

CLARISSA BRANDÃO KOWARSKI
EDUARDO MANUEL VAL
MARCO AURÉLIO LAGRECA CASAMASSO
(ORGANIZADORES)

ESTADO DE DIREITO

TEMAS CONTEMPORÂNEOS

ISABELLA MACEDO TORRES
UMBERTO ABREU NOCE
(COLABORADORES)



ESTADO DE DIREITO

TEMAS CONTEMPORÂNEOS

Organizadores

Clarissa Brandão Kowarski

Eduardo Manuel Val

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Colaboradores

Isabella Macedo Torres

Umberto Abreu Noce

ESTADO DE DIREITO

TEMAS CONTEMPORÂNEOS



Rio de Janeiro

2022



APRESENTAÇÃO

O Estado de direito tornou-se ao longo das últimas décadas um dos principais critérios de avaliação dos regimes políticos. Paralelo aos ideais de direitos humanos, democracia, cidadania e justiça social, a aspiração pela submissão dos órgãos e agentes estatais ao direito alcançou uma importância que transcende em grande medida as disputas ideológicas travadas na arena política. De fato, a despeito das críticas que não raro mitigam a sua relevância nas sociedades fora do raio de influência do Ocidente, e das inevitáveis ressalvas quando constatado o seu aviltamento em ambientes autocráticos, o Estado de direito impõe-se como valor de legitimação incontornável para cidadãos, governantes, integrantes de movimentos sociais e estudiosos do Estado.

Essa importância superlativa pode ser confirmada não apenas pelo vasto histórico já consolidado de publicações dedicadas ao tema, mas igualmente por investigações e reflexões atuais, promovidas em diversos países, voltadas para os novos desafios e complexidades envolvendo a problemática do Estado de direito. Seja na esfera da *Common Law*, seja no âmbito da *Civil Law*, as expressões *Rule of Law*, *Rechtsstaat*, *État de droit*, *Stato di diritto*, *Estado de derecho* e *Estado de direito* destacam-se nos debates em torno de questões essenciais da agenda política contemporânea. No Brasil, com a redemocratização e a adoção de uma nova Constituição, em 1988, a busca pela efetivação do Estado de direito assume uma inédita centralidade na vida republicana e institucional do país, expressando-se com força ímpar por meio do princípio do Estado democrático de direito.

É a partir do reconhecimento desse contexto de valorização que surgiu a iniciativa de se organizar uma coletânea de artigos relacionados ao Estado de direito. Trata-se de uma proposta que visa a apresentar temáticas e referências que possam contribuir para o desbravamento de novas perspectivas relacionadas a um tema atual e inexorável, que tem merecido progressivamente, no campo acadêmico, a atenção de constitucionalistas e teóricos políticos.

Concorreu também para a realização deste projeto a criação da disciplina *Teoria do Estado de Direito Contemporâneo*, no Programa de Pós-

Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense – PPGDC-UFF, voltada para a reflexão em torno de tópicos e tendências atuais relacionadas ao Estado de direito. Dos dezessete autores que integram esta obra, um professor, três mestres, quatro mestrandos e um doutorando envolveram-se diretamente com a referida disciplina.

Os textos que compõem este livro têm como objetivo precípuo contribuir para a ampliação do panorama de conexões, discussões e questionamentos em torno do Estado de direito, articulando-o com um conjunto variado de temas: democracia, separação de poderes, América Latina e Brasil, autoritarismo, tolerância, corrupção, análise econômica do direito e proteção de dados.

Esta obra foi financiada por meio do edital de Apoio para Programas e Cursos de Pós-Graduação Stricto Sensu, da Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio de Janeiro – FAPERJ, concedido ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, da UFF.

À FAPERJ expressamos os nossos agradecimentos.

Rio de Janeiro, dezembro de 2021.

Os Organizadores

SOBRE OS AUTORES E ORGANIZADORES

Ana Luiza de Moraes Gonçalves Correia

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF).

André Luiz Maluf

Mestrando em Direito Constitucional (PPGDC-UFF). Pós-graduação em Direito Público (UCAM). Estudou Diritto Pubblico Comparato na Università di Siena (Exchange Program). Procurador do Município de Juiz de Fora-MG. Advogado.

Clarissa Brandão de Carvalho Kowarski

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF) e do Programa de Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN-UFF). Mestrado e doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Cláudia Tannus Gurgel Amaral

Pós-Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutorado em Direito (UERJ). Mestrado em Direito (UCAM). Professora Adjunta da Escola de Ciências Jurídicas e Políticas e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Líder do Grupo de Pesquisa CAPES Institucional: Democracia e Participação Social. Coordenadora da Revista digital Caderno de Direito e Políticas Públicas.

Dayane Aguiar Teixeira

Mestrado em Direito Constitucional (UFF). Pós-Graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Eduardo Manuel Val

Professor Associado da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor Colaborador do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UFF (PPGDC-UFF). Professor do quadro permanente e Coordenador Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estácio de Sá (PPGD/UNESA). Líder dos grupos de Pesquisa LEICLA (Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Constitucionalismo na América latina) e OAJI (Observatório de Acesso à Justiça na América Latina). Membro da Diretoria da Associação Brasileira de Ensino de Direito (ABEDI). Membro Honorário do Instituto de Pesquisa e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA).

Eliane Romeiro Costa

Pós-Doutora em Direito da Seguridade Social (USP). Doutorado em Direito pela (PUC-SP). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio). Pesquisadora e Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Estado e Políticas Públicas. Professora da Escola de Direito (PUC-GO). Membro da Academia de Seguridade Social, Cadeira n. 28 (ABDSS).

Erika Neder dos Santos

Doutoranda em Ciências Sociais e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Isabella Macedo Torres

Mestranda em Direito Constitucional pelo PPGDC da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Pós-graduação em Direito e Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ/PGE-RJ). Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC) e associada ao Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Advogada.

Luana Aita

Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO.) Especialista Direito Administrativo pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e em Direito Ambiental pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Atualmente é Professora e

Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Leonardo Oliveira Tognoc

Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Faculdade de Direito (PPGDC-UFF). Pós-graduação em Direito e Advocacia Pública (UERJ).

Maria Lucia de Paula Oliveira

Professora Adjunta da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professora do Programa de Pós-graduação em Direito (UNIRIO). Professora Agregada da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Doutorado em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio). Mestre em Filosofia (PUC-Rio). Procuradora da Fazenda Nacional.

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Professor Associado do Curso de Direito (ICHS-UFF) e do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Doutorado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestrado em Teoria do Estado e da Constituição pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Pamela Mota Conte Campello

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). Advogada. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas Crítica do Direito no Capitalismo (UFF). Membro do Grupo de Pesquisa Desenvolvimento Institucional e dos Aspectos Legais das Organizações, Governo e Sociedade (UFRRJ).

Pedro Paulo Oliveira de Souza Ribeiro

Mestrando em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Membro do grupo de pesquisa Crítica Jurídica Contemporânea (UFF).

Thaiana Conrado Nogueira

Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Advogada. Assessora Jurídica da Fundação Municipal de Saúde de Niterói (FMS).

Umberto Abreu Noce

Doutorando pelo Programa de Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN-UFF). Mestre em Direito Pública (PUC-MG). Professor de Direito e advogado.

Waleska Marcy Rosa

Professora Associada da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutorado em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

SUMÁRIO

A DEFESA DO ESTADO DE DIREITO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Maria Lucia de Paula Oliveira e Luana Aida 13

A FORMAÇÃO DA IDEIA DE ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO: UM PANORAMA DO BRASIL IMPERIAL E DA PASSAGEM PARA A PRIMEIRA REPÚBLICA

Leonardo Oliveira Tognoc 39

A INCLUSÃO DE NOVOS SUJEITOS AO CONTRATO SOCIAL: UMA REVISÃO DO CONCEITO DE JUSTIÇA NO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO

Ericka Nedes dos Santos e Waleska Marcy Rosa 67

A RELAÇÃO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA DELEGATIVA NO CONTEXTO BRASILEIRO

Thaiana Conrado Nogueira 85

“DEMOCRACIAS AUTORITÁRIAS”: O ESTADO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA LEI NA AMÉRICA LATINA ATUAL

Pedro Paulo Oliveira de Souza 107

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E ESTADO DE DIREITO: ALGUMAS REFLEXÕES E CASOS

Cláudia Tannus Gurgel Amaral 127

ESTADO (DEMOCRÁTICO) DE DIREITO: ENTRE TENSÃO, UTOPIA E REALIDADE LATINO-AMERICANA

Pamela Mota Conte Campello 149

ESTADO DE DIREITO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ENTRE APROXIMAÇÕES E TENSÕES

Marco Aurélio Lagreca Casamasso e Umberto de Abreu Noce 169

ESTADO DE DIREITO, LGPD E PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Ana Luiza de Moraes Gonçalves Correia e Clarissa Brandão Kowarski.. 191

