há que se considerar a influência do processo mundial de globalização sobre o Estado Democrático de Direito e suas relações sociais e de poder. Conforme Neves (2006, p.216), a intensificação crescente das relações sociais e comunicações suprarregionais mundializadas, com reflexos profundos na reprodução dos sistemas político-jurídicos territorialmente segmentados em forma de Estado.

Em meio a um contexto de impotência do *Leviatã* hobbesiano e de uma fragmentação do poder político, a proposta advinda de uma nova concepção de contrato social no século XX coloca o desafio de refletir acerca de uma repactuação do social. Nesse sentido, John Rawls

aparece como o filósofo que depois de Hobbes consegue dar novo sentido ao contratualismo e, conseqüentemente, às relações de poder social para sociedades contemporâneas.

A filosofia social e política tem nos desenvolvimentos teóricos de Rawls um marco importante para o pensamento liberal contemporâneo. A um, porque Rawls consegue oferecer uma (re)leitura atrativa para uma nova proposta de liberalismo e, a dois, pelo fato de conseguir marcar de tal forma a filosofia política contemporânea que não é mais possível fazer qualquer discussão envolvendo igualdade, justiça social e direitos, que não passe pela obra de Rawls.

Rawls divide *Uma teoria da justiça* em duas partes, sendo uma interpretação da situação inicial e uma formulação de princípios disponíveis para sua eleição. Com isso a ideia de posição original começa a tomar forma, momento possível para a escolha de princípios eqüitativos. O compromisso de Rawls com a igualdade reside na proposta de que uma sociedade justa deve igualar as pessoas em circunstâncias, de maneira que as ocorrências em suas vidas sejam suas responsabilidades.

Em *O liberalismo político*, Rawls aborda a possibilidade de uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais, divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis possam conviver pacificamente. Em um passo à frente a *Uma teoria da justiça*, Rawls busca enfrentar a polêmica questão do pluralismo, argumentando que o desafio do liberalismo é elaborar uma concepção justiça política para um regime constitucional democrático capaz de ser aceita por uma pluralidade de doutrinas razoáveis.

Em *Uma teoria da justiça* parece que Rawls se mantém leitor de Locke, levando-se em conta a defesa de Locke de que os homens nascem iguais por natureza sendo livres e independentes, mas também porque Locke defende a propriedade de bens civis. Se minha análise estiver correta, parece-me que Rawls assume não só o conceito de liberdade existente em Locke, somando-se ainda a ideia da defesa de bens civis privados. Quanto às liberdades, Rawls apresenta um esquema de liberdades básicas, ao qual denomina "esquema plenamente adequado" e, quanto aos bens, o filósofo norte-americano apresenta cinco tipos de bens que denomina fundamentais (1988, p.28).

Rawls trabalha a ideia de um uso público da razão regulamentado, por força da necessidade da prioridade da(s) liberdade(s), ao mesmo tempo em que não se faça de um modo em que não limite o conjunto central de aplicações de cada liberdade fundamental. Portanto, não se trata de uma defesa ampla da liberdade no sentido de uma verdade moral, mas sim de igual liberdade quando demonstra as liberdades somente serão limitadas quando se chocam umas com as outras, de maneira que a liberdade só pode ser limitada em nome da própria liberdade.

Rawls demonstra claramente em *Uma teoria da justiça* maior simpatia pela ideia de liberdade dos modernos em detrimento à liberdade dos antigos. Isso significa menos soberania popular e maior espaço de liberdade individual. Dessa forma, a descrição geral de liberdade tem o seguinte conceito: “esta ou aquela pessoa (ou pessoas) está livre (ou não está livre) desta ou daquela restrição (ou conjunto de restrições) para fazer (ou não fazer) tal ou qual coisa” (1995. p.192). A liberdade passa a ser discutida ante sua relação com as restrições constitucionais e jurídicas, de forma que não só há que estar permitido que os indivíduos façam algo ou não façam, senão que o governo e as demais pessoas têm que ter o dever jurídico de não obstaculizar, diz Rawls.

Conforme esclarece Álvaro de Vita em *A justiça igualitária e seus críticos*, Rawls fez um esforço sobre-humano em *Uma teoria da justiça* para responder à questão de como é possível justificar princípios de justiça comuns, e suas correspondentes configurações institucionais, para cidadãos que vivem em sociedades pluralistas (2007, p.175). Diferentemente do contratualismo de Hobbes, Rawls defende que só são legítimos os princípios de justiça sobre os quais se pode afirmar que foram convencionados por meio de uma negociação hipotética.

A construção levada a cabo por Rawls está muito distante do contratualismo de Hobbes, pois em Rawls: a) não há especificação de um ponto de ausência de acordo ou estado de natureza; e, b) as partes não avaliam os termos do acordo motivadas unicamente pela maximização do próprio benefício, sendo esses componentes centrais no contratualismo de Hobbes (VITA, 2007, p.175-176). O liberalismo político aqui considerado apresenta um contratualismo com padrão extremamente exigente de legitimidade política, pois o

“contratualismo rawlsiano não pode justificar os princípios de justiça que recomenda argumentando, como fazem os adeptos da perspectiva hobbesiana, que cada um dos membros da sociedade seria racionalmente levado a aceitá-los consultando apenas seus interesse próprio” (2007, p.178).

Uma interpretação equivocada acerca do contratualismo de Rawls reside na ideia de entendê-lo como uma justificativa moral para o tipo de redistribuição praticada pelos *welfare states*, que consiste na taxaço da renda dos mais abastados para subsidiar a renda dos mais pobres. Segundo Álvaro de Vita, não é isso que Rawls tem em mente enquanto modelo de sua concepço de justiça. Para Rawls,

o capitalismo de bem-estar social também rejeita o valor equitativo das liberdades políticas, e, embora tenha certa preocupação com a igualdade de oportunidades, as políticas públicas necessárias para garanti-la não são implementadas. Esse regime permite desigualdades muito grandes de propriedade de bens não-pessoais (meios de produção e recursos naturais), de forma que o controle da economia e, em grande medida, também da vida política, permanece em poucas mãos. Embora, como o nome, ‘capitalismo de bem-estar social’ sugere, as providências para o bem-estar possam ser bastante generosas e garantir um mínimo social decente que cubra as necessidades básicas (§38), não há o reconhecimento de um princípio de reciprocidade que regule as desigualdades econômicas e sociais (RAWLS, 2003, p.194-195).

No entender de Rawls, o arranjo institucional que mais se aproxima da realização de sua concepço de justiça como equidade é a ideia de “democracia de proprietários”, cujo modelo de arranjo de mercado foi proposto pelo economista britânico James Meade enquanto alternativa ao capitalismo (VITA, 2007, p.255). De acordo com Vita, o que há de essencial no modelo é que as instituições igualitárias deveriam ter por objetivo uma distribuição equitativa da propriedade entre todos os cidadãos.

Logo, a opção teórica da análise do liberalismo igualitário de Rawls reside no fato de que sua justiça se ampara numa ideia democrática, considerando-se que a reflexão sobre o poder no século XXI deve, necessariamente estar relacionada com as democracias modernas, sendo que de maneira muito específica, também pela análise de seus ganhos e perdas. A pergunta a partir daqui é possibilidade dessa repactuaço do social pretendida por Rawls, bem como da viabilidade do papel das instituições sociais numa democracia fragmentada em meio aos novos arranjos de poder. As teses contratualistas estão perdendo força para uma ideia de poder não

convencional? Sendo assim, a seção que segue apresenta um exame acerca da ideia de poder nessa complexa passagem para a segunda década do século XXI.

3. NOVOS ARRANJOS DE PODER NO SÉCULO XXI

Ulrich Beck em seu conhecido livro inacabado, *A Metamorfose do Mundo* - tal como denominou Anthony Giddens em fevereiro de 2015 na *London School of Economics* quando da prestação de homenagem especial ao referido autor – tem como questão norteadora a reflexão em torno do significado dos eventos globais que se desenrolam diante de nossos olhos na televisão, como referiu Beck (2018, p.15). Nesse contexto, Beck apresenta uma distinção entre *mudança* e *metamorfose*. Segundo ele, *mudança* implica que algumas coisas mudam e outras permanecem iguais, a exemplo o capitalismo muda, mas alguns de seus aspectos continuam iguais. Já o conceito de *metamorfose* diz respeito a uma transformação muito mais radical, onde velhas incertezas da sociedade moderna estão desaparecendo e algo inteiramente novo emerge.

Teórico social bastante conhecido pela sua famosa obra *Sociedade do Risco*, do ano de 1986, Beck afirma na introdução de *A Metamorfose do Mundo* que a teoria da metamorfose vai além da teoria da sociedade do risco mundial, alegando que “ela não trata dos efeitos colaterais negativos dos bens, mas dos efeitos colaterais positivos dos males” (2018, p.16). Para Beck, a nação não é mais o centro do mundo, de maneira que em razão do risco climático o mundo não está circulando em torno da nação, as nações é que estão circulando em torno das novas estrelas fixa: “mundo” e “humanidade”. No entanto, isso não significa que

nações e Estados-nação desapareceram, mas que nações são “metamorfoseadas”. Elas precisam encontrar seu lugar no mundo digital em risco, em que fronteiras se tornaram líquidas e flexíveis; precisam se (re)inventar, girando em torno das novas estrelas fixas de “mundo” e “humanidade” (2018, p.20).

Ao início do século XXI, Beck (2018, p.23) aponta para o fato de que os espaços de ação são cosmopolizados, significando que o enquadramento da ação não é mais apenas nacional e integrado, mas global e desintegrado, com as diferenças entre regulações nacionais no direito, na política, na cidadania e nos serviços.

De acordo com Beck, a perspectiva da metamorfose “desloca o foco sobre o poder e a dominação das relações de poder de produção (no sentido marxista), no capitalismo global moderno, para as relações de poder de definição (...)” (2018, p.129). Nesse sentido, o autor aponta para o fato de que

essa metamorfose do poder – a partir da conceituação e descoberta das condições de definição inter-relacionadas com as relações de produção e ao mesmo tempo dela desconectadas – torna-se o centro da teorização cosmopolita e a unidade de pesquisa empírica para o cosmopolitismo metodológico (2018, p.130).

Beck aponta para o fato do fracasso do marxismo nessas novas relações de poder, levando-se em conta uma metamorfose normativo-política onde o imperativo da democracia e justiça aplicado às relações de poder de definição torna visível uma metamorfose de “revolução centrada nas relações de poder de definição não acontece onde a noção marxista de revolução esperava que ela ocorresse” (2018, p.131).

Segundo Innerarity (2017, p.54), o espaço político se encheu de vozes diferentes, onde novos atores aspiram a ter os mesmos direitos que os protagonistas credenciados. Entre eles estão as mulheres, as minorias étnicas, as sexualidades diversas, as línguas minoritárias, etc. Este também é um contexto para se ajustar critérios de justiça e representação. Nesse contexto, Innerarity aponta para o profícuo debate acerca das políticas de reconhecimento a partir dos trabalhos de Axel Honneth, Charles Taylor e Nancy Fraser, os quais partilham a tese de que os conflitos se deslocaram das esferas da classe social, da igualdade e da economia para o espaço da identidade, da diferença e da cultura.

Há que se notar, de acordo com Innerarity (2017, p.54), que muitos são conflitos que não têm origem no poder ou na economia, mas antes nas experiências morais, em expectativas de reconhecimento enraizadas em cada um de nós.

Para Innerarity (2017, p.59), cabe uma crítica ao liberalismo clássico quanto ao “fato de não ter sido fiel ao princípio da igualdade entre os indivíduos; não ter compreendido que a fidelidade a este princípio exigia completa-lo com um princípio de igualização entre os grupos, as culturas e os territórios”.

Um dos problemas existentes na atualidade que perturba a política reside na aceleração dos processos de mudança social, econômica e tecnológica, os quais são responsáveis por certa despolitização, na medida em que sobrecarrega a capacidade deliberativa do sistema político, bem como a integração social. De um lado, a rapidez das mudanças sociais e, de outro, a lentidão dos Estados. A educação, a política e o direito não aguentam o ritmo do mundo globalizado, observa Innerarity (2017, p.85).

Nesse sentido, o autor aponta como o grande desafio da política a defesa das propriedades temporais da formação democrática de uma vontade política, os seus procedimentos deliberativos, tanto de reflexão quanto de negociação, contra o imperialismo das exigências técnico-econômicas e a agitação do tempo dos meios de comunicação (INNERARITY, 2017, p.87). Afirma, ainda, que:

o que se passa com o Leviatã é que está mais desconcertado do que nunca, diante de um sistema econômico que parece ingovernável, perante desafios que excedem a sua esfera de eficácia e legitimidade, habituado a um estilo no tratamento dos problemas que não se caracteriza pela modéstia e pela disposição para aprender. O poder político foi muitas vezes excessivo, arbitrário e até despótico, mas agora tem de aprender a viver numa situação de debilidade e desconcerto a que não estava acostumado (2017, p.128).

Uma leitura feita pela teoria crítica vem em *Crítica do Poder*, publicado originariamente em 1989, primeiro livro importante de Axel Honneth, cujo objetivo de fundo reside no início do desenvolvimento da categoria do *reconhecimento* como nova base normativa de uma teoria crítica da sociedade. Segundo Honneth (2008, p.22), atualmente a forma pela qual se deve adotar uma crítica do poder, deve ser deduzida dos obstáculos encontrados em diferentes níveis de reflexões.

Nessa obra, Honneth parte de uma reconstrução dos pressupostos teóricos fundamentais da teoria crítica, a partir dos três capítulos da primeira parte onde analisa as reflexões de Horkheimer, Adorno e Habermas. Horkheimer percebeu claramente que uma teoria crítica da sociedade capaz de assumir o difícil projeto de pensar suas origens sociais, bem como suas possibilidades políticas de sua realização prática, somente poderiam cumprir tal tarefa dentro de um contexto interdisciplinar. O modelo capaz de seguir tal objetivo deveria ter uma contínua

interpretação dialética e desenvolvimento entre a teoria filosófica e a prática científica concreta (2008, p.47).

Honneth imprime uma reconstrução do materialismo histórico procurando superar os limites do paradigma produtivista, baseando-se para tanto na teoria de Horkheimer. Honneth entende ser importante o resgate de uma esfera normativa para a sociedade, ou seja, uma teoria da sociedade não pode prescindir do fato de um espaço onde se pode chegar a acordos e regulações morais, entendendo que a reflexão de Adorno e Horkheimer girou em torno de uma dimensão funcionalista tão-somente, pois “em verdade, nem a Teoria Crítica de Adorno nem sua continuação sistêmica sobre a teoria do poder de Foucault nos proporcionam o instrumental adequado para analisar as formas de integração de sociedades de capitalismo tardio” (2008, p.301).

Para Honneth (2008, p.302) Habermas foi quem melhor ofereceu a oportunidade de analisar esses conceitos de modo substantivo, a partir do desenvolvimento de sua teoria por meio de uma crítica ao positivismo baseada em uma antropologia do conhecimento. As contribuições de Habermas a este debate epistemológico, na avaliação de Honneth (2008, p.314) nasce na controvérsia estabelecida entre Karl Popper e Theodor Adorno acerca da validade e alcance dos procedimentos empíricos analíticos nas ciências sociais, bem como ante o rótulo de “disputa do positivismo” na influente discussão em torno das metodologias a aplicar nas ciências humanas.

Nesse sentido, Habermas utiliza provisoriamente as ideias básicas da hermenêutica de Gadamer, com objetivo de frisar como consequência involuntária da argumentação de Popper a condução à concepção da estrutura compreensiva que subjaz a todo processo de investigação científica (HONNETH, 2008, p.317). Habermas está aqui colocando em evidência, por um caminho hermenêutico, a perspectiva epistemológica já inaugurada pela antropologia filosófica de Gehlen e a ontologia existencial de Heidegger, sustentando a tese de que “todos os processos de investigação científica estão inseridos em um horizonte hermenêutico que já existe um tipo de pré-compreensão sobre o sentido de sua aplicação como marco geral, não afirmando mais que, na verdade, o conhecimento científico se estabelece no marco de uma orientação constitutiva mundana de conhecimento pré-científico” (HONNETH, 2008, p.318).

Em estudo sobre o fim do poder, o venezuelano Moisés Naím (2003, p. 340) traz ao debate um importante argumento acerca do aumento da participação política. O autor questiona quem tem tempo para isso e, ao mesmo tempo, paciência para assistir a reuniões e atividades exigidas pela participação em qualquer empenho coletivo. Aí residem boas razões para explicar o fato de a maioria das pessoas se dedicarem tão pouco aos partidos políticos ou às causas sociais, considerando que, sob circunstâncias normais, a participação política ainda diz respeito a uma minoria. No entanto, têm surpreendido nos últimos anos surtos repentinos de interesse por assuntos políticos ante a mobilização de grande número de pessoas, usualmente desinteressadas, o que se pode notar em protestos ocorridos nos EUA, no Brasil, na Turquia, no Chile, na Colômbia e no México.

O século XXI, afirma Naím (2013, p.331), não irá pertencer a Estados Unidos, China, Ásia ou alguém mais. Será um mundo de ninguém afirma o autor, sendo que pela primeira vez na história o mundo será interdependente, todavia, sem um centro referencial. Naím chama a atenção para a necessidade de se restabelecer a confiança no sistema político e, ao mesmo tempo, dotar os líderes com capacidade de deter a degradação do sistema político, habilitando-os a tomar decisões difíceis. Para tanto, necessita-se de partidos políticos mais fortes, modernos e altamente democráticos, que sejam capazes de estimular e facilitar a participação, de forma que,

resgatar a confiança, reinventar os partidos políticos, encontrar novas vias para que o cidadão comum possa participar de verdade do processo político, criar novos mecanismos de governança real, limitar as piores consequências dos pesos e contrapesos e, ao mesmo tempo, evitar a excessiva concentração de poder e aumentar a capacidade dos países de atacar conjuntamente os problemas globais: esses devem ser os objetivos políticos fundamentais da nossa época (2013, p.342).

Segundo Han (2018, p.25), o poder tem formas diferentes de manifestação, sendo a forma direta a negação da liberdade. No entanto, o poder pode se expressar com violência ou repressão, mas não se baseia tão-somente nessa ideia, pois quanto maior é o poder, mais silenciosamente ele atua. Na atualidade, o poder assume cada vez mais uma forma permissiva. “Muito mais eficiente é a técnica de poder que faz com que as pessoas se submetam ao contexto de dominação *por si mesmas*” (2018, p.26). De acordo com Han, essa técnica busca ativar, motivar e otimizar, não obstruir ou oprimir.

A ideia de poder inteligente se molda à psique, ao invés de discipliná-la e submetê-la a coações e proibições. Conforme Han (2018, p.27), a atual crise da liberdade consiste em estar diante de uma técnica de poder que não rejeita ou oprime a liberdade, mas a explora, de maneira que a livre escolha é extinta em prol de uma livre seleção entre as ofertas disponíveis.

David Runciman (2019, p.140), aponta para a existência de uma queixa comum contra a democracia do século XXI, qual seja a de que ela perdeu o controle sobre o poder corporativo. Nesse quadro, as grandes empresas abarcam riqueza e influência, fomentam a desigualdade e espoliam o planeta, além de não pagarem seus impostos. Os bancos e companhias petrolíferas deixaram de ser as empresas mais poderosas do mundo, passando o bastão para as gigantes da tecnologias como Facebook, Google, Amazon e Apple. Essas empresas acreditam que o que fazem é bom e não estão acostumadas a serem objeto de ódio. Por outro lado, o Estado não sabe bem como lidar com monstros desse tipo.

A questão colocada por Runciman (2019, p.141) é que no passado as democracias encontraram determinação para enfrentar o poder corporativo, entretanto: terão como fazê-lo novamente? “O Leviatã de Hobbes precisou de cerca de trezentos anos para se transformar numa forma plenamente desenvolvida de democracia moderna”. Registra, ainda, o fato de que Hobbes não prometeu aos cidadãos o controle sobre o monstro que tinham criado, mas o controle sobre a própria vida, em troca da vida que davam a uma criatura artificial capaz de sustentar sua existência coletiva. A proposta era da troca do controle político pela liberdade individual.

Runciman (2019, p.176-189), entende que a democracia representativa contemporânea está cansada, pois se tornou vingativa, paranoica, iludida, desajeitada e, em muitos casos, ineficaz. Precisa-se reconhecer os limites da relação de compromisso a que se chegou. O grau de respeito que a democracia representativa proporciona pode ser insuficiente para os cidadãos do século XXI. Por isso, a política do reconhecimento é uma extensão do apelo da democracia, e não um repúdio a ela.

A presente pesquisa põe em evidência as modificações ocorridas no poder e a viabilidade das democracias contemporâneas, com isso, pode-se fazer uma reflexão acerca da contribuição

do contrato social de Hobbes ao Estado moderno e a contribuição do contratualismo de Rawls ao Estado contemporâneo. O contratualismo de Rawls tem elementos capazes de contribuir a um melhor êxito das democracias contemporâneas? Essa é uma questão necessária à tradição contratualista e liberal, quer seja o liberalismo clássico quer seja o liberalismo igualitário.

O que está em jogo em meio as transformações do poder político é a viabilidade das democracias contemporâneas. Nesse sentido, algumas análises pontuais ajudam a refletir sobre as condições democráticas reais de alguns países a partir da década de 1980 no século XX. Ao final dessa década, O Japão era tido como o poder emergente, sendo até anunciado que o século XXI seria o século japonês. No entanto, a bolha japonesa estourou e o país entrou em suas décadas perdidas de crescimento zero e estagnação política. No ano de 2010 foi a vez da Grécia, crise econômica sem precedentes, quando foi possível observar o que poderia acontecer quando as democracias perdessem o controle sobre suas dívidas. A União Europeia passou de lugar tedioso a um lugar alarmante. A Grécia atravessa dificuldades contínuas, mas segue próspera e pacífica, sendo que a crise nunca foi solucionada (RUNCIMAN, 2019, p.221-222).

Seguindo à procura de exemplos recentes, pode-se apontar, segundo Runciman (2019, p.222) para a China como o gigante asiático que assombra o Ocidente. A China pode estar a ponto de ultrapassar a Europa e a América, mas também pode ser o lugar do estouro da próxima bolha. Nesse sentido, na América a Venezuela substitui a Grécia, como lugar em que as tristes circunstâncias atuais mostram como advertência que não se pode brincar com o fogo do populismo. Para Runciman,

as democracias continuam a ser eficazes em evitar a hora mais difícil. Sua incapacidade de se posicionar ou manter as coisas em proporção é útil para adiar o pior, ainda que a frustração possa ser profunda quando se tenta fazer melhor que isso. Empurrar o problema para diante é o melhor que as democracias fazem. E é por isso que o caminho que ainda têm pela frente pode se revelar bem mais comprido do que achamos. O problema das democracias do século XXI é que suas virtudes estão se esgotando. Evitar o desastre, por si só, não basta. Para a democracia florescer, ela precisa preservar sua capacidade de combinar resultados benéficos com **reconhecimento pessoal, o que não está mais acontecendo (2019, p.228).**

No século XXI a mudança na forma de poder é complexa, de maneira que as democracias contemporâneas necessitam ao máximo compreender as novas formas pelas quais o poder é trabalhado ou as sociedades deste século irão aprofundar ainda mais as diferenças sociais,

aumentando também o número de pessoas excluídas não só do próprio uso da liberdade, mas de todo o acesso aos direitos sociais. Todas as discussões a serem realizadas pela filosofia social e política deverão levar em conta a viabilidade das democracias do século XXI, considerando a existente possibilidade do encolhimento das democracias e, como consequência, da participação lúcida de cidadãos preocupados com seu presente e seu futuro.

Dessa forma, colocar a pergunta pela viabilidade do contratualismo de Rawls, significa entender que a preocupação com o critério da igualdade e da liberdade pretende evitar, por meio da escolha do sujeito representativo, que se concretize a desigualdade na distribuição de bens. Em sociedades democráticas, o cidadão é considerado beneficiário da riqueza constituída por meio de sua participação, cuja razão do trabalho tem como objetivo principal melhorar a qualidade de vida da sua geração e garantir a mesma condição às gerações vindouras. Essa compreensão procura situar o cidadão na condição de sujeito, a qualifica o cidadão como ativo na construção de um modelo de justiça; daí sua definição político-pública, tutelada pelo conjunto da sociedade.

Por óbvio, de maneira muito diferente do contrato de Hobbes, Rawls direciona sua tese contratualista para sociedades democráticas. Em livro posterior, *O Direito dos Povos*, Rawls estende seu contrato social para a sociedade global, onde propõe, inclusive uma reestruturação do direito internacional, com povos organizados em torno de cooperação política, econômica e social. Rawls denominou essa organização progressiva de utopia realista (2001, p.15).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da presente pesquisa pode-se apontar algumas notas conclusivas em torno do problema de investigação apresentado, ressaltando sempre a possibilidade de novas conclusões frente ante outros empreendimentos averiguativos sobre o tema em questão, considerando a natureza científica da presente verificação.

Nesse sentido, denota-se como primeira nota conclusiva o fato de que a filosofia social e política de Hobbes se expressa como sendo a primeira teoria moderna do Estado moderno, onde a luta representada pelo Estado moderno é a luta pela unidade do poder.

Enquanto segunda nota conclusiva, aponta-se para a questão de que após Hobbes, Rawls dá novo rumo à tese contratualista, entretanto, com a opção teórica da análise do liberalismo igualitário residindo no fato de que sua justiça se ampara numa ideia democrática, considerando-se que a reflexão sobre o poder no século XXI deve, necessariamente estar relacionada com as democracias modernas, sendo que de maneira muito específica, também pela análise de seus ganhos e perdas.

Ao contrário de Hobbes, Rawls vincula sua reflexão do pacto social às democracias contemporâneas, sendo que a consideração da democracia enquanto valor universal, a garantia das liberdades básicas, a introdução do princípio da diferença e a preocupação com o acesso igual aos bens primários permite dizer que Rawls critica as mazelas suscitadas a partir do fenômeno da globalização, questiona os valores que a sustentam e aponta fundamentos que podem nortear uma construção alternativa para a organização social e política.

Já a terceira nota conclusiva ressalta o fato de que as democracias contemporâneas começam a apresentar fragmentações em meio aos novos arranjos de poder mundiais, o que leva ao questionamento acerca da viabilidade do projeto do contrato social. A mudança na forma de poder do século XXI é muito complexa, conforme se pode compreender pela exposição da seção 3 e, as democracias contemporâneas necessitam ao máximo compreender as novas formas pelas quais o poder é trabalhado ou as sociedades deste século irão aprofundar ainda mais as diferenças sociais, aumentando também o número de pessoas excluídas não só do próprio uso da liberdade, mas de todo o acesso aos direitos sociais.

Como quarta e última nota conclusiva busca-se responder, então, ao problema de fundo da presente pesquisa: "as teses contratualistas estão perdendo força para uma ideia de poder não convencional"? Sim, não só as teses contratualistas estão perdendo força também esgotando suas energias utópicas (para utilizar uma expressão de Habermas), bem como as democracias contemporâneas mostram sérios sinais de apatia frente aos novos arranjos de poder. A viabilidade da democracia somente será possível com o seu fortalecimento, tendo razão Innerarity ao dizer que a defesa das propriedades temporais da formação democrática de uma vontade política, os seus procedimentos deliberativos, tanto de reflexão quanto de negociação,

contra o imperialismo das exigências técnico-econômicas e a agitação do tempo dos meios de comunicação são condições necessárias a esse fortalecimento.

Dessa maneira, situar o cidadão na condição de sujeito, qualificando-o como cidadão ativo na construção de um modelo de justiça, é critério de viabilidade da tese contratualista de Rawls no Estado contemporâneo, o que somente pode ser pensado por meio do fortalecimento da democracia e, por consequência, dos procedimentos deliberativos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução de Maria Luísa X. de A. Broges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BRANDÃO, Assis. O estado de natureza e o contrato em Hobbes. In: **Perspectiva filosófica**. Revista do departamento de Filosofia da UFPE e UFPB. v. I. nº.25. jan/jun.2006. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2006.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores).

HONNETH, Axel. **Crítica del poder**: fases en la reflexión de una teoría crítica de la sociedad. Traducción de Germán Cano. Madrid: Mínimo Tránsito. A. Machado Libros, 2008.

INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação**: a frustração popular e os riscos para a democracia. Tradução de João Pedro Jorge. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Maria Lucia Cumo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

MARRAMAO, Giacomo. **Poder e secularização**: as categorias do tempo. Tradução de Guilherme Alberto Gomes de Andrade. São Paulo: Editora da UNESP, 1995.

NAÍM, Moisés. **O fim do poder**: nas salas da diretoria ou nos campos de batalha, em Igrejas ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser? Trad. Luis Reyes Gil. São Paulo: LeYa, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOGUERIA, Alcantara. **Poder e humanismo**. O humanismo em B. de Spinoza. O humanismo em L. Feuerbach. O humanismo em K. Marx. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

RAWLS, John. **El derecho de gentes y una revisión da ideia de razón pública**. Traducción de Hernando Valencia Villa. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 2001.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. Las libertades fundamentales y su prioridad. In: FRIED, Charles. RAWLS, John. SCHELLING, Thomas C. SEN, Amartya. **Libertad, igualdad y derecho**. Las conferencias Tanner sobre filosofía moral. Barcelona: Ariel, S. A., 1988, p.28.

RAWLS, John. **Teoría de la justicia**. Traducción de María Dolores Gonzáles. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. Tradução de Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2019.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTADO ANTIGO X A EDUCAÇÃO INCLUSIVA NAS ESCOLAS ATUALMENTE

Tamires Kürschner Caspers¹

INTRODUÇÃO

Este presente artigo tem por intuito de mostra como era o estado antigo quanto a a educação inclusiva e como as crianças eram tratadas frente a uma sociedade daquela época e demonstrar que ao longo do tempo foi necessária a inclusão na sociedade de uma educação especial.

Ocorre que entre o estado antigo e a educação nos tempos atuais demorou muito a ser reconhecida, especialmente no Brasil onde teve de visibilizar que a educação especial é um direito igual de todos e que com ela as crianças portadoras de deficiência poderiam ser integralizadas a uma sociedade e um melhor desenvolvimento através da educação.

O artigo vai apresentar como era a educação no estado antigo, além disto trazer como foi feita a inclusão da educação inclusiva no Brasil e por fim como esta atualmente a educação inclusiva nas escolas.

Hoje o Brasil já possui diversas leis que beneficiam a educação das crianças portadoras de deficiência, porém o que ocorre que a prática é divergente das leis sendo que as escolas não estão preparadas para o recebimento destas crianças e efetivar a devida inclusão.

Por fim mesmo que a educação inclusiva já esteja tão avançada as escolas ainda pecam ao terem de incluir de uma criança portadora de deficiência ao ensino por não saberem como adaptá-las a esta educação inclusiva atual.

1. ESTADO ANTIGO E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No estado antigo tinha por consequência a idade média onde neste período não se era utilizado o termo educação inclusiva, muito menos que as crianças portadoras de deficiência teriam algum direito, pois não se havia um conhecimento sobre as doenças psíquicas das crianças

exatamente pela falta de educação daquela época, onde as famílias muitas vezes tinham vergonha de mostrar estas crianças frente a uma sociedade e muitas vezes eram abandonas e até mesmo mortas.

As culturas que estas famílias carregavam também era motivo pelo qual tinham esse entendimento como por exemplo a cultura helenista caracterizada pelo racionalismo critico, acabou gerando no homem do mediterrâneo, um sentimento de individualismo, que se opunha à estrutura social das suas pequenas comunidades políticas. A elaboração de uma ideia de "humanidade" só se concretizava nas cosmopolities, como ideia oposta a de cidadão. Contra o panteon dos deuses do Estado, se elabora a ideia de uma divindade única que só exige do homem o exercício da virtude. A crítica leva à dúvida, e o homem mediterrâneo começa a questionar todas as ordens da vida, formando assim o clima moral do mundo helenístico, para o autor Romero

La justicia —dice Epicuro—[33] no tiene existencia propia e independiente; resulta de contratos mutuos y se establece en todas partes donde hay compromiso recíproco de respetar los intereses de los otros(2012, pg. 85).

E a mudança desta culturas e também das famílias do estado antigo só começou a partir do momento em que os movimentos religiosos entram para trazer que a educação era um meio para os pequenos avanços de uma nova realidade frente aquela época e com o cristianismo foi possível ter esta vislumbração conforme o doutrinador RIBEIRO, SANTOS et al

A necessidade de instruir novos cristãos fez com que os mosteiros se dedicassem à questão pedagógica. Como consequência, os funcionários leigos do Estado passaram a ser substituídos por religiosos. Os mosteiros assumiram o monopólio da ciência e se tornaram o principal espaço da cultura medieval. Neles, havia bibliotecas com obras da cultura greco-latina e lá eram traduzidos textos para o latim, em que alguns exemplares eram adaptados e reinterpretados à luz do cristianismo. A escola (o modelo que conhecemos hoje) é um produto da Idade Média. Vários elementos influenciados por essa época e pela organização dos estudos nas escolas monásticas, catedrais e, sobretudo, universidades são vistos hoje: as práxis disciplinares (prêmios e castigos) e avaliativas; a estrutura ligada à presença de um professor que ensina a alunos de diversas procedências e que deve responder por sua atividade à Igreja ou a outro poder (local ou não); as práticas ligadas à lectio e aos autores, à discussão, ao exercício, ao comentário, à arguição etc (2018, pg.43).

Essas crianças com deficiência eram enviadas a igreja para que fossem curadas através da regilião e a questão pedagógica, pois era um considerado como um castigo divino enviada a

estas famílias, apesar disto as deficiências não tinham nenhum tipo de cura e nenhum tipo de evolução. Então após a questões da igreja a sociedade começa a se preocupar com as pessoas com deficiência para que eles não sejam inseridos nas questões sociais, para que isso não ocorra as famílias começam a esconder as crianças com deficiência, para o autor BERGAMO

A partir do século XVII, os deficientes passaram a ser internados em orfanatos, manicômios, prisões e outros tipos de instituições, juntamente com delinquentes, idosos e pedintes, ou seja, eram excluídos do convívio social por causa da discriminação que então vigorava contra pessoas diferentes. (BERGAMO, 2010, p.35)

As pessoas com deficiência eram tratados como loucos e dentro deste orfanatos ou quaisquer outros locais que eram levados para serem escondidos da sociedade era feito com estas pessoas diversos estudo e Philippe Pinel (1745-1826) explicou que pessoas com perturbações mentais devem ser tratadas como doentes, ao contrário do que acontecia na época, quando eram tratados com violência e discriminação.

Com o passar do tempo as pessoas com deficiência começaram a ter um pouco mais de visibilidade e no século XIX em 1819 durante a guerra Napoleão fez um pedido a um capitão do exército para se criar um código para ser usado durante as batalhas, deveria ser feito em pontos e colunas e que poderia ser lido a mão, porém não foi aceita pois era considerado muito difícil a sua compreensão, porém ele foi muito importante para a autora Maria

Barbier então apresentou o seu invento ao Instituto Nacional dos Jovens Cegos de Paris. Entre os alunos que assistiram a apresentação encontrava-se Louis Braille (1809- 1852), então com quatorze anos, que se interessou pelo sistema e apresentou algumas sugestões para seu aperfeiçoamento. Como Barbier se recusou a fazer alterações em seu sistema, Braille modificou totalmente o sistema de escrita noturna criando o sistema de escrita padrão – **o BRAILLE – usado por pessoas cegas até aos dias de hoje (2007).**

Com esse surgimento do BRAILLE foi um dos primeiros passos para que o Brasil comesçassem dar uma maior visibilidade as pessoas com deficiência, com isso em 1854 o Imperador Dom Pedro II cria o Instituto de Meninos Cegos onde tinha por objetivo receber as crianças cegas do império, o autor Júnior

A instituição foi instalada no Rio de Janeiro e tinha como modelo o Instituto de Meninos Cegos de Paris, cujos métodos de ensino eram considerados os mais avançados de seu tempo. Foi o discurso eloqüente do jovem cego e ex-aluno do Instituto de Paris José Álvares de Azevedo que convenceu o imperador a instituí-lo, durante uma audiência

intermediada pelo médico da corte, ao Dr. José Francisco Xavier Siga e pelo Barão do Rio Bonito, o então presidente da Província do Rio de Janeiro (2010).

Após esta criação deste instituto foi possível criar novos institutos onde em 1856 o Instituto dos Meninos Surdos, onde conforme a autora Maria “ por iniciativa particular do francês E. Huet, professor surdo e ex-diretor do Instituto de Surdos-Mudos de Bourges.”(2010).

Com estas circunstâncias o Brasil começou a dar pequenos passos de avanços para a inclusão das pessoas com deficiência que além da educação davam visão as condições de saúde e assim os primeiros movimentos que se deram foi pestalozziano e apeano e no século XX começou os primeiros estudos sobre as deficiências intelectuais.

Observamos que para o autor Junior todas essas iniciativas do Império até 1970 são uma parte da história onde as pessoas com deficiência não tinham nenhuma autonomia para decisão do poder de escolha da própria vida, o doutrinador ainda traz que

Todavia, entre as pessoas com deficiência, esse foi um período de gestação da necessidade de organização de movimentos afirmativos dispostos a lutar por seus direitos humanos e autonomia, dentre os quais se destaca a capacidade de decidirem sobre a própria vida (2010).

Essa demonstração é basicamente o começo da história a qual se arrastou por longos anos até a década de 80 onde algumas pessoas lutam por uma cidadania mais justa e com mais direitos e o ano de 1981 foi declarado pela Organização das Nações Unidas - ONU o Ano Internacional das Pessoas com Deficiência sob o tema "Participação Plena e Igualdade". A iniciativa colocou as pessoas com deficiência no centro das discussões mundiais (LANNA e MARTINS, 2010).

2. AS LEIS E A EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Como já demonstrado anteriormente a ONU trouxe passos importantes para a inclusão das criança com deficiência e o após longos anos o Brasil incluiu dia 21 de setembro como o dia nacional da pessoa com deficiência e a partir dae que começou ter uma maior visibilidade a estas pessoas. A primeira lei que surgiu foi em 1989 ano seguinte a Constituição Federal, a lei nº 7.853/1989 estabeleceu normas para o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência, esta lei é vigente até os dias atuais.

Após isto várias outras leis foram instituídas como o ECA, a Lei nº 8.213/1991 onde trouxe a questão das cotas de trabalhando dando-lhe garantias aos PcD o direito de trabalhar.

A Lei de Cotas para PcDs, foi criada em 1991, foi o principal incentivo para aumentar a participação desses profissionais no mercado de trabalho. Funciona da seguinte maneira, a qual estabelece que as empresas com mais de 100 colaboradores devam ter de 2 a 5% das suas vagas destinadas a pessoas com deficiência. Sendo assim:

de 100 a 200 — 2%;

de 201 a 500 — 3%;

de 501 a 1.000 — 4%;

a partir de 1.001 — 5%.

A Pessoa com Deficiência Habilitada é:

Aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo INSS. Considera-se, também, pessoa portadora de deficiência habilitada àquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função (art. 36, §§ 2º e 3º, do Decreto nº 3.298/99).

Com isto entende que a pessoa reabilitada é aquela apta a ter atividades laborais. Esta inclusão demonstra que o objetivo mais importante não são o percentual, mas sim a função que estas pessoas irão exercer, para que sejam de maneira igualitária. Mas na prática não é assim que funciona, conforme a autora Becker

[...] A deficiência pode afetar as oportunidades no mercado de trabalho pela redução na produtividade, limitação do tipo de trabalho, aumento do número de ausências por motivos de saúde e o consequente preconceito perante esse fato, e restrição ao acesso à educação e à formação profissional. (2019).

A realidade é a difícil aceitação dessas pessoas no ambiente de trabalho, tendo em vista que as mesmas possuem uma dificuldade maior, mas é necessário esta inclusão para elas tendo

em vista os diversos benefícios que o trabalho pode trazer, além de experiências e diversidades.

Segundo o autor Neto

Segundo nota técnica do IBGE de 2018 referente ao Censo 2010, 6,7% da população brasileira (cerca de 12,7 milhões de pessoas) possuíam algum tipo de deficiência. Dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) de 2018 apontam que havia cerca de 486 mil pessoas com deficiência com empregos formais naquele ano, correspondendo a cerca de 1% das ocupações no mercado formal. Apesar de ainda ser pouco, o número tem crescido nos últimos anos: eram cerca de 418 mil PCDs formalmente empregadas em 2016 e 441 mil em 2017. O crescimento está relacionado com o aumento da fiscalização dos órgãos públicos sobre as empresas, mas também com uma melhor definição das regras da Lei de Cotas a partir de 2015, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (2020).