QUESTIONAMENTOS SOBRE A INSUFICIÊNCIA DA LEI E A MANUTENÇÃO DO SISTEMA DEMOCRÁTICO

Isabella Macedo Torres..... 213

SEGURO E SOLIDARIEDADE SOCIAL PARA O SÉCULO XXI NO BRASIL: A METAMORFOSE SOCIAL E A (IN)SUFICIÊNCIA DOS BENEFÍCIOS PROGRAMADOS E CONTINUADOS

Eliane Romeiro Costa..... 233

SEPARAÇÃO DOS PODERES NA ENGENHARIA INSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA CRÍTICA À LUZ DO PAPEL NORMATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

André Luiz Maluf e Marco Aurélio Lagreca Casamasso 251

TOLERÂNCIA COMO FORMA DE ENFRENTAR A CRISE DA LEI E A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PESSOAIS

Dayne Aguiar Teixeira 273

A DEFESA DO ESTADO DE DIREITO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Maria Lucia de Paula Oliveira

Luana Aita

Sumário: Introdução. 1. Atualidade do problema da corrupção. 2. Arranjos institucionais para o combate a corrupção no ordenamento. 3. É possível enquadrar o combate à corrupção como política pública? 3.1. Políticas públicas de integridade e combate à corrupção. 4. Relação entre o princípio do Estado de Direito e Combate à Corrupção. Conclusão. Referências.

Introdução

A corrupção e os prejuízos que dela resultam para os cofres públicos tem se mostrado um problema de raízes institucionais profundas no Brasil, que vão além de preocupações meramente jurídicas, a impor detida análise sob diferentes espectros, inclusive, sob o viés da análise das políticas públicas.

A afirmação do Estado Brasileiro como Estado de Direito e Democrático (o Estado Democrático de Direito) coloca-nos um desafio à parte para sua efetivação em um País com uma cultura de legalidade deficiente e instituições públicas estruturadas de forma a permitir a captura de políticas.

O relatório que apura o índice de percepção da corrupção (IPC), realizado pela Transparência Internacional, em 2018, aponta que o Brasil ocupava o 105º lugar no ranking realizado em 180 países, com uma pontuação de 35, dentro de uma escala de avaliação entre zero (altamente corrupto) a 100 (altamente íntegro)

Ainda segundo a Transparência Internacional o fracasso contínuo dos países em combater a corrupção tem contribuído para uma crise do Estado de Direito e da democracia em todo o mundo, sendo certo que, embora o problema ocorra no âmago dos Poderes de

Estado, tal situação exige uma ação governamental efetiva e concatenada para o seu combate.

Embora seja difícil medir o custo exato da corrupção aos cofres públicos, notadamente pela ocultação de sua prática, estimativas da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico - OCDE (2013) apontam que entre 20% e 30% do valor dos projetos realizados pelo Poder Público são perdidos por causa de corrupção e correspondem a cerca de 8% do produto interno bruto - PIB.

O mapeamento do BID destaca também a "Operação Lava-Jato" como a maior investigação de corrupção na história da América Latina, deflagrada a partir de pagamentos de propina nos contratos realizados pela Petrobras, na qual, a título exemplificativo, a Odebrecht admite ter pagado US\$737 milhões em propina entre 2011 e 2016 para garantir contratos de US\$2,8 bilhões, envolvendo cem projetos em dez países (o eventual "lawfare" ocorrido não afasta os números expressivos envolvidos no escândalo de corrupção).

Os mencionados valores dizem respeito ao que apenas um agente privado reconheceu ter gastado com o esquema ilícito, de modo que não corresponde ao real dano perpetrado e se apresenta como uma ínfima amostra da sangria promovida nos cofres públicos, decorrente de atos relacionados à corrupção, que se alastra nos diferentes níveis federativos.

Tais fatos contribuíram para alavancar a atenção da coletividade sobre o tema, tanto que a corrupção constitui um dos índices nas pesquisas realizadas para apontar as maiores preocupações dos brasileiros, juntamente com a violência, desemprego, saúde e educação e, por diversas vezes, alternou no topo do respectivo *ranking*, notadamente nas pesquisas eleitorais de 2018.

A efetividade e eficácia na luta contra tais práticas passa pela necessidade de maior transparência e eficiência nas contratações públicas e ainda pelo desmantelamento das estruturas criminosas, por meio da aplicação de penalidades nas diversas esferas de responsabilização, com vistas não só a reprimir, como igualmente prevenir a reiteração das condutas ilícitas.

Se é indispensável pensar o problema da corrupção e as eventuais políticas públicas a serem formuladas para o seu controle,

é fundamental, de outro lado, compreender o fenômeno da corrupção em sua complexidade e sua correlação com aspectos econômicos, políticos e culturais.

Nesse sentido, se enfatiza, porém, a necessidade de criação de uma cultura de legalidade e do reforço de uma ética pública como parte crucial do delineamento de políticas que possam bem definir os "marcos de integridade", utilizando a metodologia da OCDE, citada por Mendieta & Sanchez¹.

O objetivo deste trabalho é averiguar a viabilidade de enfrentar o combate à corrupção como uma política pública, considerando as peculiaridades do tema, destacando sobretudo a contribuição que tal enfrentamento pode trazer para a efetivação do Estado de Direito e da Democracia no Brasil.

Para que esse objetivo seja atingido, o primeiro capítulo dedica-se a tecer algumas considerações sobre a própria corrupção, inclusive sobre as suas causas. O propósito não é o de exaurir esse tema, dos mais complexos a se pesquisar, mas de, à luz dos arranjos institucionais para tal finalidade, enfrentados no segundo capítulo, pôr em evidência o enquadramento e a amplitude das políticas públicas destinadas de alguma forma ao combate à corrupção, analisadas no terceiro capítulo. Objetiva-se, de outro modo, explicitar como a afirmação de uma ética pública, aplicada ao Governo e à Administração Pública, pode se materializar em políticas públicas efetivas de combate à corrupção.

No capítulo quatro, serão exploradas as conexões do combate à corrupção com a afirmação do princípio do Estado de Direito, do ponto de vista conceitual e também da experiência internacional (especialmente europeia), trazendo elementos para mostrar como as políticas de combate à corrupção são uma frente importante para a afirmação do Estado de Direito e da Democracia, particularmente no Brasil.

¹ MENDIETA, M.V., SÁNCHEZ, A.I. *Ética Pública e Buen Gobierno - Regenerando la Democracia e Luchando contra La Corrupción desde el Servicio Público*. Madri: Tecnos, 2016.

1. Atualidade do problema da corrupção

A corrupção é um fenômeno complexo, que compromete a manifestação de vontade dos principais atores responsáveis pelas decisões governamentais e, por conseguinte, o funcionamento do próprio governo, a democracia e o desenvolvimento nacional, cujos efeitos possuem caráter transnacional, de modo a constituir uma preocupação de Organizações Internacionais.

Tanto é assim que existem três relevantes Convenções Internacionais acerca do tema, das quais o Brasil é signatário, a saber: Convenção sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, celebrado no âmbito da OCDE (Decreto nº 3.678/200); Convenção Interamericana de combate à corrupção, no da OEA (Decreto nº 4.410/2002) e; Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, no da ONU (Decreto nº 5.687/2006).

Trata-se de agrura que assola a política mundial e compromete a efetivação de políticas sociais, notadamente em países em desenvolvimento, como o Brasil, onde a corrupção se mostra enraizada nas estruturas de governo, certo que as práticas a ela relacionadas não se circunscrevem a uma única conduta e envolvem agentes públicos e privados.

É importante precisar do que se fala no presente estudo. Como sugere Rose-Ackerman e Palifka², parte-se da definição adotada pela Transparência Internacional, que define corrupção como "o abuso de poder confiado a alguém para obtenção de ganho privado". Esta definição ampla inclui a corrupção na atividade privada, que também pode trazer graves prejuízos econômicos e sociais, que refoge, no entanto, ao presente escopo.

O objeto do estudo concentra-se na corrupção no setor público, que segundo conhecida distinção, pode se diferenciar em grande corrupção, pequena corrupção e corrupção política. Essa distinção é importante, até porque ela permite vislumbrar uma outra faceta da correlação entre políticas públicas e corrupção.

² ROSE-ACKERMAN, S., PALIFKA, B.J. *Corruption and Government*. Cambridge: Cambridge, 2016, p. 9.

A pequena corrupção se refere aos abusos cometidos no dia a dia, por funcionários do baixo ou médio escalão, em sua interação com os cidadãos. É a corrupção mais visível, que dificulta o acesso dos cidadãos aos serviços públicos, gerando ineficácia e ineficiência.

A grande corrupção, de outra feita, concerne aos desvios decorrentes da conduta de funcionários de alto escalão. Nesses casos, as políticas públicas são distorcidas, e acabam se prestando a satisfazer outros interesses, que não o bem público. Ela conta, comumente, com a participação de empresários e executivos de grandes empresas e não é tão visível, mas seus resultados podem ser desastrosos, pois pode gerar uma atuação pública completamente dissociada do interesse do cidadão em geral.

Finalmente, a corrupção política se constitui em verdadeira manipulação das políticas, que são criadas para atender exclusivamente o interesse particular, configurando o que se denomina a captura de políticas. Nesse caso, as próprias regras do jogo são definidas para favorecer determinados interesses, em virtude de pagamento ou outros favores.

Os estudos sobre o tema da corrupção conseguem, através das informações disponíveis, identificar algumas causas para que ela ocorra. É bom salientar que muitas dessas causas, na verdade, se constituem em um círculo vicioso que se retroalimenta, sendo as causas também consequências das da corrupção. É o que ocorre, por exemplo, com a desigualdade socioeconômica.

Um cruzamento dos índices que medem a desigualdade, como o GINI, com índices de percepção da corrupção a nível global mostram que os países com maior desigualdade são também os mais corruptos.

Quanto maior desigualdade, maiores diferenças de *status* existem e aumenta a competitividade individualista, diminuindo a confiança pública e gerando infelicidade. Esse seria o terreno propício para a disseminação da corrupção³.

Uma outra causa identificada para a corrupção é a baixa qualidade democrática. Aqui há de se frisar a correlação entre a existência de bases institucionais que se vinculam à consecução das

³ MENDIETA, M.V., SÁNCHEZ, A.I. *Ética Pública e Buen Gobierno - Regenerando la Democracia e Luchando contra La Corrupción desde el Servicio Público*. Madri: Tecnos, 2016, p. 267.

ideias de igualdade política e princípio da soberania popular, normalmente vinculadas à democracia e a baixa corrupção⁴. Mendieta & Sanchez salientam que é a sedimentação dessas bases institucionais através de um tempo razoável que produz o efeito de diminuir a corrupção. A transparência, um dos valores do sistema democrático, é uma variável importante para diminuir a corrupção, empiricamente comprovada também.

Outras causas para a corrupção são apontadas pela literatura especializada, dentre as quais, partidos corruptos, ausência de uma burocracia profissional, controles insuficientes, monopolização de poder e discricionariedade por parte dos gestores públicos, o sistema federal e a própria globalização.

Existem ainda possíveis elementos culturais, como por exemplo, em sociedades em que ocorreram mudanças sociais muito rápidas pode ocorrer uma perda dos valores de referência, propiciando um aumento da corrupção. Um baixo desenvolvimento moral da população e, principalmente, da classe política, também, é apontado como um vetor importante para uma maior corrupção.

Para Rothstein & Varraich⁵ (2017, p. 15), a zona cinzenta onde surge a corrupção se dá quando há uma mistura entre público e privado e, por isso, a corrupção pode ser compreendida como um conceito guarda-chuva, já que com ela podem estar presentes a captura do Estado, o clientelismo, a patronagem, o patrimonialismo e o particularismo. Essas práticas são contrárias a uma ideia de imparcialidade situada, de universalismo ético, que devem conduzir à boa governança.

2. Arranjos institucionais para o combate à corrupção no ordenamento

Apesar de não se referir textualmente à expressão corrupção em muitas passagens, a Constituição da República de 1988 consagra os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência como reitores da Administração Pública (art. 37) e

⁴ *Idem*, p. 277.

⁵ ROTHSTEIM, B., VARRAICH, A. *Making Sense of Corruption*. Cambridge: Cambridge, 2017, p. 15.

delineia mecanismos de controle interno e externo de tais atividades (art.70), bem como atribui competência para relevantes instituições zelarem pelo patrimônio público, como é o caso do Ministério Público (art. 129), do Tribunal de Contas (art.71) e, ainda, da Polícia Federal (art. 144).

A legislação infraconstitucional também traça órgãos/entidades com a missão precípua de controle, como é o caso da Controladoria Geral da União - CGU (cujas atribuições, em geral, foram mantidas pela Lei nº 13.844/2019) e do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE (Lei nº 12.529/11), que alçou o combate aos cartéis em licitação a uma das prioridades da autarquia.

O sancionamento das diversas condutas ilícitas abarcadas pelo intrincado fenômeno da corrupção constitui grande preocupação do ordenamento pátrio, que prevê a responsabilização de agentes públicos e privados concomitantemente nas diferentes esferas civil, penal, administrativa e por improbidade administrativa.

Na seara penal, que é a mais gravosa, a base parte do Código Penal, notadamente ao tipificar as condutas de peculato, corrupção ativa e passiva e, recentemente, diante das alterações promovidas pela Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações), passou a ter um capítulo dedicado aos crimes em licitações e contratos.

Além disso, existem lei especiais que tem grande relevância na matéria ainda nesta esfera, notadamente a Lei 8.137/90 (crimes contra a ordem econômica e tributária); a Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro); e a Lei nº 12.850/2013 (organizações criminosas), além da recente Lei nº 14.133/2021, que revogou a Lei nº 8.666/93, quanto aos delitos relacionados a licitações, todos de ação penal de iniciativa pública, de titularidade do Ministério Público.

Em âmbito administrativo, existe mais de uma possibilidade de responsabilização, por autoridades distintas, certo que em âmbito federal é possível destacar: a Lei nº 12.529/2011, que versa sobre a defesa da concorrência, de competência do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE; das autoridades referidas atualmente na Lei 14.133/2021 para a aplicação das respectivas reprimendas previstas neste Diploma e,

sobretudo, o art. 71 da CRFB/ 88, regulamentado pela Lei nº 8.443/91 que conferem ao Tribunal de Contas da União competência para a aplicação de penalidades.

Destaque especial há de ser conferido à Lei nº 12.846/2013, designada de Lei Anticorrupção, que, apesar da nomenclatura, não constitui um plano global para o respectivo combate, mas agregou outras sanções relativas aos atos lesivos contra Administração Pública nacional e estrangeira, algumas de vertente civil, que se submetem à reserva de jurisdição, cuja ação é de legitimidade do Ministério Público, outras de vertente administrativa, para as quais há competência da Controladoria Geral da União – CGU em âmbito federal.

Além disso, não se pode olvidar da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), a qual vem sendo reconhecida natureza civil, apesar das sanções previstas no art. 12 terem caráter híbrido, cuja aplicação depende de pronunciamento jurisdicional em ação civil pública ajuizada para tal finalidade e que sofreu profundas alterações pela Lei nº 14.230/2021.

Cada uma das esferas de responsabilidade preveem a possibilidade de determinação de ressarcimento ao erário, bem como a aplicação de multa, penalidade esta que poderá ter natureza penal, civil ou administrativa.

Nesta última seara, até recentemente, era possível vislumbrar a viabilidade, em âmbito federal, da coexistência de pelo menos quatro multas, conforme já mencionado, relacionadas à Lei n.º 8.443/91 (TCU), Lei 12.529/2011 (CADE), Lei nº 12.846/2013 (CGU) e, mais recentemente, à Lei nº 14.133/2021.

Tal fato denota a multiplicidade de regimes administrativos sancionadores, que tem sido objeto de preocupação do legislador, consoante se observa do art. 159 da Lei nº 14.133/2021, que determina a apuração conjunta dos ilícitos decorrentes da Lei de Licitações e da Lei Anticorrupção, bem como do art. 3º, §2º e no art. 12, §7º, da Lei nº 8.429/92, decorrente da alteração promovida pela Lei 14.230/2021, que visam a evitar duplicidade de sanções para as pessoas jurídicas.