Diante disto é possível verificar que as pessoas com deficiência estão sendo vista que é apenas 1% no mercado de trabalho formal é um crescente no mercado do trabalho e um avanço positivo, mas não o suficiente para a inclusão social. E para a autora Luzia “Desta forma, entendemos que o trabalho é vital ao ser social, sem o seu trabalho o indivíduo perde sua referência social, que interfere no âmbito psicossocial do mesmo.” (2015).

E com isso veio o direito pela Lei nº 8.742/1993 onde é garantindo o salário-mínimo mensal para aqueles que não comprovarem nenhuma outra maneira de se sustentar e assim sucessivamente garantido os devidos direitos.

E aí vem a questão de como é esta inclusão social das pessoas deficientes na nossa sociedade? Mas o que seria esta inclusão social? Para os doutrinadores MARTINS, PACHECO et al

A inclusão social pode ser entendida como ações e medidas que buscam pela **participação ativa de todos nos mais diversos âmbitos da sociedade**. Desta forma, o sentimento de pertencimento é desenvolvido e há a integração de todos dentro de uma comunidade. Isso significa que o ato de incluir socialmente tem o objetivo de possibilitar que as pessoas marginalizadas e excluídas, como as pessoas com deficiência, tenham **acesso à vida social, econômica e política e desfrutem dos seus direitos**. (2020).

Com essa análise é possível ver que a inclusão social é que nos dias atuais tivemos grandes avanços tendo em vista a questão histórica traçada, onde esta teve que ser garantida por lei para que pudessemos chegar a onde chegamos, apesar de ter muito que ser melhorado em nosso país.

Além do mais para que essa inclusão seja de maneira efetiva é apenas que a inclusão sirva para a sociedade possa respeitar as pessoas com deficiência e que as leis possam ser regularmente cumpridas e respeitadas por todos e além disso para que seja efetiva a educação especial.

Tendo em vista que a inclusão social é de suma importância analisamos que hoje a lei mais recente e atual que temos é a Lei nº13.146/2015 que trata as questões de igualdade na sociedade, ela tem o objetivo de amparar as pessoas que sofrem de alguma restrição seja ela por qualquer deficiência, como física, mental, intelectual ou sensorial e com isso é possível dar uma igualdade de tratamento.

A lei federal 13.146 de 2015 é um marco na defesa e proteção da pessoa com deficiência e instituiu a Lei Brasileira de Inclusão, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência e tem por objetivo principal efetivar a inclusão social e a cidadania da pessoa com deficiência, através de mecanismos legais que visam assegurar e promover o exercício de direitos e liberdades fundamentais, pela pessoa com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas. (Vicente; Aguado, 2015, pg.96).

Após esta breve explanação do que seria esta lei ainda é importante demonstrar que a lei veio para beneficiar as pessoas com deficiência e que é possível ter elas incluídas nas questões sociais e por fim o quanto é importante elas terem acesso a educação para que possam ter os seus direitos garantidos.

3. EDUCAÇÃO INCLUSIVA: UMA ESCOLA PARA TODOS

Como analisamos recentemente as questões históricas influenciaram nas leis que temos nos dias atuais, sendo elas de suma importância para a educação, com isso é possível verificar que a educação inclusiva vem de encontro com uma escola para todos onde buscamos a melhor maneira de trazer o conhecimento e o aprendizado.

Por este motivo é importante trazer um melhor entendimento da educação inclusiva por meio de um conceito legal, baseado pela Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996 em seu artigo 1º estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Outra lei que trata sobre a educação é a Constituição Federal de 1988, no artigo 205, para a autora Furtado

[...] pode-se definir 3 conceitos básicos da educação, como a educação é um direito de todos, a educação é dever do Estado e a educação é dever da família. Sendo que se feita uma leitura mais abrangente do artigo, pode-se deduzir seus objetivos, sendo estes, o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo da pessoa para o exercício da cidadania e a qualificação da pessoa para o trabalho.

Em consequência é possível observar o artigo 3º, da Lei de nº 9.394, reafirma o disposto no artigo 206 da CF, na qual 17 traz os seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
- VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII - garantia de padrão de qualidade;
- VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos da lei federal.

Além dos benefícios e princípios concretos às pessoas com deficiência, Ricardo Henriques reforçou como o modelo inclusivo estimula as capacidades do conjunto da comunidade escolar:

A educação inclusiva é para todos os estudantes. É para ter igualdade de oportunidades, valorização da diversidade, e promover a aprendizagem de todos, com deficiência e sem deficiência. A escola, a gente não pode esquecer, é muito mais do que um local de aprendizagem das disciplinas curriculares tradicionais, é um espaço de socialização e integração dos estudantes. É um espaço de valorização da diversidade que favorece o desenvolvimento cognitivo, evidentemente, mas também socioemocional.

Ocorre que é algo muito simbólico o que está lei, sendo distante de uma realidade, pois as escolas não estão preparadas para receber uma criança portadora de deficiência e a atual Lei de Diretrizes e Base de Educação Nacional não vem de encontro com esta realidade pois ela é

preocupada em garantir o acesso do aluno a escola e a sua permanência e a educação especial deve haver um atendimento especializado.

Sanchez, ao tratar da educação inclusiva afirma que:

Esta visa apoiar as qualidades e necessidades de cada um e de todos os alunos da escola. Enfatizando a necessidade de se pensar na heterogeneidade do aluno como uma questão normal do grupo/classe e pôr em marcha um delineamento educativo que permita aos docentes utilizar os diferentes níveis instrumentais e atitudinais como recursos intrapessoais e interpessoais que beneficiem todos os alunos (SANCHEZ, 2005, p.12).

A educação especial começa de uma maneira muito cedo, com a estimulação precoce tendo em vista que as crianças portadoras de deficiência necessitam destas estimulações e isto influencia na educação sendo esta começada aos 4 anos de idade na pré-escola e no ensino fundamental onde tem o objetivo de ensinar as questões de desenvolvimento motor, cognitivo, social e demais aspectos.

É importante frisar que todo o contato e interação realizados dentro do ambiente escolar com as pessoas que fazem parte do mesmo é muito relevante e significativo para a evolução do processo de ensino-aprendizagem da criança com necessidades especiais e/ou deficiência, bem como, para as crianças tidas como “iguais” que aprendem a conviver e respeitar a heterogeneidade na sala de aula (SILVA; LIMA, 2016).

Lucas de Faria, professor de educação especial, reforça que os alunos precisam conviver em sociedade e dá um exemplo recente “Nós vemos os atletas paralímpicos falando que estudaram em escolas regulares, para eles, isso foi muito importante na criação de laços de amizade, na formação, no conhecimento adquirido”, relembra Faria.

Por fim é importante salientar que as escolas públicas tem uma grande dificuldade para efetuar a inclusão das crianças especiais, mas também estão em busca de aprender com a realidade que é enfrentada no dia-a-dia, pois sabe-se que é de suma importância a inclusão e o impacto que isto causa na vida das crianças e das famílias e que a escola é para todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal deste artigo foi demonstrar como foi traçada a questão histórica e os direitos garantidos das pessoas com deficiência, sendo que nos tempos antigos essas pessoas eram completamente excluídas da sociedade e com o passar do tempo e de uma maneira muito lenta foram ganhando seu espaço, sendo que a lei veio de encontro com isso, pois é necessário a garantia legal para que pudessem ter maior visibilidade.

As leis vieram como esse marco histórico onde que o direito buscou uma maneira de dar as pessoas portadoras de deficiência várias garantias que antes eram inexistentes, sendo que trouxe uma nova perspectiva, como por exemplo o direito ao trabalho, onde é garantia de um sustento e uma inclusão social e como a questão igualitária.

E dentro da questão das leis vem a educação especial que prima por o mesmo objetivo que as leis, a inclusão social onde fica evidente o quanto é de suma importância a educação para essas crianças portadoras de deficiência.

E por fim o direito e acesso a educação básica, onde que as leis trazem os benefícios, mas as escolas têm dificuldades na inclusão e uma escola para todos é o que se busca nos dias atuais, e estão sempre amparadas de questões legais como demonstrado pela Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional e que é possível sim dar uma educação digna as crianças portadoras de deficiência e uma escola para todos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. LEI Nº 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm> Acessado em: 31 de agosto de 2022.

GUGEL, Maria aparecida Gugel. Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. Acessado em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php#:~:text=Havia%20assist%C3%Aancia>

%20especializada%20em%20ortopedia, trados%20com%20viol%C3%Aancia%20e%20discrimina%C3%A7%C3%A3o.> Acessado em: 17 de agosto de 2022.

HENRIQUES, Ricardo. Educação inclusiva: um direito inegociável. Rio de Janeiro: Observatório de educação, Instituto Unibanco. Disponível em: <https://observatoriodeeducacao.institutounibanco.org.br/em-debate/conteudo-multimedia/detalhe/educacao-inclusiva-um-direito-inegociavel?gclid=CjwKCAjwmJeYBhAwEiwAXlg0AW3fHOCEb2Kj8kzlbHRhX6eulFlqSVSjidBgehE749Gy42qS0RU14BoCCeUQAvD_BwE> Acessado em: 31 de agosto de 2022.

Lanna Júnior, Mário Cléber Martins (Comp.). História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil. - Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. 443p. : il. 28X24 cm. Disponível em <<http://www.bengalalegal.com/asprimeiras-historia-pcd>> Acessado em 21 de agosto de 2022

MARTINS, Beatriz Curierkorn; PACHECO, Beatryz Santoro et al. A inclusão social das pessoas com deficiência no mundo. Politize Blog: 2020. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/equidade/blogpost/inclusao-social-das-pessoas-com-deficiencia/>> Acessado em: 02 de agosto de 2022

ROMERO, José Luis. Estado y sociedad en el mundo antiguo." México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2012.

RIBEIRO, Max Elisandro dos Santos; SOUZA, et al. História da Educação. Porto Alegre: SAGAH EDUCAÇÃO S.A, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788595024724/pageid/42>> Acessada em 28 de julho de 2022.

VICENTE, Maysa Caliman; AGUADO, Juventino de Castro. A proteção e defesa da pessoa com deficiência: A evolução da legislação até a promulgação da lei 13.146 de 2015 e a garantia do direito à saúde. In: Anaís do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania. 2016.

Disponível em: < <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/552>> Acessado em: 29 de agosto de 2022.

SANCHEZ, P. A. A educação inclusiva: um meio de construir escolas para todos no século XXI. Revista Inclusão. Brasília, v.1, n.1, out./2005.

SILVA M. S.; LIMA F. A. Educação Inclusiva no Ensino Fundamental. ANTHESIS: Revistas de Letras e Educação da Amazônia Sul-Occidental, Cruzeiro do Sul/UFAC/CEL (Campus 12175 Floresta), vol. 4, nº 7,2016. Disponível em: < <http://www2.videolivrraria.com.br/pdfs/23864.pdf>> Acessado em 31 de agosto de 2022.

A CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES PORTUÁRIOS SOB VÍNCULO EMPREGATÍCIO NOS PORTOS ORGANIZADOS

Thomaz Cesca Nunes

INTRODUÇÃO

De acordo com dados fornecidos pelo Ministério do Meio Ambiente, o litoral brasileiro possui 7.367km de extensão e, considerando as saliências e reentrâncias existentes, o entorno da costa pode chegar a 9.200km (2018). Naturalmente, um País com margens de tamanha proporção deve possuir canais portuários eficientes, diante da extrema importância logística que estes representam para a economia, cuja exploração precisa conferir capacidade competitiva internacional e possibilitar o intercâmbio comercial de maneira efetiva.

No início do século XIX, com a transferência da Corte Portuguesa para o Brasil, o Rei Dom João VI chefiou a abertura dos portos brasileiros ao comércio com as nações fraternas. A partir de então, o País passou a fazer parte do sistema econômico liberal internacional e exportar matérias-primas como madeira e ouro, além de importar produtos manufaturados e especiarias frequentemente consumidas pelos colonizadores e pela nobreza (KAPPEL, 2009).

Atualmente, os portos brasileiros assumiram indispensável papel de canal logístico de comércio internacional, representando cerca de 95% das negociações realizadas com o resto do mundo e impactando de maneira significativa na balança comercial pátria (BOZZELA, 2019). No entanto, ainda existem algumas amarras que entravam a modernização e o desenvolvimento da estrutura portuária nacional, responsáveis por aumentar os custos e impedir a livre atuação das empresas no mercado, de modo a dificultar a competitividade com suas concorrentes internacionais.

Travas consagradas no ordenamento jurídico resultado de um contexto social muito anterior à globalização e à automação das instalações portuárias até hoje não foram enfrentadas

de maneira destemida e prudente pelo legislador. Um destes obstáculos sustentados diretamente pela iniciativa privada – e, indiretamente por todos os consumidores de produtos importados e exportados, ou seja, por toda a sociedade – é a imposição de que o trabalho no setor portuário seja executado exclusivamente por operários que estejam registrados e/ou cadastrados junto ao OGMO, em nítida violação à Constituição Federal.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PORTOS E DA LEGISLAÇÃO NACIONAL A ELES PERTINENTE

Após a abertura dos portos no Brasil, em 1808, o trabalho de carga e descarga nos navios era feito pela própria tripulação ou pelos escravos (SPOLLE, 2009). Posteriormente, a mão-de-obra passou a ser assalariada, mas a organização dos trabalhadores ocorreu apenas em 1812 (ANDRÉ, 1998). Transcorrido mais de um século, essas relações passaram a ser legalizadas e organizadas por meio da contratação de operadores avulsos sindicalizados (TRINDADE, 1983), os quais ofereciam serviços braçais desqualificados e baratos para atender à demanda portuária, que era bastante sazonal.

Desde então há registros de que algumas destas associações de trabalhadores se caracterizavam, segundo a melhor doutrina, como mafiosas e corporativistas, além de corruptas (SILVA, 2003), já que detinham todo o poder de organização da operação dos portos. Essa situação era motivo de protestos de empresas e organismos internacionais sob a argumentação de que os serviços prestados eram ineficientes e havia uma gama exagerada de sindicatos de classes (BAUMGARTEM, 2006).

Durante muito tempo os sindicatos se apoderaram das relações de trabalho no porto e definiram as regras que as regulamentaram, o que culminou, em tese, com a edição da Lei nº 8.630/1993. A norma criou e transferiu ao OGMO as ferramentas formais e legais de controle e gestão do trabalho portuário, sem olvidar de proteger os obreiros do setor da automação, cuja intensificação estava iminente (BASÍLIO, 2008) em um cenário de instalações portuárias públicas e sucateadas (SOUZA, 2017).

A partir deste marco legal, definiu-se como modelo de gestão portuária nacional a denominada *Landlord Port*, no qual a iniciativa privada, por meio de arrendamentos (concessões), ficaria responsável pela operação dos portos e por investimentos em construção, aquisição ou reabilitação de superestruturas e equipamentos necessários para tanto (PIERDOMENICO, 2010). Assim, criou-se a figura do porto organizado para atender às necessidades da navegação e da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, por tráfego e operações que estejam sob a circunscrição de uma autoridade portuária (MTE, 2001).

À época da legislação, os portos “não organizados” costumavam ser pequenos e pouco movimentados, sem administração, resumindo-se, na maioria das vezes, a pequenos cais destinados a receber mercadorias. Tal quadro foi muito modificado a partir da concessão das garantias à liberdade de iniciativa e à menor interferência estatal nestes terminais privativos localizados fora da área (MTE, 2001), mas a maior parte dos investidores seguiu preferindo se instalar fora das poligonais dos portos organizados, mesmo com infraestruturas precárias ou inexistentes (TCU, 2020).

No entanto, por não sofrerem as limitações legais ora abordadas, os terminais constituídos após a Lei nº 8.630/1993 não são objeto do presente estudo, que se limita àqueles dentro da área do porto organizado. Cabe destacar que os terminais que utilizavam a mão-de-obra dos trabalhadores avulsos antes da referida Lei estão submetidos às limitações nela previstas. Estes operadores são obrigados a manter a proporcionalidade entre trabalhadores avulsos e celetistas, ou seja, também padecem deste impedimento, ainda que em menor escala (PINTO, 2008).

A interpretação do art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.630/1993, combinado com a posteriormente ratificada Convenção n. 137, da OIT, era de que a contratação de trabalhadores sob vínculo empregatício pelo operador do porto organizado deveria se dar, prioritariamente, entre aqueles que fossem matriculados junto ao OGMO, ou seja, dentre os registrados, e, em caso de negativa por parte destes, os cadastrados. Minoritária doutrina considerava que seria possível a contratação por fora desse mercado caso houvesse negativa de registrados e cadastrados (MENEHINI, 2020), mas a maior parte das decisões na esfera trabalhista era no

sentido de que dentro do porto organizado, somente poderiam trabalhar matriculados no OGMO¹, posicionamento que se mantém até hoje em processos sobre o tema².

A constante necessidade de modernização dos portos e do trabalho portuário foi se intensificando em razão da automação, globalização e da competitividade com outras instalações ao redor do mundo. Naturalmente, esse ambiente obrigou-se a acompanhar a evolução generalizada, adquirindo maquinários com novas tecnologias, afetando diretamente a forma do trabalho de movimentação de cargas nas instalações portuárias (SOUZA, 2017).

Diante do novo cenário, resta claro que a atuação desvinculada e impessoal de trabalhadores avulsos é contrária à segurança e à organização das operações portuárias, que demandam mão-de-obra especializada e complexidade no desenvolvimento das atividades. Somente o vínculo empregatício, a pessoalidade, o treinamento constante e especializado permitem o devido planejamento e organização da execução dos trabalhos ao longo do tempo, considerando a peculiaridade e automação de cada instalação.

Ocorre que, ao contrário do esperado, a legislação subsequente e atualmente em vigor previu que a contratação da mão-de-obra pelos operadores dentro da área do porto organizado deve se dar exclusivamente através de trabalhadores registrados no OGMO (Lei nº 12.815/2013). Ou seja, a nova legislação ampliou a reserva de mercado existente (TCU, 2020). No mesmo sentido, o art. 3º, § 2º, da Lei 9.719/1998, proibia ao órgão gestor de mão-de-obra a cessão de trabalhador portuário avulso cadastrado ao operador portuário em caráter permanente, isto é, sob contrato de trabalho a prazo indeterminado.

Dessa forma, a regulamentação legal acabou por engessar a instalação portuária, tornando-a dependente única e exclusivamente da mão-de-obra avulsa, através de requisições e fainas diárias. Essa conjuntura acabou tornando os custos mais elevados, sem qualquer garantia

¹ <https://www.portosenavios.com.br/noticias/portos-e-logistica/tst-decide-que-vinculo-empregaticio-e-exclusivo-para-trabalhador-portuario-inscrito-no-ogmo>.

² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho - AIRR: 10003567220165020442, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 11/12/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/12/2018.

de maior eficiência, já que os TPAs não entendiam como vantajoso aceitar a proposta de emprego sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho³.

Somente com o advento da pandemia e o reconhecimento expresso da essencialidade da atividade portuária, através da MP nº 945, editada em razão da iminente possibilidade de paralisação deste setor, a matéria foi enfrentada pela primeira vez com valentia e perspicácia.

A referida Medida Provisória, posteriormente convertida na Lei n. 14.047, de 2020, permitiu aos operadores portuários a contratação a prazo determinado por fora do OGMO pelo período de 12 meses, em caso de eventual falta de mão-de-obra de trabalhadores avulsos:

Art. 4º Na hipótese de indisponibilidade de trabalhadores portuários avulsos para atendimento às requisições, os operadores portuários que não forem atendidos poderão contratar livremente trabalhadores com vínculo empregatício por tempo determinado para a realização de serviços de capatazia, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações.

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, considera-se indisponibilidade de trabalhadores portuários qualquer causa que resulte no não atendimento imediato às requisições apresentadas pelos operadores portuários ao Órgão Gestor de Mão de Obra, tais como greves, movimentos de paralisação e operação-padrão.

§ 2º A contratação de trabalhadores portuários com vínculo empregatício com fundamento no disposto no caput não poderá exceder o prazo de doze meses.

Em suma, ao verificar que o sistema atual admitiria risco de suspensão das atividades portuárias, o legislador se viu obrigado a admitir a impossibilidade de coagir as empresas do setor a sujeitarem-se à vedação da contratação por fora do sistema do OGMO. Ou seja, a dura realidade instigou o Estado a atentar ao fato de que somente com o respeito à livre iniciativa é que o setor sobreviveria à pandemia do Covid-19, evidenciando que a obrigação de contratar na modalidade de trabalho avulso tornou-se obsoleta ao longo do tempo.

³ A respeito da greve dos estivadores contra a contratação sob regime de CLT: <https://portoenoticias.com.br/interna/destaque-portuario/estivadores-fazem-greve-contra-contratacao-em-regime-clt>.

2. O TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO (TPA) E SUAS PARTICULARIDADES

Os trabalhadores portuários avulsos (TPAs) se caracterizam pela impessoalidade e não habitualidade da prestação de serviços. São trabalhadores escalados a cumprir suas fainas em favor de múltiplos requisitantes de mão-de-obra, apresentando-se quando desejam, com autonomia, e sem vínculo empregatício com os operadores portuários. Ademais, recebem valores por turnos de trabalho, os quais cumprem em equipes de trabalhadores, os denominados ternos, conforme pactuado em Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho firmados por seus sindicatos representativos.

Dentro do OGMO, os Trabalhadores Portuários Avulsos podem ser cadastrados ou registrados. Os primeiros são uma espécie de mão-de-obra suplementar, e são chamados nas ocasiões em que os registrados não se habilitaram em número suficiente para as fainas requisitadas. Enquanto respondem as escalas como trabalhadores cadastrados, estes TPAs vão se qualificando e ingressam no registro, por intermédio do OGMO, assim que a abertura de vagas ocorrer.

Pouco se fala na doutrina e na jurisprudência que grande parte dos trabalhadores registrados e cadastrados junto ao OGMO foram privilegiados com tal relação em razão de seu parentesco ou familiaridade com as lideranças sindicais da época (SOUZA, 2017). De fato, até a implantação do OGMO no porto organizado, com a edição da Lei nº 8.630/1993, a matrícula dos trabalhadores no Sindicato era controlada pelas direções de seus entes representativos (MACHIN, 2009), que conferiam a condição de sindicalizado a seus apoiadores políticos e familiares. A sindicalização dos obreiros, portanto, sempre foi pré-requisito para que o trabalhador portuário avulso pudesse ser requisitado ou contratado pelas instalações portuárias do porto organizado, sob pena de violação legal, multas administrativas e o ajuizamento de ações civis públicas por parte do Ministério Público do Trabalho.

Há muito tempo, em razão da dimensão da importância que os portos nacionais possuem na balança comercial pátria, sem intercorrências ou problemas de sazonalidade, os TPAs possuem considerável quantidade de oportunidades diárias de trabalho, estimulados pela reserva

legal de mercado que possuem, auferindo ganhos mensais muitas vezes superiores ao teto do funcionalismo público pátrio. Apenas a título ilustrativo, a média salarial do TPA no Porto do Rio Grande, no mês de fevereiro de 2023, foi de R\$ 7.862,98 (OGMO-RG, 2023). Ou seja, a legislação pátria confere ao Trabalhador Portuário Avulso benefícios não concedidos a qualquer outra classe de trabalhadores: a liberdade de se engajar quando quiser, desde que não deixe de comparecer por longos períodos para não perder o vínculo junto ao OGMO, e a garantia da reserva de mercado.

A consequência prática é que os operadores pertencentes à área do porto organizado ficam impossibilitados de contratar sob as regras da CLT. Ora, se só existe a possibilidade de manter vínculo empregatício com trabalhadores registrados junto ao OGMO e estes possuem enorme gama de oportunidades para engajamento como avulsos, recebendo mais remuneração com menos comprometimento, evidentemente que estes TPAS irão recusar o emprego sob prazo indeterminado. Em assim sendo, a empresa resta diariamente compelida a requisitar o obreiro na forma de trabalhador avulso.

De maneira ordenada, os trabalhadores acabam por desvirtuar a legislação portuária, que teve, ao longo do tempo, como objetivo modernizar e conferir competitividade aos portos nacionais. Referida incoerência já foi apontada pelo Poder Judiciário quando do julgamento do Recurso de Revista nº 0088500-19.2009.5.04.0122, DJE 2/10/2015, de relatoria do Min. João Ghisleni Filho, do TST:

(...) a interpretação dada pelos reclamantes e pela sentença permite que os trabalhadores registrados, por si só, determinem o formato de contratação, frustrando a própria eficácia do caput do art. 26, que permite a contratação de trabalhadores portuários com vínculo empregatício a prazo indeterminado e trabalhadores avulsos. Basta que, ofertadas as vagas para os trabalhadores registrados, estes recusem a contratação, o que faria com que eles mesmos fossem escalados como avulsos.

Dessa forma, cabe aos TPAs a escolha do modelo de contratação de sua mão-de-obra: seja por meio de vínculo empregatício, seja como trabalho avulso. Obviamente, os trabalhadores optam pela segunda modalidade, pois seus vencimentos são, sem sombra de dúvidas, maiores e inexistente subordinação ao empregador. Quanto à esta situação, cabe mencionar observação de clássica literatura do setor portuário:

(...) no Brasil, diferenciado em relação aos demais, pois os trabalhadores portuários avulsos não sofrem a concorrência direta da enorme população economicamente ativa que está desempregada. Ao contrário, além de não ser possível o acesso indiscriminado aos quadros dos OGMOs, também para a contratação, com vínculo empregatício, é assegurado que se dê preferência aos registrados ou cadastrados (PINTO, 2008).

O cenário não é de hipossuficiência do trabalhador, já que fica ao puro arbítrio deste, de modo organizado, a escolha do modo de contratação, o que é feito em prol de sua maior remuneração e liberdade, em detrimento de toda a sociedade. Isso se dá porque este trabalhador, sem concorrência e com alta remuneração, onera as instalações portuárias, que são obrigadas a arcar com os custos e/ou repassá-los aos demais agentes da cadeia logística, o que, por fim, reflete no valor de todos os produtos que passam por este modal de transporte.

Portanto, a recusa dos trabalhadores avulsos em laborar de forma vinculada acaba tornando obrigatória a sua requisição para as atividades nas empresas, o que é referendado pela maior parte das decisões proferidas pelos Tribunais da Justiça Trabalhista. A situação retratada gera custos e reduz a capacidade de atrair investimentos dos portos nacionais, dificultando sua competitividade. Tudo isso gerado por uma legislação embasada em costumes não mais condizentes com a necessidade de modernização de um setor desta relevância.

De um lado, as Leis nº 8.630/1993 e nº 12.815/2013 tiveram como propósito descorporativizar as relações de trabalho nos portos brasileiros, atenuando o monopólio sindical na intermediação de trabalhadores. De outro lado, a organização destes obreiros não permitiu que as instalações portuárias privadas localizadas dentro da área do porto organizado pudessem exercer a livre iniciativa da maneira prevista na Lei Maior. O Poder Judiciário manteve, salvo exceções, intocáveis os interesses desta classe, à revelia de preceitos constitucionais da livre iniciativa e da liberdade sindical.

3. AS VIOLAÇÕES FRONTAIS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A URGENTE NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO LEGAL

A Constituição Federal de 1988 contempla a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil e prevê, expressamente, a necessidade de observância do princípio da livre concorrência (art. 1º). Em outras palavras, o topo da pirâmide de hierárquica legal determina que

os terminais da área do porto organizado devem respeitar a livre iniciativa e assegurar o direito à concorrência igualitária com os terminais adventícios. Sendo assim, privilegia-se a liberdade de empresa em suas decisões, assegurando a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo os casos previstos em lei (CF, art. 170).

Da mesma forma, como já referido, os quadros de trabalhadores vinculados ao OGMO remontam a um período em que as lideranças sindicais determinavam quem poderia ou não ser vinculado ao sindicato laboral. Posteriormente, há relatos de concursos realizados de maneira completamente fraudulenta, privilegiando-se familiares, parentes e apoiadores⁴.

Portanto, se por um lado a Carta Magna permite que o trabalhador não seja obrigado a ser sindicalizado, por outro lado a legislação portuária sempre exigiu que este se vinculasse a algum sindicato para possibilitar o vínculo junto ao OGMO. Ou seja, a norma infraconstitucional não resiste ao confronto com o disposto nos artigos 5º, XIII, e 8º, da Constituição Federal de 1988, que asseguram, respetivamente, o livre exercício de qualquer trabalho e a liberdade de associação profissional ou sindical.

Não pode existir norma que garanta exclusividade ou mesmo preferência para contratação, a qualquer título, para trabalhadores sindicalizados, porque isso implicaria tornar obrigatória a sindicalização. Resto claro, portanto, a incompatibilidade dos dispositivos que determinam a exclusividade da contratação de trabalhadores por dentro do OGMO com a livre iniciativa e livre concorrência.

Como se não bastasse a inconstitucionalidade apontada, a antiga ineficiência do sistema foi recentemente reforçada por auditoria do Tribunal de Contas da União, através da qual foi constatada a necessidade de modificar prontamente os regulamentos sobre o trabalho portuário em vigor:

A Lei 12.815/2013, como visto acima, expandiu o monopólio de mão de obra do OGMO, antes restrito ao trabalho da estiva, para capatazia e bloco, e, por conseguinte, estendeu os pontos indesejáveis de uma situação de monopólio para outros setores da mão de

⁴ A notícia foi divulgada na página: <https://novaestivarg.wixsite.com/novaestivarg/entenda-o-caso>. Sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho julgou a Cautelar Inominada nº 257011620155000000, de Relatoria do Min. Augusto César Leite de Carvalho (DJE: 11 dez. 2015).

obra portuária. (...) A esse respeito é imperioso ressaltar que as despesas com os trabalhadores contratados via OGMO. (...) Ou seja, aproximadamente 1/3 da receita do terminal é destinada a cobrir gastos com mão de obra intermediada pelo OGMO. (...) Desses números é possível se extrair o potencial de redução de custos de operação de um terminal a partir de incrementos na eficiência do trabalho portuário (TCU, 2020).

O documento considerou custoso e prejudicial ao desenvolvimento do setor o monopólio da mão-de-obra pelo OGMO:

Quanto ao OGMO (...) Nada obstante, há elevado custo social do monopólio, tornando os terminais arrendados menos atraentes e contribuindo para a elevação do custo Brasil e para a perda de eficiência do setor portuário como um todo, com impactos negativos na participação brasileira na logística internacional. Nesse sentido, cumpre ressaltar que a legislação trabalhista pátria não tem por regra o estabelecimento de monopólio nas contratações, levando à conclusão que existem alternativas menos onerosas para a proteção do hipossuficiente (TCU, 2020).

Ao fim, a proposta do relatório do TCU foi a recomendação:

(...) ao Ministério da Infraestrutura que avalie a possibilidade de proposta legislativa visando ao fim do monopólio do OGMO no fornecimento de mão de obra portuária e à transição para um sistema que permita ganhos de eficiência ao setor portuário e estimule a capacitação e a especialização dos trabalhadores (TCU, 2020).

Tal modificação, segundo concluído, geraria maior produtividade da mão-de-obra portuária, redução dos custos e ganhos de eficiência, além de mencionar o tratamento isonômico entre terminais arrendados e TUPs e a maior atratividade do porto público, com consequente redução da ociosidade, aumento das receitas e da sustentabilidade financeira das instalações. Portanto, o TCU desvendou que as legislações existentes constituem um monopólio sindical e embaraço à livre concorrência, situações que inibem a atratividade para investimentos do setor.

Para o Advogado Especialista em Direito Portuário, Lucas Rênio, em artigo publicado em 13 de setembro de 2022, 8 de novembro de 2022 no jornal A Tribuna (www.atribuna.com.br), há necessária reflexão sobre uma reforma portuária a englobar, entre outras questões, “extinção de todo e qualquer tipo de reserva para contratação de portuários pela CLT”, e, no mesmo sentido, proteger os trabalhadores que já pertencem ao sistema com “derradeira proteção social para os trabalhadores portuários avulsos que compõem atualmente o sistema do OGMO”.

Para o especialista, os pilares normativos do direito portuário estão defasados, pois baseiam-se num modelo que foi concebido nos anos 90, conforme afirma em raciocínio publicado em datado de 8 de novembro de 2022 no mesmo periódico.

Considerando a relevância dos portos nacionais, a política legislativa portuária deve ser de Estado, e não de Governo, não havendo espaço para manutenção de privilégios de classes para manter relações estreitas com federações sindicais e suas lideranças. Deve-se favorecer a busca pela produtividade, sem olvidar da proteção do trabalhador, mas evitando-se que a sua ineficiência e alto custo sejam empecilhos para o desenvolvimento do país e de seu comércio exterior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não mais se discute a essencialidade dos portos para a cadeia produtiva do Brasil. A necessidade de modernização é constante, o que demanda grandes investimentos, os quais somente são feitos em cenários de segurança jurídica e de possibilidade de colher resultados. Ao aprofundar este estudo, verificou-se haver saliente anacronismo legislativo que em nada atende aos propósitos de um País que necessita se desburocratizar e reduzir custos para se tornar atrativo para investidores.

As regras do ambiente portuário, ao contrário do presumido, mantêm obrigações enfadonhas ao empresariado, focando-se somente na proteção desta espécie de trabalhador cujas particularidades evoluíram com intensidade, não mais se justificando qualquer prerrogativa de exclusividade para sua contratação. A manutenção da obrigação de contratação da mão-de-obra avulsa por parte dos operadores não cumpre com o dinamismo que o mercado exige e prejudica os investimentos no setor portuário pátrio. O alto custo deste trabalhador foi evidenciado por relatório do TCU, e é notório que o trabalhador avulso, em geral, não possui qualificação compatível com os vencimentos que recebe.

Tal conjuntura é resultado do desvirtuamento das leis que vieram para modernizar os portos, efetuado de maneira organizada pelos sindicatos obreiros desta esfera. Obviamente a legislação portuária precisa de severas modificações para possibilitar ao operador portuário

maior liberdade para desenvolver sua atividade negocial, com segurança jurídica e redução dos custos operacionais. Além disso, eventual abertura de postos de trabalho à população em geral estimularia a política do pleno emprego, geraria mais renda e terminaria com a cultura histórica de que lideranças sindicais definam quem responde às escalas de trabalho mais rentáveis e de quem ingressa ou não nos quadros do sindicato e do OGMO.

O TCU reconheceu, ainda que tardiamente, a necessidade de reformas profundas neste sistema obsoleto de contratações, recomendando que as instalações portuárias mantenham seu quadro de empregados sob vínculo empregatício e invistam em qualificação, estimulando a livre concorrência dos terminais, independente de se localizarem dentro ou fora do porto organizado. Naturalmente, espera-se que a legislação portuária sofra as recomendadas modificações que privilegiam a livre iniciativa da atividade negocial e a possibilidade de contratação fora do sistema do OGMO, desengessando as empresas do setor e estimulando a política nacional de pleno emprego e renda para todos.

Ainda que a Lei n. 14.047, de 2020 tenha cumprido esse papel durante a pandemia ao possibilitar contratações por 12 meses, o certo é que estas amarras somente serão completamente afastadas quando houver a plena liberdade, sem prazo determinado, para que os operadores da área do porto organizado possam contratar sob vínculo empregatício e atuar livremente como exploradores de atividade privada em uma seara de extrema competitividade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRÉ, M. M. **A organização do trabalho portuário**: Cotidiano de vida e trabalho dos portuários avulsos. Vitória: EDUFES, 1998. Disponível em: <http://edufes.ufes.br/items/show/75>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BASÍLIO, P. S. O trabalho portuário. **Revista LTr**, São Paulo, v. 72. set. 2008.

BAUMGARTEM, M. Z. Impacto da Lei 8.630/93 nas dinâmicas portuárias e relações internacionais brasileiras. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande. 30 jun. 2006.

BOZZELA, J. O Porto e a Economia do Brasil. **Revista A Tribuna**. 2019. Disponível em: <https://www.atribuna.com.br/opinio/juniorbozzella/o-porto-e-a-economia-do-brasil-1.70338>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. Decreto nº 1.574, de 31 de julho de 1995. Promulga a Convenção nº 137, da Organização Internacional do Trabalho, sobre as Repercussões Sociais dos Novos Métodos de Manipulação de Cargos nos Portos, assinada em Genebra, em 27 de junho de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1574.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8630.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre normas e condições gerais de proteção ao trabalho portuário, institui multas pela inobservância de seus preceitos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9719.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. Lei nº 12.815, de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre normas e condições gerais de proteção ao trabalho portuário, institui multas pela inobservância de seus preceitos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. Lei n. 14.047, de 2020 de 24 de agosto de 2020. Dispõe sobre medidas temporárias para enfrentamento da pandemia da Covid-19 no âmbito do setor portuário, sobre a cessão de pátios da administração pública e sobre o custeio das despesas com serviços de estacionamento para a permanência de aeronaves de empresas nacionais de transporte aéreo regular de passageiros em pátios da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); e altera as Leis nºs 9.719, de 27 de novembro de 1998, 7.783, de 28 de junho de 1989, 12.815, de 5 de

junho de 2013, 7.565, de 19 de dezembro de 1986, e 10.233, de 5 de junho de 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14047.htm. Acesso em: 3 abr. 2023.

_____. Medida Provisória nº 945, de 4 abril de 2020. Dispõe sobre as medidas temporárias em resposta à pandemia decorrente da covid-19 no âmbito do setor portuário e sobre a cessão de pátios sob administração militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv945.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Brasil aperfeiçoa gerenciamento costeiro. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/noticias/noticia-acom-2018-03-2912>. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. 2020 – Relatório de Auditoria sobre limitações dos portos organizados. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/06/Portos-relato%CC%81rio-TCU-01-jun.2020.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2023.

_____. Tribunal Superior do Trabalho - AIRR: 1000356-72-2016.5.02.0442, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 11/12/2018, 2ª Turma, Brasília-DF, Data de Publicação: Diário da Justiça Eletrônico: 14 dez. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho – Cautelar Inominada: 257011620155000000, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Diário da Justiça Eletrônico: 11 dez. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista 0088500-19.2009.5.04.0122, Relator: Ministro João Ghisleni Filho. Brasília-DF. 9 de setembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico: 2 out. 2015.

KAPPEL, R. F. **Portos Brasileiros Novo Desafio para a Sociedade**. 2009. Disponível em: http://www.sbpcnet.org.br/livro/57ra/programas/CONF_SIMP/textos/raimundokappel.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

MACHIN, R.; COUTO, M. T.; ROSSI, C. C. S. Representações de trabalhadores portuários de Santos-SP sobre a relação trabalho-saúde. **Saúde soc.** [online]. 2009, vol. 18, n. 4, pp. 639-651. ISSN 1984-0470. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902009000400008>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MENECHINI, M. S. D. Contratação de trabalhadores portuários com vínculo empregatício - exclusividade x prioridade dos avulsos registrados no OGMO - novos precedentes jurisprudenciais. **Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo, v. 02, n. 04, fev. 2020. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/Telas/TTitulosDetalhe.php?cod=133140&pag=42>. Acesso em: 15 out. 2021.

Nova Estiva RG. Disponível em: <https://novaestivarg.wixsite.com/novaestivarg/entenda-o-caso>. Acesso em: 20 ago. 2020.

OGMO do Porto do Rio Grande. Disponível em: <http://www.ogmo-rg.com.br/estatisticas>. Acesso em: 3 de abril de 2023.

PIERDOMENICO, F. Audiência Pública Senado Federal Comissão de Agricultura e Reforma Agrária Comissão de Serviços de Infraestrutura. 2010. Disponível em: http://www.senado.leg.br/comissoes/ci/ap/AP20100629_Fabrizio_Pierdomenico.pdf. Acesso em: 3 mar 2023.

PINTO, C. P. A.; FLEURY, R. C. **A modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil**. Porto Alegre: Síntese. 2004.

Portos e Navios. Disponível em: <https://www.portosenavios.com.br/noticias/portos-e-logistica/tst-decide-que-vinculo-empregaticio-e-exclusivo-para-trabalhador-portuario-inscrito-no-ogmo>. Acesso em: 21 ago. 2020.

Porto e Notícias. Disponível em: <https://portoemnoticias.com.br/interna/destaque-portuario/estivadores-fazem-greve-contratacao-em-regime-clt>. Acesso em: 13 ago. 2021.

Porto São Francisco. Disponível em:
<https://portosaofrancisco.com.br/public/uploads/pdfs/012manualtrabalhadorportuario.pdf>.
Acesso em: 19 ago. 2020.

RÊNIO, Lucas. Disponível em: <https://www.atribuna.com.br/opiniaolucas-renio>. Acesso em 4 abr. 2023.