Observa-se, portanto, uma miríade de normas, com competências que podem sobrepor-se para a persecução e

penalização de tais condutas nas diferentes instâncias, existindo para muitas delas instrumentos consensuais, ou seja, aqueles que contam com a adesão de vontade do particular, para fins de atenuar ou substituir sanções, atualmente albergados genericamente pelo art. 26, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-Lei nº 4.657/42), com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, que têm ganhado especial relevo para o enfrentamento do problema.

Dentre os instrumentos consensuais, é possível citar como exemplos, a colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013) e os acordos de leniência (Lei nº 12.529/2011 e Lei 12.846/2013) e, ainda, mais modernamente, os acordos de não persecução civil, viabilizados mediante alteração promovida pela Lei nº 1.3.964/2019, no art. 17, da Lei nº 8429/92.

Importante notar que na seara penal, a colaboração premiada tem se apresentado como importante indício de prova para desbaratar operações criminosas, até então ocultas, que se espraiam na Administração Direta e Indireta dos diferentes entes federativos, a contribuir, inclusive, para a celeridade processual, diante da complexidade das condutas investigadas e das contingências estruturais do Estado na persecução de tais delitos.

Os mencionados instrumentos consensuais vêm ganhando corpo na esfera administrativa, sobretudo no âmbito do CADE (defesa da concorrência) e da CGU (anticorrupção) e, em geral, têm viabilizado o retorno, de ao menos parte, dos prejuízos perpetrados com mais agilidade e maior índice de cumprimento espontâneo, a despeito da ausência de concatenação das condutas nas diferentes instâncias administrativas e da ausência de diploma normativo que reconheça a transversalidade de efeitos para os acordos formalizados, questão complexa que já foi levada, inclusive à apreciação do E. STF⁶.

Os efetivos danos ao patrimônio público são de difícil quantificação, na medida em que não abarcam mera conta aritmética que envolva apenas o quanto foi pago a maior nas contratações viciadas ou o montante despendido com propina.

⁶ Conforme se depreende, por exemplo, dos seguintes julgados do Pretório Excelso: MS 36496; Segunda Turma; Relator(a): Min. GILMAR MENDES; Dje: 02/07/2021; MS 35435; Segunda Turma; Relator(a): Min. GILMAR MENDES; Dje: 02/07/2021.

Daí que parece salutar não se considerar *bis in idem* a determinação de ressarcimento ao erário em diferentes esferas, mesmo porque os montantes que vierem a ser pagos pelo apenado a este título em uma seara de responsabilização devem ser levados em consideração por todas demais.

Contudo, as sanções administrativas, tais como a possibilidade da decretação de indisponibilidade de bens na respectiva via, a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública e, sobretudo, a plêiade de multas, dentre outras penalidades, exigem um maior esforço do intérprete para fins de compreensão, tanto que tem sido, por vezes, objeto de uma atuação disruptiva das diferentes instituições de controle.

Não à toa, pontuais alterações nas legislações mais recentes tem se dedicado à questão da duplicidade sancionatória, tal como se observa da nova lei de licitações e das alterações promovidas na lei de improbidade, cujo enfrentamento ainda carece de amadurecimento, com vistas a incrementar a segurança jurídica, inclusive, à luz das novas disposições da LINDB.

Com vistas a promover a cooperação, buscar uma melhor estruturação das atribuições dos diferentes órgãos e fortalecer as instituições de controle no ordenamento pátrio, em 2003, foi criado a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA, que é uma rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de âmbito federal, estaduais e, em alguns casos, municipais, bem como Ministérios Públicos de diferentes esferas, para a formulação de políticas voltadas para o combate dos crimes que constituem a sua própria nomenclatura.

O método de trabalho da ENCCLA vem se desenvolvendo e se sofisticando ao longo dos anos, ultrapassando assim as metas anuais e ações pontuais inicialmente adotadas, em busca de uma efetiva coordenação das instituições de controle e, nos últimos tempos, se abriu para a participação colaborativa da sociedade civil, que pode agregar na árdua labuta a ser levada a efeito.

Por meio da Ação nº 01/2018 o ENCCLA divulgou "O Plano de Diretrizes de Combate à Corrupção", que contém um grupo de propostas para nortear a atuação de instituições

governamentais e da sociedade civil no enfrentamento da corrupção.

Este Plano, ainda que em termos gerais, parece se assemelhar a montagem de agenda e possui instrumentos para conferir aos tomadores de decisão (*players*) auxílio na formulação de opções, tomada de decisão e implementação, assim como o monitoramento e avaliação de tais práticas, tanto sob o viés repressivo, quanto para prevenir futuras condutas indesejadas, a oportunizar o enfrentamento do tema à luz da análise de políticas públicas.

3. É possível enquadrar o combate à corrupção como política pública?

Não existe uma concepção unívoca acerca do conceito de política pública. O delineamento dos contornos para o estudo das políticas públicas tem em Lasswell um de seus grandes precursores, partindo da preocupação de se explicar "como", "porquê" e "quando" os governos agem como agem, dadas as circunstâncias que o cercam.

Definição bastante difundida é a propugnada por Dye⁷ que sustenta que política pública é "tudo que o governo decide ou não fazer", formulação que, pela sua amplitude, exige um estreitamento mais específico para perquirir quais ações governamentais efetivamente integram tal conceito.

Seria possível efetuar o recorte pelo respectivo conteúdo, restringindo o objeto das políticas públicas à efetivação de direitos sociais, os quais, indubitavelmente, constituem um de seus enfoques mais importantes, mas não exaurem a extensão que se deve conferir aos processos relacionados à formulação, implementação, monitoramento e avaliação de ações governamentais concatenadas e, sobretudo, não condiz com o objeto de estudo ora proposto.

A constrição da definição poderia, de outro lado, se relacionar aos sujeitos responsáveis pela tomada de decisões (*policy makers*), sob o enfoque de que, em um Estado democrático, as políticas públicas são as ações que, em última análise, são determinadas pelos representantes eleitos pelo povo, o que também levaria a exclusão do propósito da

⁷ DYE, Thomas R. *Understanding Public Policy*. Boston: Pearson, 2017, p. 1.

presente abordagem, cujas ações, no mais das vezes, passam por instituições compostas, no sistema brasileiro, por agentes que não se submetem ao escrutínio popular.

Tal afinamento, na realidade pátria, excluiria da respectiva análise questões vitais para as políticas de Estado, que não podem ser confundidas com as políticas de governo, como bem assinalado por Bucci⁸.

Em um Estado democrático, as políticas de governo são as decisões dos representantes eleitos de ocasião, enquanto as políticas de Estado são aquelas de aspecto mais perene, que independem da alternância de governo e que buscam suas bases diretamente no arcabouço constitucional, tal como já destacado em relação aos arranjos entabulados na Lei Maior para a finalidade em exame.

Assim, ainda que se negue o combate à corrupção como política pública, seja porque o seu conteúdo não abarca especificamente um direito social, seja porque não integre eventual agenda de governo, fato é que seu enfrentamento é de inegável importância para as demais políticas.

No estudo das políticas públicas é muito utilizada uma forma esquemática para o enfrentamento de seus múltiplos componentes e aspectos, designado de "ciclo de políticas públicas", como processo de estruturação temporal, deliberativo, formado por diversas fases, que se operam de forma dinâmica e de aprendizado.

Controvérsias a parte, servirá de parâmetro para o presente estudo os estágios estruturados por Howlett, Ramesh & Perl⁹, a saber: montagem da agenda, formulação da política, tomada de decisão, implementação e avaliação da política.

Os mencionados autores destacam, ainda, a existência de três elementos centrais para a análise das políticas públicas: os atores (pessoas relevantes para a tomada de decisão e formação de agenda), as ideias (plano do debate político afetado) e as estruturas (arenas em que se estabelecem as regras do jogo).

⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹ HOWLETT, M., RAMESH, M., PERL, A. *Políticas Públicas - Seus Ciclos e Subsistemas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

Enfoque correlato e interessante é apresentado por Harguindenguy¹⁰, que destaca os círculos relacionados à Administração que envolve atores, processos e resultados.

Especificamente no que concerne à formação de agenda, especial contribuição é dada por Souza¹¹, que sintetiza que seu delineamento pelos governos se opera em atenção a três tipos de respostas: as que focalizam nos problemas; as que dão atenção para a política propriamente dita; e a que se volta para a visibilidade dos atores.

Em qualquer dos planos propostos o combate à corrupção poderia ser alçado à agenda de Estado ou mesmo de governo, mas é pertinente pontuar que, em relação à ótica da política propriamente dita, a mencionada autora ressalta a necessidade de se construir uma consciência coletiva sobre a necessidade de se enfrentar certo problema, que parece evidente, como já visto, em território brasileiro.