SILVA, F. T. da. **Operários sem patrões**. Os trabalhadores da cidade de Santos no entreguerras. Campinas: Editora da UNICAMP, 2003.

SOUZA, G. M. de. Os Trabalhadores Portuários Avulsos (Tpas) E Os Impactos Socioeconômicos Da Lei Nº 8.630/93 De Modernização Dos Portos. Vitória, 2017. Orientador: Luiz Cláudio Moisés Ribeiro. **Dissertação** (Mestrado em História) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais. Disponível em: https://ape.es.gov.br/Media/ape/PDF/Disserta%C3%A7%C3%B5es%20e%20Teses/Hist%C3%B3ria-UFES/UFES_PPGHIS_GRACINEIDE_MARIA_SOUZA.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

SPOLLE, M. V.; ANJOS, J. C. G. dos. Trabalhadores do porto no período pós-abolicionista em Pelotas: da inserção do negro no mercado de trabalho livre a decadência de uma atividade no município. 2009. Disponível em:
<http://www.escravidaoeliberdade.com.br/site/images/Textos4/marcusvspollejosecganhos.pdf>.
Acesso em: 21 nov. 2022.

TRINDADE. W. L. da. Compêndio de direito do trabalho marítimo, portuário e pesqueiro. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

A EVOLUÇÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO NOTARIAL EM AMBIENTE VIRTUAL NO BRASIL

Tatiane Sander

INTRODUÇÃO

O exercício da função notarial desde o seu surgimento em tempos remotos até os dias atuais vem passando e se adaptando às grandes transformações, estas que vêm ocorrendo ao longo da história do notariado. Estas transformações se acentuaram nos dois últimos anos, pois, além do advento da forte informatização que ocorreu no mundo todo, combinada com a utilização massiva da internet em todos os meios da vida moderna, houve também a crescente utilização de novas tecnologias em todos os meios da vida moderna.

Assim, em decorrência de todas essas transformações, há anos a sociedade clamava pela modernização dos serviços notariais e o oferecimento dos mesmos de forma virtual. Essa demanda tornou-se ainda mais acentuada e iminente com a propagação rápida do COVID-19 e com o surgimento da sua pandemia em todo o mundo, tornando obrigatório o distanciamento social que foi ditado não só nas normas legais brasileiras, mas também nas estrangeiras, após a oficialização da pandemia causada pelo novo coronavírus pela Organização Mundial da Saúde, o que ocorreu em 11 de março do ano de 2020.

Considerando que a legislação pátria há muitos anos já permitia a possibilidade de realização dos atos notariais por meios eletrônicos e com videoconferência e, dentro do contexto de que os serviços notariais são considerados essenciais ao exercício da cidadania e devem ser prestados, de modo eficiente, adequado e contínuo e, pressupondo a necessidade de manter a prestação dos serviços extrajudiciais durante a pandemia, sem, no entanto, descuidar dos principais atributos para o exercício da função notarial, quais sejam, a fé pública que emana da efetivação dos serviços prestados pelo notário aliada a segurança jurídica, características estas, encontrados em todos os atos oriundos do Tabelionato de Notas, tornou-se essencial a rápida

edição do Provimento n. 100 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o que ocorreu em 26 de maio de 2020, poucos dias após a oficialização da pandemia.

Desse modo, este artigo analisa as transformações pelas quais passou o notariado brasileiro até chegar ao patamar que se encontra hoje em dia, principalmente em decorrência da edição do referido Provimento 100, que conectou virtualmente os usuários aos serviços oferecidos pelos cartórios de Notas em todo o Brasil, verificando referida norma e suas disposições sobre a criação da Matrícula Notarial Eletrônica (MNE), bem como a criação da plataforma e-Notariado disponibilizada na internet pelo Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal (CNB/CF) e administrada pelo mesmo órgão e utilizada para a prática de atos notariais eletrônicos, constituída por infraestrutura tecnológica necessária à atuação notarial de forma eletrônica, criada com o objetivo de interligar notários, permitindo a prática de atos notariais de forma digital, o intercâmbio de documentos e o tráfego de informações e dados, aprimorando tecnologias e processos para viabilizar o serviço notarial em meio eletrônico e, principalmente para implantar, em âmbito nacional, um sistema padronizado de elaboração de atos notariais eletrônicos, possibilitando a solicitação de quaisquer atos, a assinatura dos mesmos, bem como a autenticação de documentos, o reconhecimento de firma, além da expedição de certidões, consistindo assim, num verdadeiro marco para o exercício da função notarial no Brasil, agora de forma eletrônica e totalmente virtual.

E assim, o presente visa demonstrar que o referido provimento, foi um divisor de águas para o notariado brasileiro e que impulsionou a continuidade do exercício da função notarial agora na era digital, disponibilizando aos notários a facilidade de realizar sua atividade de forma mais moderna, rápida e eficaz, pretendendo abordar ainda, se as atribuições do notário mantiveram-se consistentes em relação a captação da manifestação da vontade das partes, assim como na verificação da capacidade das mesmas, e se continuam sendo observados pelo notário a concordância e o consentimento expresso dado pelas partes, que agora pode ser manifestado por meio de videoconferência.

Por fim verificaremos se é possível reafirmar dessa forma, que os atos eletrônicos praticados pelos notários pelo meio virtual reputam-se autênticos e detentores de fé pública,

como previsto na legislação processual, da mesma forma que os atos lavrados e assinados presencialmente nas dependências das Serventias, os quais são norteados pelos três pilares da atividade notarial, quais sejam, a fé pública do tabelião, a formalização da vontade das partes e a segurança jurídica.

1. EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE NOTARIAL: DA ANTIGUIDADE ATÉ A DESCOBERTA DO BRASIL

O exercício da função notarial desde o seu surgimento em tempos remotos, até os dias atuais vem adaptando-se às grandes transformações que ocorreram ao longo da história, seja superando as adversidades, seja buscando soluções criativas para, com responsabilidade, lavrar atos que visam formalizar e perpetuar a vontade das partes, observando a segurança jurídica com a qual estes precisam estar revestidos, sob o manto da fé pública e que é inerente ao exercício da função notarial.

Em resposta a necessidade da adequação da prestação dos serviços notariais, em decorrência da crise sanitária que se instaurou no mundo todo e o consequente distanciamento social imposto à população, sobrevenho um impacto positivo para a atividade notarial no Brasil que ganhou ainda mais notoriedade na sociedade, pois, contornando situações extremas aderiu a total digitalização dos atos notariais e vem prestando seus serviços, além da forma presencial, também de forma eletrônica e virtual por meio da plataforma e-Notariado, ferramenta que vinha sendo desenvolvida já há algum tempo pela sua entidade nacional o Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal e que teve o seu uso antecipado pela pandemia de COVID-19, por meio da publicação do Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Atualmente o exercício da função notarial em todo o Brasil tem o amparo legal uniformizado para a prática de atos notariais eletrônicos, contribuindo com soluções para a desburocratização e com a desjudicialização dos serviços, utilizando ferramentas para desenvolver suas atividades, que são praticados de forma rápida, eficaz e segura, porém, nem sempre foi assim, de sorte que a atividade chegou a ser rotulada como burocrática e arcaica, primeiramente em decorrência da sua história que demorou muito tempo para se desenrolar e

evoluir e, em segundo lugar, em razão da demora em criar um sistema eletrônico unificado e por não ter determinado previamente a utilização de recursos tecnológicos na prática cartorial.¹

A rotulação como atividade burocrática se deu pela origem do próprio notário, pouco depois do surgimento da escrita, por volta de 3200 a. C, nos primeiros núcleos da civilização egípcia² quando a sociedade já sentia a necessidade de obter meios para fixar e perpetuar os seus convênios, surgindo daí encarregados de redigir os contratos, não obstante a pluralidade de denominações e o maior ou menor grau de limitação no desempenho da função.

Porém, neste contexto surgiu um personagem de marcantes características, de grande importância, o qual por sua denominação, possivelmente poderia ser o seu antepassado longínquo, o “escriba”. Ele pertencia às categorias de funcionários mais privilegiados e lhe era atribuída uma preparação cultural especialíssima e, por isso os cargos recebiam o tratamento de propriedade privada e, por vezes, se transmitiam em linha de sucessão hereditária.

Era ele quem atendia e anotava, com tinta e pena em papiro, todas as atividades privadas do Estado, além de redigir os atos jurídicos da monarquia, entretanto, não era possuidor de fé pública, sendo que o documento por ele redigido somente alcançava valor como prova quando submetido à homologação de uma autoridade superior.³

O “escriba” era acima de tudo aquele que sabia exprimir, numa escrita única, a diversidade linguística da sociedade, tal qual o notário que na sociedade moderna, traduz numa linguagem uniforme e objetiva, as mais variadas formas de vontade manifestadas pelas pessoas em relação aos atos e negócios jurídicos que celebram.

Ainda na antiguidade, num primeiro momento, o povo romano dispensava o documento escrito. A lei Natural e a boa-fé imperavam soberbas e, assim, a palavra dos cidadãos, faziam fé

¹ VALÉRIO, Marco Aurelio Gumieri. Atos notariais por meios eletrônicos: a quarentena trouxe o futuro aos cartórios e tabelionatos. *Revista de Informação Legislativa*. RIL., Brasília. DF. v. 58, n. 231, p. 201 - 211, jul./set. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p201>. Acesso em: 19 ago. 2022.

² BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.26

³ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit. p. 29.

em juízo, porém, com a expansão do povo e consequente multiplicação das relações civis, foram surgindo os vícios, e assim, contaminando a boa-fé que imperava na sociedade, fazendo advir a necessidade de dar vigor aos contratos, registrando-os em documentos escritos, como forma de guardar a palavra e, aparecendo para tanto oficiais das mais variadas denominações, dentre os quais os **notarii** que costumavam escrever com notas abreviadas, registrando as declarações de seus clientes e reduzindo-as a instrumento e que apesar de terem dado nome ao notário de hoje, suas funções não se confundem, pois sequer eram revestidos de caráter público.

Surgiram também os **tabelliones** dos quais descende o verdadeiro precursor do notário moderno, sendo que eram encarregados de lavrar, a pedido das partes, os contratos, testamentos e convênios entre particulares. Possuíam notável aptidão como redatores, assessorando as partes embora fossem imperitos no direito, além do que, propiciavam uma eficaz conservação dos documentos.

Assim, por milênios a atividade notarial se perpetuava na história, sem mudanças e evoluções notáveis, porém, no século VI, já na idade média, ocorreu a transformação da rudimentar atividade tabelioa em profissão regulamentada e o responsável foi JUSTINIANO I, imperador bizantino e unificador do império romano cristão, que também foi o idealizador do “Corpus Juris Civilis”, obra que emprestou ao direito romano sua dimensões elevadas, ainda hoje repercutindo no mundo civilizado, com uma profunda influência no desenvolvimento do direito na Europa durante séculos.⁴

As principais disposições da legislação Justiniana, no âmbito notarial, consistiram na instituição do protocolo; na valorização do pacto pela intervenção do notário; na obrigação quanto ao local em que o Tabelião e seus auxiliares deveriam permanecer à disposição dos clientes; na disciplina rigorosa a que aquele e estes ficavam submetidos no exercício da profissão, inclusive quanto a substituições e na obrigação de redigir uma minuta do ato, perante testemunhas, dela extraindo cópia imediata.⁵

⁴ MARTINS, Cláudio. *Teoria e prática dos atos notariais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 7

⁵ Idem.

Também era proibida a lavratura de instrumentos senão em papel que tivesse a sua marca e nome, bem como a época de sua fabricação, além do que tais folhas deveriam ser pregadas a certos documentos, contendo em acréscimo, o resumo ou as indicações do conteúdo do ato. Surgiu, sem dúvida, o ato mais significativo do ponto de vista da lisura em que tal atividade deveria se desenvolver, empregando a denominação no sentido de ementa ou anotação autenticante, que deveria encimar as folhas em que fossem exarados os atos do tabelião, para resguardo da veracidade do documento. O sentido moderno de protocolo longe está do que lhe deu origem, eis que hoje é o arquivo permanente da serventia, composto pelos livros em que são inscritos os atos notariais, para posteriormente serem trasladados e pelos documentos referentes aos atos contidos nos livros.⁶

Já no Século XIII, na Itália, mais precisamente na Universidade de Bolonha, com a instituição de um curso especial, a arte notarial tomou um incremento tal, a ponto de ser considerado a pedra angular do Ofício de notas do tipo latino, tendo acrescentado uma notável base científica ao notariado, passando assim, a aprimorar-se cada vez mais até tomar as feições exatas que hoje vemos⁷, sendo que qualquer documento notarial produzido por um notário do tipo latino, não pode ser questionado quanto a segurança e eficácia, devendo sempre respeitar os aspectos formais e substanciais, devendo produzir todos os efeitos dele decorrentes, pela presunção de legalidade e de legitimidade a ele inerentes, bem como a fé pública notarial.

Tais prerrogativas surgiram com a carta de eficácia internacional de princípios fundamentais do sistema do notariado do tipo latino, nascida em 08 de novembro de 2005 e reconhecida por 80 países que o integram, inclusive o Brasil, durante uma reunião mundial promovida pela União Internacional do Notariado Latino, organização não governamental constituída para promover, coordenar e desenvolver a função e a atividade notarial no mundo apregoando a função notarial independente, exercida por um profissional do direito, com atribuição de conferir autenticidade aos atos jurídicos, além de aconselhar e assessorar aos requerentes de seus serviços. A forma de exercício em caráter privado por delegação do Poder

⁶ BRANDELLI, Leonardo. Op. cit. p. 32

⁷ MARTINS, Cláudio. Op. cit. p. 9

Público também se encontra contemplada pela Carta, além de disposições gerais acerca da formalização dos documentos notariais, de sua organização e de princípios éticos a serem observados no exercício da profissão.⁸

A atividade notarial no Brasil iniciou com a chegada dos portugueses nas terras que hoje pertencem ao Brasil, ou seja, com o descobrimento do Brasil, em 22 de abril de 1500, constituindo verdadeiro marco histórico para o nosso país, fruto de várias expedições marítimas realizadas pelos navegadores portugueses.

2. A ATIVIDADE NOTARIAL NO BRASIL: DO DESCOBRIMENTO ATÉ O PROVIMENTO 100 DO CNJ

O notariado brasileiro possui grande influência portuguesa, pois, até mesmo o descobrimento do Brasil teve a presença de um tabelião que acompanhava as navegações, fazendo parte da armada das naves, tendo papel extremamente relevante no registro dos acontecimentos ocorridos durante a viagem e das formalidades oficiais da posse das terras descobertas, sendo que o primeiro tabelião a pisar em solo brasileiro foi Pero Vaz Caminha, português que narrou e documentou minuciosamente a descoberta e a posse da terra, com todos os seus atos oficiais.⁹

No Brasil, a atividade levou muito tempo para se projetar, pois, nosso país era colônia de Portugal, por isso nosso notariado foi regulamentado por simples transplante da legislação portuguesa que trouxe para cá os mesmos defeitos de uma instituição jurídica já ultrapassada, pois, ao tempo do Brasil Colônia, o direito português emanava quase que integralmente de ordenações editadas pelo rei e das Ordenações Filipinas que vigoraram em Portugal, transformando-se na principal fonte do direito no Brasil, onde tiveram vigência por longo período, sendo aplicadas aqui até o início do século XX.¹⁰

⁸ UNIÃO INTERNACIONAL DE NOTÁRIOS. Princípios da Função Notarial. Disponível em: <<https://www.uinl.org/principios-de-la-funcion>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

⁹ MARTINS, Cláudio. Op. cit. p. 11

¹⁰ COTRIN NETO, Alberto B. *Perspectivas da função notarial no Brasil*. Porto Alegre: Colégio Notarial do Brasil - Seção do Rio Grande do Sul, 1973. p. 14-5.

Com a transladação do direito português para o Brasil, foi aqui aplicado tal qual era em Portugal e, da mesma forma se deu a regulação do notariado brasileiro e com ele problemas que até hoje em dia são lembrados e que depreciavam o trabalho exercido pelos notários taxando-os por vezes como arcaicos e burocráticos, pois fora aplicado no Brasil do mesmo modo que era utilizado em Portugal.

O grande problema, lembrado até hoje, era o provimento do cargo de Tabelião que se dava por meio de nomeação real, sendo o beneficiado investido de um direito vitalício. Dessa forma, por óbvio, não havia como exigir-se o preparo e a aptidão tão necessários ao exercício da função. Muitos dos cargos podiam ser comprados ou adquiridos como recompensa oferecida pela Coroa.¹¹

Somente em 11 de outubro de 1827, foi editada em nosso país¹², a lei que determinou a forma pela qual deveriam ser providos os Ofícios de Justiça e Fazenda, proibindo já em seu artigo primeiro, que tais ofícios fossem transmitidos a título de propriedade, e em seu artigo segundo, dispondo que estes seriam conferidos a título de serventia vitalícia à pessoas dotadas de idoneidade para tanto e que servissem pessoalmente aos Ofícios, esquecendo-se, no entanto, novamente de exigir formação jurídica dos aspirantes aos ofícios ou, sequer, determinado tempo de prática na função, nem instituindo uma organização profissional corporativa.

A introdução dessa lei teve pouca influência no tratamento jurídico do notariado no Brasil, pois, até anos recentes, persistiu, embora de modo dissimulado, o regime de sucessão, a transmissão do cargo de pai para filho ou de marido para mulher.¹³

Assim, a legislação brasileira, por muito tempo, manteve-se estática, regida pelas Ordenações importadas de Portugal, alheia às transformações e avanços mundiais, situação essa,

¹¹ SILVA, Ovídio B. *O Notariado Brasileiro perante a Constituição Federal*. Boletim do Colégio Registral-RS. Porto Alegre, n. 14, 2000. p.5.

¹² BRASIL. *Determina a forma por que devem ser providos os officios de Justiça e Fazenda*. Lei de 11 de outubro de 1827. Chancellaria-mór do Imperio do Brazil, Rio de Janeiro, RJ, 06 nov. 1827. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-11-10-1827.htm#:~:text=LEI%20DE%2011%20DE%20OUTUBRO,officios%20de%20Justi%C3%A7a%20e%20Fazenda.>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

¹³ COTRIN NETO, Albuquerque Bittencourt. Op. cit. p. 14-15

totalmente contrária a política peculiar ao direito notarial, que deve seguir e se adequar às alterações sociais, políticas e econômicas reinantes no Estado em cujo território se aplica, de forma a exercer o direito e a prestação do serviço de acordo com a realidade.

Atualmente, diante da importância que a atividade notarial representa para sociedade parece ter ficado no passado o longo período de descaso que o notariado brasileiro sofreu e para que alcançasse o merecido papel de relevância que hoje tem, foi necessária muita pressão da classe notarial e registral, clamando por uma legislação orgânica que reconhecesse a atividade e função dos notários e também dos registradores e que exigisse a preparação jurídica adequada ao exercício da função, o que, finalmente, foi alcançado com o advento da Constituição Federal de 1988, que no seu Artigo 236¹⁴, trouxe profundas mudanças para o notariado pátrio declarando que os serviços notariais e de registros a partir de então seriam exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, sendo que o ingresso na atividade deveria se dar por meio de concurso público, de provas e títulos, direcionando para que outra lei regulasse as atividades, disciplinando também a responsabilidade civil e criminal e que definisse a fiscalização de seus atos pelo poder judiciário, determinando ainda que outra lei estabelecesse normas gerais para fixação de emolumentos.¹⁵

Em âmbito nacional, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o ano de 1994 esse único artigo foi o parâmetro para o exercício da função notarial durante todos esses anos no Brasil.

E assim, somente em 18 de novembro de 1994, foi publicada a Lei 8.935, considerada a Lei Orgânica dos Notários e Registradores, com o objetivo de regulamentar o artigo 236 da Constituição Federal, instaurando uma nova fase para o notariado brasileiro, que paulatinamente começou a tomar o lugar de relevo que lhe era devido no meio jurídico pois, a edição desta lei constitui um verdadeiro marco em prol da história do notariado brasileiro.

¹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2022.

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

Contudo, por si só, não conseguiu abarcar todos os problemas que permeavam a instituição notarial, nem trouxe todas as soluções que necessitavam os notários e registradores, mas foi o instrumento que levou os notários brasileiros, tão enfraquecidos pela legislação anterior, ao lugar de reconhecimento social e jurídico que atualmente encontram-se, pois, além de reconhecê-los como profissionais de direito que prestam serviços de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, dotou a atividade e os atos dos mesmos de fé pública, em virtude da relevante função que exercem por delegação recebida do Estado, o que lhes atribui a competência de instrumentalizar de forma legal a vontade das partes, além de intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal, atribuindo autenticidade e veracidade à vontade das partes manifestadas na sua presença, devendo conservar tais documentos, podendo ainda autenticar fatos.¹⁶

Neste contexto é importante ressaltar que conforme o disposto no artigo 7º da Lei 8.935 de 1994¹⁷ é de competência exclusiva do Tabelião, lavrar escrituras e procurações públicas, lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados, lavrar atas notariais, reconhecer firmas e autenticar cópias.

Desta forma e nessa conjuntura, os notários têm relatado por seus atos documentados, a evolução do direito e da humanidade, ao longo do tempo, lavrando e perpetuando a história e a vontade das partes, seja com escritas na pedra, seja escrevendo com a pena em papiro, ou mesmo seguindo a evolução e escrevendo à mão, com caneta em grandes livros e no papel, para somente mais tarde utilizar arcaicas máquinas de escrever, substituídas pelas máquinas de escrever eletrônicas e, modernamente migrando para a era informatizada, utilizando computadores e programas informatizados para a prestação dos serviços.

Desta forma, seguem formalizando a vontade das partes, porém, se adaptando às transformações jurídicas e tecnológicas sempre revestindo seus atos de fé pública e segurança

¹⁶ BRASIL. *Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios)*. Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 nov. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acesso em: 19 ago. 2022.

¹⁷ Ibidem.

jurídica, e também, com a atenção no tocante a fiscalização do cumprimento das Leis e pagamento dos impostos devidos, auxiliando, desta forma, o Estado.

Com o objetivo de atender às novas demandas sociais e como ação inovadora, em 20 de março do ano de 2019, foi editado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS) o Provimento n. 10/2019 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (CGJ/TJ-RS), que instituiu a Central Notarial de Atos Eletrônicos no Rio Grande do Sul, por meio da qual tornou-se possível a solicitação de serviços como certidões, escrituras e procurações sem a necessidade de haver deslocamento até as Serventias¹⁸.

Posteriormente, com a oficialização da pandemia causada pelo COVID-19, em março de 2020, e diante das novas necessidades que a acompanharam, as quais relacionam-se com o estabelecimento de normas gerais sobre a prática de atos notariais eletrônicos, em todos os Tabelionatos de notas do território nacional, foi publicada em 26 de maio de 2020, o Provimento n. 100 do Conselho Nacional de Justiça, com o qual o exercício da função notarial passa a evoluir rapidamente passando a constituir a nova era do notariado brasileiro, a era digital.

3. O PROVIMENTO 100 DO CNJ: PRESENTE E FUTURO DA ATIVIDADE NOTARIAL NO BRASIL

O notariado brasileiro no exercício da sua função tem a missão de promover a paz social por meio da prevenção de litígios, pois, sua boa atuação resulta em harmonia na sociedade e, desde o seu surgimento vem se adequando às grandes transformações que ocorrem na sociedade para uma melhor prestação dos seus serviços, porém, as mudanças se acentuaram nos últimos anos, pois, além do advento da forte informatização que ocorreu no mundo todo, combinada com a utilização massiva da internet e do aparelho celular em todos os meios da vida moderna, houve também a crescente utilização de novas tecnologias em todos os meios.

¹⁸ TABELIONATO FISCHER. *Provimento nº 10/2019 da CGJ/RS institui a Central Notarial de Atos Eletrônicos no RS*. Disponível em: <<https://www.tabelionatofischer.not.br/noticias/area-notarial/provimento-nordm-102019-da-cgjr-institui-a-central-notarial-de-atos-eletronicos-no-rs>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

Assim, em decorrência de todas essas mudanças que vinham ocorrendo, há anos a sociedade reivindicava a modernização dos serviços notariais e o oferecimento dos mesmos de forma virtual com a utilização da rede mundial de computadores, em decorrência do que, vinha sendo desenvolvido há alguns anos o projeto de uma plataforma eletrônica para prática dos atos notariais pelo Colégio Notarial do Brasil que, também junto ao Conselho Nacional de Justiça visava disciplinar a prática de atos eletrônicos pelos tabelionatos de notas e que ainda estava em fase de discussão.

Essa demanda tornou-se ainda mais acentuada e iminente com a propagação rápida do COVID-19 e com o surgimento da sua pandemia em todo o mundo, tornando obrigatório o distanciamento social que foi ditado não só nas normas legais brasileiras, mas também nas estrangeiras, após a oficialização da pandemia causada pelo novo coronavírus pela Organização Mundial da Saúde, o que ocorreu em 11 de março do ano de 2020.

Considerando que as serventias extrajudiciais, em decorrência da pandemia, ficaram fechadas ao público, sem prestar suas atividades por vários dias, surgiu a necessidade de uma rápida adequação à nova realidade e às exigências daí advindas para que não houvesse a instauração do caos entre os cidadãos que não tinham a permissão para realizar seus negócios utilizando o serviços prestados pela atividade notarial para dar segurança às suas relações e, considerando que a legislação pátria há muitos anos já permitia a possibilidade de realização dos atos notariais por meios eletrônicos e com videoconferência, assim, no Brasil, tendo em vista que os serviços extrajudiciais são essenciais ao exercício da cidadania¹⁹ e devem ser prestados, de modo eficiente, adequado e contínuo em todo território nacional e, diante da necessidade de manter a prestação dos serviços extrajudiciais durante a pandemia, respeitando o distanciamento social, no entanto, formalizando a vontade das partes sem descuidar dos principais atributos para o exercício da função notarial, quais sejam: fé pública e segurança jurídica, editou-se o Provimento n. 100 do Conselho Nacional de Justiça, em 26 de maio de 2020, poucos dias após a

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 95 de 01/04/2020*. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 01 abr. 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3265>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

oficialização da pandemia, impondo normas gerais referentes à prática dos atos notariais eletrônicos em todo o país.

A pandemia antecipou a publicação desta normativa que estava na fase de estudos e trouxe a regulamentação da plataforma que vinha sendo desenvolvida para a prática dos atos notariais por meio eletrônico em nível nacional, forçando o desenvolvimento da atividade notarial em meio eletrônico numa velocidade muito grande, fazendo com que toda a classe andasse a passos largos em direção ao futuro.

Tal diploma legal teve origem, em especial, em virtude da necessidade de regulamentar a implantação e o uso da plataforma de atos notariais eletrônicos (e-Notariado), de modo a conferir uniformidade prática aos atos notariais eletrônicos em todo território nacional, não só advinda da necessidade que a sociedade clamava diante do uso crescente das novas tecnologias e do intuito de receber e utilizar a atividade notarial de forma virtual, com mais rapidez, agilidade e segurança jurídica, mas naquele momento para suprir a Orientação n. 9, de 13 de março do ano de 2020, da Corregedoria Nacional de Justiça²⁰, que dispunha sobre a necessidade de as Corregedorias-Gerais do Poder Judiciário Nacional observarem medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo novo coronavírus (COVID-19), dentre os quais o isolamento social, com o qual surgiu a necessidade das pessoas continuarem formalizando suas vontades, praticando seus atos e negócios jurídicos e formalizando principalmente aqueles atos notariais previstos na legislação, especialmente no Código Civil e na Lei n. 8.935/94 por meio eletrônico, porém, com as vantagens advindas da adoção de instrumentos tecnológicos que permitissem a preservação das informações prestadas perante os notários com a garantia e a prerrogativa do sistema notarial de atribuição de fé pública e segurança jurídica, com a possibilidade de exercício dessas benesses em meio eletrônico, mantendo o distanciamento social.

O Provimento 100 do CNJ versa sobre a criação da plataforma e-Notariado, disponibilizada via internet, pelo Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal e também

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Orientação nº 9 de 13/03/2020*. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 13 mar. 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3236>>. Acesso em: 19 ago. 2022

administrada por ele, bem como sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando a plataforma, a criação da Matrícula Notarial Eletrônica (MNE), dentre outras providências.

A plataforma e-Notariado é um grande marco para o exercício da função notarial e tem como principal função conectar os usuários aos serviços oferecidos pelos cartórios de notas em todo Brasil, oferecendo ao cidadão, nesse ambiente virtual, toda a estrutura necessária para a realização remota dos atos com os mesmos efeitos, garantias e segurança do processo presencial, para cada vez mais facilitar o acesso às atividades notariais.

O provimento 100 do CNJ também teve forte embasamento no disposto no parágrafo 8º, do artigo 2º-A da Lei n. 12.682/12²¹, que dispõe sobre a elaboração e o arquivamento em meio eletrônico de documentos públicos, com a utilização da certificação digital no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), que já havia sido previamente estipulada, além do Provimento n. 88/2019²², que previa a criação do Cadastro Único de Clientes do Notariado (CCN), do Cadastro Único de Beneficiários Finais (CBF) e do Índice Único de Atos Notariais e que já estava em andamento e facilitou a liberação dos módulos da plataforma e-Notariado, pois o acesso aos serviços não foi liberado na sua totalidade no momento da publicação do provimento, mas em etapas para facilitar o entendimento e a interação gradativa com o usuário.

O módulo de Cadastro Único de Clientes do Notariado (CCN) funciona com base de dados nacional, construída a partir da realização de atos presenciais ou online, com o intuito de centralizar cadastros de pessoas jurídicas que utilizam os serviços notariais brasileiros e é mantido por envios feitos pelos Tabelionatos de Notas, na mesma sistemática das informações remetidas à Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (Censec) e possibilita a integração de

²¹ BRASIL. *Dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos.*

Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12682.htm>. Acesso em: 19 ago. 2022.

²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 100 de 26/05/2020.* Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 26 mai. 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>>.

Acesso em: 19 ago. 2022

informações de todos os Tabelionatos do Brasil além de utilizar informações úteis para o envio de comunicação de atos suspeitos ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).

Sendo que para a obtenção das facilidades oferecidas pela plataforma, é indispensável a emissão do certificado digital notariado, emitido por tabelião credenciado, de forma gratuita, sendo válido por três anos e podendo ser revogado a qualquer tempo. Este certificado equivale a ficha de reconhecimento de firma criada para o usuário no atendimento presencial e que identifica plenamente o usuário,, porém, que é gerado com o objetivo de propiciar a assinatura eletrônica do usuário nos serviços notariais eletrônicos oferecidos pelos tabelionatos de notas, bem como a criação de fluxos de assinaturas pelos próprios usuários e demais facilidades encontradas ao se fazer uso da plataforma e-Notariado, que é capaz de atestar, com total segurança jurídica, a identidade virtual de seu portador, podendo ser tanto pessoa física quanto jurídica.

Cumprе ressaltar que a criação da Matrícula Notarial Eletrônica (MNE), tem por objetivo servir como chave de identificação individualizada do notário responsável pela emissão do certificado digital notariado, pela lavratura do ato notarial, ou ainda, pelo reconhecimento de firma digital, visando a unicidade e rastreabilidade da operação eletrônica praticada, ou seja, trata-se da garantia dos atos notariais eletrônicos.

Referido provimento está sendo utilizado em todo o Brasil por grande parte dos notários e possibilita que o cidadão tenha na palma de sua mão todos os serviços ofertados pelo tabelionato de notas. Sendo que para tanto, faz-se necessário baixar o aplicativo e-Notariado no aparelho celular do usuário, e validá-lo por meio de um tabelião de notas, que fará a identificação completa da pessoa de forma presencial ou por videoconferência. Posteriormente ao momento da emissão do certificado digital, o usuário passa a utilizar a plataforma de serviços notariais eletrônicos, e-Notariado, pela qual além de ter a possibilidade de pesquisar todos os cartórios credenciados, pode ainda ter acesso, a diversos serviços e de qualquer local, inclusive fora do país, desde que com acesso a internet.

Dentre os serviços mais utilizados, vale destacar que além da emissão do certificado digital notariado gratuitamente, o usuário pode emitir AEV – Autorizações Eletrônicas de Viagem - de Criança e Adolescente com seu certificado digital e fazer o reconhecimento dos responsáveis com o Tabelionato de Notas de sua preferência, passa a ter acesso a área restrita e assinar atos notariais eletrônicos lavrados pelo tabelião de sua preferência, obedecidas as regras de competência conforme o caso, as quais, em seguida serão elencadas. Ainda, tem a possibilidade de acompanhar o andamento dos processos, podendo verificar a validação e confiabilidade de seu certificado, bem como, verificar a autenticidade dos atos notariais eletrônicos mediante a conferência de QR Code vinculados aos atos, ou ainda, consultando-os por meio da Central Notarial de Autenticação Digital (CENAD).

Em observância a autonomia das partes, os usuários cadastrados podem criar seus próprios fluxos de assinaturas, elaborando seus documentos e assinando-os com o certificado digital notariado, instalado em seu aparelho de celular, sendo que no momento da efetivação do pagamento pelo serviço prestado, o usuário já obtém o reconhecimento de sua firma, realizada pelo tabelião que ele mesmo escolheu e que emitiu seu certificado digital, tudo de forma prática, segura e com a agilidade que a vida moderna exige, contando com a segurança do notarchain, a rede blockchain de uso exclusivo de tabeliães, na qual cada notário equivale a um elo de sustentação desse sistema de segurança e troca de dados.

Vale ressaltar, que neste caso de criação de fluxos de assinaturas pelo E-Not Assina, no qual o usuário tem a possibilidade de obter seu "autoatendimento" no que tange ao reconhecimento da sua assinatura, a responsabilidade do tabelião restringe-se a conferência da assinatura do usuário, esta gerada e revestida pela fé pública do tabelião desde o momento da emissão do certificado digital notariado de seu cliente, não havendo portanto, a conferência do conteúdo e da legalidade do documento redigido pela parte.

Procedimento este diferente do que ocorre com a metodologia adotada para a lavratura dos atos notariais públicos, nos quais o tabelião ao lavrá-los, observa todas as formalidades legais necessárias a validade e eficácia do negócio jurídico, além da orientação e assessoramento das partes nos negócios jurídicos, o aconselhamento imparcial, a verificação da vontade e da

capacidade das partes, além do revestimento dos atos de fé pública, que é a qualidade de atribuir veracidade ao ato que atesta e afirma em relação ao que é declarado e apresentado, ou seja, os atos protocolares são completos, independente da forma da coleta da assinatura, seja de forma presencial ou virtual.

Além de todas as formalidades legais observadas, os tabeliães ainda ficam adstritos à observância das normas contidas no Provimento 74²³ do CNJ, para fins de adequação ao “avanço tecnológico, informatização e a implementação de sistemas eletrônicos compartilhados e de sistema de registro eletrônico que possibilita a realização das atividades notariais e de registro mediante do uso de tecnologias da informação e comunicação”, e ainda, mantendo seu dever de guarda dos livros e documentos que compõem o acervo das serventias, tanto de forma física quanto em arquivos eletrônicos e digitais.

Para o exercício da função notarial, exercido tanto de forma presencial ou virtual é necessária a observância das regras contidas na Lei n. 13.709 de 2018²⁴, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), trazendo assim ainda mais privacidade e segurança no tratamento de dados pessoais, estejam eles dispostos em meio físico ou digital, para a prática de quaisquer atos notariais, propiciando mais transparência no tocante a, dentre outras ações, coleta, recepção, classificação, acesso, utilização, reprodução e arquivamento dos dados de seus usuários.

O provimento também prevê regras de competência para evitar a concorrência predatória por serviços prestados remotamente a qual, poderia ofender a fé pública.

Ainda, o Provimento 100²⁵ traz também em seu teor, os requisitos para a prática do ato notarial eletrônico, elencando-os em seu artigo 3º, quais sejam:

I- videoconferência notarial para captação do consentimento das partes sobre os termos do ato jurídico; II- concordância expressada pela partes com os termos do ato notarial eletrônico; III- assinatura digital pelas partes, exclusivamente através do e-Notariado; IV-

²³ Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 ago. 2018. Disponível em: <L13709 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 19 ago. 2022.

²⁴ BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 ago. 2018. Disponível em: <L13709 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 19 ago. 2022.

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 100 de 26/05/2020*.

assinatura do Tabelião de Notas com a utilização de certificado digital ICP-Brasil; IV- uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital.

Seguindo tais orientações, o tabelião de notas garante a lavratura de qualquer ato tanto de forma híbrida quanto natodigital, sendo que no tocante ao procedimento para colheita da livre manifestação da vontade das partes, em especial, em instrumentos públicos, sejam eles, híbridos, com assinaturas tanto físicas quanto digitais, ou natodigitais, no qual o ato dispõe somente de assinaturas digitais, os tabeliões fazem uso da videoconferência, cujos requisitos mínimos, estão dispostos no parágrafo único, artigo 3º do Provimento 100²⁶, quais sejam:

a) a identificação, a demonstração da capacidade e a livre manifestação das partes atestadas pelo tabelião de notas; b) o consentimento das partes e a concordância com a escritura pública; c) o objeto e o preço do negócio pactuado; d) a declaração da data e horário da prática do ato notarial; e, e) a declaração acerca da indicação do livro, da página e do tabelionato onde será lavrado o ato notarial.

Com o cumprimento de tais requisitos, o tabelião encerra o ato com sua assinatura, para que este surta todos os efeitos jurídicos oriundos da manifestação da vontade das partes, revestindo-o com sua fé pública aliada a sua segurança jurídica, cumprindo desta forma, uma de suas funções que é a manutenção da paz social.

4. O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO NOTARIAL EM AMBIENTE VIRTUAL E SUA RELAÇÃO COM A FÉ PÚBLICA E A SEGURANÇA JURÍDICA NOTARIAL

O Provimento 100/2020 do CNJ a partir de sua publicação, trouxe aos cidadãos de todo o País a oportunidade de realizarem atos notariais de forma online, no conforto de seus lares, por meio da plataforma e-Notariado, que oferece segurança jurídica além dos mesmos efeitos de um ato realizado de forma presencial no tabelionato de notas, pois, cada ato notarial online terá, obrigatoriamente, uma videoconferência, com a participação dos contratantes e do tabelião, e as assinaturas são confirmadas com o uso de certificado digital.

Para a realização de uma assinatura digital e identificação em um ato eletrônico é necessário ser possuidor de um certificado ICP-Brasil, ou um Certificado Digital e-Notariado, que

²⁶ Ibidem.

tem emissão gratuita e validade de três anos, instalado em seu celular, sendo que o certificado notariado deve ser emitido em um Tabelionato de Notas credenciado como Autoridade Notarial, que previamente identificou o usuário com seus documentos de identificação, pelas suas digitais, pelo reconhecimento facial e com uma base de dados de identificação, e que foi efetivado de forma presencial ou remota por meio de videoconferência.

O portador do certificado digital, precisa fazer login no e-Notariado, escolhendo o serviço que deseja realizar e deve agendar sua videoconferência, que será conduzida pelo tabelião ou seu preposto, quando então será feita a leitura do conteúdo do ato notarial e colhida a manifestação de vontade e verificada a capacidade das partes participantes. Os documentos são enviados por e-mail para validação com a assinatura digital e seus efeitos são imediatos e os emolumentos incidentes sobre os atos eletrônicos são os mesmos aplicados aos atos presenciais, conforme previsão constante na Lei de Emolumentos de cada Estado, não havendo maiores ônus para o usuário, já que as despesas para manutenção e uso da plataforma são suportados pelos notários e não são repassados aos usuários.

Assim, a atividade notarial vivencia um novo paradigma, sendo que desta vez, para continuar garantindo negócios jurídicos seguros, de qualidade e com baixo custo, os investimentos voltaram-se para a tecnologia, a segurança digital e novos conhecimentos.

Contudo, "o extrajudicial, ir ao futuro é tão importante quanto manter a ponte para o passado. Se eu perder a ligação com o passado, com o histórico dos dados, dos documentos, das informações, o serviço extrajudicial deixa de ter razão de existir"²⁷, reforçando desta forma, a relevância da atividade notarial e de seus principais atributos, a fé pública e a segurança jurídica, bem como a manutenção e segurança dos dados e dos arquivos que se encontram sob a responsabilidade das serventias e que perpetuam no tempo a vontade e os negócios da sociedade.

²⁷ BOLETIM IRIB. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, n. 361, jul. 2020. Revista Especial, p. 17.

Neste sentido, é válido lembrar que o Estado, no desenvolvimento de sua atividade pluralista, como representante dogmático do povo, atribuiu, constitucionalmente, às determinadas pessoas, o direito de representação para determinadas tarefas, e eles contribuem para a paz social que todo o Estado de Direito Democrático procura, sendo que no que tange a delegação de fé pública ao notário, incumbe elucidar, de acordo com Vasconcelos²⁸:

A fé pública atribuída aos notários se dá em decorrência de um mandamento

legal, em cumprimento de algumas e sérias formalidades, bem como de especificidades naturais que regem o acolhimento do indivíduo como representante formal desse Estado para determinado labor, assim como o Estado recebeu de seu povo, mas restrita a garantir e certificar uma segurança nas relações sociais (atos jurídicos), que todos desejam como princípio de justiça e certeza daquilo quanto ao efetivamente ajustado, escriturado e trasladado.

A fé pública individualizada na figura do notário é uma das mais amplas já conhecidas, pois ao detentor dessa atribuição, cabe a expressão da verdade, ou seja, vige a crença popular de ser correto e autêntico em tudo aquilo que dita e escreve, salvo incontestável prova em contrário, já que a sociedade não pode ser traída em nenhuma hipótese. Não há eleição de absolutismo nas suas ações. Permanece adstrito às investigações sociais, admite-se a possibilidade de erros ou lapsos. Contudo, a crença nesses atos do notário constitui-se no primeiro grau de hierarquia do saber e do conhecer social. Assim, ele é depositário da fé pública.

O artigo 3º da Lei 8.935/94, dispõe que o “notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”²⁹.

Nesta perspectiva, a fé pública expressada, corresponde a especial confiança atribuída por Lei aos assentamentos que notários e oficiais de registros pratiquem e declarem, no exercício da

²⁸ VASCONCELOS, Julenildo N.; CRUZ, Antônio A. R. *Direito Notarial: Teoria e Prática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 68.

²⁹ BRASIL. *Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios)*, 1994.

função, com presunção de verdade, além de afirmar a eficácia do negócio jurídico ajustado com base no declarado ou praticado pelo registrador ou pelo notário³⁰.

Ademais, enquanto depositários da fé pública, os notários exercem uma função que não pode quedar-se alheia aos preceitos de liberdade, justiça, segurança jurídica e demais valores institucionalizados, pois, a segurança jurídica é uma das exigências que a sociedade impõe, tanto no momento da criação de uma norma ou da validação de atos jurídicos, como em seu desenvolvimento e aplicação.

Ao tratar de segurança jurídica, é imprescindível lembrar a importância do tabelião no processo de desburocratização, cujas vantagens indicadas por Levy³¹, são as seguintes:

Entre as vantagens da atividade notarial, sem dúvida, está a desburocratização e a oportunidade de resolução de serviços que antes só poderiam ser realizados dentro do judiciário. Assim, a realização de atos pela via extrajudicial, principalmente nas matérias de Direito de Família e Sucessões, ampliou o acesso e garantiu celeridade, permitindo que atos se perfectibilizassem de forma dinâmica, somado à ausência do requisito de territorialidade. Hoje contamos com divórcios e dissoluções de uniões estáveis mais rápidas, como também a questão dos inventários que, pelo entendimento do STJ, prevê a possibilidade de realização do inventário extrajudicial mesmo com existência de testamento, ou seja, garantia de celeridade. Ainda, fatores como: a orientação às partes de forma imparcial, aconselhando e prevenções sobre as consequências das decisões e esclarecimentos sobre os atos extrajudiciais, garantem acessibilidade à informação, sem afastar a função do advogado, permitindo maior compreensão pelas partes. Em resumo, a atuação notarial garante segurança jurídica e gera praticidade e rapidez à sociedade.

Em face do exposto no tocante a segurança jurídica, e já elencando alguns dos diversos atos lavrados nas serventias extrajudiciais, faz-se necessária a vinculação entre três elementos essenciais na atualidade para a atividade notarial, a fé pública, a segurança jurídica e a formalização jurídica da vontade das partes, associando estes três componentes à era digital da qual os tabeliães participam, obtém-se uma combinação perfeita que resulta em atos seguros, ágeis e eficazes.

Conquanto, como já mencionado, os atos notariais eletrônicos já vinham sendo estudados há alguns anos, inclusive alguns Estados, como o caso do Rio Grande do Sul, já dispunham

³⁰ CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 30.

³¹ REVISTA NOTARIADO GAÚCHO. Porto Alegre: Colégio Notarial do Brasil - Rio Grande do Sul, ano 4, n. 18, p. 4-5, abr. a jun., 2022.

previsão legal para a lavratura destes, sendo que a pandemia ocasionada pelo Covid-19, somente antecipou a utilização desta nova forma de prática de atos notariais, contando com os benefícios ofertados pela rede mundial de computadores, transformando a forma como estes atos eram prestados no Brasil.

Então, como num piscar de olhos, a atividade notarial por vezes taxada como burocrática e arcaica, ameaçada pela possível perda de competências diante do surgimento da esfera virtual e pela não utilização das novas tecnologias, enfrenta uma reviravolta e passa a ser exercida de forma mais moderna e eficaz, recebendo inclusive, novas competências, sempre revestidas pela fé pública notarial, isso conforme muito bem referido por Rosa³²:

A lei dispõe que a fé pública notarial consiste na presunção de veracidade e

autenticidade das declarações que são feitas perante o tabelião de notas. Essa presunção, como sabemos, não é absoluta, admitindo prova em contrário, por isso a chamamos de presunção *juris tantum*. No ato notarial eletrônico a presunção de veracidade e autenticidade assume novos contornos, deixando de ser *juris tantum* para ser *jure et jure*, agregando presunção absoluta ao ato pelo arquivamento da videoconferência. E assim, o novo horizonte descortinado pelos atos notariais eletrônicos deu um upgrade na fé pública notarial.

Isto posto, observa-se como a atividade notarial vem fortalecendo seu espaço no âmbito jurídico e social na qual está inserida, em virtude da classe notarial sempre estar disposta a se adequar para a superação de novos desafios, de forma conjunta e buscando soluções normativas para melhor atender a comunidade, mantendo sua essencialidade e importância para a manutenção da paz social, bem como para o fortalecimento da classe notarial.

Consequentemente, com o advento do Provimento 100 do CNJ, a classe notarial superou questões específicas relacionadas a compatibilidade das tecnologias com o exercício da função notarial especialmente no tocante a presença virtual das partes diante do notário, que foi eficazmente resolvida pela criação da plataforma e-Notariado, possibilitando aos notários a utilização de videoconferência para captação da livre manifestação de vontade, bem como para a verificação da capacidade jurídica das partes, ratificando sua essencialidade para a captação e

³² ROSA, Karin Regina Rick. Fé pública do ato notarial eletrônico. *Revista Notariado Gaúcho*, Porto Alegre: Colégio Notarial do Brasil - Rio Grande do Sul, ano 4, n. 18, p. 4-5, abr. a jun., 2022, p. 26.

formalização da vontade das partes, tanto de forma presencial quanto digital, porém, agora brindada com o dever de arquivamento da videoconferência para perpetuar a captação da vontade das partes por todo o tempo no acervo da serventia, comprovando assim, eternamente, a manifestação da vontade das partes e de sua capacidade, tornando definitivamente, ainda mais efetiva a fé pública notarial e a segurança jurídica do ato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo moderno requer, em qualquer área de atuação, atendimento com agilidade, comodidade e segurança e atualmente a atividade notarial para melhor atender a prestação dos seus serviços conta com a plataforma e-Notariado possibilitando a lavratura de atos de forma remota, sendo que, com o certificado digital notarizado e a título de exemplo, é possível tanto assinar instrumentos públicos quanto reconhecer assinaturas eletronicamente.

A utilização da plataforma e-Notariado evidencia a importância da era digital para a atividade notarial no Brasil, que vem acompanhando a evolução da sociedade, garantindo modernização, praticidade, agilidade, eficácia, desburocratização e fé pública a todos os atos praticados, revestindo-os de segurança jurídica.

Contudo, vale ressaltar que por mais que a tecnologia evolua a ponto de evitar o contato físico entre as pessoas, a presença do tabelião foi e sempre será de suma importância, haja vista, sua responsabilidade na identificação e aferição de capacidade das partes, bem como, a capacidade para atribuir fé pública aliada a segurança jurídica a todos os atos lavrados por si e seus prepostos.

Por fim, observa-se que ao longo da história várias mudanças ocorreram e em todas elas o tabelião se fez presente, aprimorando seus conhecimentos, capacitando tanto seus colaboradores, para prestar seus serviços de forma cada vez ágil e de modo simplificado e eficaz, quanto seus usuários, tornando-os independentes para a prática dos mais diversos atos. Desta forma, contribuindo para o bom desenvolvimento dos negócios jurídicos, para a manutenção da paz social e o mais importante, a conexão humana, que máquina ou tecnologia alguma no mundo, será capaz de suprir.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOLETIM IRIB. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, n. 361, jul. 2020. Revista Especial.

BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Diário

Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Lei nº 13.709 de 14 de

agosto de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 ago. 2018. Disponível em: <L13709 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Orientação nº 9 de 13/03/2020. Diário da

Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 13 mar. 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3236>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 100 de 26/05/2020. Diário da

Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 26 mai. 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>>. Acesso em: 19 ago. 2022

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 74 de 31/07/2018. Diário da

Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 01 ago. 2018. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2637>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 88 de 01/10/2019. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 01 out. 2019. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3025>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 95 de 01/04/2020. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 01 abr. 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3265>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Determina a forma por que devem ser providos os officios de Justiça e Fazenda. Lei de 11 de outubro de 1827. Chancellaria-mór do Imperio do Brazil, Rio de Janeiro, RJ, 06 nov. 1827. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-11-10-1827.htm#:~:text=LEI%20DE%2011%20DE%20OUTUBRO,officios%20de%20Justi%C3%A7a%20e%20Fazenda.>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos. Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12682.htm>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 ago. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios). Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 nov. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acesso em: 19 ago. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CENEVIVA, Walter. Lei dos Registros Públicos Comentada. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COTRIN NETO, Alberto B. Perspectivas da função notarial no Brasil. Porto Alegre: Colégio Notarial do Brasil - Seção do Rio Grande do Sul, 1973.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. v. 1, 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GORETTI, Ricardo. Gestão Adequada de Conflitos. Do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. Salvador: JusPodivm, 2019.

MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. A desjudicialização como forma de acesso à justiça. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14638&revista_caderno=21>. Acesso em: 19 ago. 2022.

MARTINS, Cláudio. Teoria e prática dos atos notariais. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

NOBRE, Francisco J. B. Manual da usucapião extrajudicial: de acordo com a lei nº 13.465/2017, incluindo comentários ao provimento nº 65/2017 do CNJ. 1 ed. Ananindeua: Itacaiúnas, 2018.

PINHEIRO, Patricia P. Direito digital. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

REVISTA NOTARIADO GAÚCHO. Porto Alegre: Colégio Notarial do Brasil – Rio Grande do Sul, ano 4, n. 18, p. 4-5, abr. a jun., 2022.

ROSA, Karin Regina Rick. Fé pública do ato notarial eletrônico. Revista Notariado Gaúcho, Porto Alegre: Colégio Notarial do Brasil - Rio Grande do Sul, ano 4, n. 18, p. 4-5, abr. a jun., 2022.

SILVA, Ovídio B. O Notariado Brasileiro perante a Constituição Federal. Boletim do Colégio Registral - RS, n. 14. Porto Alegre, 2000.

TABELIONATO FISCHER. Provimento nº 10/2019 da CGJ/RS institui a Central Notarial de Atos Eletrônicos no RS. Disponível em: <<https://www.tabelionatofischer.not.br/noticias/area-notarial/provimento-nordm-10201>

9-da-cgjr-institui-a-central-notarial-de-atos-eletronicos-no-rs>. Acesso em: 19 ago. 2022.

TEIXEIRA, Tarcisio. Curso de direito e processo eletrônico. 2 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Mediação e acesso à justiça. Salvador: JusPodivm, 2017.

UNIÃO INTERNACIONAL DE NOTÁRIOS. Princípios da Função Notarial. Disponível em: <<https://www.uinl.org/principios-de-la-funcion>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

VALÉRIO, Marco A. G. Atos notariais por meios eletrônicos: a quarentena trouxe o futuro aos cartórios e tabelionatos. Revista de Informação Legislativa. RIL, Brasília. DF. v. 58, n. 231, p. 201 - 211, jul./set. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p201>. Acesso em: 19 ago. 2022.

VASCONCELOS, Julenildo N.; CRUZ, Antônio A. R. Direito Notarial: Teoria e Prática. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 68.

AS NOVAS TECNOLOGIAS E A MANIPULAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Liton Lanes Pilau Sobrinho¹

Cleide Calgaro²

INTRODUÇÃO

O presente texto trata da criação de redes geradoras de comunicação que não passam por um filtro (do que é real ou irreal) acabam gerando crises, que são potencializadas pela manipulação da opinião pública e que, deixando de lado a soberania desta, através da utilização de robôs, potencializam sua generalização/viralização, realizada através do uso da inteligência artificial.

O método utilizado para o desenvolvimento do capítulo é o analítico tendo como base o estudo de doutrinas relacionadas com o tema proposto.

Inicialmente se busca uma análise das redes geradoras de opinião pública e suas principais características na sociedade atual. Posteriormente se faz um breve estudo sobre a inteligência artificial e a inserção das novas tecnologias na sociedade atual verificando-se o problema do que é real e irreal.

¹Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997).

² Doutora em Ciências Sociais, em Filosofia e em Direito. Pós-Doutora em Filosofia e em Direito. Atualmente é Professora da Graduação e Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - em Direito na Universidade de Caxias do Sul - UCS. É Líder do Grupo de Pesquisa "Metamorfose Jurídica". Membro do Comitê Assessor de Ciências Humanas e Sociais da FAPERGS: Membro Titular (2019-2022/2022-2024). Presidenta do Conselho Consultivo Internacional da Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia - Perú. Socióloga, Pedagoga e Psicanalista. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

Por fim entende-se que as novas tecnologias nos Estados devem a auxiliar a sociedade e não serem um mecanismo de controle e manipulação por parte das grandes corporações, haja vista o grande potencial que pode ser explorado das mesmas.

1. REDES GERADORAS DE OPINIÃO PÚBLICA NA SOCIEDADE

Na atualidade a sociedade é a comunicação. Ao constituir-se comunicacionalmente, o sistema social torna-se o cenário propício à difusão comunicativa. É de ser lembrado que os meios de massa fornecem determinada indicação seletiva daquilo que é relevante e daquilo que não o é para o sistema social, bifurcando assim as possibilidades de descrição mediante a diferença informação/não-informação, restando a opinião pública como um produto de meios de comunicação de massas constantemente empenhados em fornecer descrições da realidade.

Para Campilongo, "a sociedade pode ser examinada como uma rede de comunicações". Deste modo, "o que diferencia o sistema social dos demais sistemas é exatamente isso". Assim, "a operação típica da sociedade é a comunicação, entendida como ato de transmitir, receber e compreender a informação". Além do que, "a própria evolução sociocultural é exemplo da contínua transformação e ampliação das possibilidades de comunicação".³

Inicialmente, demonstra-se o rompimento para com a visão cartesiana-mecanicista até então dominante no cenário científico. A fragmentação e redução às partes como forma de explicação do todo deve necessariamente ceder espaço à consideração de um todo interligado e interdependente. O pensamento sistêmico, assim, passa a operar com o conceito de redes, de um todo interligado e harmonicamente operativo. Para Capra:

Na visão mecanicista, o mundo é uma coleção de objetos. Estes, naturalmente, interagem uns com os outros, e, portanto, há relações entre eles. Mas as relações são secundárias [...]. Na visão sistêmica, compreendemos que os próprios objetos são redes de relações, embutidas em

³ C. F. CAMPILONGO. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 162.

redes maiores. Para o pensador sistêmico, as relações são fundamentais. As fronteiras dos padrões discerníveis ("objetos") são secundárias [...].⁴

Essa pequena noção de interligação e interdependência sistêmica é de extrema importância à compreensão da formação e disseminação da opinião pública no meio social. As redes geradoras de opinião pública operam de forma integrada, restando sua causa e efeito resultado e requisito de operações comunicativas anteriores, bem como sua corporificação no meio social condição de possibilidade a operações posteriores, conforme já referido anteriormente. Dessa maneira, a comunicação é constantemente produzida com base em outras comunicações.

Toda a comunicação é dependente de comunicações anteriores. Para comprovar essa afirmação se pode trazer o fato ocorrido na África relacionado aos medicamentos destinados aos portadores de HIV: a decisão a favor da quebra de patentes de medicamentos⁵ teve repercussão mundial. Esse fato tornou por gerar um excedente comunicacional no âmbito do sistema social.

⁶ Os meios de comunicação de massas, diferenciados mediante a codificação informação/não-informação, potencializaram a comunicação referente ao tema, tornando por influenciar a construção da opinião pública no sentido favorável à decisão que autorizou a quebra de patentes. Ilustrativamente, a opinião pública gerada por essa decisão tornou por causar ressonâncias⁷ na sociedade, viabilizando construções peculiares a cada sistema social mediante sua autopoiese própria.

Os meios de comunicação de massas, por isso, atuam imediatamente enquanto viabilizadores de descrições da realidade social. Dessa maneira sobressai cristalino o poder

⁴ F. CAPRA. *A Teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1999. p. 47.

⁵ Sobre as violações de garantias fundamentais por grandes empresas farmacêuticas transnacionais ver G. TEUBNER, *Globalized Society – Fragmented Justice: Human Rights Violations by “Private” Transnational Actors*. In: M. ESCAMILLA; M. SAAVENDRA (Eds): *“Law and Justice in a global society”*. Granada: International association for philosophy of law and social philosophy, 2005.

⁶ Saliente-se a compreensão de sociedade enquanto um sistema global de comunicações, razão pela qual, em tempos de globalização, não é possível falar em unidades geograficamente delimitadas como fator de explicação de sociedades. Passa-se a falar da sociedade no lugar das sociedades. N. LUHMANN; R. DE GIORGI, *Teoría de la sociedad*. México: Universidad de Guadalajara/Univesidad Iberoamericana/ITESO, 1993. p. 69.

⁷ N. LUHMANN. *Ecological communication*. Chicago: The University of Chicago Press, 1989. p. 15-21.

operado pelos *media*, no sentido de construção/desconstrução de comunicações e, conseqüentemente, da realidade social. O processo da comunicação não está solto, e sim, inter-relacionado com outros meios, Para Nafarrate, “Os meios são precisamente isso: meios. Todo o peso da reflexão moderna sobre os meios de massa está centrado em uma crítica ao poder incontível e desumanizado ao homem”⁸. A realidade proposta aos meios de massas perpassa por uma crítica ao poder humano, assim, a “[...] comunicação em sua forma constitutiva primaria definida como código, como sistemas de diferenças – ou como se queira – não sente, não possui consciência, não valora, não discrimina; não é nem boa nem má para o ser humano, é simplesmente um fato cego”.⁹

Para a teoria luhmanniana, a sociedade é pura comunicação e toda a comunicação é sociedade, estando ambas completamente auto-ligadas. A comunicação não pode ser afetada por nada que exista fora dela, a sociedade é o universo de todas as comunicações possíveis. Por isso a comunicação é continuamente gerada em uma cadeia hermático-recursiva: comunicações produzem comunicações cuja existência somente é possível dentro dessa mesma rede.¹⁰

A partir destas disposições gerais da teoria sistêmica e da teoria da sociedade, há que dar-se o passo seguinte para se chegar à teoria dos meios de comunicação para as massas. A função dos *mass media* consiste, sobretudo, em dirigir a autoobservação do sistema da sociedade – com isto não se está indicando nenhum objeto específico, mas a maneira na qual o mundo é cortado mediante a diferença sistema (é dizer sociedade/ambiente). Se trata de uma observação universal, e não uma observação específica de um objeto.¹¹

⁸ J. T. NAFARRATE. In Memoriam. In: N. LUHMANN. *La realidad dos medios de masas*. México: Anthropos Editorial. 2000. p. X: “Los medios son precisamente eso: medios. Todo el peso de la reflexión moderna sobre los *mass media* está centrado en una crítica al poder incontenible y deshumanizado al hombre”

⁹ J. T. NAFARRATE. In Memoriam. In: N. LUHMANN. *La realidad dos medios de masas*. México: Anthropos Editorial. 2000. p. XII: “comunicación en su forma constitutiva primaria definida como código, como sistemas de diferencias – o como se queira – no siente, no posee conciencia, no valora, no discrimina; no es ni buena ni mala para el ser humano, es simplemente um suceso ciego”

¹⁰ N. LUHMANN. “The autopoiesis of social systems”. In: F. GEYER.; J. van der ZOUWEN (Eds.). *Sociocybernetic paradoxes: observation, control and evolution of self-steering systems*. London: Sage, 1986.

¹¹ N. LUHMANN. *La realidad dos medios de masas*. México: Anthropos Editorial. 2000. p. 39: “A partir de estas disposiciones generales de la Teoría de sistemas y de la Teoría de la sociedad, hay que dar el siguiente paso para arribar a la Teoría de los medios de comunicación para las masas. La función de los *mass media* consiste, por sobre todo, en dirigir la autoobservación del sistema de la sociedad – con esto no se está indicando ningún objeto específico, sino la manera en la que el mundo es cortado mediante la diferencia: sistema (es decir: sociedad/entorno). Se trata de una observación universal, y no una observación específica de un objeto.”

Este avanço da comunicação para os meios de massa não significa a observação de um só objeto, mas sim a demonstração das diferenças existentes no mundo, garantindo “a todos os sistemas funcionais uma aceitação social ampla, e aos indivíduos a garantia de um presente conhecido, do qual possam partir para selecionar um passado específico ou expectativas futuras referidas aos sistemas”¹². Percebe-se, na relação dos meios de massa com o tempo, que a “comunicação resolve em primeiro lugar um problema de tempo, e isto é válido para alguns meios de massa que operam sob pressão de aceleração. O problema é como se chega de uma comunicação a outra”¹³. A problemática proposta destaca o questionamento de como é feito o link das comunicações.

Cada comunicação trabalha com um código de recepção ou recusa, colocando o consenso em jogo, para que ela possa ser aceita ou não através da contradição. “Ao parecer, esta aplicação social dos meios de massa serve para entrelaçar permanentemente o passado com o futuro no marco das altas pretensões de redundância e variedade que exige a sociedade moderna, e que devem registrar de modo temporal”¹⁴. Observa-se que na sociedade moderna se está lidando com relações de passado/futuro distintas de uma dimensão temporal, que é permitida pela diferenciação e pelas clausuras operativas do sistema, que permitem seu fechamento e acoplamento. Assim, a função dos meios de massa é realizar na sociedade uma estrutura de bandas, ou seja, de reprodução e informação:

[...] estrutura dual entre prosseguimento da autopoiese viável e uma disposição aberta aos estímulos por parte da cognição. A preferência dos *mass media*, pelo valor de surpresa da informação, que ao ser publicada perde seu valor de informação, torna claro que a função dos meios de massas consiste na permanente produção e processamento dos estímulos – e não da difusão do conhecimento, nem sua socialização, nem a educação orientada a produzir conformidade com as normas.¹⁵

¹² N. LUHMANN. *Op. cit.*, p. 142: “a todos los sistemas funcionales una aceptación social amplia, y a los individuos les garantizan un presente conocido, del cual puedan partir para seleccionar un pasado específico o expectativas futuras referidas a los sistemas”.

¹³ N. LUHMANN. *Op. cit.*, p. 143: “comunicación resuelve en primer lugar un problema de tiempo, y esto es válido para unos *mass media* que operan bajo presión de aceleramiento. El problema es cómo se llega de una comunicación a la otra”

¹⁴ N. LUHMANN. *Op. cit.*, p. 146: “Al parecer, esta aplicación social de los *mass media* sirve para entrelazar permanentemente el pasado con el futuro en el marco de las altas pretensiones de redundancia y variedad que exige la sociedad moderna, y que se deben registrar en modo temporal”.

¹⁵ N. LUHMANN. *Op. cit.*, p.140: “[...] estructura dual entre prosecución de la autopoiesis viable y una disposición abierta a los estímulos por parte de la cognición. La preferència de los *mass media*, por el valor de sorpresa de la

Essa estrutura de bandas propostas por Luhmann pode ser entendida como um sistema dual (am – fm), no qual tem-se duas bandas em que permite-se que sejam conectadas de acordo com sua frequência. Essa estrutura produz a reprodução permanentemente, por meio do processamento de estímulos, e não sua socialização e educação de estabelecer uma resignação com as normas.

O fenômeno de autorreprodução só é possível em razão de que “a comunicação somente é levada a efeito ali onde a autoobservação, no ato de entender, distingue entre informação e ato de participar a comunicação. Sem esta distinção, a comunicação seria derrubada e os participantes se veriam constrangidos a perceber apenas comportamentos”.¹⁶ Essa relação vislumbra a diferença “entre ato de participar da comunicação e informação se ajusta exatamente à exigência de que o prosseguimento da comunicação não reste dependente de que a informação seja total e adequada”.¹⁷ Assim, há a exploração do mundo circundante pela comunicação, estabelecendo um patamar de (não)aceitabilidade com o entorno.

Por isso, “os meios de massas garantem a todos os sistemas funcionais uma aceitação social ampla, e aos indivíduos é garantido um presente conhecido, do qual possam partir para selecionar um passado específico ou expectativas futuras referidas aos sistemas”.¹⁸ Essa relação propõe a possibilidade de estabelecer expectativas em relação ao futuro, refutadas no próprio sistema, através do meios de massa, desde que haja uma aceitação social, sempre na relação passado/futuro, no sentido de reduzir sua complexidade.

información, que al ser publicada pierde su valor de información, hace claro que la función de los medios de masas consiste en la permanente producción y procesamiento de las estimulaciones – y no la difusión del conocimiento, ni su socialización, ni la educación orientada a producir conformidad con las normas”

¹⁶ N. LUHMANN. *Op. cit.*, p. 138: “la comunicación sólo se lleva a efecto allí donde la autoobservación, en el acto de entender, distingue entre información y acto de participar la comunicación. Sin esta distinción, la comunicación se derrumbaría y los participantes se verían constreñidos a percibir tan sólo comportamientos”.

¹⁷ N. LUHMANN. *Op. cit.*, p.138: “entre acto de participar la comunicación e información se ajusta exactamente a la exigencia de que la prosecución de la comunicación no se hace dependiente de que la información sea total y adecuada”.

¹⁸ N. LUHMANN. *Op. cit.*, p.142: “Los medios de masas garantizan a todos los sistemas funcionales una aceptación social amplia, y a los individuos les garantizan un presente conocido, del cual puedan partir para seleccionar un pasado específico o expectativas futuras referidas a los sistemas”.

Pode-se compreender que os meios de massa possuem um papel fundamental de conexão entre o passado e futuro, e que possibilitam a comunicação entre o sistema e entorno, com isso, gerando informação e, como consequência, opinião pública. Isso torna por gerar um excedente comunicacional pelo qual a sociedade obriga-se à realização de (auto)observações e (auto)descrições. Em suma,

A sociedade atual conhece a si própria através dos meios de comunicação de massa. Sua representação e sua operação dão-se sempre no presente. Os meios de comunicação tornam possível essa condição operativa da sociedade. Também tornam visível a simultaneidade de todas as operações que se realizam nos sistemas sociais da sociedade.¹⁹

A opinião pública, nesse sentido, é constantemente gerada e reformulada no ritmo em que os meios de massas proporcionam. A comunicação é propagada com uma velocidade avassaladora, restando a opinião pública em um contínuo movimento autopoietico. Por isso pode-se compreender que a própria sociedade, enquanto rede/sistema autopoietico comunicativo, alimenta os meios de comunicação de massas à constante construção da realidade social, sendo esta realidade refletida na opinião pública e pela opinião pública.

Ao possibilitar observações de segunda ordem no âmbito da sociedade, a opinião pública concorre para a mudança social. Através da constante (re)construção promovida pela operação de observar o observador, sobressai cristalino o posicionamento da opinião pública no sentido de pressionar o Estado. A construção da realidade pelos meios de massas opera uma seletividade comunicativa, onde subsistem apenas aquelas comunicações de relevância ao sistema, causando ressonâncias e perturbações que a sociedade deve abarcar.

Desta forma, denota-se que a comunicação e a opinião pública necessariamente são fenômenos cuja manutenção de seu poder é dependente de redes de conexão. Nesse passo, as relações são cada vez mais o elo necessário para a manutenção das possibilidades de geração de comunicações no sistema social. Por isso a interligação comunicativa e a necessidade de estabelecimento de relações são elementos fundamentais para o desenvolvimento social. Eis que,

Quanto mais um regime político, uma cultura, uma forma econômica ou um estilo de organização tem afinidade com a densificação das interconexões tanto mais sobreviverá

¹⁹ R. DE GIORGI. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 38-39.

e se difundirá na envolvente contemporânea. A melhor maneira de se desenvolver uma colectividade já não é erguer, manter ou estender fronteiras, mas alimentar a abundância e melhorar a qualidade das relações no seu próprio seio com os outros colectivos.²⁰

Pode-se dizer que todo e qualquer acontecimento comunicativo ocorre dentro da sociedade: apenas o sistema social possui capacidade de distinção das diversas comunicações mediante codificações próprias (sim/não). A diferenciação sistema/entorno mostra-se de extrema importância à compreensão da opinião pública, eis que toda comunicação, verse ela sobre o sistema, verse sobre o entorno, apenas é passível de existência no âmbito interno do sistema.

Os meios de comunicação operam mediante a distinção informação/não-informação. Ao passo em que o direito opera com conteúdos bifurcados em legal/ilegal, a política mediante a forma governo/oposição, etc. à comunicação interessa apenas aqueles enunciados com conteúdo informativo, pouco importando a legalidade, o valor econômico, a valoração política, o conteúdo educativo, etc. A informação é o elemento constituinte dos meios de comunicação, razão pela qual é projetada a realidade social mediante a possibilidade de observações de segunda ordem a serem operadas via opinião pública.

Por causa disto, depreende-se que a sociedade, através dos meios de comunicação, é uma imensa rede geradora de opinião pública: a comunicação constantemente selecionada é, repita-se, causa e efeito da constituição da realidade social. Nesse sentido todos os meios aptos à propagação da comunicação, como os meios de massas, os meios de comunicação simbolicamente generalizados,²¹ etc. operam distinções diante da rede comunicativa da sociedade, em um constante empenho em observar, descrever, construir e desconstruir a realidade social.

²⁰ P. LÉVY. *Filosofia World. O mercado, o ciberespaço e a consciência*. Lisboa: Piaget, 2001. p. 28.

²¹ N. LUHMANN. *Poder*. Brasília: UNB, 1985. p. 8: "O pressuposto primeiro e mais importante é que os processos de comunicação dirigidos pelos meios inter-relacionam os parceiros, que efetuam ambas operações seletivas próprias, tendo conhecimento simultâneo um do outro. Nós falaremos em Alter e em Ego. Todos os meios de comunicação pressupõem situações sociais com possibilidade de escolha para ambas as partes, situações, pois, com seletividade duplamente contingente. É justamente isto que lhes empresta a função de dirigir os processos de transmissão de seleções, em sua seletividade, do Alter para o Ego. Neste sentido, o problema inicial de todos os meios de comunicação generalizados simbolicamente é idêntico; para o poder vale, por conseguinte, tanto quanto para o amor ou para a verdade. Em todo caso, a comunicação que tem influência cada vez maior se relaciona sempre a um parceiro que deve ser dirigido em suas seleções."

Diante da globalização, a opinião pública por vezes não é respeitada, havendo a prevalência de interesses transnacionais ou de grandes conglomerados econômicos. Neste aspecto pode-se retomar o exemplo acerca da quebra de patentes de medicamentos anteriormente referido: foi considerada possível a quebra de patentes de medicamentos para tratamento em casos de HIV, todavia, tal quebra encontrou restrições no sentido da impossibilidade de comércio internacional de tais fármacos. Nesse caso a opinião pública é mascarada, viabiliza o resultado almejado, todavia com determinadas condições impostas pelo mercado capitalista globalizado.

Ao passo em que a opinião pública é constantemente gerada pelos meios de massas (e assim pela própria sociedade), sofre constantes interferências no que tange à sua efetividade. Por ser improvável,²² a comunicação constituinte da opinião pública é problematizada justamente em virtude de decisões supranacionais, cujo resultado reflete de maneira direta na autopoiese sistêmica.

Faz-se necessária uma mudança de paradigma, no sentido de maior efetividade da opinião pública. A seleção comunicativa promovida pelos meios de massas deve amoldar-se aos anseios de uma sociedade em constante mudança, restando a constituição da opinião pública reflexo de um ambiente democrático e, necessariamente, expoente da soberania popular. A opinião pública, então, deve-se revestir-se soberana, como filtro seletivo fundado na vontade geral, de modo a que os sistemas, mediante as ressonâncias sofridas, assimilem e construam continuamente novas realidades. Deste modo, a seguir se analisa os paradoxos que existem na utilização da inteligência artificial e a manipulação de informações.

2. A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A MANIPULAÇÃO DE INFORMAÇÕES

O uso da inteligência artificial faz com que se criem outras condições de possibilidades, as quais são estabelecidas pela manipulação da informação ou não, como um novo elemento para a comunicação. “A inteligência artificial é uma tecnologia que fica a meio caminho entre a ciência

²² N. LUHMANN. *A improbabilidade da comunicação*. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001. p. 41-44.

e a arte. Seu objetivo é construir máquinas que, ao resolver problemas, pareçam pensar”²³. Esse avanço da ciência tem como marco originário a máquina de von Kempelen, que:

[...] era uma forma primitiva (e talvez patética!) de inteligência artificial e não apenas um truque, afinal, não deixava de ser uma tentativa de construir uma máquina pensante. Mas, que coisa curiosa! Um dos primeiros dispositivos para jogar xadrez de que se tem notícia foi um humano que imitava uma máquina, quando se esperava justamente o inverso. [...]. Só nos séculos seguintes é que começaram a aparecer máquinas de jogar xadrez que tentavam imitar os humanos, ou seja, o segundo modo. Na metade do século XX – quando surgiram os computadores digitais e, com eles, a inteligência artificial propriamente dita – apareceram os primeiros programas de computador capazes de “raciocinar”.²⁴

Somente no final do século XX, com a criação dos computadores digitais é que os softwares começaram a ser desenvolvidos com a possibilidade de raciocínio, ao qual Teixeira afirma que:

Nas décadas de 1980 e parte da década de 1990, a inteligência artificial seria ofuscada pela neurociência, que estava tomando a dianteira nos estudos da mente. Computadores não seriam modelos da mente humana, mas apenas ferramentas a partir das quais a neurociência podia cada vez mais investigar o cérebro. Mas, no fim do século XX e no começo do novo século, a inteligência artificial reaparece com nova força. Pesquisas na área de robótica começam a ganhar destaque, rapidamente superando esse insucesso temporário.²⁵

Observa-se, assim, que houve um forte investimento para o desenvolvimento de uma nova tecnologia de informação, ao qual a máquina (hardware) e o desenvolvimento de programas de computador (software) ganham importância e relevância ao serem desenvolvidos em laboratórios, como ocorrerá nos Estados Unidos-EUA. Nesse sentido, o mesmo autor explica que:

O laboratório de inteligência artificial do MIT, nos Estados Unidos, inicia o projeto COG. Esse projeto, que ainda não está concluído, traz grandes inovações. A ideia é construir um robô com forma humana, pois isso facilitará sua convivência conosco. Os engenheiros do COG não apostam na possibilidade de prever todos os eventos e situações pelos quais ele vai passar e que serviriam de base para elaborar um programa que a inteligência artificial reaparece com nova força. Pesquisas na área de robótica começam a ganhar destaque, rapidamente superando esse insucesso temporário. O laboratório de inteligência artificial do MIT, nos Estados Unidos, inicia o projeto COG. Esse projeto, que ainda não está concluído, traz grandes inovações. A ideia é construir um robô com forma

23 J. de F. TEIXEIRA. *Inteligência artificial: uma odisseia da mente*. São Paulo: Paulos, 2013. p. 11.

24 J. de F. TEIXEIRA. *Op. cit.*, p. 14-16.

25 J. de F. TEIXEIRA. *Op. cit.*, p. 47.

humana, pois isso facilitará sua convivência conosco. Os engenheiros do COG não apostam na possibilidade de prever todos os eventos e situações pelos quais ele vai passar e que serviriam de base para elaborar um programa que estaria no seu “cérebro” como algo “inato”. Eles apostam na ideia de que o COG adquirirá conhecimento à medida que for interagindo com seu ambiente e com seres humanos, da mesma maneira que uma criança vai aprendendo aos poucos.²⁶

Grandes avanços foram conquistados através dessas pesquisas desenvolvidas no âmbito do MIT, nos Estados Unidos. Porém, o grande paradoxo estabelecido pelo uso das novas tecnologias paira na exata medida da utilização humana, que muitas vezes não as utilizam para o bem da humanidade. Em seu processo de evolução, a inteligência artificial perpassa por profundas transformações:

Nas décadas de 1960 e 1970, predominou a inteligência artificial simbólica, a primeira onda da IA. Naquela época, achava-se que a inteligência humana estava ligada a duas características: a capacidade de manipular símbolos e a memória. O homem produz símbolos e tem uma poderosa memória. Os outros animais não. É aí que reside a inteligência humana. Portanto, um dispositivo qualquer, para simular símbolos e ter memória, não precisava ter a mesma composição biológica e química do cérebro humano. Uma máquina poderia fazer isso se apenas emulasse as funções do cérebro. [...] Essa operação de manipulação simbólica pode ser descrita através de um programa de computador. A mente é um programa computacional: sua replicação depende da descoberta de um programa adequado que permita simulá-la. Se entendermos como esse programa funciona, compreenderemos como funcionam a mente e a inteligência. Foi a partir dessas ideias que os pesquisadores da IA, nos anos 1970, concentraram seus esforços no aperfeiçoamento de softwares inteligentes. [...] Mente e cérebro são diferentes – embora ambos pertençam ao mundo material (sons e peças) – da mesma maneira que software é diferente de hardware. A mente é o software do cérebro. Essa era a filosofia dos pesquisadores da IA nas **décadas de 1960 e 1970**.²⁷

No mesmo sentido, o autor diz que a consagração da IA simbólica deu-se por meio dos “sistemas especialistas”, os quais resolvem problemas ligados a grandes bancos de memória, que é onde fica guardado o conhecimento humano relacionado à alguma área ou disciplina. Essa ligação faz com que tal sistema especialista possa responder a questionamentos, dar conselhos aos que não entendem do assunto, auxiliar aos especialistas humanos, bem como em questões

²⁶ J. de F. TEIXEIRA. *Op. cit.*, p. 48-49.

²⁷ J. de F. TEIXEIRA. *Op. cit.*, p. 71-72.

de ensino relacionados a determinada área ou disciplina.²⁸ Além disso, o autor segue afirmando que:

[...] A terceira onda da IA, ainda no século XX, foi a robótica. Ela teve um grande desenvolvimento a partir dos anos 1990 no laboratório de inteligência artificial do MIT. Havia um grupo de pesquisadores que estava preocupado em criar máquinas que se locomovessem e interagissem com o meio ambiente, sem que fossem inteiramente pré-programadas, algo bem diferente do que se dispunha. A terceira onda da IA, ainda no século XX, foi a robótica. Ela teve um grande desenvolvimento a partir dos anos 1990 no laboratório de inteligência artificial do MIT.²⁹

Por conseguinte, os processos de avanços tecnológicos permitem ao ser humano a utilização de outras formas de comunicação e interpretações que antes eram dádivas da criação divina. A evolução tecnológica traz novas formas, ou seja, novas possibilidades jamais pensadas, onde as máquinas aprendem e criam uma memória que lhes possibilita a tomada de decisões, onde a sua utilização sem um mínimo de cuidado e limite pode causar um risco muito grande à sociedade, principalmente quando a informação pode ser manipulada. Sobre isso, Peirano que demonstra que:

En un mundo eternamente cambiante e incomprensible, las masas han llegado hasta el punto de que podrían, al mismo tiempo, creer todo o nada, pensar que todo era posible y que nada era verdad... Los líderes de masas totalitarios basaban su propaganda en la correcta premisa psicológica de que, en esas condiciones, uno podía hacer que la gente creyera la declaración más fantástica un día, y saber que si al día siguiente les dieran la prueba irrefutable de su falsedad, encontrarían refugio en el cinismo. En lugar de abandonar a los líderes que les habían mentado, clamarían que supieron en todo momento que la declaración era mentira y admirarían a los líderes por su agudeza táctica superior.³⁰

Deve-se ter muito cuidado na utilização dessas novas técnicas, possibilitadas pelo advento da revolução tecnológica, principalmente por meio da robótica. Nesse contexto, Teixeira diz que:

A robótica, além da GOFAI, tornou-se o outro movimento forte na IA do século XXI. Robôs são máquinas que não apenas pensam, mas que também agem. A ideia geral da robótica é a de que não haveria inteligência sem corpo. Há quem acredite que a robótica e a GOFAI são movimentos opostos, pois quem defende a GOFAI acha que a inteligência não precisa de um corpo. Mas isso ainda não foi resolvido. Há robôs que não têm corpo

²⁸ J. de F. TEIXEIRA. *Op. cit.*, 2013. p. 74.