Tem-se, portanto, um problema que está no topo da pauta daqueles que devem ser enfrentados de forma permanente e contínua pelo Poder Público e por toda a sociedade, cuja luta possui arranjos institucionais, que remontam à matriz constitucional e legal para levá-la a efeito, mas que ainda precisam de adequada concatenação e enfrentamento crítico para alcançar efetividade e eficiência no seu intento.

Diante das muitas acepções da expressão política pública, da inadequação de submissão aos limites acima objetadas e da fluidez do tema, parte-se da esquematização proposta por Birkland¹² no sentido de identificá-la por meio de seus elementos chave, que ora se buscará correlacionar com os propósitos da pesquisa.

Segundo o mencionado autor, os elementos chave seriam que a política pública dever ser: feita em resposta a algum tipo de problema que requer atenção, (evidenciado em relação à necessidade de combate à corrupção); feita em nome do interesse público (que é

¹⁰ HARGUINDEGUY, Jean-Baptiste. *Análisis de Políticas Públicas*. Madri: Tecnos, 2017, p.18.

¹¹ SOUZA, Celina. O Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. p. 65-86. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

¹² BIRKLAND, Thomas A. *An Introduction to the Policy Process*. New York: Routledge, 2011, p.8.

inexoravelmente comprometido pelas condutas ilícitas em questão); orientada por um objetivo, como a solução de problemas (no caso, tanto a prevenção quanto a repressão dos comportamentos em foco); efetuadas, em última análise pelos governos, que decidem o que fazer ou não fazer (mas que devem respeitar as instituições existentes, até mesmo para não se beneficiar de sua própria torpeza); interpretada e implementada por atores públicos e privados, os quais têm diferentes visões acerca dos problemas, das soluções e de suas próprias motivações (tal como se observa, inclusive, da composição diversificada do ENCCLA).

Parece pertinente, portanto, o enquadramento dos contornos que vem sendo conferidos ao combate à corrupção como política pública, de modo a viabilizar a sua análise a partir da perspectiva - tipologia, estruturação e metodologia-, que tem um viés multidisciplinar.

Em sede de políticas públicas, os diferentes ramos das ciências se complementam nos seus diversos aspectos e peculiaridades, o que confere aos seus praticantes uma liberdade de escolha dentro de uma gama de métodos científicos, desde que pautados em conhecimento embasado, segundo Dunn¹³ (2018, p.1).

A materialização do combate à corrupção se dá por meio de arranjos institucionais que são inerentes a estruturação do Estado, compreendidos como conjunto de elementos, normas e iniciativas que compõem o programa de ação governamental estruturada, que deve buscar a objetivação e a organização pelo direito, mas não pode estreitar-se à análise jurídica, diante do enorme contributo que pode ser aferido de outras ciências para delineamento de modelos institucionais bem sucedidos, que poderão ser replicados em contextos semelhantes.

3.1. Políticas públicas de integridade e combate à corrupção

Objetiva-se tratar das políticas públicas de combate à corrupção, mas quais seriam exatamente as políticas públicas a que

¹³ DUNN, William N. *Public Policy Analysis - An Integrated Approach*. New York: Routledge, 2018, p. 1.

estariamos nos referindo? Para além dos arranjos institucionais delineados e o referido enquadramento, há necessidade de se destacar, dentre as diversas causas da corrupção, o seu posicionamento como resultado da falta de integridade moral, a virtude moral central para a ética pública.

Como lembrado por Sanchez & Mendieta¹⁴, a OCDE propôs um modelo de marcos de integridade organizacional, onde se indicou um conjunto de fatores que podem ter um impacto sobre a integridade dos servidores públicos na organização.

Como elementos essenciais da gestão do marco de integridade incluíram-se a elaboração de códigos de conduta, cursos de formação em ética dos servidores, a gestão de conflito de interesses e dos eventuais conflitos em éticas em Comitês ou Comissões de Ética, as Políticas de Denúncias.

Como elementos complementares, a avaliação do sistema de recursos humanos, dos procedimentos de contratação, da gestão orçamentária e de qualidade, além, é claro, do controle interno e externo.

No contexto de integridade, ou seja, o que não concerne diretamente com a organização da Administração Pública, são incluídos tudo o que pode influenciar na integridade organizacional, como partidos políticos, poder legislativo, sistema judicial, tribunal de contas, defensorias públicas, polícia, órgãos fiscais, a liberdade dos meios de comunicação social, a atuação de governos estrangeiros e instituições internacionais e a postura do setor privado.

É, portanto, importante a percepção de que o componente ético do combate à corrupção é um ponto de partida interessante para se pensar as políticas públicas relevantes para enfrentar esse problema, especialmente no propósito da prevenção.

Buscar uma boa governança impõe um esforço no sentido de repensar do ponto de vista das políticas de integridade, a forma como se estrutura hoje a burocracia administrativa no Brasil, mas também uma série de outras medidas que podem alterar o contexto, que pode não ser favorável ao combate à corrupção.

¹⁴ *Ibidem*, p. 206.

Nos últimos anos, o tema se tornou relevante, de modo que foi levada ao Congresso Nacional a pauta designada de "Dez Medidas contra a Corrupção", conjunto de medidas patrocinadas pelo Ministério Público, que, de alguma forma, parecem ter influenciado alterações legislativas esparsas, tais como as constantes da nova lei de licitações e as realizadas na lei de improbidade.

Além disso, o movimento "Unidos contra a Corrupção", com o apoio da Transparência Internacional Brasil, propôs 70 medidas contra a corrupção, que são variadas, indo desde a inclusão no ensino fundamental de conteúdos ligados à formação ética, cidadania solidária e participação na gestão pública até medidas para favorecer a democracia interna dos partidos.

A amplitude das medidas propostas exigiria uma mobilização pública e uma disposição governamental que seriam indispensáveis, mas que não são identificáveis no atual quadro político.

Segundo Dunn¹⁵, a metodologia do estudo das políticas públicas se refere à investigação crítica de potenciais soluções para problemas práticos, o que contribui para compreensão reflexiva das teorias e práticas dos diversos campos especializados que devem compô-la.

O mencionado autor defende que a abordagem integrada de políticas públicas está voltada para a solução de problemas públicos ou que afetem ao interesse público, tal como ora se defende em relação ao Combate à Corrupção, cuja análise deve ser efetuada a partir de cinco questionamentos: definição dos problemas a serem enfrentados, resultados esperados da política, políticas preferidas, resultados da política observados e performance da política, os quais, por sua vez, devem se submeter a uma análise retrospectiva e prospectiva, em um ciclo virtuoso.

Dentre as diversas outras metodologias propostas por inúmeros estudiosos, mostra-se propício partir das considerações de Kraft, Furlong e Scott¹⁶ no sentido de que a análise das políticas públicas é uma atividade que tem que desconstruir o objeto de estudo, ou seja, dividi-lo em seus elementos básicos para compreendê-lo

¹⁵ *Idem*, p.2.

¹⁶ KRAFT, Michael E., FURLONG, SCOTT R. Public Policy - Politics, Analysis and Alternatives. Londres: Sage, 2018.

melhor, a fim de viabilizar o estudo de suas causas e consequências. Seria uma forma de pensar o assunto; uma tentativa de dissecar problemas e soluções naquilo que costuma ser descrito como forma racional.

Não há consenso sobre quais e quantos sejam os elementos para a análise, nem sobre os contextos, ambientes, perspectivas ou questionamentos a serem inquiridos, tampouco no tocante aos parâmetros para a aferição do método e valor da política pensada ou implementada, que são objeto de diferentes apreciações dos estudiosos acerca do tema.

Assim, propõe-se a análise do combate à corrupção tendo como norte a orientação dos últimos doutrinadores mencionados, que sustentam que as políticas públicas não surgem do vácuo, mas de questões suscitadas que envolvem inúmeras variáveis, algumas mais estáveis e outras mais dinâmicas, que devem ser exploradas em diferentes contextos, a saber: social, econômico, político, de governo e cultural.

O contexto social está mais voltado para a composição da população e a estrutura social. Tende-se a promover a respectiva verificação por trabalhos demográficos e censitários, cenário em que cabe lembrar que o Brasil é um país em desenvolvimento, com índice de desigualdade social que discrepa absurdamente da renda *per capita* e que tem um grande contingente de indivíduos abaixo da linha da pobreza, tal como pode ser observado no estudo de Coutinho¹⁷.