²⁹ J. de F. TEIXEIRA. *Op. cit.*, p. 84.

³⁰ M. PEIRANO. *El enemigo conoce el sistema. Manipulación de ideas, personas e influencias después de la Economía de la atención.* Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial. p. 538-539.

e outros que só têm corpos virtuais. Por exemplo, chamamos de robôs algumas ferramentas de busca de dados (web bots ou knowbots) na internet, que certamente não têm corpo. Robôs que só têm corpos virtuais são avatares, que encontramos em salas de bate-papo ou mesmo na TV³¹.

Essa dialética estabelecida pela robótica, de que há robôs com corpo e sem corpo, traz como novidade cada vez mais presentes em nossas vidas as transformações que são tomadas por robôs no processo de manipulação e difusão de informações dentro da internet e redes sociais, que podem ser manipuladas por hackers³².

Os ataques que são realizados pelos robôs, por meio da inteligência artificial, fazem com que ocorra principalmente o uso das informações em uma dicotomia do uso verdade/mentira, que fazem com que se altere a realidade dos fatos por um processo de repetição e disseminação da mentira/verdade que rondam as redes sociais, como um novo ódio à democracia, as quais em sua maioria são notícias caracterizadas como FAKE NEWS³³. Nessa direção, pode-se observar o que é estabelecido no âmbito da utilização das redes sociais, segundo Mounk:

³¹ J. de F. TEIXEIRA. *Op. cit.*, p. 142.

³² B. BUCHANAN. "The hacker and the state. Cyber Attacks and the New Normal of Geopolitics". Cambridge, Massachusetts, and London, England. 2020. p. 576. Tradução livre: "Além das perdas corporativas, o NotPetya foi significativo por vários motivos. Serviu como um lembrete da potência dos hackers do governo russo e da agressividade do estado russo. Era mais uma ilustração de como empresas e indivíduos comuns podem se encontrar na linha de frente de operações cibernéticas com motivação geopolítica. E prenunciou o que poderia vir a seguir: ataques cibernéticos cada vez mais poderosos e autônomos, nos quais hackers carregam equivalentes digitais de foguetes não guiados, apontam em uma direção geral, acendem os fusíveis e observam para ver que danos imprevisíveis, mas graves, resultam."

Beyond the corporate losses, NotPetya was significant for a number of reasons. It served as a reminder of the potency of Russian government hackers and the aggressiveness of the Russian state. It was yet another illustration of how ordinary businesses and individuals can find themselves on the front lines of geopolitically motivated cyber operations. And it foreshadowed what might come next: increasingly powerful and autonomous cyber attacks, in which hackers load digital equivalents of unguided rockets, aim in a general direction, light the fuses, and watch to see what unpredictable but serious damage results.

³³ J. RANCIÈRE. *O Ódio à democracia*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: BOITEMPO, 2014. p. 259-262.

Em certo sentido, portanto, o novo ódio à democracia é apenas uma das formas da confusão que afeta o termo. Ele duplica a confusão consensual, fazendo da palavra "democracia" um operador ideológico que despolitiza as questões da vida pública para transformá-las em "fenômenos de sociedade", ao mesmo tempo que nega as formas de dominação que estruturam a sociedade. Ele mascara a dominação das oligarquias estatais identificando a democracia com uma forma de sociedade e a das oligarquias econômicas assimilando seu império aos apetites dos "indivíduos democráticos". Assim, pode atribuir circunspecta mente os fenômenos de agravamento da desigualdade ao triunfo funesto e irreversível da "igualdade de condições" e oferecer à empreitada oligárquica seu ponto de honra ideológico: é necessário lutar contra a democracia, porque a democracia é o totalitarismo.

As mídias sociais atenuaram essa última limitação. No Facebook e no Twitter, o post criado por qualquer usuário pode ser rapidamente retransmitido por alguém com quem esse usuário está conectado. Se o conteúdo criado for suficientemente novo ou interessante, até mesmo alguém com poucos contatos é capaz de alcançar um público amplo em questão de minutos. Ao criar uma rede de usuários difusa na qual todo mundo se comunica entre si, as mídias sociais alteraram a dinâmica de distribuição. Há um motivo para “meme” ou “viral” serem termos novos em nosso vocabulário cotidiano: eles só poderiam assumir a importância que têm hoje num mundo em que qualquer um consegue capturar a imaginação de um punhado de pessoas semelhantes, que então compartilham o que pensam com o público mais global. Outro modo de argumentar seria dizer que, graças ao surgimento das mídias sociais, a comunicação um-para-muitos hoje passou a ser “comunicação muitos-para-muitos”. E talvez a característica mais significativa da comunicação muitos-para-muitos seja que os maiores atores nesse jogo perderam grande parte de sua capacidade de controlar a disseminação de ideias ou mensagens que repercutem entre pessoas comuns³⁴.

Portanto uma mudança de paradigma, já que a sociedade está de certo modo enredada pelo uso indevido de notícias falsas, as conhecidas *Fake News*, onde não se busca a verdade real, mas a mentira repetitiva, fazendo com que se torne uma “verdade-mentira”. A sociedade está sendo dominada pela vigilância, quer seja a privada - das grandes corporações -, ou dos Estados.

A população encontra-se, hoje, em uma sociedade altamente vigiada, onde as pessoas tem a sua privacidade invadida através de um panóptico digital e que com o advento da inteligência artificial a informação acaba potencializada e manipulada. Assim, verifica-se a necessidade de impor limites a essas novas formas de comunicação, tendo em vista que as pessoas acabam se transformando em verdadeiros refém virtuais.

Mas a confusão não é apenas um uso ilegítimo de palavras que basta corrigir. Se as palavras servem para confundir as coisas, é porque a batalha a respeito das palavras é indissociável da batalha a respeito das coisas. A palavra democracia não foi inventada por um acadêmico preocupado em distinguir por meio de critérios objetivos as formas de governos e os tipos de sociedades. Ao contrário, foi inventada como termo de indistinção, para afirmar que o poder de uma assembleia de homens iguais só podia ser a confusão de uma turba informe e barulhenta, que equivalia dentro da ordem social ao que é o caos dentro da ordem da natureza. Entender o que democracia significa é entender a batalha que se trava nessa palavra: não simplesmente o tom de raiva ou desprezo que pode afetá-la, mas, mais profundamente, os deslocamentos e as inversões de sentido que ela autoriza ou que podemos nos autorizar a seu respeito

³⁴ Y. MOUNK. *O povo contra a democracia*. Liberdade corre perigo e como salvá-lo. Tradução de Débora Landsberg e Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 433-435.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: NECESSIDADE DE MUDANÇAS

O presente texto nos fez refletir sobre as mudanças ocorridas na sociedade atual, através da utilização das novas tecnologias e seus impactos que acabou despertando verdadeiras necessidades e desejos pelo advento virtual. Diante disso, ocorreram profundas transformações à comunicação, fazendo com que as formas tradicionais dos meios de comunicação fossem alteradas de maneira abrupta e trazendo consequências imprevisíveis por meio da diferenciação entre o mundo real e o mundo virtual.

Assim, o processo de difusão da comunicação foi potencializado pela via da utilização do advento virtual, onde a informação é levada não somente pelos meios tradicionais, mas através da internet, das redes sociais. Com tudo isso, deixou-se de verificar a fonte da informação, potencializando a manipulação da opinião pública. Há uma necessidade, então, de estabelecer limites à liberdade do virtual, pois não se consegue mais viver no anonimato e cada vez mais as pessoas se tornam celebridades de si mesmas.

A tecnologia deve ser pensada para o auxílio da humanidade e não para a sua escravização. Por isso é preciso que se reflita sobre a importância das novas tecnologias e como a mesma pode auxiliar a soberania estatal, contudo, não deve ser um mecanismo de manipulação e controle da população, haja vista que utilizar a mesma para inserir verdades/mentiras na sociedade é um problema. Problema esse que reflete a instabilidade de uma sociedade, porque não se sabe “em que” e “em quem” confiar. A tecnologia deve ser um caminho para beneficiar a vida dos cidadãos nas sociedades estatais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

B. BUCHANAM. “The hacker and the state. Cyber Attacks and the New Normal of Geopolitics”. Cambridge, Massachusetts, and London, England. 2020.

C. F. CAMPILONGO. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

F. CAPRA. *A Teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1999.

J. de F. TEIXEIRA. Inteligência artificial: uma odisseia da mente. São Paulo: Paulos, 2013.

J. RANCIÈRE. *O Ódio à democracia*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: BOITEMPO, 2014.

J. T. NAFARRATE. In Memoriam. In: N. LUHMANN. *La realidad dos medios de masas*. México: Anthropos Editorial. 2000.

M. PEIRANO. *El enemigo conoce el sistema*. Manipulación de ideas, personas e influencias después de la Economía de la atención. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial.

N. LUHMANN. "The autopoiesis of social systems". In: F. GEYER.; J. van der ZOUWEN (Eds.). *Sociocybernetic paradoxes: observation, control and evolution of self-steering systems*. London: Sage, 1986.

N. LUHMANN. *A improbabilidade da comunicação*. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001.

N. LUHMANN. *La realidad dos medios de masas*. México: Anthropos Editorial. 2000.

P. LÉVY. Filosofia World. O mercado, o ciberespaço e a consciência. Lisboa: Piaget, 2001.

R. DE GIORGI. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

TEUBNER,. *Globalized Society – Fragmented Justice: Human Rights Violations by "Private" Transnational Actors*. In: M. ESCAMILLA; M. SAAVENDRA (Eds): "Law and Justice in a global society". Granada: International association for philosophy of law end social philosophy, 2005.

Y. MOUNK. *O povo contra a democracia*. Liberdade corre perigo e como salvá-lo. Tradução de Débora Landsberg e Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ESTUDO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ANÁLISE, CONCEITOS E DIVERGÊNCIAS

Alice Benvegnú¹

Aline Hoffmann²

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca fazer uma abordagem sobre o ativismo judicial, judicialização e o controle de constitucionalidade, buscando mostrar alguns aspectos do seu desenvolvimento, diferenciação e análise crítica de alguns especialistas no assunto. Mostrar também que esse assunto não é somente polêmica no Brasil mas em tribunais estrangeiros.

No Brasil o assunto se intensificou após a Constituição Federal de 1988 e as críticas vem da análise da intervenção da Corte de forma divergente, pois alguns entendem e veem de forma positiva, já outros criticam a forma atuante e às vezes ativista de suas decisões e modulações de efeitos, vendo como negativo seus efeitos.

O Supremo Tribunal Federal tem atingido um papel ativo na vida institucional brasileira, dando um destaque para o ano de 2008, quando foi ainda mais atuante nas decisões e teve maior efetividade consequentemente. Desse modo, o assunto é delicado e se faz necessário tratá-lo

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo (2022). Especialista em Direito de Família e Sucessões com capacitação para Ensino no Magistério Superior pela Faculdade Ibmecc São Paulo (2021). Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2019). Membro do grupo de pesquisa Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade do PPGD Direito, Linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, com ênfase em ciências criminais, gênero, relações de poder, diversidade e direitos humanos. E-mail: alicebenvegnu@hotmail.com

² Mestranda em Direito pela Universidade de Alicante - UA - Espanha (2022) Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo - RS. (2022) Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo - RS (UPF 2021). Graduada em Pedagogia pela Universidade de Passo Fundo - RS (UPF 2009). Especialista em Orientação Educacional pela Universidade de Passo Fundo - RS (UPF 2014). Integrante e pesquisadora do Grupo de Pesquisa da Universidade de Passo Fundo - RS - UPF da Faculdade de Direito - Programa de Pós Graduação e Mestrado em Direito "Jurisdição Constitucional e Democracia". E-mail: 70329@upf.br

com cuidado para ter-se mais discernimento e entendimento, por isso a importância de analisar posicionamentos de diferentes constitucionalistas que são especialistas no assunto.

É notório que esse tema não vem sendo somente preocupação no judiciário brasileiro, pois diversos países vêm discutindo sobre o assunto, tendo suas Cortes também atuando de forma eficaz com extensão no campo político, social, mas de fato que no Brasil é excepcional pois há um número bem maior de decisões.

Pode-se dizer que diante de tais controvérsias o saldo ainda é positivo, pois há de se considerar que 11 pessoas especialistas no assunto, determinadas a decidir de forma justa questões nacionais e obviamente com transparência é uma peça chave para que se atinja equidade e consequentemente ganhos para a democracia.

1. ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial embora pareça, não é recente. No Brasil pode-se imaginar que sim, pois foi conhecido após a Constituição Federal de 1988, mas a expressão nasceu muito anteriormente a essa data, e foi nos Estados Unidos que houve a introdução desde o século XX. A Corte vem, aumentando seus poderes normativos em face dos demais atores, e isso em função das grandes transformações institucionais, políticas, e também as sociais que gradualmente se seguiram ao marco constitucional de 1988.

Na decisão da Suprema Corte americana, que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal *"due process of law"*, assim vejamos

[...] a Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros, alegando ser *"irrazoável"*, desnecessária e arbitrária tal limitação à liberdade individual de contratar. Além de representar aquilo que veio a ser chamado de *"Era Lochner"* (1897– 1937), na qual as intervenções estatais no domínio econômico foram continuamente invalidadas pela Suprema Corte dos EUA, pode ser considerado também um dos primeiros casos de flagrante ativismo judicial exercido por aquela Corte.³

³ TEIXEIRA, Vichinkeski Anderson. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 8. p. 037-058. Jan/Jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MvVfz4MsrCShHytnrQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 jan. 2023.

Na matéria da revista Fortune intitulada The Supreme Court no ano de 1947, o termo "*judicial activism*" se tornou popularmente conhecido no mundo jurídico e na política, o historiador, Arthur Schlesinger Jr, chamou os ativistas judiciais de juízes "*Hugo black*" e alguns juízes foram rotulados como campeões do autocomedimento, por entenderem assim que o judiciário não deve ir além das barreiras do sistema dos estados Unidos, esse texto torna-se famoso, pois o autor acaba que rotulando os juízes da Suprema Corte de, "ativistas judiciais" e "campeões do autocomedimento", ele aproxima características a esses grupos, mas acaba que não fica claro qual a melhor conduta a ser seguida de fato.⁴

O autor ainda fala sobre os conflitos internos que o ativismo judicial acaba produzindo, observemos

Juízes não eleitos vs. leis democraticamente aprovadas; Decisões orientadas politicamente vs. decisões orientadas juridicamente; Uso criativo do precedente vs. uso estrito do precedente; Supremacia da vontade popular vs. direitos humanos; Política vs. Direito.⁵

O autor Schlesinger apresentou o termo "ativismo judicial" exatamente como o oposto à "autorrestrrição judicial", para ele, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, "mesmo que, custasse à correção judicial dos erros do legislador".⁶

Um fato importante da época, em 1950 é que o ativismo judicial foi sendo incorporado por muitos juízes, e foi muito importante pois foi um papel fundamental na defesa e garantia dos

⁴ TEIXEIRA, Vichinkeski Anderson. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol. 8. p. 037-058. Jan/Jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/jj/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 jan. 2023.

⁵ TEIXEIRA, Vichinkeski Anderson. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol. 8. p. 037-058. Jan/Jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/jj/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 jan. 2023.

⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. N. 60, abr./jun. 2016. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf. Acesso em: 08 jan. 2023.

direitos das minorias, devido a isso houve o surgimento de várias ações no combate às desigualdades sociais e muitas formas de discriminação, um grande ponto significativo e positivo.

Fazendo, uma análise literal do texto clássico, de Montesquieu, (*Do Espírito das Leis*), poder-se-ia dizer que o ativismo judicial, na medida em que implica a criação de normas jurídicas, ainda que somente para a solução de casos concreto, ele configura procedimento vedado à magistratura, qual seja, invasão de competência própria do Legislativo. Uma reflexão mais burilada, no entanto, acabará corroborando certo incremento dessa criatividade, inclusive nos sistemas jurídicos de tradição continental, chegando mesmo a evidenciar que essa suposta usurpação de poder se mostra indispensável para realizar a Constituição e tornar efetiva a defesa dos direitos fundamentais contra eventuais agressões do legislador.⁷

Quando aponta-se sobre o ativismo judicial, percebe-se que o vocábulo é aplicado como uma maneira de julgar as instituições e agentes judiciais nas democracias contemporâneas. Nesse sentido, com o qual se coloca a contrariedade do papel apropriado do Poder Judiciário, o modelo de decisão judicial e o comportamento dos juízes. O ativismo judicial, traz a liberdade de julgamento aos juízes na tomada de decisões, sendo assim, esse livre arbítrio se dá no espaço aberto entre os quadros normativos e os fatos de uma situação sob julgamento.

Para o especialista no assunto o constitucionalista Ministro Luís Roberto Barroso, que trata o ativismo judicial não como uma problemática, mas como a interpretação da Constituição Federal, a ideia de ativismo judicial tem um vínculo e uma vasta participação e intensa do Judiciário na materialização dos valores e fins constitucionais, com maior intervenção no espaço de atuação dos outros dois Poderes, isto é, o Ativismo Judicial pode ser definido, de uma forma mais simples, como atividade de um magistrado ou tribunal que exceda a sua responsabilidade, passando deste modo a fazer as vezes do legislador no julgamento de um caso concreto.⁸

⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**. v. 5, Número Especial, 2015 p. 8. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3157>. Acesso em: 05 jan. 2023.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 25. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 12 jan. 2023.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁹

Para o autor, o ativismo judicial acaba que se expandindo, quando os outros poderes se retraem, tendo um ponto favorável, atende as demandas sociais que as outras instâncias acabam não conseguindo alcançar, e ao mesmo tempo tem aspectos negativos como a revelação das instituições constitucionalmente competentes não funcionam adequadamente, pois quando o legislativo retrai não existe democracia, pois o mesmo deve estar atuante sempre.

O constitucionalismo no Brasil é caracterizado pelo papel significativo que o Judiciário tem na definição de controvérsias sociais e políticas, portanto é importante salientar que a atuação dos juízes e dos tribunais passa a ser compreendida de dois modos: como judicialização da política ou ativismo judicial. Para entender esse fenômeno complexo que envolve a articulação entre os três Poderes, uma das importantes considerações a ser feita é estabelecer critérios que sejam capazes de distinguir essa dúbia faceta que se visualiza na mais intensa interferência do Judiciário na sociedade contemporânea.¹⁰

Para entender o ativismo judicial, precisa-se da compreensão sobre a judicialização, que Barroso sabe explicar bem a diferenciação de ambos, de maneira mais didática, embora muito próximos, pois a judicialização é um fato que desenrola-se do modelo constitucional que se adotou. A judicialização representa a transferência do poder político para o judiciário, é o fato ao contrário do ativismo judicial, que é a atitude, isto é, quando há uma lacuna dos outros poderes o judiciário aplica situações que não estão previstas em lei.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 25. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 12 jan. 2023.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 12 dez. 2022.

O jurista Lenio Luiz Streck, explica também que,

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado [...]¹¹

Acentua-se sobre a polêmica do ativismo judicial, o mesmo gera divergências no meio jurídico, pois nas decisões que são consideradas ativistas por alguns críticos essas decisões corretas e sem interferência do judiciário, diante disso, dentro do referido estudo importante reforçar outro posicionamento, que diverge do Ministro Barroso, como o do jurista e ex Procurador da República, Daniel Sarmento, que leciona sobre o assunto

(...) cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo. A principal matéria-prima dos estudos que se identificam com o neoconstitucionalismo relaciona-se às mudanças da cultura jurídica acima descritas. Em que pese a heterogeneidade dos posicionamentos filosóficos dos autores que se filiam a esta linha, não me parece uma simplificação exagerada dizer que os seus principais pontos de convergência são o reconhecimento destas mudanças e a sua defesa¹²

Percebe-se que, o autor vê o ativismo judicial de forma totalmente negativa, como um “Governo dos Juízes”.

De maneira mais assídua, e não menos importante o assunto ativismo judicial não é visto com bons olhos para outros juristas importantes. Na visão de Lenio Luiz Streck, ele determina como ativista qualquer decisão que não possa ser repetida em casos análogos. Desse modo, por trazer um limite mais próximo da norma, cria um universo muito mais vasto de decisões que se enquadram como ativistas, Streck destaca que, inúmeras decisões recentes da Corte

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589

¹² SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**: Riscos e possibilidades. In *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 7.

Constitucional podem ser consideradas ativistas, exatamente por não poderem ser repetidas em situações similares¹³.

É fato e notório que as constituições em muitos países só fortaleceram não somente a democracia mas o próprio Poder Judiciário e das Cortes Superiores, e o ativismo judicial foi automaticamente introduzido pelos constitucionalistas.

O judiciário tem uma postura ativista em muitos casos concretos, um exemplo, a fidelidade partidária, vejamos

[...] o STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa¹⁴

O ativismo judicial é uma posição praticada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições, a sua definição vem da reflexão de estabelecida postura assumida pelo magistrado na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Contudo, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em contemplar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, mostra-se como implacável.

Na visão do magistrado e antropólogo, Antoine Garapon, a atuação jurisdicional é acentuada de tal forma que os juízes passam a ser considerados como “últimos ocupantes de uma função de autoridade, como se fosse paternale abandonada por seus antigos titulares”.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. “O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?”. Consultor Jurídico, 07 de janeiro de 2016. Seção “Senso Incomum”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: 08 dez. 2022

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**. Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, j an./dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 dez. 2022.

Assim, para o autor, à noção de ativismo judicial e de governo de juízes subjaz uma tentativa de redenção, pela qual o juiz torna-se, inclusive, árbitro dos bons costumes.¹⁵

Garapon explica ainda que, procura se no juiz também um conciliador e apaziguador das relações, portanto a justiça não pode somente dizer o que é justo mas deve também apaziguar, comunicar e conciliar, sendo também acimade tudo responsável pela igualdade de direitos dos cidadãos e diminuir o desequilíbrio entre as partes envolvidas no processo, sendo peça fundamental para corrigir as injustiças de uma sociedade.

Aristóteles, explica que recorrer ao juiz é consequentemente recorrer à justiça, pois está na sua natureza ser uma espécie de justiça animada, e os cidadãos procuram o juiz como um conciliador ou até mesmo mediador, na certeza de que, se as partes conseguirem um resultado que fique bom para ambos, obterão o que é considerado a justiça. O magistrado, então, restabelece a igualdade e a equidade.¹⁶

O ativismo judicial, expressa portanto uma maneira eficiente de interpretar a constituição, indo além do legislador originário. O ativismo embora próximo da judicialização não significa a mesma coisa, pois esta não decorre da vontade do judiciário mas sim do constituinte. Importante frisar que os riscos da judicialização e do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade do poder judiciário para decidir determinadas matérias.

O ativismo judicial é uma ferramenta poderosa, desde que seja manuseada de forma correta e prudente, o mais importante é o não cometimento de excessos.

¹⁵ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 20-25.

¹⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. KURY, Mário da Gama [Trad.]. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.kopr.com.br/pdf/Amostra-Etica-Nicomacos-EditoraMadamu2020.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

2. O ANTAGONISMO AO ATIVISMO JUDICIAL

Algumas importantes questões podem ser antagônicas ao ativismo judicial no Brasil. Elas não invalidam, todavia, a relevância de tal atuação, mas merecem considerável análise e ponderações. As críticas se direcionam aos limites da capacidade institucional do Judiciário, aos riscos para a legitimidade democrática, e a politização inadequada da justiça, tópicos que serão abordados no presente capítulo.

O Brasil se organiza em um modelo de separação de Poderes. As funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes.

O art. 2º da Constituição Federal¹⁷ consagra, como as demais Constituições elaboradas a partir da implementação do Estado de Direito, o princípio político-constitucional fundamental da separação de poderes. Aqui cabe esclarecer, inicialmente, que a expressão “poder”, em verdade, significa o conjunto de órgãos do Estado aos quais se atribui uma função específica, como atribuição principal e, também, participação acessória em outras funções.

Efetivamente, não existe separação de poder, mas de funções, pois o poder do Estado é indivisível e pertence ao povo, seu legítimo titular, que detém o *Pouvoir Constituant*, de modo que o princípio da separação de poderes significa uma divisão artificial das funções cominadas ao Estado com vista à desconcentração do poder e a sua consequente limitação, fragmentação que conduz ao equilíbrio das atribuições do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.¹⁸

Cumprido ao Poder Executivo não só a função de governar e administrar o Estado, mas também a competência secundária legiferante – exercício do Poder Legislativo de forma acessória e eventual, pela edição de decretos e regulamentos, pela criação, de forma extraordinária, de

¹⁷ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁸ SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de contas no Brasil e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 55-56.

normas com força de lei – as medidas provisórias – como disposto nos arts. 62¹⁹ e seguintes da Constituição Federal, bem como pela elaboração de leis delegadas, consoante consigna a Constituição em seu art. 68^{20,21}

Ainda, realiza o Executivo, também, atividade própria ao Poder Judiciário, de julgar quando efetua inquéritos administrativos disciplinares referentes aos seus servidores. Em matéria pertinente ao controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, porque não é atividade estatal exercida em caráter exclusivo pelo Poder Judiciário, incumbe ao Poder Executivo o poder-dever de efetuar o controle preventivo de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, utilizando, para tanto, seu poder de veto a projeto de lei aprovado pelo Parlamento.²²

Já o Poder Legislativo, assim como o Executivo e o Judiciário, exerce, além das atribuições que lhe são próprias, as acessórias às suas competências principais, atividade que caracteriza o inter-relacionamento/cooperação necessários entre as funções/poderes do Estado.

O Legislativo realiza, também, nos termos da Constituição Federal, atividade administrativa quando elabora seu regimento interno e organiza seus serviços e pessoal²³ e atividade judicante, tanto nas Comissões Parlamentares de Inquérito²⁴, como no julgamento

¹⁹ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

²⁰ Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar delegação ao Congresso Nacional.

²¹ SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de contas no Brasil e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 70.

²² SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de contas no Brasil e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 70-71.

²³ Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: [...] III - elaborar seu regimento interno; IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; [...]

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] XII - elaborar seu regimento interno; XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; [...]

²⁴ Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. [...] § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros

dos crimes de responsabilidade do Presidente e do Vice-Presidente da República, bem como das demais autoridades elencadas nos incisos I e II do art. 52²⁵, processado na forma estabelecida em seu parágrafo único²⁶.

É incumbência do legislativo, ainda, efetuar o controle político de constitucionalidade de leis e atos normativos, em caráter preventivo e repressivo, nos termos da Carta Magna. O controle político preventivo de constitucionalidade de normas jurídicas é exercido pelo Parlamento por meio das Comissões Permanentes de Constituição e Justiça e, também, quando o projeto de lei é levado à apreciação/votação dos parlamentares, na forma regulada nos respectivos regimentos internos das Casas Legislativas²⁷, bem como por ocasião da apreciação do veto aposto pelo Executivo, modalidades cuja eficácia é relativa em razão de não conseguirem obstar o

previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

²⁵ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; [...]

²⁶ Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

²⁷ Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§ 1º O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. § 3º A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior. § 4º Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

ingresso, no ordenamento jurídico, de normas jurídicas formal e/ou materialmente inconstitucionais.²⁸

Apesar disso, Executivo, Legislativo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de forma a inibir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais.

Os três Poderes interpretam a Constituição, e a atuação de cada um deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. Na disposição institucional vigente, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, todavia, que toda e qualquer matéria deva ser levada para ser decidida em um tribunal.

A doutrina constitucional atual explora duas ideias importantes: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de colossal complexidade podem não encontrar no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico.²⁹

Os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente eles deverão prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários guarnecidos de razoabilidade.

Além disso, o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em determinadas situações, uma posição de cautela por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e

²⁸ SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de contas no Brasil e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 81.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*. Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em:

https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 dez. 2022.

treinamento, usualmente estará preparado para realizar a justiça conforme o caso concreto, a microjustiça. Nem sempre ele possui tempo, informações, e até mesmo conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas.

Nesse sentido, o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir nas situações. Exercer uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e, dessa forma, optar por não exercer o poder, pode ser considerada uma virtude em diversas ocasiões.

Os componentes do Poder Judiciário, como juízes, desembargadores e ministros, não são agentes públicos eleitos pela vontade popular. Dessa forma, ainda que não tenham sido eleitos pelo povo, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos praticados pelos outros dois Poderes.

A hipótese de um órgão como o Supremo Tribunal Federal se sobrepor a uma decisão do Presidente da República, exemplificativamente, é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. Questiona-se, dessa maneira, onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram eleitos legitimamente pela vontade popular? Há dois fundamentos: um de natureza normativa e outro de natureza filosófica³⁰.

A justificação normativa se relaciona ao fato de que a Constituição Federal atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos assegura uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação deve ser de natureza predominantemente imparcial e técnica.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*. Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 dez. 2022.

Em conformidade com o conhecimento tradicional, juízes não possuem vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica de separação de Poderes, deve ser acolhida com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito.³¹

O fundamento de natureza filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais rebuscada. O Estado constitucional democrático é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. Nesse sentido:

Podemos, também, entender democracia como um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões e sobre que procedimento. Atualmente a ideia de democracia evoluiu e se identifica, basicamente, com a democracia política que, de um modo geral, pode ser definida como uma forma de governo em que o poder político não pertence a nenhum grupo determinado e limitado de pessoas ou a uma pessoa, mas, na forma do direito, a todo o povo.³²

Ocorre que, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por esse motivo, a Carta Magna deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. E o segundo importante papel é proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*. Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível

em:

https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 dez. 2022.

³² DIAS, Reinaldo. *Ciência Política*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p. 174 e 175.

fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.

A jurisdição constitucional bem exercida é mormente uma garantia para a democracia do que um risco. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. Analisados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas.³³

Por essa razão, cabe ao STF ser reverente com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando são capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição Federal.

Por fim, em relação ao risco de politização da Justiça, a teoria crítica do Direito declarava ceticamente que Direito é política, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Apesar do refluxo das concepções marxistas atualmente, é indubitável que já não subsisteno mundo contemporâneo a crença na ideia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade total do intérprete.

Direito não é sinônimo de política. Uma equiparação dessa natureza seria uma visão distorcida do mundo e das instituições, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Acercado conceito de política, colaciona-se o entendimento:

³³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*. Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 dez. 2022.

A definição clássica de política foi legada pelos antigos gregos através da obra de Aristóteles Política. O conceito de política é derivado do adjetivo originado de polis (politikós), que significa tudo que se refere à cidade e, consequentemente, o que é urbano, civil, público e até mesmo sociável e social. Ou, dito de outro modo, o conceito de política "é habitualmente empregado para indicar a atividade ou conjunto de atividades que têm de algum modo, como termo de referência, a polis, isto é, o Estado".³⁴

Tanto pode-se dizer que direito não é sinônimo de política que, inclusive, poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a alegação de que se trata de uma decisão política, e não jurídica. Apesar disso, não se pode ignorar que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é clara e tampouco imóvel.

Refere-se que Direito é política no sentido de que sua criação é produto da vontade da maioria, que se exterioriza na Constituição e nas leis; sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meiosocial e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; juízes não são pessoas sem memória e sem desejos, libertos da própria história, inconsciente e de qualquer ideologia e, consequentemente, sua subjetividade há de interferir como juízos de valor que exprimem.

A Constituição faz a conexão entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. A sua interpretação, dessa forma, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.³⁵

Logicamente, Direito não significa política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de forma preponderante do que de quem pensa com a minoria. Em rigor, uma decisão judicial não deve ser jamais política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta e adequada, mais justa, à luz dos elementos

³⁴ DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p. 1.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**. Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 dez. 2022

do caso concreto. O dever de motivação, por meio de argumentação racional e persuasiva, é uma característica distintiva relevante da função jurisdicional e confere a ela uma específica legitimação.

Nesse seguimento, cumpre ressaltar que o juiz deve agir somente em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; deve ser atencioso e reverente com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; deve ter a consciência que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo, ou seja, emana do povo e em seu nome deve ser exercido, motivo pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível.³⁶

Aqui, entretanto, deve-se fazer uma ponderação: juízes não podem ser populistas e, em determinados casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A observância e o fomento dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das majorias políticas, é uma das condições de funcionamento do constitucionalismo democrático. Por isso, a intervenção do Judiciário, nessas hipóteses, invalidando uma lei inconstitucional ou sanando uma omissão legislativa, manifesta-se a favor e não contra a democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial manifesta uma postura do intérprete, um modo proativo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Revela-se como uma técnica para contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte ou incapaz de produzir consenso.

Conforme demonstrado, algumas relevantes questões podem ser antagônicas ao ativismo judicial no Brasil. As críticas se direcionam aos limites da capacidade institucional do Judiciário, aos riscos para a legitimidade democrática, e a politização inadequada da justiça.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*. Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 dez. 2022.

Em relação a capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, deverá ser verificado pelo Judiciário, em relação à matéria tratada, se um outro órgão, Poder, ou entidade não está mais qualificado para decidir. Em determinadas matérias, via de regra, o Judiciário deve ser complacente com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento correto. De outro lado, se houver violação a um direito fundamental ou a alguma outra norma constitucional, a situação se modifica, pois complacência não significa abdicação de competência.

Em relação a capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, deverá ser verificado pelo Judiciário, em relação à matéria tratada, se um outro órgão, Poder, ou entidade não está mais qualificado para decidir. Em determinadas matérias, via de regra, o Judiciário deve ser complacente com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento correto. De outro lado, se houver violação a um direito fundamental ou a alguma outra norma constitucional, a situação se modifica, pois complacência não significa abdicação de competência.

Já os riscos para a legitimidade democrática são reduzidos na medida em que juízes e tribunais se detenham à aplicação da Constituição e das leis, visto que os membros do Poder Judiciário não atuam por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. Diante de lacunas em cláusulas constitucionais, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um patamar quase normativo. Entretanto, se houver manifestação do legislador, o juiz deve acatá-la, uma vez que diante de diversas possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, já que é ele quem detém o voto popular.

No tocante aos riscos da politização da justiça, esses não podem ser totalmente eliminados. A Carta Magna é documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, ou seja, Política em Direito. Essa conexão entre dois universos confere à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Uma corte constitucional não pode fechar os olhos para as consequências políticas de suas decisões, mas apenas deve agir dentro das possibilidades e dos limites abarcados pelo ordenamento jurídico.

Por fim, verifica-se que o poder Judiciário deve zelar pela preservação e efetividade da Constituição, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se demonstra a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e o Supremo Tribunal Federal devem acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador e disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, contribuindo para a eficiência, segurança jurídica e isonomia do sistema.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. KURY, Mário da Gama [Trad.]. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.kopr.com.br/pdf/Amostra-Etica-Nicomacos-EditoraMadamu2020.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 25. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 12 jan. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**. Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 dez. 2022.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. N. 60, abr./jun. 2016. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf. Acesso em: 08 jan. 2023.

COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**. v. 5, Número Especial, 2015 p. 8. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3157>. Acesso em: 05 jan. 2023.

DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de contas no Brasil e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51- 61. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 12 dez. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **"O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?"**. Consultor Jurídico, 07 de janeiro de 2016. Seção "Senso Incomum". Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: 08 dez. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, Vichinkeski Anderson. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol. 8. p. 037-058. Jan/Jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 jan. 2023.

GLOBALIZAÇÃO E DESGLOBALIZAÇÃO: uma análise a partir da teoria da Sociedade de Risco Global

Alessandra Vanessa Teixeira¹

INTRODUÇÃO

A Globalização é um fenômeno diversificado que está reestruturando, profundamente, muito mais do que as formas de viver enquanto humanidade e enquanto indivíduos, em vários níveis e há bastante tempo.

Neste capítulo pretende-se, inicialmente, apresentar o fenômeno da Globalização, perpassando por seus conceitos, consequências, peculiaridades e dimensões, apontando para uma sociedade global.

Em seguida, diante deste fenômeno, analisar-se-á a teoria do Risco e da Sociedade de Risco Global e, a partir dela, serão tecidas algumas considerações acerca da Desglobalização, diante do caos global.

A metodologia a ser empregada compreende o método indutivo, sendo acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica. As referidas fontes serão o sustentáculo teórico do trabalho, bem como instruirão a abordagem adotada, permitindo a concretização dos objetivos propostos. De tal modo, como marco, parte-se da análise referente ao fenômeno da globalização.

1. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO

Inicialmente, importante tecer algumas considerações acerca das origens históricas da Globalização. Tal fenômeno surgiu há muito tempo, mas alcançou seu ápice somente na década

¹ Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Especialista em Direito Público pela Faculdade Meridional – IMED. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Advogada. Professora na Faculdade de Ciências Jurídicas de Santa Maria – UNISM. Endereço eletrônico: alessandra.sp@hotmail.com

de 80, haja vista a multiplicação dos estudos relacionados à Globalização, principalmente nos grupos de juristas, cientistas políticos e sociólogos juristas.²

Com o advento da Era Moderna, no século XV, nasce a Globalização. Foi por meio das Grandes Navegações que se instaurou a dinâmica de um comércio de natureza intercontinental, além do acúmulo de capitais na Europa. Nessa época, então, ocorreu o choque de civilizações, gerando a expansão do intercâmbio cultural entre sociedades. O mundo se colocou em movimento. Com isso, o fenômeno da Globalização tomou forma, estabelecendo-se um novo sistema mundial.³

Neste aspecto, fazendo uma análise da história humana, Defarges⁴ traz como referências históricas da Globalização – ou mundialização⁵, como ele mesmo chama – três momentos, que seriam os sonhos universalistas, as grandes descobertas – que remontam do século XV ao século XX – e, por último, a revolução industrial e o surgimento de um mercado planetário – estas permeadas entre os séculos XIX e XX. Segundo o autor, “[...] a mundialização surge não como um processo contínuo, regular, caminhando numa direção, mas como o resultado de impulsos intermitentes, desencadeados pela convergência de fenômenos, de forças – técnicas, económicas, políticas ou religiosas”.

Segundo Faria⁶, a Globalização “[...] já estava presente, por exemplo, nos antigos impérios, provocando sucessivos surtos de modernização econômica, cultural e jurídica”. Seu pensamento corrobora com as ideias de Defarges, que como referido anteriormente, delimita três momentos na história da mundialização, desde o período dos impérios⁷, com os sonhos universalistas.

² ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1.

³ RODRIGUES, Jorge Nascimento; DEVEZAS, Tessaleno. **PORTUGAL – O Pioneiro da Globalização**: A Herança das Descobertas. V. N. Famalicão, Portugal: Centro Atlântico, 2009.

⁴ DEFARGES, Philippe Moreau. **A mundialização**: o fim das fronteiras? Tradução de António Monteiro Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 14.

⁵ *Mundialização* é o termo de origem francesa (*mondialisation*), enquanto *globalização* é de origem anglo-americana. Apesar de alguns autores apontarem diferenças quanto ao seu significado, no presente trabalho os termos serão tratados como sinônimos.

⁶ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 61.

⁷ Vide DEFARGES, Philippe Moreau. **A mundialização**: o fim das fronteiras? p. 14 e seguintes.

Verifica-se, portanto, que naquela época (dos grandes impérios), as relações entre os homens já pairavam por toda a dimensão planetária, sendo que foi por meio das descobertas marítimas, da navegação, que se possibilitou a instauração da inter-relação entre os diversos lugares do planeta, atingindo, com isso, novas proporções geográficas. Ademais, as relações firmadas inicialmente com o objetivo de dominação acabaram estabelecendo além de negócios, também relações de caráter social, político, cultural, entre outros, caracterizando-se assim um “processo de colonização e expansão territorial”.⁸

Dessa forma, a Globalização não é um fenômeno novo. No entanto, segundo Chesnais⁹:

O adjetivo “global” surgiu no começo dos anos 80, nas grandes escolas americanas de administração de empresas, as célebres “*business management schools*” de Harvard, Columbia, Stanford etc. [...] Em matéria de administração de empresas, o termo era utilizado tendo como destinatário grandes grupos, para passar a seguinte mensagem: em todo lugar onde se possa gerar lucros, os obstáculos à expansão das atividades de vocês foram levantados, graças à liberalização e à desregulamentação; a telemática e os satélites de comunicações colocam em suas mãos formidáveis instrumentos de comunicação e controle; reorganizem-se e reformulem, em consequência, suas estratégias internacionais.

Quanto à propagação do termo Globalização, Giddens afirma que “Todo guru dos negócios fala sobre ele. Nenhum discurso político é completo sem referência a ele. No entanto, até o final da década de 1980 o termo quase não era usado, seja na literatura acadêmica ou na linguagem cotidiana”¹⁰.

De acordo com Wallerstein, o termo Globalização “was invented in the 1980s. It is usually thought to refer to a reconfiguration of the world-economy that has only recently come into existence, in which the pressures on all governments to open their frontiers to the free movement of goods and capital is unusually strong”¹¹.

⁸ PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e imigração**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. 2014. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Itajaí. P. 78-79. Disponível em: <https://www.univali.br/pos/doutorado/doutorado-em-ciencia-juridica/banco-de-teses-com-dupla-titulacao/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 01 jul. 2020.

⁹ CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996. p. 23.

¹⁰ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 18.

¹¹ “Foi inventado na década de 1980. Pensa-se, geralmente, que se refere a uma reconfiguração da economia mundial que só recentemente surgiu, na qual as pressões de todos os governos para abrir suas fronteiras à livre circulação

Nesse sentido, Chesnais evidencia que “a globalização é a expressão das ‘forças de mercado’, por fim liberadas (pelo menos parcialmente, pois a grande tarefa da liberalização está longe de concluída) dos entraves nefastos erguidos durante meio século”¹².

Com a abertura das fronteiras para a livre circulação de bens e capitais, por meio do fenômeno da Globalização, as relações sociais se ampliaram globalmente. Segundo Giddens¹³, as relações sociais são coordenadas por meio do tempo e do espaço. O autor explica que “A estrutura conceitual do distanciamento tempo-espaço dirige nossa atenção às complexas relações entre envolvimento locais (circunstâncias de co-presença) e interação através de distância (as conexões de presença e ausência)”.

Logo, para o referido autor, na modernidade verifica-se um grau de distanciamento tempo-espaço muito maior (tendo como referência períodos anteriores), na qual as conexões que envolvem formas sociais a eventos locais e distantes acabam tornando-se “alongadas” e esse processo de alongamento é que caracteriza a Globalização. Nesse aspecto, Giddens afirma que “A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”.

Ao explicar o fenômeno da Globalização, Sousa Santos¹⁴ refere-se a uma ruptura das antigas formas de relações transfronteiriças, tendo em vista a ampliação e intensificação das novas relações, seja no tocante aos sistemas produtivos ou até mesmo quanto às questões financeiras, bem como “à disseminação, a uma escala mundial, de informação e imagens através dos meios de comunicação social ou às deslocções em massa de pessoas, quer como turistas, quer como trabalhadores migrantes ou refugiados”.

de bens e capitais são extraordinariamente fortes” (tradução livre). WALLERSTEIN, Immanuel. **World-Systems Analysis: An Introduction**. Durham and London: Duke University Press, 2006. p. 93.

¹² CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. p. 25.

¹³ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 60.

¹⁴ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Os processos de globalização. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 2. Ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 25.

No tocante às mudanças ocorridas com a Globalização, a partir da década de 80, Arnaud¹⁵ assim explicita:

[...] o mundo naquele período mudou de forma radical. Uma nova ordem se impõe, desconcertante, na medida em que as nações erigidas em estados, até agora soberanos – pelo menos no que diz respeito aos países “centrais”, pouco acostumados a dobrar a espinha –, mostram-se cada vez menos capazes de controlar suas economias e suas moedas.

Assim, pode-se afirmar, de acordo com Santos¹⁶, que “A globalização é, de certa forma, o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista”. Segundo o referido autor, se disposto a compreender a Globalização, deve-se considerar dois componentes cruciais, que seriam o estado da técnica e o estado da política, já que “a globalização não é apenas a existência desse novo sistema de técnicas. Ela também é resultado das ações que asseguram a emergência de um mercado dito global, responsável pelo essencial dos processos políticos atualmente eficazes”¹⁷.

A Globalização, segundo Ferrarese¹⁸, representa uma espécie de vazamento, uma fuga da economia do controle do Estado e uma tendência de afirmação da sua autonomia e autossuficiência em relação ao processo político. Os limites territoriais não são mais suficientes para uma economia que se desvincula do território e que detém as alavancas para condicionar a sociedade no sentido global: a linguagem econômica e dos juros; a pesquisa tecnológica e científica e a economia financeira. Paralelamente, a economia provoca várias mudanças na área da Soberania e desenha novos percursos para as instituições jurídicas.

Portanto, a autora afirma que “L’idea che si cercherà li illustrare è de che le novità più travolgenti del processo do globalizzazioni non riguardano tanto la sfera econômica in quanto tale, ma i suoi nessi con la – e i suoi riflessi nella – sfera istituzionale”¹⁹. Ferrarese, então, considera

¹⁵ ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. p. 1.

¹⁶ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 18ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 23.

¹⁷ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. p. 24.

¹⁸ FERRARESE, Maria Rosaria. **Le istituzioni della globalizzazione**: diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Mullino, 2008.

¹⁹ “A ideia que se pretende ilustrar é que as inovações mais avassaladoras do processo de globalização não dizem respeito tanto à esfera econômica como tal, mas a seus vínculos com a – e suas reflexões na – esfera institucional”

a Globalização não como um evento interno do capitalismo (que modifica somente a estrutura e extensão das relações econômicas), mas principalmente como um evento que produz efeitos na esfera institucional, aqui entendida como estatal e jurídica. Chama a atenção para os efeitos e reflexos da Globalização na esfera institucional, apresentando dois tipos de mudanças consideráveis, quais sejam, as mudanças relativas à relação entre política e economia, e as mudanças no cenário institucional (estatal e jurídico).

Distinguindo os conceitos de Globalismo e Globalização, Beck²⁰ critica a forma como a política tem se desenvolvido, na atual fase do capitalismo mundial globalizado, e explica que o

Globalismo designa a concepção de que o mercado mundial bane ou substitui, ele mesmo, a ação política; trata-se, portanto, da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo. O procedimento é monocausal, restrito ao aspecto econômico, e reduz a pluridimensionalidade da globalização a uma única dimensão - a econômica -, que, por sua vez, ainda é pensada de forma linear e deixa todas as outras dimensões - relativas à ecologia, à cultura, à política e à sociedade civil - sob o domínio subordinador do mercado mundial. [...] A essência do globalismo consiste muito mais no fato de que aqui se liquida uma distinção fundamental em relação à primeira modernidade: a distinção entre economia e política. A tarefa primordial da política - que consiste na delimitação e no estabelecimento de condições para os espaços jurídicos, sociais e ecológicos, dos quais a atuação da economia depende para ser socializada e tornar-se legítima se perde de vista ou é derribada. (grifo do autor)

Portanto, para o autor, o Globalismo seria uma ideologia de um livre mercado global, que facilita a circulação de capitais, insumos e produtos, afetando as dimensões jurídicas, sociais e ambientais locais. Assim, o Globalismo seria como a "ditadura neoliberal do mercado mundial, que, particularmente no Terceiro Mundo, suprime os já escassos fundamentos do autodesenvolvimento democrático"²¹.

(tradução livre). FERRARESE, Maria Rosaria. **Le istituzioni della globalizzazione**: diritto e diritti nella società transnazionale. p. 11.

²⁰ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 27-28.

²¹ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo, UNESP, 2003. p. 23.

Dessa forma, o Globalismo caracteriza-se como uma ideologia, onde a Globalização é reduzida à dimensão econômica. Contudo, a Globalização perpassa essa unidimensionalidade, tendo em vista tratar-se de um fenômeno plural e irreversível.

Nesse contexto, Beck²² explica que a Globalização significa “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 de atores transnacionais”. Além disso, significa a “*negação do Estado mundial. Mais precisamente: sociedade mundial sem Estado mundial e sem governo mundial.* Está se disseminando um capitalismo global desorganizado, pois não há poder hegemônico ou regime internacional econômico ou político”²³ (grifos do autor).

Em relação à Globalidade, outro conceito trazido por Beck²⁴, o autor aponta no sentido de que hoje está-se vivendo em uma sociedade mundial, já que os espaços estão isolados, as limitações das fronteiras se tornaram fictícias, fazendo com que as diversas economias, culturas e políticas se entremchoquem. Diante disso, o conjunto de relações sociais havidas nessa sociedade mundial não está integrado à política de um Estado nacional ou por ele determinado, de sorte que para se operacionalizar acaba significando a sociedade mundial ser real e reflexiva; real no sentido das vontades de seus integrantes, mas uma diversidade sem unidade. Por conseguinte, autor afirma que:

Globalidade significa o desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, novas relações de poder e de concorrência, novos conflitos e incompatibilidades entre atores e unidades do Estado nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais.²⁵

Assim, Beck²⁶ sintetiza, dizendo que “globalidade significa viver a experiência cotidiana global e muitas vezes banal de um mundo globalizado”. Logo, segundo o autor, a irreversibilidade da Globalização acabará resultando na necessidade de abertura de espaço para

²² BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. p. 30.

²³ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. p. 33.

²⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. p. 29-30.

²⁵ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. p. 49.

²⁶ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo.** Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. p. 29.

a política, diante da perspectiva da pluridimensionalidade da Globalidade para ilidir a ideologia opressora do Globalismo.

Em relação à Globalização, Giddens²⁷ demonstra a oposição das diferentes opiniões de pensadores que debateram sobre o tema ao longo do tempo. Segundo ele, de um lado estão aqueles que “questionam tudo o que se refere a ela”, os “céticos”; e de outro lado, aqueles que “assumem uma posição muito diversa”, os “radicais”. Para os céticos, a Globalização não é real, e entendem que tanto a economia global quanto o mundo de maneira geral permanecem parecidos com o que existiu há tempos atrás. No entanto, para os radicais a Globalização é “muito real”, bem como suas consequências, que afetam a todos indistintamente, e para eles o mercado global está muito à frente do que antes, ou seja, muita coisa mudou, está muito mais desenvolvido.

Nesse contexto, Giddens²⁸ se posiciona no sentido de que a Globalização além de ser “nova”, é “revolucionária”. Portanto, para ele, “nem os céticos nem os radicais” compreenderam realmente o sentido dela, muito menos suas implicações, já que ambos enxergam tal fenômeno tão somente em um plano econômico. Contudo, segundo o autor “isso é um erro”, já que “a globalização é política, tecnológica e cultural, tanto quanto econômica. Foi influenciada acima de tudo por desenvolvimentos nos sistemas de comunicação que remontam ao final da década de 1960”.

Para Beck²⁹:

Globalização é um processo de efeitos colaterais adicionais que transcorre em várias dimensões e não designa exclusivamente a globalização econômica. Também é uma diversificação cultural para atender à nova necessidade de formas de vida transnacionais. A isso se acrescenta o fato de que, no terreno político, se verifica uma pluralização dos agentes: os Estados já não são os únicos a interagirem e a manterem relações diplomáticas, entra em cena uma pleora de agentes transnacionais, desde a Organização Mundial do Comércio, a OMC, até a Anistia Internacional. De certo modo, também se incluem as igrejas, que já começam a elevar a voz, a fim de participar do jogo social do poder.

²⁷ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolado**: o que a globalização está fazendo de nós. p. 18-19.

²⁸ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolado**: o que a globalização está fazendo de nós. p. 20-21.

²⁹ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. p. 59.

Logo, a Globalização não pode ser um processo unidimensional, totalizante ou homogêneo, já que tem se mostrado cada vez mais como um fenômeno complexo e plural. Ademais, segundo Bauman, “o significado mais profundo transmitido pela ideia da Globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais”³⁰. Nesse sentido, Beck explica:

Globalização significa a experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil, e também o acolhimento de algo a um só tempo familiar mas que não se traduz em um conceito, que é de difícil compreensão mas que transforma o cotidiano com uma violência inegável e obriga todos a se acomodarem à sua presença e a fornecer respostas. Dinheiro, tecnologia, mercadorias, informações e venenos “ultrapassam” as fronteiras como se elas não existissem. Até mesmo objetos, pessoas e idéias que os governos gostariam de manter no exterior (drogas, imigrantes ilegais, críticas à violação dos direitos humanos) acabam por encontrar seu caminho.³¹

Nas palavras de Bauman, “a globalização não diz respeito ao que todos nós, ou pelo menos os mais talentosos e empreendedores, desejamos ou esperamos fazer. Diz respeito ao que está acontecendo a todos nós”³². Sendo assim, “a globalização não é um acidente em nossas vidas hoje. É uma mudança de nossas próprias circunstâncias de vida. É o modo como vivemos agora”³³.

A Globalização envolve não apenas os grandes sistemas, mas também a vida íntima das pessoas, já que “não diz respeito apenas ao que está ‘lá fora’, afastado e muito distante do indivíduo. É também um fenômeno que se dá ‘aqui dentro’, influenciando aspectos íntimos e pessoais de nossas vidas”³⁴.

La globalización no es un fenómeno que afecte a un puñado de ejecutivos que hablan inglés y toman el avión cada tres días; la globalización no es una burbuja con la cual la gente corriente no tenga nada que ver. Al contrario, se ha convertido en el denominador común, en lo

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 66.

³¹ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. p. 46-47.

³² BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. p. 68.

³³ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós**. p. 29.

³⁴ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós**. p. 22.

que los une sin que ellos lo sepan, como una especie de cordón invisible y fatal entre todos los trabajadores, sea cual sea su país y trabajen donde trabajen en las economías del mundo.³⁵

Por isso, Giddens³⁶ afirma que a Globalização é “um conjunto complexo de processos”, os quais atuam de formas diversas, ou seja, ao mesmo tempo que “puxa para cima”, também “empurra para baixo”. Isso quer dizer que nem sempre a Globalização vai tirar o Poder da comunidade local (Estados) para colocar na “arena global”, como muitos pensam, já que há uma perda considerável de Poder que os Estados antes possuíam. A Globalização opera também ao contrário, evidenciando a autonomia local, por meio de novas pressões.

Santos³⁷ defende que a Globalização é um fenômeno reversível, podendo ser usada para o bem da humanidade. O autor considera a existência de pelo menos três mundos em um só, identificando tais mundos de acordo com a percepção - onde a Globalização é vista como “fábula” -, com a realidade – a Globalização vista como “perversidade” -, e, com a possibilidade – onde pode-se vislumbar “uma outra Globalização”.

Em relação ao mundo globalizado visto como “fábula”, Santos explica que este exige um certo número de fantasias, já que o pensamento ideológico faz crer que a difusão instantânea de notícias realmente informa as pessoas. Assim, verifica-se a existência de um mercado avassalador dito global, que é apresentado como capaz de homogeneizar o planeta através da disposição, cada vez maior, de mercadoria para o consumo quando, na realidade, as diferenças locais são cada vez mais aprofundadas. Portanto, o exercício de fabulação é condição de possibilidade para a realização desse mundo, predominado por uma ideologização maciça, que na verdade não existe.³⁸

³⁵ “A globalização não é um fenômeno que afeta um punhado de executivos que falam inglês e tomam o avião a cada três dias; a globalização não é uma bolha com a qual as pessoas comuns não têm nada a ver. Pelo contrário, tornou-se o denominador comum, naquilo que os une sem que eles o conhecessem, como uma espécie de cordão invisível e fatal entre todos os trabalhadores, seja qual for seu país e onde quer que trabalhem nas economias do mundo” (tradução livre). MONTEBOURG, Arnaud. **¡Votad las desglobalización! Los ciudadanos somos más poderosos que la globalización**. Barcelona: Paidós, 2011. p. 22-23.

³⁶ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolado**: o que a globalização está fazendo de nós. p. 23.

³⁷ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. p. 17-20.

³⁸ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. p. 18-19.

No tocante ao mundo de acordo com a realidade, para a grande parte da humanidade a Globalização é vista como perversidade, já que o desemprego se torna crônico, a pobreza aumenta, novas enfermidades se instalam, a mortalidade infantil permanece, a educação de qualidade é cada vez mais inacessível e o consumo é cada vez mais representado como fonte de felicidade. Portanto, por meio da perversidade sistêmica é que se verificam os comportamentos competitivos presentes na atual sociedade, desencadeando ações hegemônicas. Tudo isso faz parte do processo de Globalização.³⁹

Por meio de uma visão otimista, frente aos outros dois aspectos em que vislumbra a Globalização, Santos, então, apresenta a possibilidade de pensar em um outro mundo, onde a Globalização seria mais humana, por meio de uma “outra Globalização”. Sobre esse aspecto, o autor explica que entende ser possível transformar o que se tem hoje, já que a realidade não é um fato dado, mas uma construção contínua que tem mudanças diárias e semanais, de onde resulta a intensa força que o sistema faz para manter o curso das coisas.⁴⁰

Nesse sentido, importante ressaltar que “um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios igualmente novos. Pressupõe ainda novas ferramentas capazes de fazer frente aos seus atuais desafios”⁴¹.

Conforme expõe Giddens, “La globalizzazione può prospettare un modo non particolarmente attraente o raffinato, ma nessuno che voglia comprendere in che direzione si muove il nuovo secolo può ignorarla”⁴². Logo, a sociedade do século XXI é uma sociedade onde a Globalização se mostra fortemente presente e, por isso, não se pode desprezá-la, até porque “A globalização não é um fato acabado, mas um processo em marcha”⁴³.

³⁹ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. p. 19-20.

⁴⁰ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. p. 20-21.

⁴¹ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 17 - n. 1 - p. 18-28 / jan-abr 2012. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 31 out. 2019. p. 27.

⁴² “A globalização pode não ser a perspectiva de um mundo particularmente atraente ou refinado, mas ninguém que queira compreender em qual direção se move o novo século pode ignorá-la” (tradução livre). GIDDENS, Anthony. **Il mondo che cambia**. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita. Bologna: Mulino, 2000. p. 19.

⁴³ IANNI, Octavio. **A sociedade global**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 24.

Para Santos, “A globalização é, de certa forma, o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista”⁴⁴. Nesse contexto, percebe-se que o aspecto econômico da Globalização é exaltado, porém este não é o seu único aspecto. Para Piffer⁴⁵, em um sentido amplo, a Globalização “é um fenômeno multifacetado enaltecido a partir da disseminação dos ideais capitalistas neoliberais com sua base calcada em razões econômicas, a qual impacta todas as vertentes do fenômeno”.

De acordo com a teoria de Giddens⁴⁶, a Globalização se divide em quatro dimensões: a primeira delas é a economia capitalista mundial⁴⁷; a segunda é estabelecida pelo sistema de Estados-nação⁴⁸; a terceira se trata da ordem militar mundial⁴⁹ e a quarta refere-se ao desenvolvimento industrial⁵⁰.

⁴⁴ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. p. 23.

⁴⁵ PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. p. 83.

⁴⁶ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. p. 65.

⁴⁷ Sobre a dimensão da economia capitalista mundial, Giddens explica que “Os principais centros de poder na economia mundial são estados capitalistas — estados onde o empreendimento econômico capitalista (com as relações de classe que isto implica) é a principal forma de produção. As políticas econômicas nacional e internacional destes estados envolvem muitas formas de regulamentação da atividade econômica, mas, como foi notado, sua organização institucional mantém uma “insulação” do econômico em relação ao político”. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. p. 65.

⁴⁸ No tocante à dimensão estabelecida pelo sistema de Estados-nação, assim se justifica: Não há uma área na superfície da Terra, com a exceção parcial das regiões polares, que não seja reivindicada como legítima esfera de controle de um ou outro estado. Todos os estados modernos têm um monopólio mais ou menos bem-sucedido dos meios de violência no interior de seus próprios territórios”. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. p. 66.

⁴⁹ Em relação a essa terceira dimensão – ordem militar mundial –, Giddens esclarece: “A globalização do poder militar não se limita obviamente ao armamento e às alianças entre as forças armadas de estados diferentes — ela também diz respeito à própria guerra. Duas guerras mundiais dão mostras da maneira pela qual conflitos locais tornaram-se questões de envolvimento global. Em ambas as guerras, os participantes pertenciam a virtualmente todas as regiões (embora a Segunda Guerra Mundial fosse um fenômeno mais verdadeiramente mundial)”. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. p. 69-70.

⁵⁰ Ao tratar da quarta dimensão – desenvolvimento industrial – Giddens sugere que “Seu aspecto mais óbvio é a expansão da divisão global do trabalho, que inclui as diferenciações entre áreas mais e menos industrializadas no mundo. A indústria moderna se baseia intrinsecamente em divisões de trabalho, não apenas ao que diz respeito às tarefas mas também à especialização regional em termos de tipo de indústria, capacitações e a produção de matérias-primas. Não há dúvida de que ocorreu uma importante expansão de interdependência global na divisão do trabalho desde a Segunda Guerra Mundial. Isto concorreu para a realização de mudanças na distribuição mundial da produção, incluindo a desindustrialização de certas regiões nos países desenvolvidos e o surgimento dos “Países Recém-Industrializados” no Terceiro Mundo. Isto também serviu sem dúvida para reduzir a hegemonia econômica interna de muitos estados, particularmente daqueles com um alto nível de industrialização”. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. p. 70.

Tendo como base a divisão em dimensões estabelecida por Giddens, Piffer⁵¹ entende a Globalização em sua dimensão econômica⁵² como sendo o gênero, do qual vertem as dimensões política⁵³, social⁵⁴ e cultural⁵⁵.

Nesse sentido, Ianni⁵⁶ aponta para as transformações da nova sociedade civil mundial:

Em lugar das sociedades nacionais, a sociedade global. Em lugar do mundo dividido em capitalismo e socialismo, um mundo capitalista, multipolarizado, impregnado de experimentos socialistas. As noções de três mundos, centro, periferia, imperialismo, dependência, milagre econômico, sociedade nacional, Estado-Nação, projeto nacional, caminho nacional para o socialismo, caminho nacional para o desenvolvimento capitalista, revolução nacional e outras, parecem insuficientes, ou mesmo obsoletas. Dizem algo, mas não dizem tudo. Parecem inadequadas para expressar o que está acontecendo em diferentes lugares, regiões, nações, continentes. Os conceitos envelheceram, ficaram descolados do real, já que o real continua a mover-se, transformar-se. Em certos momentos, ele parece repetir-se de modo enfadonho, mas em outros revela-se diferente, novo, fascinante, insólito, surpreendente. Sob vários aspectos, pode-se dizer que aqui começa a história novamente.

⁵¹ PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e imigração**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. p. 84.

⁵² "[...] parte-se da análise da Globalização como sendo um fenômeno por meio do qual a economia internacional e as economias nacionais tendem a integrar-se cada vez mais no sentido de um hostil e invasivo mercado global, razão pela qual sua vertente econômica possui tanta importância, embora não seja seu único componente". PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e imigração**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. p. 84.

⁵³ "A adoção desta dimensão da Globalização resulta da sua análise a partir das consequências políticas resultantes da verificação da Globalização econômica e sua interferência na política dos Estados nacionais. Os discursos ouvidos diariamente fazem crer que deve haver menos Estado, mas sua base essencial é o fato de que os condutores da Globalização necessitam de um estado flexível a seus interesses.". PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e imigração**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. p. 88-89.

⁵⁴ "A situação social do planeta não se demonstra tão positiva quanto pregam os defensores da Globalização, pois a acirrada concorrência experimentada pelos países é fruto da sua característica econômica da Globalização, a qual impõe a constante necessidade de maior produção a um menor custo. Consequentemente, ao lado do crescimento da economia global e dos mercados mundiais, os problemas sociais evidenciados aumentam consideravelmente a cada ano. Esta é a dimensão social da Globalização". PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e imigração**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. p. 94.

⁵⁵ "[...] a dimensão cultural da globalização também é verificada como uma forma de interferir nas mais variadas manifestações culturais dos Seres Humanos envolvidos. No entanto, entende-se ser possível, a partir da sua dimensão cultural, promover a reivindicação do reconhecimento das diferenças ou variedades culturais que só se faz possível em um contexto globalizante". PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e imigração**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. p. 102-103.

⁵⁶ IANNI, Octavio. **A sociedade global**. p. 35.

Portanto, a sociedade global⁵⁷ que ora se apresenta passa constantemente por transformações. Como visto, o desenvolvimento da história humana no contexto da Globalização não ocorre de maneira linear ou homogênea, restando claro que na evolução da sociedade ocorreu uma interconexão global mundial, onde as mudanças sociais atingiram e atingem todo o globo.

Diante desse contexto global, marcado por um forte desenvolvimento industrial, com profundas mudanças e incertezas, surgiram também Riscos para a sociedade. É sobre isso que tratará o próximo tópico.

2. A TEORIA DO RISCO NA SOCIEDADE GLOBALIZADA⁵⁸

⁵⁷ Segundo Ianni, "A formação da sociedade global reabre a problemática da modernidade em suas implicações filosóficas, científicas e artísticas. No âmbito da globalização de coisas, gentes e ideias, modificam-se os quadros sociais e mentais de referência. Tudo o que é evidentemente local, nacional e regional revela-se também global. As relações, os processos e as estruturas característicos da globalização incutem em praticamente todas as realidades preexistentes novos significados, outras conotações". IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. p. 205.

⁵⁸ Sobre o tema, Hespanha salienta que: "As designações utilizadas para caracterizar esta fase das sociedades podem ser distintas – modernidade tardia, pós-modernidade, segunda modernidade, modernização reflexiva, sociedade global, globalização cultural, glocalização, sociedade do conhecimento e da informação, etc. -, mas na base de todas elas estão o reconhecimento de que a incerteza, o paradoxo e o risco marcam o futuro das nossas sociedades". HESPANHA, Pedro. Mal-estar e risco social num mundo globalizado: novos problemas e novos desafios para a teoria social. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A globalização e as ciências sociais**. 2. Ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 163-164.

Viver em uma conjuntura de incertezas e desconhecimento e, ao mesmo tempo, ter de realizar escolhas e tomar decisões, revelam uma vulnerabilidade à Riscos que podem ser ocasionados pela ocorrência de fenômenos que gerem danos à sociedade, às pessoas, ao seu patrimônio. Os Riscos fazem parte desse emaranhado de incertezas que restou impregnado com o avanço do desenvolvimento industrial, em uma dimensão planetária, especialmente com a mundialização⁵⁹ da economia e com a revolução tecnológica⁶⁰, resultantes do processo de Globalização.⁶¹

O fenômeno da Globalização está estreitamente relacionado à produção da incerteza e do Risco. Isso porque além da emergência relacionada à interdependência entre as sociedades dos Estados-nação, há também uma desterritorialização nos aspectos social e político, onde a sincronia entre Estado e sociedade vai desaparecendo e extrapolando conforme as atividades sociais, econômicas, laborais e aquelas todas relacionadas à vida, deixando de existir somente como sociedade nacional e passando, então, para a sociedade globalizada. Neste cenário emergem novos fatores de incertezas, imprevisibilidades, inseguranças, perigos – que são característicos do Risco.⁶²

Em busca de uma conceituação para o termo “Risco”, Giddens⁶³ refere que

⁵⁹ Segundo Chesnais, “O movimento da mundialização é *excludente*. Com exceção de uns poucos “novos países industrializados”, que haviam ultrapassado, antes de 1980, um patamar de desenvolvimento industrial que lhes permite introduzir mudanças na produtividade do trabalho e se manterem competitivos, está em curso um nítido movimento tendente à marginalização dos países em desenvolvimento” (grifo do autor). CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. p. 33.

⁶⁰ Sobre o papel da tecnologia no processo de Globalização, Chesnais aponta para as relações capital-trabalho, afirmando: “É nesse contexto que deve ser situada a implementação, pelos grupos industriais (tanto os do setor manufatureiro quanto os das grandes atividades de serviços), das oportunidades proporcionadas pelas novas tecnologias, a começar pelas tecnologias informacionais aplicadas à produção industrial e às atividades de gestão e finanças. Beneficiando-se, simultaneamente, do novo quadro neoliberal e da programação por microcomputadores, os grupos puderam reorganizar as modalidades de sua internacionalização e, também, modificar profundamente suas relações com a classe operária, particularmente no setor industrial. O grande aumento de produção no setor de manufaturas e nas atividades de serviços concentradas (“industrializadas”), bem como a espetacular recuperação de rentabilidade do capital investido nesses setores, devem-se à ação combinada de fatores tecnológicos e organizacionais”. CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. p. 34.

⁶¹ LOURENÇO, Nelson. Sociedade global, risco e segurança. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. 11(2): 211-219, maio-agosto 2019. p. 212.

⁶² HESPANHA, Pedro. Mal-estar e risco social num mundo globalizado: novos problemas e novos desafios para a teoria social. p. 164.

⁶³ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolado**: o que a globalização está fazendo de nós. p. 32.

Salvo por alguns contextos marginais, na Idade Média não havia nenhum conceito de risco. Ele tampouco existia, até onde pude apurar, na maior parte das demais culturas tradicionais. A ideia de risco parece ter se estabelecido nos séculos XVI e XVII, e foi originalmente cunhada por exploradores ocidentais ao partirem para suas viagens pelo mundo. A palavra "risk" parece ter se introduzido no inglês através do espanhol ou do português, línguas em que era usada para designar a navegação rumo a águas não cartografadas. Em outras palavras, originalmente ela possuía uma orientação espacial. Mais tarde, passou a ser transferida para o tempo, tal como usada em transações bancárias e de investimento, para designar o cálculo das consequências prováveis de decisões de investimento para os que emprestavam e os que contraíam empréstimos. Mais tarde passou a designar uma ampla esfera de outras situações de incerteza.

O autor explica que esse conceito não existia pois dele não precisavam. Segundo ele, "risco não é o mesmo que infortúnio ou perigo. Risco se refere a infortúnios ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras. [...] O conceito de risco pressupõe uma sociedade que tenta ativamente romper com seu passado"⁶⁴. Além disso, acentua que a noção de Risco "é inseparável das ideias de probabilidade e de incerteza. Não se pode dizer que alguém enfrenta um risco quando o resultado da acção está totalmente garantido"⁶⁵.

De acordo com o "Glossário sobre a teoria social de Niklas Luhmann", o conceito de Risco refere-se à possibilidade de danos futuros devido a decisões específicas. Dessa forma, as decisões tomadas no presente condicionam o que acontecerá no futuro, mesmo que não se saiba de que maneira. Logo, elas devem ser tomadas sem ter consciência suficiente do que acontecerá. Em outros termos, quem toma uma decisão no presente não pode ser protegido, com certeza, de possíveis danos futuros e estes podem resultar de comportamento. Nesse norte, o Risco é

⁶⁴ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**: o que a globalização está fazendo de nós. p. 33.

⁶⁵ GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Presença, 2001. p. 32.

caracterizado pelo fato de que, apesar da possibilidade de consequências negativas, é conveniente, no entanto, decidir melhor de uma maneira que de outra.⁶⁶

Ao tratar sobre o conceito de Risco, Rocha⁶⁷ entende ser um evento generalizado da comunicação⁶⁸, uma reflexão sobre as possibilidades da decisão. Na literatura tradicional, o Risco vem acompanhado da reflexão sobre a “segurança”. Nesse sentido, De Giorgi⁶⁹ assinala que

O risco condensa uma simbiose particular entre futuro e sociedade: ele permite construir estruturas nos processos de transformação dos sistemas, especificar as emergências de ordens nas estruturas de sistemas. O risco é, na realidade, uma construção da comunicação que descreve a possibilidade de arrepender-se, no futuro, de uma escolha que produziu o dano que se queria evitar. Dessa forma, risco está ligado ao sentido da comunicação e é relevante por este aspecto, não pelos vestígios que podem existir na consciência. O risco estabelece a necessidade de um cálculo do tempo segundo condições a respeito das quais nem a racionalidade nem o cálculo da utilidade nem a estatística podem fornecer indicações úteis. Nestas condições de não-saber, aquilo que, realmente, se pode saber é que cada redução ou minimização do risco aumenta o próprio risco. Nesta circularidade, condensa-se, também, o fato de que renunciar ao risco significa renunciar à racionalidade. Significa renunciar ao controle das possibilidades de seleção que nascem da possibilidade de um sistema construir, em seu interior, a unidade das distinções das referências que orientam suas operações.

O referido autor entende que a conexão entre o Risco e a contingência (probabilidade) seria, além disso, uma conexão entre o Risco e a complexidade⁷⁰, já que assim como esta, o Risco

⁶⁶ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Guadalajara, México: Anthropos/ Universidad Iberoamericana/Iteso, 1996. p. 141-143.

⁶⁷ ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. **Seqüência**. nº 28, junho, 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15870/14359>. Acesso em: 21 jul. 2020.

⁶⁸ Para Luhmann e De Giorgi, “[...] la comunicación es una síntesis que resulta de tres selecciones: información, acto de comunicación, comprensión. Cada uno de estos componentes es, en sí mismo, un evento contingente. La información es una diferencia que transforma el estado de un sistema, es decir, que produce una diferencia”. “[...] comunicação é uma síntese que resulta de três seleções: informação, ato de comunicação, compreensão. Cada um desses componentes é, por si só, um evento contingente. Informação é uma diferença que transforma o estado de um sistema, isto é, que produz uma diferença” (tradução livre). LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. México: Universidad de Guadalajara/Univesidad Iberoamericana/ITESO, 1993. p. 81. Para Pilau Sobrinho: “A comunicação é um processo primordial no desenvolvimento humano e social. É por meio dela que se estabelecem relações de troca, interesse, aceitação, repúdio, etc., perfazendo um meio viabilizador da convivência humana e da formação dos sistemas sociais. No curso da evolução humana, a comunicação representou papel de significativa importância no desenvolvimento dos povos, perpassando por diversas etapas até cristalizar-se como uma operação eminentemente social”. PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2016. p. 27.

⁶⁹ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 232.

⁷⁰ Sobre o conceito de **complexidade**, Luhmann explica: “o homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através de seu organismo. Desta forma o mundo apresenta ao

“é um princípio de formas que geram formas, de distinções que geram distinções, de vínculos que se unem e, ao mesmo tempo, se desprendem de uma realidade destituída de conexões com qualquer realidade”⁷¹.

Portanto, segundo De Giorgi⁷², o Risco “É uma modalidade da relação com o futuro; é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade”.

Na teoria de Beck⁷³, o Risco é o enfoque moderno da previsão e controle das consequências futuras da ação humana, as diversas consequências não desejadas da modernização radicalizada⁷⁴. Trata-se, portanto, de uma função de ordem nova que não é nacional, e sim global.

Nesse contexto, Giddens⁷⁵ explica que o Risco possui dois aspectos, o positivo e o negativo, que aparecem desde o início da sociedade industrial moderna. Para o autor, “o risco é

homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, de assimilação de informação e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45.

⁷¹ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. p. 233.

⁷² DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Sequência**, Revista nº 28, Ano 15, junho de 1994 - p. 45-54. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15873/14362>. Acesso em: 21 jul. 2020. p. 53.

⁷³ BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo global**. Traducción de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002. p. 5.

⁷⁴ Em relação à **modernização**, Beck faz uma distinção entre a primeira e a segunda modernidade. A primeira modernidade é baseada nas sociedades de Estados-nação, onde as relações e redes sociais e, ainda, as comunidades, se entendem essencialmente em um sentido territorial. Os padrões coletivos de vida, progresso e controlabilidade, pleno emprego e exploração da natureza, típicos desta primeira modernidade, foram minados por cinco processos inter-relacionados: Globalização, individualização, revolução de gênero, subemprego e Riscos globais (como a crise ecológica e o colapso dos mercados financeiros globais). A primeira modernidade refere-se à **modernização radicalizada**. A segunda modernidade tem como verdadeiro desafio teórico e político o fato de que a sociedade deve responder simultaneamente a todos esses desafios, que tem em comum o fato de que todas são consequências imprevistas da vitória da primeira modernização, simples, linear e industrial, baseada no Estado nacional. A segunda modernidade é, então, a **modernização reflexiva**, que deverá responder aos Riscos causados pela modernização radicalizada (sem grifos no original). BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo global**. p. 2.

⁷⁵ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. p. 33.

a dinâmica mobilizadora de uma sociedade propensa à mudança, que deseja determinar seu próprio futuro em vez de confiá-lo à religião, à tradição ou aos caprichos da natureza”.

Essa ambiguidade do Risco consiste na imprescindibilidade de decisão que ele implica: avaliar oportunidades e perdas. Desenvolveu-se toda uma ciência do Risco, da qual se originou o cálculo probabilístico, a primeira tentativa de controlar o incontrolável. O Risco é da ordem da probabilidade. Logo, “Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje”⁷⁶.

Conforme explicita Lourenço⁷⁷, “O risco é uma noção probabilística que se traduz na fórmula risco igual à probabilidade da ocorrência multiplicada pela intensidade dos possíveis danos e, num todo inseparável, o resultado de um processo de construção social que informa a percepção do risco”.

Segundo Giddens⁷⁸, não há como eleger somente uma conduta de negação sobre o Risco. Para o autor:

O risco sempre precisa ser disciplinado, mas a busca ativa do risco é um elemento essencial de uma economia dinâmica e de uma sociedade inovadora. Viver numa era global significa enfrentar uma diversidade de situações de risco. Com muita frequência podemos precisar ser ousados, e não cautelosos, e apoiar a inovação científica ou outras formas de mudança. Afinal, uma raiz do termo “risk” no original português significa ousar.

O Risco, então, está diretamente ligado com o conflito gerado pela dúvida, já que nunca se sabe efetivamente sobre a existência de algo. A humanidade sempre esteve rodeada de Riscos e “Sim, viver significa ousar; toda existência é uma forma de atrevimento”.⁷⁹

Por conseguinte, diante de um mundo em que as relações se tornam interdependentes, qualquer ação do outro levanta dúvidas quanto à segurança em relação às esperanças de cada

⁷⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010. p. 39.

⁷⁷ LOURENÇO, Nelson. Sociedade global, risco e segurança. p. 214.

⁷⁸ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. p. 44-45.

⁷⁹ ARNAUT, Danilo. Da biosfera à sociedade global: contribuições das teorias de risco para a sociologia da globalização. **Cadernos CERU**, 24(1), 137-168. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ceru/article/view/68592>. Acesso em: 17 jul. 2020.

um, pois, como já dito, não há certeza de nada. Nessa condição de interconectividade/interdependência global, os Riscos se tornam abrangentes. Logo, o conceito de Risco “apreende e transmite a verdadeira novidade inserida na condição humana pela globalização”, representando de modo indireto e reafirmando tacitamente “o pressuposto da regularidade essencial do mundo”.⁸⁰

Convém salientar que “Embora risco e sociedade do risco sejam noções fortemente interrelacionadas elas constituem realidades conceptualmente diferentes apelando, por isso, a quadros teóricos diferenciados, mesmo que complementares”⁸¹.

O conceito de Risco e Sociedade de Risco combina o que há algum tempo era mutuamente excludente: sociedade e natureza, ciências sociais e ciências materiais, construção discursiva do Risco e materialidade das ameaças.⁸² Dessa forma, Beck salienta que “Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício como “causa” da vivência e da atuação presente”⁸³

Em sua distribuição, os Riscos apresentam um efeito *boomerang*, já que “nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. [...] Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram”⁸⁴.

Dessa forma, “O conceito de sociedade do risco refere-se essencialmente ao modo como a sociedade se organiza para dar resposta à probabilidade de ocorrência de eventos que possam provocar danos”⁸⁵.

⁸⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 128-129.

⁸¹ LOURENÇO, Nelson. Sociedade global, risco e segurança. p. 212.

⁸² BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo global**. p. 5.

⁸³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. p. 40.

⁸⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. p. 44.

⁸⁵ LOURENÇO, Nelson. Sociedade global, risco e segurança. p. 212.

Ao lidar com os Riscos, a sociedade se vê “confrontada consigo mesma”. Assim, Beck⁸⁶ sintetiza:

Riscos são um produto histórico, a imagem especular de ações e omissões humanas, expressão de forças produtivas altamente desenvolvidas. Nessa medida, com a sociedade de risco, a autogeração das condições sociais de vida torna-se problema e tema (de início, negativamente, na demanda pelo afastamento dos perigos). Se os riscos chegam a inquietar as pessoas, a origem dos perigos já não se encontrará mais no exterior, no exótico, no inumano, e sim na historicamente adquirida capacidade das pessoas para autotransformação, para autoconfiguração e para autodestruição das condições de reprodução de toda a vida neste planeta.