No que concerne ao contexto econômico, cumpre mencionar que a economia ou o seu crescimento afeta diretamente a operacionalização das políticas de governo, assim como a distribuição de riquezas. O produto interno bruto - PIB costuma ser um relevante instrumento de exame, que, como visto, é altamente impactado pela corrupção, a qual se apresenta como externalidade negativa ao sistema almejado, a corroborar a atenção que deve ser dada ao seu combate.

Já no âmbito do contexto político, perquirem-se questões relacionadas à aceitação política da população aos governos e definição dos problemas mais importantes a serem enfrentados,

¹⁷ COUTINHO, Diogo. *Direito, Desigualdade e Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

aspecto em que o combate à corrupção se apresentou como verdadeiro capital político nas últimas eleições, sob o *slogan* da necessidade de instituir-se uma "nova política", livre das mazelas da "antiga política", impregnada de comportamentos tidos como "corruptos".

No contexto de governo são investigadas as respectivas estruturas, com especial atenção para os princípios fundamentais estruturantes da separação de poderes e do federalismo, considerando que a capacidade e autoridade para agir dos governantes está dispersada em várias instituições e em entes federativos distintos.

Neste ponto, deve ser conferida especial atenção para as peculiaridades do ordenamento brasileiro em ambos os aspectos, de grande importância para o objeto do presente estudo no tocante aos mencionados arranjos institucionais para promover o combate à corrupção e eventual constituição e replicação de modelos que se mostrem eficientes e efetivos.

Enfim, o contexto cultural se refere a variados valores, crenças e atitudes da coletividade, tais como a confiança no governo e no processo político, altamente comprometido no governo passado, conforme observado nas eleições de 2018, e ainda sem parâmetros concretos para enfrentamento no atual governo.

Vale notar que estudos recentes, tais como o efetuado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento-BID, tem demonstrado que apenas impor tratamento mais rigoroso aos delitos não tem se revelado o processo mais eficiente no combate ao comportamento criminoso, assim como não o é a atenção exclusiva ao combate às causas do problema, mas sim a política designada de *smart on crime*, que parece propor um meio termo entre as outras duas posturas radicais, o que pode ser um elemento agregador no âmbito de uma política pública de combate à corrupção.

4. Relação entre princípio do estado de direito e combate à corrupção

Como nos lembra Norberto Bobbio¹⁸, desde a Antiguidade a relação entre direito e poder foi apresentada por meio das perguntas: “*É melhor o*

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade* – Fragmentos de um Dicionário Poético. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 20ª.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 131.

governo das leis ou o governo dos homens?”. Platão, diante da inviabilidade do governo pelos sábios da Cidade, afirma que um bom governo é aquele em que a lei é senhora dos governantes. Na “Política”, Aristóteles vai afirmar que a lei não tem paixões, como podem ter os homens, logo o melhor governo é o das melhores leis. No pensamento antigo, as leis positivas se legitimam a partir das leis naturais, o que no período medieval, em São Tomás, por exemplo, vai significar a submissão do soberano a Deus.

É na tradição jurídica inglesa, no entanto, que se constitui o princípio da submissão do rei à lei, o *rule of law*. A limitação do poder real decorreria de leis superiores, aos quais deveriam se submeter, mas também por centros de poder legítimos que restringem o poder do soberano. Fases posteriores da limitação do poder político se dão por meio da afirmação da teoria e prática da separação dos poderes e pela invocação dos direitos fundamentais do homem.

Na influente lição de Canotilho¹⁹ (2003, p.93), o *rule of law* ganha vários sentidos, dentre os quais, a observância de um processo justo, a proeminência das leis e costumes perante a discricionariedade do poder real, submissão à soberania do parlamento, e a igualdade de acesso aos Tribunais, dentro do sistema britânico.

Nos Estados Unidos, o “império do direito” se constitui como Estado Constitucional, mais nos moldes do que temos hoje em nosso sistema Constitucional. O modelo francês de um Estado Legal configura a ideia de uma ordem jurídica hierarquizada, estando a Declaração de Direitos no ápice da estrutura. Um outro modelo, com influência na teoria e prática contemporâneas, é o *Rechtstaat* alemão, reforçando-se aqui a dimensão da limitação do poder do Estado pelo direito.

Para Virgílio Afonso da Silva²⁰, o Estado de Direito pode ser definido como “a garantia do exercício do poder estatal com base no direito e não no arbítrio ou em vontades pessoais”. Indispensável aqui a associação do conceito de direito ao de Constituição, pois não se trata de pura submissão à lei, à vontade expressa pela maioria legislativa, mas de algo informado pelos valores constitucionais.

No caso da Constituição Brasileira de 1988, rompe-se com o sistema legal do período autoritário, daí porque a expressão “Estado Democrático de

¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 7a ed., 2003, fls.243.

²⁰ SILVA, Virgilio Afonso. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: EDUSP, 2021, p. 86.

Direito” constante do Texto. Em nosso sistema constitucional, portanto, o Estado de Direito é sempre Estado Constitucional e Estado Democrático.

É comum a teoria apresentar alguns elementos que qualificam o Estado de Direito como tal, dentre os quais, o primado do Direito, o princípio da reserva legal, o princípio da reserva da Constituição, o princípio da separação dos poderes, o princípio geral da segurança jurídica, a responsabilidade do Estado, a garantia do acesso à justiça efetiva, o princípio da razoabilidade dos atos do poder público, conforme Sarlet, Marinoni e Mitidiero²¹.

Considerando essa definição do Estado de Direito, como Estado Constitucional, vinculado ao princípio da separação dos poderes e ao respeito aos direitos fundamentais, haveria alguma correlação indispensável dessa definição com o combate à corrupção? Existe uma correlação clara entre Estado de Direito, particularmente, Estado Democrático de Direito e combate à corrupção. Com efeito, é possível dizer que o combate à corrupção é elemento fundamental para o robustecimento do Estado de Direito.

Já identificamos anteriormente nesse artigo a baixa qualidade democrática como uma das causas possíveis da corrupção. Como nos ensinam Mendieta & Sanchez²², quando a democracia reúne as bases institucionais que permitem a realização da igualdade política e da soberania popular, a correlação entre democracia e baixa corrupção é forte.

Isso porque uma democracia forte compreende eleições livres e justas, um governo aberto e com prestação de contas, o reconhecimento de direitos civis e políticos e uma sociedade cultural e estruturalmente democrática.

Só a transparência democrática, nos lembram os autores citados, é uma variável fundamental para o combate a corrupção, pois permite não só a identificação e a punição dos casos ocorridos, mas sobretudo permite a sua prevenção.

Dados empíricos permitem concluir essa correlação entre países com maior transparência e países com menor corrupção, se cotejarmos, por exemplo, índices do Banco Mundial.

²¹ SARLET, Ingo. MARINONI, Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, P. 279.

²² *Idem*, p. 277.

Existem algumas das características não só das Democracias, mas dos Estados de Direito, que são relevantes para o controle da corrupção. Assim, ainda que seja possível a existência de um Estado de Direito, com índices de corrupção relevantes, algumas das características do Estado do Direito se constituem em obstáculos para o aumento da corrupção.

Cite-se, por exemplo, um poder judiciário independente com amplo acesso à justiça. Se existir um poder judiciário independente, imparcial e acessível, dificilmente os atos de corrupção restarão impunes, o que funcionará como um desestimulador para que ela ocorra.

A segurança jurídica, uma das características do Estado de Direito, é indispensável para que o direito não se torne um aliado à corrupção. A insegurança jurídica constitui um campo fértil para a proliferação da corrupção, como sintetiza Mairal²³.

Num sistema jurídico em que a própria existência das normas é desconhecida – muitas vezes em virtude da proliferação indiscriminada de atos normativos, em que as normas são ambíguas ou não são claras, em que existem normas de validade duvidosa, em que o próprio Estado despreza as leis estatuídas, falta segurança jurídica e se constitui terreno perfeito para a prática de atos de corrupção, já que o governante ou o servidor tem amplo poder discricionário, o que aumenta as possibilidades da prática de suborno e outros atos que ferem a integridade pública.

A possibilidade de aproximação entre as características do princípio do Estado de Direito e os elementos conducentes a uma diminuição da corrupção fica bem clara se atentarmos para a importante correlação que se estabelece hoje na União Europeia entre o princípio do Estado do Direito e o combate à corrupção.