A teoria da Sociedade de Risco de Beck veio a romper com a sociologia do “nada mais que sociedade”, entendida pela maioria dos sociólogos, a qual é cega diante dos desafios ecológicos e tecnológicos da segunda modernidade. O autor sustenta que existem simultaneamente a imaterialidade das definições mediadas e contestadas do Risco e a materialidade do Risco enquanto fabricado por especialistas e indústrias em todo o mundo, e que isto tem muitas implicações. Segundo ele, a análise do Risco requer um enfoque interdisciplinar.⁸⁷

Nesse sentido, “O conceito de sociedade de risco provoca transformações notáveis e sistêmicas em três áreas de referência”. A primeira refere-se à relação entre a sociedade industrial moderna e os recursos naturais (natureza não humana) e culturais (cultura humana em geral), sendo estes a base na qual aquela é construída, mas que está desaparecendo com o processo da modernização. A segunda área de transformação é o relacionamento entre a sociedade e as ameaças por ela produzidas, as quais ultrapassam as ideias de segurança. E, a terceira e última relaciona-se à exaustão, desintegração e desencantamento pelos quais estão passando as fontes de significado coletivas (consciência de classe, por exemplo) na cultura da sociedade industrial.⁸⁸

Sociedade de risco significa: o passado perdeu seu poder de determinação sob o presente. Entra em seu lugar o futuro - ou seja, algo que não existe, algo fictício e construído -

⁸⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. p. 275.

⁸⁷ BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo global**. p. 5-6.

⁸⁸ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 17-18.

como a causa da vida e da ação no presente. Quando falamos de riscos, discutimos algo que *não* ocorre mas que *pode* surgir se *não* for *imediatamente* alterada a direção do barco. Os riscos imaginários são o chicote que fazem andar o tempo presente. Quanto mais ameaçadoras as sombras que pairarem sobre o presente anunciando um futuro tenebroso, mais fortes serão os abalos, hoje solucionados pela dramaturgia do risco.⁸⁹

O argumento básico da teoria da Sociedade de Risco refere-se a um processo de mudança social pelo qual a sociedade e a indústria evoluíram para a Sociedade de Risco⁹⁰, em que a produção de Riscos e a individualização⁹¹ tornam-se os processos sociais predominantes. Nesse aspecto, Beck assinala que “a transição do período industrial para o período de risco da modernidade ocorre de forma indesejada, despercebida e compulsiva no despertar do dinamismo autônomo da modernização, seguindo o padrão dos efeitos colaterais latentes”⁹².

⁸⁹ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. p. 178.

⁹⁰ “Duas fases podem ser aqui distinguidas: primeiro, um estágio em que os efeitos e as auto-ameaças são sistematicamente produzidos, mas não se tornam questões públicas ou o centro de conflitos políticos. Aqui, o autoconceito da sociedade industrial ainda predomina, tanto multiplicando como “legitimando” as ameaças produzidas por tomadas de decisão, como “riscos residuais” (a “sociedade de risco residual”). Segundo, uma situação completamente diferente surge quando os perigos da sociedade industrial começaram a dominar os debates e conflitos públicos, tanto políticos como privados. Nesse caso, as instituições da sociedade industrial tornam-se os produtores e legitimadores das ameaças que não conseguem controlar. O que acontece aqui é que alguns aspectos da sociedade industrial tornam-se *social* e *politicamente* problemáticos. Por um lado, a sociedade ainda toma decisões e realiza ações segundo o padrão da velha sociedade industrial, mas, por outro, as organizações de interesse, o sistema judicial e a política são obscurecidos por debates e conflitos que se originam do dinamismo da sociedade de risco”. BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. p. 15-16.

⁹¹ Sobre o significado de “individualização”, Beck refere: “No quiere decir individuación, cómo convertirse en una persona única. No es thatcherismo, no es individualismo de mercado, no es atomización. Por el contrario, individualización es un concepto *estructural*, relacionado con el estado de bienestar; quiere decir ‘individualismo institucionalizado’. La mayoría de los derechos del estado de bienestar, por ejemplo, están pensados para individuos más que para familias. En muchos casos presuponen el empleo. El empleo a su vez implica educación, y ambos juntos presuponen movilidad. A través de todos estos requisitos, se invita a la gente a constituirse como individuos: a planear, a entender, a diseñarse como individuos y, en caso de que fracasen, a culparse a sí mismos. De forma paradójica, la individualización implica, por tanto, un estilo colectivo de vida”. “Não significa individuação, como se tornar uma pessoa única. Não é Thatcherismo, não é individualismo de mercado, não é atomização. Pelo contrário, individualização é um conceito estrutural, relacionado ao estado de bem-estar social; significa individualismo institucionalizado’. A maioria dos direitos do estado de bem-estar social, por exemplo, é destinada a indivíduos e não a famílias. Em muitos casos, pressupõem emprego. O emprego, por sua vez, implica educação e ambos pressupõem mobilidade. Através de todos esses requisitos, as pessoas são convidadas a constituir-se como indivíduos: planejar, entender, projetar-se como indivíduos e, caso falhem, culpar a si mesmas. Paradoxalmente, a individualização implica, portanto, um estilo de vida coletivo” (tradução livre). BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo global**. p. 14.

⁹² BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. p. 16.

Logo, a Sociedade de Risco não é uma opção, não se pode aprova-la ou reprova-la, pois ela nasce durante os processos da modernização, que não enxergam e não escutam a suas próprias consequências. Sendo assim, “o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial”⁹³.

Beck⁹⁴ explica que na modernidade avançada (ou tardia), a produção social de riqueza é minuciosamente acompanhada pela produção social de Riscos. Como consequência disso, os problemas e conflitos de distribuição da sociedade carente são transmutados pelos problemas e conflitos decorrentes da produção, definição e distribuição dos Riscos produzidos de maneira técnico-científica.

Determinada mudança da lógica da distribuição da riqueza na sociedade carente para a lógica do compartilhamento de Riscos na modernidade avançada está historicamente ligada a – no mínimo – duas condições. Em primeiro lugar, essa mudança é consumada (como se sabe) onde e na medida em que, por meio do nível alcançado pelas forças produtivas humanas e tecnológicas e pela segurança e regulamentação do Estado social, é possível reduzir objetivamente e socialmente a autêntica miséria. Em segundo lugar, essa mudança categórica depende ao mesmo tempo em que, de acordo com o crescimento exponencial das forças produtivas no processo de modernização, os Riscos e potenciais de auto ameaça são liberados em uma extensão desconhecida até agora.

A estrutura da Sociedade de Risco Global une áreas bastante distintas: o problema da natureza, a democratização da democracia e o futuro papel do Estado. A Sociedade de Risco requer uma abertura do processo de decisão, não somente do Estado, mas também das empresas privadas e das ciências. Tal processo de decisão reclama uma reforma institucional desses “relacionamentos definidores”, a estrutura de Poder oculta dos conflitos de Risco.⁹⁵

⁹³ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. p. 17.

⁹⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. p. 23.

⁹⁵ BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo global**. p. 7.

Distinguindo os Riscos globais, Beck⁹⁶ os classifica em três espécies:

Primeiro, os conflitos em torno de *bad*, a contrapartida de *goods*, isto é, a destruição ecológica condicionada pela riqueza e pelos riscos técnico-industriais (como a camada de ozônio, efeito estufa, além das consequências imprevisíveis e incalculáveis da manipulação genética e do transplante de órgãos). Segundo, a destruição ecológica condicionada pela pobreza e os riscos técnico-industriais. [...] Temos, nos casos dos riscos condicionados pela pobreza ou pela riqueza, riscos “normais” que na maioria das vezes não chegam nem mesmo a um descumprimento da aplicação das normas de precaução ou segurança muito frágeis ou até mesmo inexistentes mas que, precisamente por este motivo, continuam presentes em todas as partes do mundo. Em terceiro lugar, os riscos das armas de alto poder destrutivo (armas ABC) estão relacionadas, no que diz respeito à sua aplicação (e não ao seu potencial como ameaça) aos quadros de exceção das guerras.

Verifica-se que se tratam de Riscos fabricados pela sociedade industrial que se tornam evidentes na Sociedade de Risco, e que como resultado da modernização, extrapolam as fronteiras nacionais. Assim, os Riscos dessa era “possuem uma *tendência imanente à globalização*”⁹⁷ (grifos do autor).

Deste modo, o Risco deve ser “considerado como uma noção compósita, integrando a perigosidade e intensidade do fenómeno que o desencadeia e concretiza e a vulnerabilidade do contexto em que ocorre”⁹⁸.

Segundo Beck, “La nueva preeminencia del riesgo vincula, por un lado, la autonomía individual y la inseguridad en el mercado laboral y en la relación de género y, por otro, la arrolladora influencia del cambio científico y tecnológico”⁹⁹.

Nesse contexto, a Sociedade de Risco Global abre o discurso público e as ciências sociais para os desafios da crise ecológica, que são globais, locais e pessoais ao mesmo tempo. Além disso, na “era global”, a questão do Risco une áreas da nova política transnacional, que são extremamente díspares, com a questão da democracia cosmopolita (como a nova economia política de incertezas, os mercados financeiros, os conflitos transculturais, entre outros). Dessa

⁹⁶ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. p. 79-81.

⁹⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. p. 43.

⁹⁸ LOURENÇO, Nelson. Sociedade global, risco e segurança. p. 214.

⁹⁹ “A nova preeminência do risco vincula, por um lado, a autonomia individual e insegurança no mercado de trabalho e na relação de gênero e, por outro, a influência esmagadora das mudanças científicas e tecnológicas” (tradução livre). BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo global.** p. 7.

forma, as biografias pessoais e a política mundial estão se tornando "arriscadas" no mundo global das incertezas fabricadas.¹⁰⁰

A teoria do Risco na sociedade globalizada, então, transforma-se na Sociedade de Risco Global, sobre a qual Beck¹⁰¹ sintetiza:

La sociedad del riesgo, pensada hasta sus últimas consecuencias, quiere decir sociedad del riesgo global. Pues su principio axial, sus retos, son los peligros producidos por la civilización que no pueden delimitarse socialmente ni en el espacio ni en el tiempo. En este sentido, las condiciones y principios básicos de la primera modernidad, la modernidad industrial - antagonismo de clase, estatalidad nacional, así como las imágenes de la racionalidad y el control lineal, tecnoeconómico - son eludidas y anuladas.

Para justificar o conceito de Sociedade de Risco Global, o autor explica que duas respostas são possíveis, uma realista e outra construtivista. Segundo a perspectiva realista, a Globalidade dos perigos é comprovada pelas ciências naturais. No entanto, o que se considera como Risco global não é produto apenas do saber científico, mas de percepções culturais, mediadas e construídas; trata-se de uma parte do saber social, com suas contradições e conflitos. Na perspectiva construtivista, a Sociedade Global de Risco não resulta da qualidade "global" do problema, definida pelas ciências naturais, mas das coalizões discursivas transnacionais que colocam o problema na agenda global. Portanto, Beck propõe um "construtivismo realista" para fundamentar sua teoria, aliando ambas as epistemologias.¹⁰²

A partir dessa Sociedade de Risco e de alguns problemas advindos da Globalização, alguns pensadores têm refletido sobre uma possível Desglobalização, como alternativa para a transformação do caos global, e este será o assunto tratado na sequência.

¹⁰⁰ BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo global**. p. 7-8.

¹⁰¹ "A sociedade de risco, pensada em suas consequências finais, significa uma sociedade de risco global. Por seu princípio axial, seus desafios, são os perigos produzidos pela civilização que não podem ser delimitados socialmente, nem no espaço nem no tempo. Nesse sentido, as condições e os princípios básicos da primeira modernidade, a modernidade industrial - antagonismo de classe, estado nacional, bem como as imagens da racionalidade e do controle tecno-econômico linear - são contornadas e anuladas" (tradução livre). BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo global**. p. 29.

¹⁰² BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo global**. p. 35-41.

3. DESGLOBALIZAÇÃO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A partir da teoria da Sociedade de Risco, já há algum tempo paira sobre a comunidade global uma espécie de insegurança ou frustração generalizadas, as quais foram criadas principalmente em decorrência dos desafios gerados pela incidência das crises no decorrer da história, fazendo surgir a dúvida sobre a possibilidade de se estar vivenciado um processo de Desglobalização.

O termo Desglobalização está ligado às esferas econômica e política, tendo muitas semelhanças, por analogia, à teoria do decrescimento de Latouche¹⁰³. Segundo o autor,

O decrescimento é um slogan político com implicações teóricas [...]. Ao contrário de uma ideia perversa que não produz necessariamente uma ideia virtuosa, não se trata de preconizar o decrescimento pelo decrescimento, o que seria absurdo; considerando bem, contudo, não o seria nem mais nem menos do que pregar o crescimento pelo crescimento... A palavra de ordem “decrescimento” tem como principal meta enfatizar fortemente o abandono do objetivo do crescimento ilimitado, objetivo cujo motor não é outro senão a busca do lucro por parte dos detentores do capital, com consequências desastrosas para o meio ambiente e portanto para a humanidade. Não só a sociedade fica condenada a não ser mais que o instrumento ou o meio da mecânica produtiva, mas o próprio homem tende a se transformar no refugo de um sistema que visa a torná-lo inútil e a prescindir dele.¹⁰⁴

¹⁰³ Para Latouche, “La mundialización, o globalización, triunfa y muestra muy pronto su verdadera cara: aumento de la explotación del hombre y de la naturaleza, financiarización de la economía, desregulación, deslocalizaciones, exclusiones, deterioro de los vínculos sociales, homogeneización cultural, occidentalización del mundo, degradación del clima y de los suelos, deforestación, desertificación [...]”. “A mundialização, ou globalização, triunfa e logo mostra sua verdadeira face: maior exploração do homem e da natureza, financeirização da economia, desregulamentação, relocalizações, exclusões, deterioração dos laços sociais, homogeneização cultural, ocidentalização do mundo, degradação do solo e do clima, desmatamento, desertificação [...]” (tradução livre). LATOUCHE, Serge; HARPAGÈS, Didier. **La hora del decrecimiento**. Traducción de Rosa Bertran Alcázar. Barcelona: Ediciones Octaedro, 2010. p. 46.

¹⁰⁴ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 4-5.

A teoria do decrescimento¹⁰⁵ de Latouche enfatiza a questão ambiental, especialmente quando o autor afirma que “Debemos ralentizar, modificar nuestra relación con el tiempo, cambiar de ritmo. ¡Es la hora del decrecimiento!”¹⁰⁶. Seria também “a hora da Desglobalização”?

Segundo Pilau Sobrinho¹⁰⁷, a Desglobalização seria uma mudança no sentido de tirar o mercado global do “centro de gravidade da vida econômica”, e trazer em seu lugar o mercado doméstico, novamente. Ou seja, focar na produção para o mercado doméstico e não para o mercado de exportação, como se vem fazendo. Ainda, gerar mais capital para a economia local, talvez por meio do aumento de impostos, para que consigam produzir. Seria a revitalização da economia interna com o objetivo de que o Poder de compra pudesse ser por meio da “redistribuição de renda e riquezas”, tornando-a o sustentáculo da economia.

Sobre esse assunto, Hessel e Morin¹⁰⁸ afirmam que

Hay que saber globalizar y desglobalizar a la vez. Es preciso seguir con la globalización, que nos proporciona una comunidad de destino como seres humanos de cualquier origen, amenazados por peligros mortales. [...] Proponemos perpetuar y desarrollar todo lo que la globalización aporta en concepto de intersolidaridades y de fecundidades

¹⁰⁵ Latouche, ainda, refere que: [...] o decrescimento não é o crescimento negativo, oxímoro absurdo que traduz bem a dominação do imaginário do crescimento. Sabe-se que a mera diminuição da velocidade de crescimento mergulha nossas sociedades na incerteza, aumenta as taxas de desemprego e acelera o abandono dos programas sociais, sanitários, educativos, culturais e ambientais que garantem o mínimo indispensável de qualidade de vida. Pode-se imaginar a catástrofe que uma taxa de crescimento negativa provocaria! Assim como não existe nada pior que uma sociedade trabalhista sem trabalho, não há nada pior que uma sociedade de crescimento na qual não há crescimento. Essa regressão social e civilizacional é precisamente o que nos espreita se não mudarmos de trajetória. Por todas essas razões, o decrescimento só pode ser considerado numa “sociedade de decrescimento”, ou seja, no âmbito de um sistema baseado em outra lógica. LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 5.

¹⁰⁶ “Devemos desacelerar, modificar nosso relacionamento ao longo do tempo, mudar nosso ritmo. É hora do decrescimento!” (tradução livre). LATOUCHE, Serge; HARPAGÈS, Didier. **La hora del decrecimiento**. p. 46.

¹⁰⁷ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. A crise da globalização e o desafio de uma governança sustentável. In: DEMARCHI, Clóvis; OLIVEIRA NETO, José Francisco Oliveira de; ABREU, Pedro Manoel. **Direito, Estado e Sustentabilidade** [livro eletrônico]. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 112.

¹⁰⁸ “Tem que saber como globalizar e desglobalizar ao mesmo tempo. É necessário continuar com a globalização, que nos proporciona uma comunidade de destino como seres humanos de qualquer origem, ameaçados por perigos mortais. [...] Propomos perpetuar e desenvolver tudo o que a globalização contribui no conceito de intersolidaridades e fecundidades culturais, mas, ao mesmo tempo, propomos devolver autonomias vitais aos níveis local, regional e nacional, bem como salvaguardar e favorecer em todos os lugares diversidades culturais. Temos que desglobalizar para abrir mão de todo o espaço da economia social e solidária, para proteger a economia da região, preservar a agricultura de subsistência e os alimentos a ela ligados, artesanato e empresas locais, a fim de impedir a desertificação dos campos e a diminuição dos serviços em áreas peri-urbanas em dificuldade” (tradução livre). HESSEL, Stéfhane; MORIN, Edgar. **El camino de la esperanza: una llama a la movilización cívica**. Traducción de Rosa Alapont. Barcelona: Ediciones Destino, 2012. p. 18.

culturales, pero, al mismo tiempo, proponemos devolver las autonomías vitales a lo local, a lo regional, a lo nacional, así como salvaguardar y favorecer por todas partes las diversidades culturales. Tenemos que desglobalizar para ceder todo el espacio a la economía social y solidaria, para proteger la economía de la región, preservar la agricultura de subsistencia y la alimentación ligada a ella, la artesanía y los comercios de proximidad, con el fin de atajar la desertificación de los campos y la disminución de los servicios en las áreas periurbanas en dificultad.

Os autores ora referidos sustentam a importância de uma conscientização relacionada à possibilidade de uma nova política nacional autônoma, calcada nos princípios duplos, quais sejam: globalizar/desglobalizar, desenvolver/envolver. A ideia é estabelecer uma política que possa garantir a solidariedade¹⁰⁹ planetária e a solidariedade das comunidades locais, ao mesmo tempo.¹¹⁰

Assim, Montebourg diz que “La desglobalización tiene como objetivo luchar contra nuestra impotencia ante la violencia de la economía, una impotencia que provoca la callada depreciación nerviosa”¹¹¹. O mesmo autor trata do assunto dizendo que desglobalizar é recuperar o Poder de decidir, bem como é o fundamento de todas as políticas futuras com o fim de maiores cotas de justiça e igualdade. Segundo o autor, a Desglobalização é o ponto pelo qual passa necessariamente a transformação, onde é tanto a resposta à situação atual de emergência, quanto a um projeto para a atual geração.¹¹²

Mas por que transformar e reformar? Primeiro, pela multiplicidade e agravamento dos problemas e males que tem surgido e aumentando na atual sociedade e civilização; segundo, pelas ameaças crescentes que se apresentam sobre as melhores realizações dessa sociedade e civilização; e, terceiro, pelo desprezo aos valores afirmados pela resistência e violados frequentemente pela maioria do governo.¹¹³

¹⁰⁹ “A globalização mata a noção de solidariedade, devolve o homem à condição primitiva do cada um por si e, como se voltássemos a ser animais da selva, reduz as noções de moralidade pública e particular a um quase nada”. SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. p. 65.

¹¹⁰ HESSEL, Stéfhane; MORIN, Edgar. **El camino de la esperanza: una llama a la movilización cívica**. p. 26.

¹¹¹ “A desglobalização visa combater nossa impotência diante da violência da economia, uma impotência que causa depreciação nervosa silenciosa” (tradução livre). MONTEBOURG, Arnaud. **¡Votad las desglobalización! Los ciudadanos somos más poderosos que la globalización**. p. 13.

¹¹² MONTEBOURG, Arnaud. **¡Votad las desglobalización! Los ciudadanos somos más poderosos que la globalización**. p. 45.

¹¹³ HESSEL, Stéfhane; MORIN, Edgar. **El camino de la esperanza: una llama a la movilización cívica**. p. 27.

Além disso, o fundamento para a Desglobalização pode residir no fato de que a sociedade está exposta a situações de Risco (conforme tratado no tópico anterior), principalmente quando se fala em aquecimento global, já que se trata de um problema da atual geração. São Riscos e incertezas que acompanham os indivíduos onde quer que estejam e independentemente da classe social. Relacionam-se com o conjunto de transformações advindas da Globalização, principalmente em sua dimensão econômica.¹¹⁴

Nesse sentido, Montebourg afirma que

El modelo de la desglobalización tiene como objetivo de tratar en el servicio de urgencias la enfermedad de la competencia desenfrenada, pues hoy el libre comercio se ha convertido en el enemigo de muchos pueblos. La eficacia del libre comercio para combatir la miseria, garantizar el desarrollo económico, realizar la mutación ecológica, proteger la solidaridad entre los hombres, preservar las identidades culturales de la humanidad es más que nunca discutible y discutida.¹¹⁵

O mencionado autor refere, portanto, que “Desglobalizar consiste em fundar uma nova prática de la frontera, y de la protección, como instrumento común de los Estados en competencia y de la humanidad, que sigue sin tener quien la defienda y quien represente su interés general”¹¹⁶

De acordo com Sapir¹¹⁷, uma Desglobalização do mercado está em andamento. Isso porque o fenômeno da Globalização do mercado atingiu seus limites, tanto sociais quanto ecológicos, e agora está se tornando uma ameaça para parte das classes dominantes em certos países. Segundo o autor, essa Desglobalização não atingirá apenas a Globalização do mercado, já que, ao mesmo tempo em que este último fenômeno estava sendo implementado, assistiu-se

¹¹⁴ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. p. 15.

¹¹⁵ “O modelo de desglobalização visa tratar a doença da competição desenfreada no departamento de emergência, uma vez que hoje o livre comércio se tornou inimigo de muitos povos. A eficácia do livre comércio para combater a miséria, garantir o desenvolvimento econômico, realizar mutações ecológicas, proteger a solidariedade entre homens, preservar as identidades culturais da humanidade é mais do que nunca discutível e disputada” (tradução livre). MONTEBOURG, Arnaud. **¡Votad las desglobalización! Los ciudadanos somos más poderosos que la globalización**. p. 55.

¹¹⁶ “Desglobalizar consiste em fundar uma nova prática de fronteira e de proteção, como um instrumento comum dos Estados concorrentes e da humanidade, que ainda não tem ninguém para defendê-la e que representa seu interesse geral” (tradução livre). MONTEBOURG, Arnaud. **¡Votad las desglobalización! Los ciudadanos somos más poderosos que la globalización**. p. 55.

¹¹⁷ SAPIR, Jacques. **La démondialisation**. Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 137.

a um movimento de Globalização financeira que também está atingindo seus limites, como demonstrado pela crise financeira que se tem enfrentado desde o verão de 2007, e que está longe de terminar.¹¹⁸

Há alguns anos já se fala em uma “Desglobalização verde” no sentido de realocar as atividades produtivas das multinacionais, acabando com a opressão no sistema de trabalho e evitando a degradação do meio ambiente.¹¹⁹

De acordo com Montebourg¹²⁰,

El programa de desglobalización hace posible mejores salarios, permite el nacimiento de protecciones sociales allí donde no existen, y asegura progresivamente la mutación ecológica de la economía, porque busca circuitos industriales, agrícolas y productivos cortos, acercando los lugares de consumo a los lugares de producción. La desglobalización verde relocaliza por consiguiente las actividades productivas y afecta tanto a las empresas multinacionales como a los Estados opresores del trabajo y del medio ambiente.

Ademais, Montebourg¹²¹ afirma que a Desglobalização está ao alcance de todos e demonstraria uma forma de reconciliação dos cidadãos com o mundo. Nas palavras do autor: “Este proyecto de desglobalización está a nuestro alcance. Es realista, creíble y se basa

¹¹⁸ Sapir refere que: “La dé-mondialisation peut se faire dans les drames et la misère. C’est la voie qui se profile aujourd’hui ; elle aboutira à la multiplication des guerres, extérieures et civiles, qui seront d’autant plus féroces que l’on est allé très loin tant dans la globalisation financière que dans la globalisation marchande.” “A desglobalização pode ser feita com drama e miséria. Este é o caminho que aparece hoje; isso levará à multiplicação de guerras, externas e civis, que serão ainda mais ferozes, pois avançamos muito na globalização financeira e de mercado” (tradução livre). SAPIR, Jacques. La démondialisation. p. 17.

¹¹⁹ MONTEBOURG, Arnaud. ¡Votad las desglobalización! Los ciudadanos somos más poderosos que la globalización. p. 56.

¹²⁰ “O programa de desglobalização possibilita melhores salários, permite o nascimento de proteções sociais onde não existem e garante progressivamente a mutação ecológica da economia, pois busca curtos circuitos industriais, agrícolas e produtivos, aproximando os locais de consumo dos locais de produção. Portanto, a desglobalização verde reloca atividades produtivas e afeta empresas multinacionais e estados que oprimem o trabalho e o meio ambiente” (tradução livre). MONTEBOURG, Arnaud. ¡Votad las desglobalización! Los ciudadanos somos más poderosos que la globalización. p. 56.

¹²¹ MONTEBOURG, Arnaud. ¡Votad las desglobalización! Los ciudadanos somos más poderosos que la globalización. p. 61-62.

esencialmente en el coraje para enfrentarse al mundo tal como es hoy, tal como hemos permitido que sea”¹²².

Por outro lado, preocupados com a ideia de que a Desglobalização induziria a suspensão das lógicas de cooperação necessárias ao progresso dos direitos sociais sem resolver nenhuma das crises atuais, Azam (et. Al)¹²³, entendem que a “Desglobalização” é um conceito superficial e simplista. Superficial porque, na raiz da financeirização globalizada, existem as decisões das forças sociais e dos governos nacionais, determinadas a questionar os direitos sociais em toda parte. A oligarquia não é estrangeira, o inimigo não é o trabalhador chinês. Simplista, porque as respostas à crise exigem “mais Globalização” em determinadas áreas e “menos Globalização” em outras, mas acima de tudo exigem uma mudança radical na própria lógica da Globalização.

Assim, Sousa Santos¹²⁴ explica que a menção ao termo Desglobalização é oriunda de dinâmicas nacionais (como o Brexit no Reino Unido e as políticas protecionistas do atual presidente Norte-americano¹²⁵) e subnacionais (ante o questionamento das fronteiras nacionais que resultaram de tempos e circunstâncias históricas muito distintas). Além disso, o autor assinala que a emergência ou reacendimento da afirmação de identidades nacionais ou religiosas em luta pela secessão ou autogoverno no interior de Estados, de fato, “plurinacionais” seria outra fundamentação da era da Desglobalização.

¹²² “Este projeto de desglobalização está ao nosso alcance. É realista, credível e essencialmente baseado na coragem de enfrentar o mundo como é hoje, como permitimos que ele seja” (tradução livre). MONTEBOURG, Arnaud. **¡Votad las desglobalización! Los ciudadanos somos más poderosos que la globalización**. p. 61.

¹²³ AZAM, Geneviève et. Al. La démondialisation, um concept superficiel et simpliste. **Mediapart**. 6 de junho de 2011. Disponível em: <https://blogs.mediapart.fr/edition/les-invites-de-mediapart/article/060611/la-demondialisation-un-concept-superficiel-et-s>. Acesso em: 28 jul. 2020.

¹²⁴ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A ilusória desglobalização**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/186-noticias/noticias-2017/572689-boaventura-a-ilusoria-desglobalizacao>. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹²⁵ “Trump rompe uma tradição histórica, em que a maior economia do mundo é também a voz mais potente na defesa do livre comércio. Não houve sequer um presidente americano, de Harry Truman (1945-1953) a Barack Obama (2009-2017), que não tenha defendido a abertura comercial”. NEDEFF, Beatriz Araújo. Desglobalização x Reglobalização: as novas megatendências mundiais. **Revista Expressão**, v. 8, n. 1, (2019). Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/revistaexpressao/article/view/4502>. Acesso em: 28 jul. 2020. p. 104.

Nesse contexto, Dugnani¹²⁶ entende a Desglobalização como um processo, cujo termo “é designado para denominar tendências que surgiram contrárias aos processos de globalização, que são percebidas cada vez mais nos discursos políticos da pós-modernidade”. O autor explica que essas tendências estão dominando o “imaginário” de parte da população, por meio da atitude de algumas instituições e de discursos políticos. Há uma tendência de fechamento de fronteiras que abrangem os aspectos culturais, sociais e econômicos, como nos casos acima citados por Sousa Santos. Outra tendência desglobalizante é relacionada à xenofobia¹²⁷, que demonstra um crescimento por parte dos países europeus, bem como nos limites de fronteiras ideológicas do Estado islâmico. Logo, tais ideias e tendências “são sintomas de uma crescente desconfiança das estratégias globalizantes do mercado, contudo, vão em direção contrária ao movimento de aumento de contatos globais impressos pelos meios de comunicação digitais e internet”.

Assim, o mencionado autor¹²⁸ diferencia Globalização e Desglobalização apontando que a Globalização é balizada pelos meios de comunicação¹²⁹ globalizantes e pela fragmentação pós-moderna, enquanto que a Desglobalização se refere a nações e economias protecionistas, ocorrendo uma repolarização das culturas e ideologias.

Para Nedeff¹³⁰,

Esta política “desglobalizadora” traz consequências imediatas. Uma delas é o abandono do TPP (Parceria Transpacífico), um acordo que envolvia não apenas tarifas e cotas, mas padrões e regras que se estendiam a áreas como a trabalhista, a ambiental, a propriedade

¹²⁶ DUGNANI, Patricio. Globalização e Desglobalização: Outro Dilema da Pós-Modernidade. **Revista FAMECOS**, 25(2), ID27918. Disponível em: <https://doi.org/10.15448/1980-3729.2018.2.27918>. Acesso em: 27 jul. 2020.

¹²⁷ O termo **xenofobia** provém do conceito grego composto por *xenos* (“estrangeiro”) e *phóbos* (“medo”). A xenofobia faz, deste modo, referência ao **ódio, receio, hostilidade e rejeição em relação aos estrangeiros**. A palavra também é frequentemente utilizada em sentido lato como a fobia em relação a grupos étnicos diferentes ou face a pessoas cuja caracterização social, cultural e política se desconhece. LA GARZA, **Cecília De**. Xenofobia. **Laboreal** [Online], Volume 7 Nº2 | 2011, posto online no dia 01 dezembro 2011. Disponível em: <http://journals.openedition.org/laboreal/7924>. Acesso em: 27 jul. 2020.

¹²⁸ DUGNANI, Patricio. Globalização e Desglobalização: Outro Dilema da Pós-Modernidade.

¹²⁹ Sobre isso, Marshall McLuhan mostra como os meios de comunicação de massa afetam profundamente a vida física e mental do homem, levando-o do mundo linear e mecânico da Primeira Revolução Industrial para o novo mundo audiotáctil e tribalizado da Era Eletrônica, a qual ele chama de Aldeia global. MCLUHAN, Marshall. **Understanding Media: The Extensions of Man**. New York: McGraw-Hill Book Company, 1964.

¹³⁰ NEDEFF, Beatriz Araújo. Desglobalização x Reglobalização: as novas megatendências mundiais. p. 104.

intelectual e a de compras governamentais. Em paralelo, há uma política industrial protecionista que visa submeter empresas americanas a produzir no país, representando uma reversão das cadeias globais de produção e da eficiência trazida pela lógica das redes de suprimento mundiais, principal elemento dessa “desglobalização”.

Coutinho¹³¹ considera que houveram ondas de Desglobalização no decorrer da história mundial. A primeira delas foi na “guerra dos trinta anos”, no período de 1914 a 1945, abalizado por duas guerras e uma grave depressão econômica. Foi um momento de forte revés para os processos de democratização, integração comercial e financeira, bem como para o padrão monetário internacional, diante dos inexoráveis acontecimentos que acabaram por fechar a nova realidade que estava a se abrir.

A segunda onda de Desglobalização, segundo o referido autor, deu-se com a Crise Econômica de 2008, a qual foi sentida primeiramente a partir de eventos locais¹³², como com “a volta do nacionalisolacionismo norte-americano, a fragmentação da União Europeia, os retrocessos autoritários em países como a Turquia e a Venezuela, o enfraquecimento dos organismos multilaterais e o neoprotecionismo da guerra comercial entre EUA e China”.

Diante disso, surge a ambiguidade: está-se vivenciando um período de reversão dos processos de Globalização – a Desglobalização – ou o que ocorreu foi uma estagnação da Globalização frente às crises econômicas, políticas e sociais, que fizeram com que ela apresente novas formas de manifestação?¹³³

¹³¹ COUTINHO, Marcelo. Pandemia e desglobalização. **Metaxy - Revista Brasileira de Cultura e Política em Direitos Humanos**. 2020-05-12. Disponível em: <https://revistas.ufjf.br/index.php/metaxy/announcement/view/462>. Acesso em: 29 jul. 2020.

¹³² Segundo Coutinho, “Esses eventos isoladamente pouco teriam condições de reverter o processo de globalização, que se trata de um movimento histórico amplo e profundo demais para que fatores locais pudessem freá-lo. Na verdade, tais inclinações anti-globalização não passariam, na verdade, de pontos fora da curva, isto é, exceções à regra e a tendência geral, ou mesmo parte dos efeitos colaterais de resistência a um mecanismo irresistível de atração global”. COUTINHO, Marcelo. Pandemia e desglobalização.

¹³³ TEIXEIRA, Alessandra Vanessa; PIFFER, Carla. Desglobalização ou novas manifestações da globalização. In: **Anais de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade**, 2019, p. 158-168. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/acts/article/view/16655>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 165.

Para Amorim Neto¹³⁴ o processo de Globalização não se encerrou. O que teria acontecido seria uma forma de estancamento do fenômeno ante os eventos negativos ocorridos entre 2008 e 2016.

No entendimento de Sousa Santos¹³⁵, as ocorrências atuais estão longe de configurarem processos de **Desglobalização**, pois “[...] constituem manifestações, como sempre contraditórias, de uma nova fase de globalização mais dramática, mais excludente e mais perigosa para a convivência democrática, se é que não implicam o fim desta”.

Por conseguinte, Sousa Santos¹³⁶ segue contextualizando essa nova fase da Globalização frente aos tratados de livre comércio em curso entre Estados Unidos e Canadá, a parceria transpacífico liderada pelos EUA, a fim de enfrentar o seu principal rival, a China, e as negociações sobre a liberalização e privatização de serviços que em muitos países hoje são públicos, como a saúde e a educação. Ademais, analisa o sistema financeiro e chama atenção para o fato de que 28 empresas do setor financeiro ainda controlam 50 trilhões de dólares, ou seja, três quartos da riqueza mundial contabilizada, sendo que a esmagadora maioria dessas instituições está registrada na América do Norte e na Europa. E o autor segue dizendo:

Perante isto, não me parece que estejamos diante de um momento de desglobalização. Estamos antes perante novas manifestações da globalização, algumas delas bem perigosas e patológicas. [...] Por tudo isto, a globalização hegemônica aprofunda-se, usando, entre muitas outras máscaras, a da soberania dominante, que acadêmicos desprevenidos e meios de comunicação cúmplices tomam por desglobalização.

A partir disso, defende-se que a Globalização enfrenta uma verdadeira encruzilhada histórica e agora é a hora de enfrentar os desafios pendentes que a colocaram em Risco. Por ser um momento de transição, as novas manifestações da Globalização deveriam enfrentar os dilemas que hoje se apresentam com a maturidade de quem dispõe, por exemplo, de um sistema de governança transnacional (envolvendo as esferas locais, perpassando qualquer fronteira

¹³⁴ AMORIM NETO, Octavio. Desglobalização. **Revista da Cultura**, [S.l.], v. 16, n. 28, p. 12-16, abr. 2017. ISSN 1984-3690. Disponível em: <<http://ebrevistas.eb.mil.br/index.php/dacultura/article/view/1001>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

¹³⁵ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A ilusória desglobalização**.

¹³⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A ilusória desglobalização**.

geográfica estatal), que possui uma ampla gama de instrumentos para forjar uma Globalização mais moderna e inclusiva.¹³⁷

Em relação à preocupação com a manutenção e preservação do meio ambiente, dolorosamente adquirida e sentida nas últimas décadas, pensa-se que esta pode ser outra grande aliada para defender a possibilidade de manifestações mais “sadias” do fenômeno.¹³⁸

Ressalta-se, de maneira bastante otimista, que os avanços advindos da Globalização, juntamente com a experiência relacionada aos seus efeitos negativos, podem ser uma oportunidade para a criação de um sistema de governança transnacional, cujo objetivo seja o despontar para uma nova Globalização, moderna, inclusiva, humanista, preparada para enfrentar quaisquer tipos de manifestações que possam surgir.¹³⁹

Por fim, diante da ambiguidade ora apresentada acerca de se estar vivenciado a Desglobalização ou se se trata de uma estagnação da Globalização, a qual se apresenta sob uma nova roupagem, entende-se pela segunda hipótese, haja vista a percepção de que a Globalização é irreversível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo do fenômeno da Globalização, resta evidente que se trata de um fenômeno diversificado que está reestruturando toda a sociedade global, já que com a abertura das fronteiras para a livre circulação de bens e capitais, por meio do fenômeno da Globalização, as relações sociais se ampliaram globalmente.

Dentre as peculiaridades da Globalização, destaca-se o entendimento de Beck: a Globalização como um processo no qual os Estados nacionais têm a sua Soberania, bem como sua identidade e seu Poder interferidos pelos atores transnacionais. A partir de Ferrarese, trazer à discussão esta perspectiva da Globalização, significa que a Globalização representa uma fuga

¹³⁷ TEIXEIRA, Alessandra Vanessa; PIFFER, Carla. Desglobalização ou novas manifestações da globalização. p. 166.

¹³⁸ TEIXEIRA, Alessandra Vanessa; PIFFER, Carla. Desglobalização ou novas manifestações da globalização. p. 167.

¹³⁹ TEIXEIRA, Alessandra Vanessa; PIFFER, Carla. Desglobalização ou novas manifestações da globalização. p. 167-168.

da economia do controle do Estado e uma tendência de afirmação da sua autonomia e autossuficiência em relação ao processo político. Os limites territoriais não são mais suficientes para uma economia que se desvincula do território e que detém as alavancas para condicionar a sociedade no sentido global. Eis a globalização econômica, provocando várias mudanças na área da Soberania e desenhando novos percursos para as instituições jurídicas.

Dessa forma, com a Globalização emergiu uma sociedade global, que passa constantemente por transformações. Neste contexto global, marcado por um forte desenvolvimento industrial, com profundas mudanças e incertezas, surgiram também Riscos para a sociedade, o que também se analisou, principalmente, a partir dos fundamentos de Giddens e Beck e chegando à Sociedade de Risco Global. A estrutura da Sociedade de Risco Global, de Beck, une áreas bastante distintas: o problema da natureza, a democratização da democracia e o futuro papel do Estado.

A partir das características da Sociedade de Risco Global e de alguns problemas advindos da Globalização, foram feitas algumas considerações relacionadas à uma possível Desglobalização, que seria um processo contrário ao da Globalização, sobre o qual alguns pensadores têm refletido, como alternativa para a transformação do caos global. Nesse contexto, demonstrou-se um debate doutrinário com opiniões divergentes acerca da existência da Desglobalização – a qual é defendida por Montebourg e Sapir –, bem como de ondas desglobalizatórias, estas advindas das guerras e das crises econômicas, ou se na verdade seria uma estagnação da Globalização ou ainda, novas manifestações da Globalização, entendida deste modo por Sousa Santos. Ao final, a posição defendida – diante da ambiguidade ora apresentada – foi a de que se trata de uma estagnação da Globalização, a qual se apresenta sob uma nova roupagem, haja vista a percepção de que a Globalização é irreversível.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMORIM NETO, Octavio. Desglobalização. **Revista da Cultura**, [S.l.], v. 16, n. 28, p. 12-16, abr. 2017. ISSN 1984-3690. Disponível em: <<http://ebrevistas.eb.mil.br/index.php/dacultura/article/view/1001>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUT, Danilo. Da biosfera à sociedade global: contribuições das teorias de risco para a sociologia da globalização. **Cadernos CERU**, 24(1), 137-168. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ceru/article/view/68592>. Acesso em: 17 jul. 2020.

AZAM, Geneviève et. Al. La démondialisation, um concept superficiel et simpliste. **Mediapart**. 6 de junho de 2011. Disponível em: <https://blogs.mediapart.fr/edition/les-invites-de-mediapart/article/060611/la-demondialisation-un-concept-superficiel-et-s>. Acesso em: 28 jul. 2020.