É corrente a preocupação com a forma como serão utilizados os recursos extras a serem distribuídos em razão da pandemia e a eventual utilização indevida desses recursos. A Comissão de Veneza (que assessora o Conselho da Europa em matéria constitucional) afirma que o Estado de Direito tem seis elementos, quais sejam, legalidade, certeza legal, proibição de arbitrariedade, acesso à Justiça num poder judiciário independente e imparcial, respeito pelos direitos humanos e não discriminação e igualdade perante a lei.

²³ MAIRAL, Héctor A. *As Raízes Legais da Corrupção* – ou como o Direito Público fomenta a Corrupção em vez de Combatê-la. Trad. Toshio Mukai. São Paulo: ContraHcorrente, 2018, p. 49.

Com a disseminação da corrupção, um ou mais desses elementos são comprometidos²⁴, consoante Mortera-Martinez. Num ato de suborno de uma autoridade local para obtenção de licença ambiental, por exemplo, atinge-se a legalidade, a certeza legal, proibição de arbitrariedade e não discriminação.

O Art. 2º do Tratado da União Europeia estabelece que a União é fundada, dentre outros valores, no Estado de Direito. A independência e a eficiência das autoridades públicas são comprometidas pela corrupção, erodindo a confiança dos cidadãos nas suas instituições. É a partir do próprio princípio do Estado de Direito que a União Europeia estabelece as suas estratégias de combate à corrupção, portanto.

Uma grande novidade é a proposta de criação de um Procurador Público Europeu para investigar e apurar atos de desvio ocorridos na prática do orçamento europeu, ainda que identificando os estudos para a região a necessidade de uma variedade de providências, dentre as quais o reforço da independência do judiciário (a independência do judiciário vem se pondo em risco em alguns Estados Europeus, de uma forma tal que o próprio Estado de Direito se coloca em risco).

A supervisão anticorrupção no âmbito da União Europeia poderia ser aperfeiçoada por meio da entrada da União Europeia no Conselho do Grupo de Estados Europeus contra a Corrupção, por meio de uma inflexão diferente no combate à corrupção, não só vinculando-o à política criminal, mas tornando-a parte da política econômica interna dos Estados, valorizando-se mecanismos já existentes nesse sentido, por meio da alavancagem do papel do sistema bancário na fiscalização da lavagem de dinheiro e finalmente, de forma bastante significativa, colocar em prática de forma mais efetiva o princípio do Estado de Direito, como bem diagnostica Mortera-Martínez²⁵.

As obras sobre corrupção salientam a relação entre clientelismo, patronagem e patrimonialismo e sabemos como essas realidades estão presentes na história e, até no presente, do Estado Brasileiro hoje. Essas práticas são nocivas a uma boa governança (ou de qualidade na governança), aqui apontada como a antítese de um governo corrupto. É interessante aqui identificar as correlações entre Democracia, Estado de Direito e Boa

²⁴ MORTERA-MARTINEZ, Camino. *How to Fight Corruption and Uphold the Rule of Law*. Disponível em: <https://www.cer.eu/publications/archive/policy-brief/2021/how-fight-corruption-and-uphold-rule-law>.

²⁵ *Idem*.

Governança. Encontramos uma teorização bem interessante na contribuição de Rothstein & Varrach²⁶, que apontam na noção de imparcialidade o elemento em comum entre a boa governança e o Estado de Direito.

Para os referidos autores, independentemente do conteúdo da política pública, deve existir para sua criação e implementação imparcialidade por parte dos agentes públicos incumbidos. Ocorre que essa imparcialidade é a outra face da democracia política, expressa na igualdade política. Existe, portanto, uma correlação entre maior democracia política e menor corrupção. De outro lado, a imparcialidade na aplicação da lei é uma das decorrências da afirmação do Estado de Direito; logo mais Estado de Direito traria também menos corrupção, na avaliação de Rothstein & Varrach²⁷:

“An analysis of four different comparative measures of the extent to which rule-of-law principles are respected and implemented in different countries finds some very interesting results. Although the four indexes are built on quite different conceptual strategies, empirically they correlate on a surprisingly high level with the measure of corruption construed by Transparency International and with the measure of impartial administration construed at the Quality of Government Institut.”

O ponto em comum, como salientam os autores em questão²⁸, está na importância da efetivação do princípio da imparcialidade, meio de conexão entre Estado de Direito e Boa Governança, com menos corrupção. O conceito de boa governança (ou governança de qualidade) é utilizado aqui num sentido estrito, para se referir não a uma Administração mais eficiente ou em que haja maior participação do cidadão, mas a uma Administração que traduza a participação ativa em políticas públicas que melhorem a situação dos cidadãos, trazendo mais dignidade.

²⁶ ROTHSTEIM, B., VARRAICH, A. *Making Sense of Corruption*. Cambridge: Cambridge, 2017.

²⁷ *Idem*, p. 145.

²⁸ *Ibidem*.

Conclusão

Inexistem dúvidas acerca da necessidade de se promover uma ação planejada e ordenada de combate à corrupção no ordenamento pátrio, mediante respeito às capacidades institucionais das estruturas envolvidas no controle. Mas existem outras ações indispensáveis para o enfrentamento do problema dentro do quadro mais amplo da luta contra a corrupção. As medidas de combate à corrupção que precisam ser implementadas não são poucas e demandam uma mobilização política que não se tem hoje no Brasil, paradoxalmente.

Esta tarefa é árdua, considerando a miríade de normas que versam sobre o tema e a atuação disruptiva de instituições envolvidas no processo, que precisam cooperar para montar uma agenda, que viabilize a formulação de soluções viáveis, para que possam ser tomadas as decisões e implementadas as respectivas ações que busquem maior efetividade, eficiência e eficácia, que deve ser avaliada sob critérios múltiplos, a fim de ser constantemente incrementada.

A atuação do ENCCLA e o recém elaborado Plano Nacional de Diretrizes de Combate à Corrupção parecem caminhar neste sentido, sendo extremamente salutar a análise sob o olhar interdisciplinar inerente às políticas públicas para tal importante agenda de Estado.

Para além disso, o Brasil não pode perder a oportunidade, considerando a importância que o tema da corrupção tem na agenda política nacional, de discutir seriamente políticas públicas de combate à corrupção. O custo fiscal de tais políticas, é importante que se perceba, é irrelevante em se considerando a importância do combate à corrupção. Paradoxalmente, políticas públicas voltadas para o estímulo da ética administrativa são, muitas vezes, as primeiras a ser cortadas em período de crise econômica. É indispensável, portanto, criar uma percepção por parte da sociedade brasileira quanto à relevância das políticas que visam à prevenção e o combate à corrupção.

É possível identificar ainda a correlação existente entre a construção e efetivação do Estado de Direito e o combate à corrupção. Quanto mais se eleger uma governança que valorize o princípio da imparcialidade, mais estaremos contribuindo para a diminuição da corrupção. Devemos, portanto, considerar que mudanças estruturais

que valorizem o princípio da imparcialidade são relevantes para a própria diminuição da corrupção, prevenindo-a ou combatendo-a. Em suma, quanto mais Estado de Direito (Democrático), menos corrupção.

Referências

- ANDERSON, James E. *Public Policymaking*. Stamford: Cengage, 2015.
- BRASIL. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA. *Plano Nacional de Diretrizes e Combate à Corrupção*. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/noticias/conheca-do-plano-de-diretrizes-de-combate-a-corrupcao> Acesso em 15/06/2019.
- BEKKERS, V. FENGER, M. SCHOLTEN, P. *Public Policy in Action*. Cheltenham, Elgar, 2017.
- BIRKLAND, Thomas A. *An Introduction to the Police Process*. New York: Routledge, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade – Fragmentos de um Dicionário Político*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 20ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Notas para uma Metodologia Jurídica de Análise de Políticas Públicas*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público, FA, Belo Horizonte, ano 9, no.104, out 2009.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 7ª ed., 2003.
- COUTINHO, Diogo. *Direito, Desigualdade e Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DUNN, William N. *Public Policy Analysis - An Integrated Approach*. New York: Routledge, 2018.
- DYE, Thomas R. *Understanding Public Policy*. Boston: Pearson, 2017.
- IOCKEN, Sabrina Nunes. *Controle Compartilhado das Políticas Públicas*. Belo Horizonte: fórum, 2018.
- IZQUIERDO, A., PESSINO, C., VULETIN, G. *Melhores Gastos para Melhores Vidas: como o Brasil e Região Podem Fazer Mais com Menos*. Disponível em: <https://flagships.iadb.org/pt/DIA2018/gasto-publico-no-brasil>. Acesso em 20/06/2019.