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

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo global**. Traducción de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo, UNESP, 2003.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Guadalajara, México: Anthropos/ Universidad Iberoamericana/Iteso, 1996.

COUTINHO, Marcelo. Pandemia e desglobalização. **Metaxy - Revista Brasileira de Cultura e Política em Direitos Humanos**. 2020-05-12. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/metaxy/announcement/view/462>. Acesso em: 29 jul. 2020.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Sequência**, Revista nº 28, Ano 15, junho de 1994 - p. 45-54. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15873/14362>. Acesso em: 21 jul. 2020.

DEFARGES, Philippe Moreau. **A mundialização: o fim das fronteiras?** Tradução de António Monteiro Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

DUGNANI, Patricio. Globalização e Desglobalização: Outro Dilema da Pós-Modernidade. **Revista FAMECOS**, 25(2), ID27918. Disponível em: <https://doi.org/10.15448/1980-3729.2018.2.27918>. Acesso em: 27 jul. 2020.

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

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

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

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

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Presença, 2001.

HESPANHA, Pedro. Mal-estar e risco social num mundo globalizado: novos problemas e novos desafios para a teoria social. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A globalização e as ciências sociais**. 2. Ed. São Paulo: Cortez, 2002.

HESSEL, Stéfane; MORIN, Edgar. **El camino de la esperanza**: uma llama a la movilización cívica. Traducción de Rosa Alapont. Barcelona: Ediciones Destino, 2012.

IANNI, Octavio. **A sociedade global**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

LA GARZA, Cecília De. Xenofobia. *Laboreal* [Online], Volume 7 N°2 | 2011, posto online no dia 01 dezembro 2011. Disponível em: <http://journals.openedition.org/laboreal/7924>. Acesso em: 27 jul. 2020.

LATOUCHE, Serge; HARPAGÈS, Didier. **La hora del decrecimiento**. Traducción de Rosa Bertran Alcázar. Barcelona: Ediciones Octaedro, 2010.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LOURENÇO, Nelson. Sociedade global, risco e segurança. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. 11(2): 211-219, maio-agosto 2019.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaella. **Teoría de la sociedad**. México: Universidad de Guadalajara/Univesidad Iberoamericana/ITESO, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MCLUHAN, Marshall. **Understanding Media: The Extensions of Man**. New York: McGraw-Hill Book Company, 1964.

MONTEBOURG, Arnaud. ¡Votad las desglobalización! Los ciudadanos somos más poderosos que la globalización. Barcelona: Paidós, 2011.

NEDEFF, Beatriz Araújo. Desglobalização x Reglobalização: as novas megatendências mundiais. **Revista Expressão**, v. 8, n. 1, (2019). Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/revistaexpressao/article/view/4502>. Acesso em: 28 jul. 2020.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 17 - n. 1 - p. 18-28 / jan-abr 2012. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 31 out. 2019.

PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e imigração**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. 2014. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Itajaí. P. 78-79. Disponível em: <https://www.univali.br/pos/doutorado/doutorado-em-ciencia-juridica/banco-de-teses-com-dupla-titulacao/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 01 jul. 2020.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. A crise da globalização e o desafio de uma governança sustentável. In: DEMARCHI, Clóvis; OLIVEIRA NETO, José Francisco Oliveira de; ABREU, Pedro Manoel. **Direito, Estado e Sustentabilidade** [livro eletrônico]. São Paulo: Intelecto Editora, 2016.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2016.

ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. **Seqüência**. nº 28, junho, 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15870/14359>. Acesso em: 21 jul. 2020.

RODRIGUES, Jorge Nascimento; DEVEZAS, Tessaleno. **PORTUGAL – O Pioneiro da Globalização: A Herança das Descobertas**. V. N. Famalicão, Portugal: Centro Atlântico, 2009.

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

SAPIR, Jacques. **La démondialisation**. Paris: Éditions du Seuil, 2011.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A ilusória desglobalização**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/186-noticias/noticias-2017/572689-boaventura-a-ilusoria-desglobalizacao>. Acesso em: 10 ago. 2019.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Os processos de globalização. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 2. Ed. São Paulo: Cortez, 2002.

TEIXEIRA, Alessandra Vanessa; PIFFER, Carla. Desglobalização ou novas manifestações da globalização. In: **Anais de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade**, 2019, p. 158-168. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/acts/article/view/16655>. Acesso em: 15 ago. 2020.

WALLERSTEIN, Immanuel. **World-Systems Analysis: An Introduction**. Durham and London: Duke University Press, 2006.

REVOCATORIA DEL MANDATO: UNA FORMA DE HIPERPRESIDENCIALISMO O DE SUPREMACÍA DEL EJECUTIVO EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Pablo Sergio Ospina Molina¹

RESUMEN

América Latina, un continente que ha pasado de una senda historia constitucional antidemocrática, que a finales del Siglo XX y principios del Siglo XXI, ha propendido por generar constituciones democráticas, siendo Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia los abanderados de este modelo que manteniendo su bicentenaria tradición presidencialista, se ha preocupado por tratar de controlar el desbordado hiperpresidencialismo y en consecuencia tratar de mantener el sistema de frenos y contrapesos, en el presente escrito, revisaremos uno de esos mecanismos como lo es la Revocatoria Directa, mirando la figura desde un punto de vista doctrinario, revisando el tema de la mano con aspectos revisados por los mismos gobiernos, la rama legislativa y los pronunciamientos del tribunal constitucional, revisando los problemas que en la práctica evidencia este mecanismo de participación democrática.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Estados Unidos de América a través de su proceso independentista y la instauración de su constitución que con enmiendas perdura hasta nuestros días, ha efectuado grandes aportes al derecho constitucional y al constitucionalismo, uno de ellos, en el sistema de gobierno donde estableció un equilibrio entre la rama ejecutiva y la rama legislativa del poder público,

¹ Estudiante admitido al programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Valencia (España), Magister en Derecho Constitucional y Abogado de la Universidad Libre (Colombia), integrante de la Red de Constitucionalismo Crítico de América Latina, investigador del grupo de investigación Phylojuris Filosofía y Derecho, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Libre seccional Cali, docente de derecho constitucional, litigante y asesor, ORCID <https://orcid.org/0000-0001-5920-0208>, Cvlac https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001438596, Academia <https://unilibrecali.academia.edu/PabloSergioOspinaMolina>, Google <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=ep5X5lcAAAAJ>, dirección de correo electrónico pablo.ospina00@gmail.com, pablo-ospinam@unilibre.edu.co

introduciendo una figura de pesos y contrapesos, modelo generado en respuesta del sistema parlamentario dominante en Europa, este proceso revolucionario impulsaría los procesos independentistas del resto del continente, consecuente con lo anterior, es que vemos una avalancha de procesos independentistas que a la postre trajeron para la humanidad el nacimiento de nuevas repúblicas independientes que eligieron en su gran mayoría constituciones ilegítimamente desde el punto de vista democrático, con el fin de dar un cimiento político y jurídico a los nacientes países y con el fin de apartarse del yugo europeo, instauraron el sistema presidencialista, algunos (muy pocos) siguieron explorando el sistema parlamentario heredado de la tradición europea, pero que al final, el continente se decanto por sistema presidencialista, ahora bien, el desarrollo del constitucionalismo de estos países estuvo permeado de la naturaleza propia su pueblo, una de ellas es el encarnamiento en una persona de los ideales que tiene el pueblo, por eso surge en el continente personajes que abanderaron causas sociales y la necesidad de justicia social que desde sus orígenes reclama el continente.

Ello permitió que con el transcurrir de los años, especialmente durante el siglo XX y lo que va del siglo XXI, estos líderes se hicieran presidentes y promovieran nuevos procesos constitucionales o reformas constitucionales que, conforme al juego político de cada país, le fueron otorgando mayores facultades y atribuciones, generando con ello, una especie de blindaje de carácter político con alcances jurídicos que les permitió desbalancear del equilibrio de poderes con mayor fortaleza hacia ellos y en perjuicio de los demás actores políticos.

Ahora bien, como lo refirieran los catedráticos como Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau (Viciano Pastor & Martinez D., 2012), así como de Albert Noguera Fernández (Noguera-Fernández & Criado de Diego, 2011), América Latina desde los años 90, ha desarrollado un movimiento constitucional denominado como el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, movimiento que se adelantó a través de procesos democráticos refrendados asambleas nacionales constituyentes, la voluntad del pueblo y el deseo de efectuar una transformación en los sistemas jurídicos y políticos de estos pueblos y en ellos se planteo la necesidad de efectuar para garantizar el equilibrio de poderes, la necesidad de la participación democrática del constituyente primario de cara a hacer un verdadero control a los mandatarios de elección

popular, sin embargo en el desarrollo legal y administrativo, este elemental derecho como lo es la participación democrática se ve minado por diversos requerimientos y formalidades tal vez innecesarias.

1.PRESIDENCIALISMO (HIPERPRESIDENCIALISMO)

América Latina desde sus procesos independentistas, se ha decantado por la escogencia del "*Sistema Presidencialista*" como sistema de gobierno o sistema democrático, el cual se caracteriza en la participación en procesos electorales de sus gobernantes a través de sufragio universal (Naranjo Mesa, 2003, pág. 305), ahora bien, a diferencia del clásico "*Sistema Parlamentario*" el modelo muy propio de estas tierras ostenta una evidente supremacía del órgano ejecutivo y sus claras facultades, además de ser una forma de materialización plena de la separación de poderes (Lanzaro, 2001, pág. 19), es decir, inspirados en el espíritu de las leyes la plena autonomía e independencia de las ramas del poder público, en este punto es preciso aclarar que siempre se ha asumido que el constitucionalismo latinoamericano tiene sus bases en el modelo constitucional de los Estados Unidos de Norte América, sin embargo está ha sido ampliamente influenciada entre otros en la Constitución de Cádiz, del pensamiento francés en el pensamiento Rousseau, Montesquieu y Sièyes; así como de los códigos fundamentales de 1791, 1793 y 1795 e inclusive apartes de la constitución inglesa (Carpizo, 2006, pág. 70).

Este sistema "*Presidencialista*", cimienta su separación de poderes en (I) elección mediante sufragio universal, (II) libre elección ministros e irresponsabilidad del legislativo, (III) Ser el presidente jefe de estado y jefe de gobierno independiente del poder legislativo y (IV) Centralización en su figura de las competencias de la rama ejecutiva del poder público (Ospina Molina, 2020), sin embargo, una definición mas apropiada de esta figura seria "*un sistema por el cual se forma un Ejecutivo capaz de mantener la voluntad popular como una verdad en el inicio de su mandato, mismo que por cierto, será de tiempo fijo y determinado*" (Chalco J. , 2017, pág. 224).

Ahora bien, esta forma de gobierno dominante en los países soberanos de las américas ha venido acompañada (desde periodos republicanos) de tendencias caudillistas que en muchos

casos promovieron verdaderas dictaduras unipersonales donde su postura sobre las demás figuras estatales (Viciano & Moreno, 2018, pág. 169), salvo en el gigante del norte, cuyo sistema de colegios electorales hace muy particular sus campañas presidenciales, en el resto del continente, se efectúa mediante sufragio universal, en una o dos vueltas, según la arquitectura establecida en cada país. Este 2022, “El nuevo mundo” vio procesos electorales presidenciales en Costa Rica², Colombia³ y Brasil⁴, que nos evidencia ineludiblemente la poca vocación electoral del continente, donde salvo Brasil, las participaciones del censo electoral no llegaron al 70%.

Una vez los presidentes de América Latina son elegidos, surge la pregunta ¿Cómo controlarlos? Como limitar ese poder ejecutivo (Gargarella R. , Mayo 2017, págs. 2-3), pues como se ha evidenciado en países como Colombia, Venezuela, Nicaragua o Bolivia entre otros (Alarcón Olguín, 2022, pág. 234), el gobernante busca a través de mecanismos democráticos reformar la constitución junto a transferencia de facultades legislativas en el ejecutivo con fines de perpetuarse en el poder extendiendo su periodo constitucional⁵, debilitando incuestionablemente el equilibrio entre las ramas del poder público o el sistema de pesos y contrapesos, en este escenario vemos como entre 1978 y 2009 se erigieron alrededor del continente 15 textos constitucionales, llamando poderosamente la atención que fueron modificadas 10 en 16

² Elecciones a dos vueltas presidenciales, la primera celebrada el 06 de febrero de 2022, donde ninguno de los aspirantes logro alcanzar el 40%, por lo cual se celebro esta segunda elección el 03 de abril de 2022, enfrentando a José María Figueres Olsen del Partido Liberación Nacional y Rodrigo Chaves Robles del Partido Progreso Social Democrático, de los cuales salió vencedor Rodrigo Chaves por un porcentaje de los votos en segunda ronda de 53% sobre 47% de Figueres con una participación del 59,97% de del censo electoral establecido en 3.541.908 ciudadanos habilitados para votar, cabe resaltar que en esta elección se presentaron candidatos de 25 partidos políticos.

³ En el caso colombiano, la primera vuelta tuvo lugar el 29 de mayo de 2022 y la segunda vuelta presidencial el 19 de junio de 2022 entre los candidatos con mayor votación en la primera vuelta que fueron Gustavo Petro y su compañera de fórmula Francia Márquez que obtuvieron el 40.34 % de los votos, mientras que en segundo lugar se ubicó Rodolfo Hernández y su fórmula vicepresidencial Marelén Castillo que obtuvieron el 28.17 %. El citado 19 de junio la fórmula Petro/Márquez resultó elegida con 50,44% de los votos contra 47,31% de la fórmula Hernández/Castillo, con una participación del 58,17% del censo electoral, establecido en 39.001.239 personas habilitadas para participar en los procesos democráticos.

⁴ EN el caso brasileño, las elecciones generales tuvieron lugar el 2 de octubre de 2022 y ante la imposibilidad de un candidato con las mayorías correspondientes, se adelantó la segunda vuelta presidencial entre el actual presidente Jair Messias Bolsonaro y el candidato Luiz Inácio Lula da Silva, quien salió electo con el 50,90% (60.345.999 votos) frente al 49,10% (58.206.354 votos), en una participación del 79,41% del censo electoral de 217.240.060

⁵ el mandato del Presidente de la República tiene una duración de cuatro años según las Constituciones de Argentina (artículo 90); Colombia (artículo 190), Costa Rica (artículo 134); Chile (art. 25), Ecuador (art. 144), Guatemala (artículo 184); Honduras (artículo 237) y Uruguay (artículo 150); de cinco años según las Constituciones de Bolivia (artículo 168); Brasil (artículo 82); El Salvador (artículo 154), Nicaragua (artículo 148 inciso 2°), Panamá (artículo 177), Paraguay (artículo 229); por su parte la Constitución venezolana de 1999 establece el período de seis años en su artículo 230 al igual que lo establece la Constitución de México.

oportunidades y estas modificaciones guardaban estrecha relación con intentos de flexibilización de cláusulas reeleccionistas (Gargarella R. , 2017 B, pág. 21),

Este fenómeno hace parte del hiperpresidencialismo qué, como lo afirmara Nino gozan de las siguientes características (I) el presidente de la república tiene plena libertad discrecional para nombrar su gabinete así como los demás cargos de la rama ejecutiva del poder público que son de su resorte; (II) el poder legislativo tiene un limitado control del presupuesto y de los fondos públicos; (III) amplias facultades en estado de sitio; (IV) el excesivo centralismo en desmedro de los entes territoriales; (V) la intervención del ejecutivo en la función natural del legislativo a través del veto; (VI) la intervención del jefe de estado en la administración de justicia y (VII) las desbordadas facultades reglamentarias otorgadas que nublan la delgada línea entre delegación administrativa y normas de ejecución (Ospina Molina, 2020); siendo clara e ineludible la necesidad de un verdadero control de los actos del ejecutivo, ya que muchas veces sus administraciones degradan en perjuicio de los habitantes.

Es claro que una de las razones por las que se presenta el fenómeno del hiperpresidencialismo es la costumbre que ha tenido América Latina de trasplantar los modelos, en este caso el norteamericano pero que el mismo no se adecúa a la naturaleza propia de sus países (Viciano & Moreno, 2018, pág. 169), donde abundan los caudillismos en perjuicio latente de los partidos políticos y los lineamientos ideológicos.

2.REVOCATORIA DE MANDATO

Los mecanismos de participación democrática como materialización plena del ejercicio democrático por parte del pueblo es la "*Revocatoria del Mandato*" y este debe ser entendido como un mecanismo que permite a los ciudadanos ejercer un control constante sobre la gestión de sus gobernantes y decidir su reemplazo a través del voto en un referéndum (Eberhardt M. L., 2016, pág. 259), en otras palabras es una decisión política que ejecuta el soberano (pueblo) a través de sufragio directo y universal (Eberhardt M. L., 2017, pág. 184), considerándose este como un derecho político a mediante el cual se concluye anticipadamente el mandato a autoridad que le fue conferida mediante voto popular, partiendo de la relación directa que existe entre el

electorado y el elegido, siendo en consecuencia un juicio de naturaleza política (Martínez Cárdenas, 2013, pág. 86).

Su génesis aparece en algunos de los estados de Estados Unidos desde 1890 conocida en el gigante del norte como "*Recall*", pero en la América Latina tiene sus primeros cimientos en los procesos de reforma constitucional de los años 90` en efecto, teniendo Colombia el honor de inaugurar este movimiento denominado *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* y contemplando esta institución en el artículo 103⁶ de la Constitución Política de Colombia (Viciano & Martinez Dalmau, 2011, pág. 23).

Sin embargo, las demás constituciones han ido plasmando esta figura paso a paso se hace interesante dentro de esta figura e institución de naturaleza política y constitucional es que a pesar de las sendas diferencias que acarrearán las diferentes latitudes del continente, por regla general, las mismas tienen el punto de origen en que deben partir de una solicitud ciudadana de un referendo de revocación mediante la cual, a través del voto, la misma se desarrolla este mecanismo de participación democrática y que en caso de ser favorable en el proceso electoral, será destituido el mandatario (Sarrafero & Eberhardt, 2017, pág. 502).

Una definición bastante interesante y de fácil entendimiento desarrolla la Profesora Welp al manifestar:

El referéndum de revocatoria del mandato es un mecanismo de democracia directa que se activa «desde abajo», mediante la recolección de firmas y el cumplimiento de otros requisitos que pueden incluir plazos habilitados para la consulta y/o la justificación de motivos. (Welp Y. , 2013, pág. 54)

De manera genérica podemos afirmar teóricamente hablando que en los países de la América Latina es latente la marcada preponderancia que tiene estas constituciones (especialmente en las que hacen parte del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano) el pueblo

⁶ Artículo 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

como poder constituyente y con ello, el principio de la confianza legítima que depositan los ciudadanos en los gobernantes (Domingo Barberá, 2017, pág. 154) y es de allí donde el ejercicio democrático en cabeza del constituyente primario se establecen los derechos políticos tanto a elegir y ser elegido como a la revocatoria del mandato como mecanismo de participación democrática al provenir todo esto del principio de soberanía popular, a manera de ejemplo tenemos como lo es consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política de Colombia de 1991, al manifestar *"Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley"*, sobre este particular, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido desde sus primeras sentencias que el esquema político nacional invita al ciudadano como soberano a hacer un control a quien ha elegido para que lo represente dentro del modelo de democracia participativa, en otras palabras, que no desaparece esa relación con el elegido y en ese orden, debe efectuar un verdadero control del desarrollo del poder político en todo momento sin limitarse únicamente al proceso de elecciones (Sentencia C - 011, 1994), en el caso venezolano, este postulado constitucional se encuentra consagrado en el artículo 70 de su texto constitucional⁷, en armonía con lo dispuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia manifestó que ha de entenderse el referendo revocatorio de mandato como un mecanismo de participación política cónsono con los principios de soberanía popular, y gobierno democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables establecido en la propia constitución venezolana (Sentencia 1139, 2002), debe agregarse que en Venezuela, este mecanismo es aplicable a todos los cargos y magistraturas de elección popular de los ordenes nacional, regional y local, siendo la primera constitución en el continente que contemplaba este mecanismos para cargos de elección popular nacional (Eberhardt M. L., 2016, pág. 70).

Por su parte, la carta Ecuatoriana de 2008 consagró este mecanismos de participación democrática en su artículo 105 y es interesante como la jurisprudencia constitucional de ese país ha manifestado que el constituyente primario reconoció la potestad de revocar el mandato que fue otorgado a las autoridades elegidas por elección popular como un derecho de sus habitantes,

⁷ Como forma de participación ciudadana la revocatoria del mandato, bajo los postulados de un sistema democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables, artículo 6.

en el entendido que el derecho a revocar el mandato que le asiste a la ciudadanía sobre las autoridades de elección popular democráticamente elegidos, al ser un elemento importante que manifiesta plenamente el desarrollo de la democracia directa, debe ser siempre un proceso transparente, por lo que su regulación debe enmarcarse en normas claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, lo que permitirá el efectivo goce de este derecho ciudadano (Sentencia 019-15-SIN-CC, 2015).

Por último el caso Boliviano, el cual consagró la revocatoria del mandato en los artículos 11 y 240 del texto promulgado en 2009, debiendo señalar que de los países del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, este país es el que mas atención ha puesto a esta figura, pues además de los enunciados, también los regula en los artículos 170, 171 y 242 de su constitución (Domingo Barberá, 2017, pág. 159), consecuente con lo anterior, la jurisprudencia constitucional boliviana reconoce en la revocatoria del mandato como uno de los mecanismos de participación ciudadana, siendo una clara expresión de la democracia directa y participativa, que es emanada de la iniciativa popular, es decir del pueblo boliviano como soberano quien decide, mediante sufragio universal, sobre la continuidad o el cese de funciones de las autoridades elegidas por voto ciudadano (Sentencia Constitucional Plurinacional 1034, 2013)

3. LIMITACIONES

Tenemos como punto de partida que en la América Latina solo se han desarrollado dos procesos de revocatoria del mandato en contra de presidentes de la república, Hugo Chávez en Venezuela en 2004 y Evo Morales en Bolivia en 2016, sin embargo, estos casos concluyeron con la ratificación de dichos funcionarios (Sarrafero & Eberhardt, 2017, pág. 514), ello nos lleva a una reflexión bastante lamentable y es que en un continente de corte presidencialista, el hecho de que hayan tan pocos procesos y ambos con resultados negativos dan fé de una demarcada inclinación hacia el Hiperpresidencialismo.

En este punto es necesario manifestar que, si bien las constituciones del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano han introducido en sus textos la figura de la *Revocatoria del Mandato*, estas tienen su desarrollo legislativo y administrativo, en efecto, para el caso

colombiano, esta se encuentra regulada a través de las leyes 131 y 134 de 1994 y Ley 741 de 2002; por su parte Venezuela, lo regula a través de la Resolución número 030925- 465; Ecuador en la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de 2010 así como en la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de 2009; y en Bolivia a través de Ley del Régimen Electoral número 026 de 2010 (Welp & Serdült, 2011, pág. 151).

Revisando los dos escenarios presidenciales, se hace necesario manifestar que el proceso que se adelantó en contra de Hugo Chávez y que tuvo lugar el 15 de agosto de 2004, cuyos resultados fueron de no a la revocatoria del presidente Chávez obtuvo un 59,09% de los votos, mientras que el Sí a su salida avanzada del gobierno cosechó el 40,63%, constituyéndose en el primer referendo revocatorio contemporáneo de un sistema democrático (Viciano P. & Martinez D., 2008A), en el proceso de recolección de firmas, fue de 3.4 millones de solicitudes, cifra que excedía con creces las 2.4 millones necesarias (Kornblith, 2014, pág. 118), debe agregarse que en 2016, se intentó promover un referéndum en contra del presidente Nicolás Maduro, sin haber llegado a las urnas; por su parte el caso Boliviano a través de la Ley 3850 de 12 de mayo de 2008, se puso en marcha la denominada "*Ley de Referendum Revocatorio del Mandato Popular (LRRMP)*", cuya finalidad era la de elevar a elección popular, la revocatoria del mandato del Presidente Evo Morales y del Vicepresidente García Linera, referendo que tuvo lugar en 2008 y a que a la postre concluyo con la ratificación del mandato presidencial con un 67.43% de aprobación en una votación de 4.047.706 millones de ciudadanos habilitados, convirtiéndose formalmente en el segundo antecedente del continente.

Con relación al caso colombiano y como primera limitación es que el marco legal que regula la materia ha establecido que la misma solo es permitida para cargos de elección popular no nacionales, es decir, la Revocatoria del Mandato es aplicable en contra de alcaldes y gobernadores, de hecho, con ocasión de la pandemia, durante el año 2021, se iniciaron procesos de revocatoria de mandato de alcaldes en las principales ciudades del país, los cuales fueron archivados sin haber llegado a las urnas.

Si intentamos analizar, además del bajo interés de efectuar un verdadero control a la administración presidencial de estos países, la doctora Eberhardt (Eberhardt M. L., 2017, págs.

116-117), nos ha regalado un bellissimo cuadro comparativo (Descartando a Colombia por la inexistencia de la Revocatoria del Mandato de orden presidencial), evidenciando de facto (I) un excesivo ritualismo consagrado en los tiempos para poder acceder a este mecanismo de participación democrática; (II) exigencias formales relacionadas con un número mínimo de ciudadanos o participación de movimientos políticos; (III) Excesiva formalidad, pues mientras para la elección presidencial de estos países solo se requiere la mayoría del censo electoral o en su defecto, la mayoría de votos en segunda vuelta presidencial, en la revocatoria del mandato se exigen además de mayorías, que las mismas deben estar estrechamente relacionadas con los inscritos en las elecciones previas.

Países con revocatoria presidencial	Período aplicable	Firmas para la solicitud / Plazo de recolección	Votos para la revocación	Concurrencia electoral	Efecto	Sustitución / Acefalía presidencial	Cantidad por mandato
Venezuela	Transcurrida la mitad del período de 6 años	Promoción por una agrupación ciudadana formada a tal fin con el 1% de firmas del padrón o por una agrupación política* / No menor al 20% de los electores inscritos en la circunscripción / 3 días	Más a favor de revocar que en contra / Número igual o mayor que los que eligieron al funcionario	Mínimo de electores igual o superior al 25% de los inscriptos ⁶ / Sufragio general no obligatorio ⁷	Efecto vinculante / Se procede de inmediato a cubrir la falta por elecciones o por el vicepresidente según corresponda	En los primeros 4 años: elección en 30 días para completar mandato - Mientras, ejerce el vicepresidente ejecutivo ⁸ / En últimos 2 años: Asume el vicepresidente para completar el período	Hasta 1 proceso de revocatoria por mandato
Bolivia	Transcurrida la mitad del período de 5 años / Excluido el último año	25% del padrón nacional (incluyendo el 20% del de cada departamento) / 90 días / Convocatoria por ley aprobada por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional*	Más a favor de revocar que en contra / Superior al número absoluto y relativo de los votos que lo eligieron	50% más 1 del padrón de la circunscripción	Efecto vinculante / Cesa de inmediato en sus funciones	Asume su vicepresidente, quien convoca de forma inmediata a elecciones en 15 días para completar el mandato	Hasta 1 proceso de revocatoria por mandato
Ecuador	Cumplido el primer año del mandato	Según la Constitución Nacional, el 15%	Mayoría absoluta de	No se expide, pero la cantidad de votos	Efecto obligatorio, inmediato	Reemplazo por el vicepresidente hasta completar el	Hasta 1 proceso de revocatoria

	de 4 años y antes del último	del padrón / 180 días / Sólo pueden iniciarla quienes votaron en la última elección* / La solicitud debe especificar la causal entre las estipuladas por la ley* / La autoridad electoral verifica estos requisitos y aprueba o deniega la solicitud*	los sufragantes ⁹	favorables para su aprobación es la mayoría absoluta del padrón, con lo cual implícitamente se estipula un umbral real	cumplimiento / Cese en el cargo y reemplazo	mandato - En ausencia definitiva de ambos asume temporalmente el presidente de la Asamblea Nacional y convoca elecciones en 2 días para completar mandato - Restando un año, completa el mandato el presidente de la Asamblea Nacional	por mandato / Hasta 1 proceso por promotor
--	------------------------------	---	------------------------------	--	---	--	--

4. OPORTUNIDADES PARA INTENTAR LA REVOCATORIA DE MANDATO

Si miramos la cantidad de oportunidades que tiene el pueblo de adelantar procesos revocatorios de mandato, los mismos solo se limitan a uno por periodo constitucional, lo que se traduce en un amplio impedimento y desalentador panorama para quienes aspiran a adelantar este proceso democrático.

Plazo para iniciar la revocatoria de mandato

Si miramos el plazo habilitado para iniciar una revocatoria, encontramos que Bolivia es el país cuya arquitectura constitucional que más lo limita este mecanismo, pues solo puede iniciarse en un periodo de un año y medio, pues solo se puede adelantar una vez transcurrido la mitad del tiempo de mandato de cinco años y queda excluido el último año, por su lado, Venezuela ha establecido un periodo máximo de tres años, es decir, a partir de una vez transcurrido la mitad del periodo constitucional de 6 años, mientras que en Ecuador, solo se puede adelantar por un periodo de dos años, que corren cumplido el primer año y antes del último año de mandato, es importante tener en cuenta este punto pues cuanto más acotado es el tiempo habilitado para iniciar una revocatoria, menor capacidad de uso tiene el mecanismo y menos impulsa su desarrollo.

Firmas Requeridas

Con relación al número de firmas requeridas, Bolivia es el país donde hay mayor exigencia para poder hacer uso de este mecanismo, pues requiere un número de firmas equivalente mínimo al 25% del padrón nacional para iniciar el proceso con un plazo de tres meses, por su parte, el caso Ecuatoriano exige un número de firmas equivalente mínimo al 15% del padrón nacional con un plazo para recolección de 6 meses, mientras que en Venezuela pues requiere un número de firmas equivalente mínimo al 20% del padrón nacional para iniciar el proceso pero solo un plazo de 3 días, además de exigir un procedimiento previo consistente en la conformación de una agrupación de ciudadanos ad hoc que reúna al menos el 1% de adhesiones respecto del padrón o, en su defecto, debe ser movilizada por una agrupación política ya constituida lo que traduce la limitación para adelantar este proceso a título individual, requisitos que forzosamente desestiman el proceso.

Votación Requerida En Referéndum

Este tema tal vez sea el mas enredado y por ende, desestimulante para el ejercicio de este mecanismo democrático, pues si miramos el modelo boliviano y venezolano exigen en ambos casos que la votación a favor de la destitución superen aquellos que se emiten en contra pero, igualmente, que sean iguales o superiores que aquellos que obtuvo el candidato en su elección, en otras palabras el mismo número de votos que o eligio⁸, por su lado Ecuador ha establecido que la mayoría absoluta exigida no es calculada sobre la base de los votos válidos emitidos (como en los otros dos casos) sino sobre la del total de sufragantes (el padrón nacional), siendo siempre superior esta segunda.

Este tema es mas complejo, al revisar que para que haya la validez del referéndum, en Bolivia se exige la concurrencia mínima del 50% más uno del padrón electoral, en Venezuela, se exige un 25% mientras que Ecuador es el caso más permisivo en tanto no prescribe un piso mínimo de concurrencia electoral para validar el referendo.

⁸ A manera de ejemplo, en las elecciones presidenciales de Bolivia, celebradas el 18 de octubre de 2020, quedo electo presidente Luis Arce del Movimiento al Socialismo (MAS) con un 55,11 % de los votos que equivalen a 3.394.052 votantes, es el mismo número que se requiere (mínimo) para que proceda el proceso de revocatoria del mandato.

Presidencia revocada

Una vez adelantado el proceso democrático y en caso hipotético de que el presidente haya sido revocado, que ocurre o mejor, cual es el paso siguiente, si miramos el caso Boliviano, es el de menor problema, pues asume temporalmente las funciones la vicepresidencia, la cual está obligada a convocar de manera inmediata a elecciones dentro de los 15 días siguientes, el caso Ecuatoriano, el presidente es reemplazado por el vicepresidente hasta completar su mandato, sin embargo, en caso de ausencia definitiva, el presidente de la Asamblea Nacional asume temporalmente y convoca elecciones en 2 días para completar mandato a manos que falte un año para completar el mandato en este caso, e l presidente de la Asamblea Nacional asumirá el cargo hasta la conclusión del periodo presidencial, ahora bien, en el caso venezolano, cuando la revocatoria de mandato ocurre dentro de los 4 años, se convocará a elección dentro de los 30 días siguientes para culminar el periodo constitucional, durante este periodo asume el vicepresidente ejecutivo⁹, pero, en caso de que el proceso democrático se adelante dentro e los 2 últimos años, es el vicepresidente quien asume el cargo hasta la conclusión del periodo.

Aquí denotamos una evidente manifestación del hiperpresidencialismo, a que en casos como los anotados, en muchas oportunidades asuma en reemplazo del presidente revocado, otro funcionario designado o proveniente de la misma línea de gobierno, hecho que es ajeno al principio democrático, pues el pueblo no está en capacidad de decidir sobre quien ocupara el cargo, siendo bastante desestimulante esta realidad.

CONCLUSIONES

El continente americano, desde sus procesos revolucionarios del siglo XVIII con la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, declinó su intención mayoritaria de acoger el modelo presidencialista sin embargo, a diferencia del gigante el norte, en Latinoamérica es fundado este presidencialismo especialmente por ese ideario del caudillismo encarnaba en aquellos próceres de la patria, la necesidad de establecer y estructurar nuevos estados, procediendo a otorgarles mayores facultades al presidente como máxima figura de la rama

⁹ Debe anotarse que el vicepresidente ejecutivo, es elegido por el presidente, no proviene de elección popular.

ejecutiva del poder público, poder desbordado que década tras década, es mas evidente desde México hasta Argentina, mutando o como muchos autores lo han calificado deformando el modelo presidencialista en un modelo hiperpresidencialista, donde el ejecutivo cuenta con facultades excedidas que desequilibran el sistema de pesos y contrapesos en perjuicio de las demás ramas del poder público.

Podríamos concluir, de manera inequívoca, que los países que hacen parte del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, en sus textos superiores, plasmaron la clara inclinación latinoamericana de demarcar un sistema presidencialista así como la voluntad de efectuar control político a los mandatarios elegidos por voto popular, es decir, trataron de diseñar un mecanismo, que al igual que les permitió a los mandatarios de orden nacional llegar al poder por el voto de la ciudadanía, sea el mismo pueblo quien tenga las facultades para adelantar procesos con el fin de destituir a los mandatarios que no cumplan con su plan de gobierno ni satisficían las necesidades del pueblo, este mecanismo se le denominó revocatoria del mandato, mecanismo que ha sido desarrollado además del marco constitucional, a través de desarrollos legislativos y/o administrativos, siendo imperativo manifestar qué salvo Colombia, en los casos venezolano, ecuatoriano y boliviano, países del nuevo constitucionalismo latinoamericano establecieron la posibilidad de adelantar procesos electorales tendientes a revocar el mandato de Presidente de la República, países donde sólo se han desarrollado formalmente tres procesos de revocatoria de mandato, uno adelantado en contra del presidente Hugo Chávez en 2007 y Nicolás Maduro en 2017 en Venezuela y otro en contra del presidente Evo Morales en Bolivia en 2008.

Los diseños institucionales en relación a la revocatoria del mandato en los países del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, generan limitaciones de acceso a la materialización del mecanismos de participación democrática, en efecto mientras el diseño en Colombia no permite la Revocatoria del Mandato a Presidente de la República, en Bolivia, Ecuador y Venezuela si está establecido constitucionalmente, sin embargo, los procesos previos a la votación del referéndum así como las cualificaciones para la aprobación de los mismos, son excesivamente formales y exigentes, contrariando el principio democrático del constituyente primario amparado en el principio de confianza legítima el cual se ve gravemente lesionado.

Es por ello, que desde la academia debe mirarse este tema de manera crítica y desarrollar propuestas encaminadas a brindar soluciones a las necesidades democráticas del continente, partiendo desde idiosincrasia latinoamericana con sus aspectos culturales, educativos y hasta económicos, que permita afrontar no solo el fenómeno del hiperpresidencialismo sino que también hacer materialmente posible el desarrollo de la revocatoria de mandato de los presidentes de la república, cuando hayan razones para hacerlo.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Olguín, V. (2022). El presidencialismo latinoamericano y la problemática de los gobiernos eficaces en América Latina. En F. Freidenberg, Reformas electorales en América Latina (pág. 340). México DF: Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Carpizo, J. (2006). Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina. Boletín Mexicano de Derecho Comparado (115), 57-91.

Chalco, J. (2017). Pluralismo Asfixiado e Hiperpresidencialismo en Ecuador. En C. Storini, Constitucionalismo y Nuevos Saberes Jurídicos: construcciones desde las diversidades (págs. 223-236). Quito: Corporación Editora Nacional.

Domingo Barberá, E. (2017). La revocación del mandato presidencial como instrumento de la ciudadanía en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Diálogos de Saberes (47), 151-158.

Eberhardt, M. L. (2016). La Revocatoria de Mandato en Bolivia. Su diseño institucional. El caso Evo Morales (2008). Acciones e Investigaciones Sociales, 253 - 278.

Eberhardt, M. L. (2016). La Revocatoria de Mandato en Venezuela y su diseño institucional: el caso Hugo Chávez (2004). Revista Brasileira de Sociología, 04(08), 59-92.

Eberhardt, M. L. (2017). La revocatoria presidencial en América Latina. Ventajas y limitaciones. Los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador. Colombia Internacional, 92(105), 105-133.

Eberhardt, M. L. (2017). Revocatoria de Mandato en Ecuador: avances y retrocesos. *Revista de Ciências Humanas*, 17(1), 182-199.

Gargarella, R. (17 de agosto de 2017 B). El presidencialismo, en debate, por Roberto Gargarella. Recuperado el marzo de 2020, de *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*: <http://rlfp.org.ar/el-presidencialismo-en-debate-por-roberto-gargarella/>

Gargarella, R. (mayo 2017). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Un constitucionalismo demasiado viejo. Trabajo presentado Primera Cátedra Norbert Lechner en la Universidad Diego Portales. Santiago.

Kornblith, M. (2014). Venezuela: polarización, revocatoria y después. En Y. Edited by: Welp, & U. Serdült, *La dosis hace el veneno: Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza* (págs. 111 - 134). Quito: Instituto para la Democracia del CNE.

Lanzaro, J. (2001). Tipos de presidencialismo y modos de gobierno en América Latina. En J. Lanzaro, *Tipos de Presidencialismo y Coaliciones Políticas en América Latina* (págs. 15 - 49). Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

Martínez Cárdenas, E. E. (junio de 2013). Revocatoria de mandato: ¿ataque a la democracia representativa? *Reflexión Política*, 15(29), 84 - 96.

Naranjo Mesa, V. (2003). *Teoría Constitucional e instituciones políticas*, IX Edición. Bogotá: Editorial Temis.

Noguera-Fernández, A., & Criado de Diego, M. (2011). La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 15-49.

Ospina Molina, P. S. (2020). Del presidencialismo al hiperpresidencialismo: una realidad innegable en América Latina. *Criterio Libre Jurídico*, 17(2), 1-11.

Sarrafero, M., & Eberhardt, M. (2017). Presidencialismo y Revocatoria de mandato presidencial en América Latina. *Política y Sociedad*, 54(2), 497-519.

Sentencia 019-15-SIN-CC, Expediente 0030-11-IN (Corte Constitucional del Ecuador 24 de junio de 2015).

Sentencia 1139 (Tribunal Supremo de Justicia 5 de junio de 2002).

Sentencia C - 011, Expediente P.E. 001 (Corte Constitucional de Colombia 21 de enero de 1994).

Sentencia Constitucional Plurinacional 1034, Expediente 01706-2012-04-AAC (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia 27 de junio de 2013).

Viciano P., R., & Martínez D., R. (Agosto de 2008A). Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional (2007). *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, 14(2), 101-130.

Viciano Pastor, R., & Martínez D., R. (2012). *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Viciano, R., & Martínez Dalmau, R. (2011). Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista General de Derecho Público Comparado* (9), 1 - 24.

Viciano, R., & Moreno, G. (2018). Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Cortes Constitucionales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 165-198.

Welp, Y. (2013). ¿Por qué Perú? Análisis de la revocatoria del mandato en perspectiva comparada. *Elecciones*, 12(13), 53-77.

Welp, Y., & Serdült, U. (2011). ¿Jaqué a la representación? Análisis de la revocatoria de mandato en los gobiernos locales de América Latina. En Y. Welp, & L. Whitehead, *Caleidoscopio de la Innovación democrática en América Latina* (págs. 145 - 169). México: FLACSO México.