HARGUINDEGUY, Jean-Baptiste. *Análisis de Políticas Públicas*. Madri: Tecnos, 2017.

HOWLETT, M., RAMESH, M., PERL, A. *Políticas Públicas - Seus Ciclos e Subistemas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

KRAFT, Michael E., FURLONG, SCOTT R. *Public Policy - Politics, Analysis and Alternatives*. Londres: Sage, 2018.

MAIRAL, Héctor A. *As Raízes Legais da Corrupção – ou como o Direito Público fomenta a Corrupção em vez de Combatê-la*. Trad. Toshio Mukai. São Paulo: ContraHcorrente, 2018.

MENDIETA, M.V., SÁNCHEZ, A.I. *Ética Pública e Buen Gobierno - Regenerando la Democracia e Luchando contra La Corruopción desde el Servicio Público*. Madri: Tecnos, 2016.

MOHALLEM, M., Ragazzo C. (orgs.). *Diagnóstico Institucional: Primeiros Passos para um Plano Nacional Anticorrupção*. DIREITO RIO - crus: Livros, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017, disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18167>. Acesso em 14/06/2019.

MORTERA-MARTINEZ, Camino. *How to Fight Corruption and Uphold the Rule of Law*. Disponível em: <https://www.cer.eu/publications/archive/policy-brief/2021/how-fight-corruption-and-uphold-rule-law>.

ROSE-ACKERMAN, S., PALIFKA, B.J. *Corruption and Government*. Cambridge: Cambridge, 2016.

ROTHSTEIM, B., VARRAICH, A. *Making Sense of Corruption*. Cambridge: Cambridge, 2017.

SARLET, Ingo. MARINONI, Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: EDUSP, 2021.

SOUZA, Celina. *O Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas*. p. 65-86. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Relatório sobre o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) 2019*. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2018>. Acesso em 13/06/2019.

A FORMAÇÃO DA IDEIA DE ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO: UM PANORAMA DO BRASIL IMPERIAL E DA PASSAGEM PARA A PRIMEIRA REPÚBLICA

Leonardo Oliveira Tognoc

Sumário: Introdução. 1. Um panorama sobre a formação da ideia de Estado moderno na Europa: fundamentos para uma análise contraposta com o Brasil. 2. Que é Estado de Direito? E, como o Direito se relaciona com o Estado? 3. Um panorama da formação da ideia de Estado de Direito no Brasil: a passagem do Brasil imperial para o Brasil republicano. Considerações finais. Referências.

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo oferecer um panorama sobre a formação da ideia de Estado de Direito no Brasil. Busca-se, a partir do conceito restrito de Estado de Direito, em consonância com o seu ideal procedimental, estabelecer uma ideia sobre a formação do Estado brasileiro, entre o período Imperial e a passagem para a Primeira República, pontuando algumas dificuldades e problemáticas do conceito.

Antes, contudo, busca-se verificar na formação da ideia de Estado moderno na Europa, com os aportes de Hermann Heller¹, Norbert Elias² e Norberto Bobbio³, elementos característicos que vão possibilitar uma análise contraposta com a ideia de Estado de Direito brasileiro. Nesta empreitada, destaca-se a expressão “Estado” como resultado de processos históricos e sociais, cujos parâmetros indicam mudanças nas estruturas política, econômica e social.

¹ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

² ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Tradução de Ruy Jungmann; revisão, apresentação e notas, Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. 2ª v.

³ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987 (Coleção Pensamento Crítico, v 69). 13ª edição. 2007.

Partindo-se da noção de Estado moderno, pretende-se verificar, a partir de alguns dos fundamentos teóricos de pensadores como Thomas Hobbes⁴, John Locke⁵ e Jean-Jacques Rousseau⁶, os contornos políticos e jurídicos do Estado que visavam a pautar a conduta das pessoas em sociedade através das leis, aproximando-se de um possível conceito de Estado de Direito em sua forma restrita e procedimental, conforme apresentado por Jeremy Waldron⁷, Brian Tamanaha⁸ e Andrei Marmor,⁹ com vistas à análise do fenômeno e problemáticas, no campo epistêmico do Direito, proporcionando-se reflexões ao leitor e traçando um breve panorama da formação do ideal de Estado de Direito brasileiro.

Nota-se, que o Estado de Direito é um objeto de estudo multifacetado. Dessa forma, em função de sua complexidade não se buscará no presente artigo esgotar o assunto ou resolver questões filosóficas sobre o Estado de Direito. Todavia, em função da importância do tema, buscar-se-á contribuir para a formação crítica do pensamento constitucional brasileiro através do estudo e da percepção da formação da ideia de Estado de Direito brasileiro.

O problema central da pesquisa está presente em três indagações, a partir de uma perspectiva interdisciplinar, que envolve a narrativa da História, o Direito e a Ciência Política, a saber: que é Estado de Direito? Como o Direito se relaciona com o Estado? Como se deu a formação da ideia de Estado de Direito no Brasil, na passagem do Brasil imperial para o Brasil republicano? Assim, as referidas questões são relevantes para se delinear os contornos do objeto em análise.

O Brasil foi marcado por transformações econômicas e sociais que implicaram também na transformação política levando à decomposição do regime Imperial e ao advento da República. A partir dessa referência, estabelece-se a hipótese de que a transição do período imperial para o período

⁴ 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. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

⁵ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 3ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

⁷ WALDRON, Jeremy. *The Concept and the Rule of Law*. Georgia Law Review. v. 43. n. 1. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/29>. Acesso em 27 dez. 2021.

⁸ TAMANAHA Brian Z. *A Concise Guide to the Rule of Law*. In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil. *Relocating the Rule of Law*. Oxford / Portland: Hart Publishing, 2009.

⁹ MARMOR, Andrei, *The Ideal of the Rule of Law*. In PATTERSON, Dennis (Ed). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2ª. Ed: Wiley-Blackwell, 2010.

republicano traz contornos mais nítidos à percepção da formação da ideia de Estado de Direito brasileiro, com a extinção do Poder Moderador e a abolição da escravatura no país.

Em termos metodológicos, adota-se a pesquisa qualitativa, mediante o uso das técnicas de pesquisa bibliográfica em que se verificam as obras de pensadores brasileiros como José Antônio Pimenta Bueno¹⁰ e Joaquim Nabuco¹¹ e de análise documental de alguns dispositivos das Constituições brasileiras de 1824 e 1891. A pesquisa assume, assim, um perfil interdisciplinar que articula Direito, História e Política, instrumentalizando-se pelo raciocínio indutivo-dedutivo.

Assim, na próxima seção discorrer-se-á sobre a formação da ideia de Estado moderno na Europa buscando suporte, a partir de seus fundamentos, para uma análise contraposta com o Brasil. Na terceira seção, verificar-se-á o que é Estado de Direito e como o Direito se relaciona com o Estado. Na quarta seção buscar-se-á traçar um panorama da formação da ideia de Estado de Direito no Brasil, na passagem do Brasil imperial para o Brasil republicano. Em seguida, serão feitas as considerações finais.

1. Um panorama sobre a formação da ideia de Estado moderno na Europa: fundamentos para uma análise contraposta com o Brasil

Nicolau Maquiavel, na cidade de Florença, na primeira metade do século XVI, no capítulo I, de sua obra “O Príncipe” utiliza a palavra italiana (*stato*), cujos escritos iniciam-se da seguinte maneira: “Todos os Estados, todos os domínios que tem havido e que há sobre os homens foram e são repúblicas ou principados [...]”¹² Observa-se que o termo é utilizado genericamente para referir-se às repúblicas, e aos principados. Trata-se de termo carregado de complexidade e ambiguidades, sendo prudente uma análise conforme o seu contexto.

De acordo com Norberto Bobbio¹³ uso da expressão nos anos de mil e quatrocentos e mil e quinhentos “demonstra que a passagem do termo *status*

¹⁰ BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Publico Brasileiro e analyse da Constituição do império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const de J. Villeneuve E. C. Rua do Ouvidor, n.º 165, 1857.

¹¹ NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Londres: Typographia de Abraham Kingdon E Ca., n.º 52, Moorfields, Moorgate, E. C., 1883.

¹² MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Traduções de Lívio Xavier. 2ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 5.

¹³ BOBBIO, op. Cit. p. 65-66.

para Estado no sentido moderno já havia ocorrido com o isolamento do primeiro termo da expressão clássica *status rei publicae*". O termo "Estado" vai gradativamente ao longo do tempo substituindo expressões como: *res publica*, *civitas*, *polis*, *status*, utilizadas desde a baixa Idade Média até a Renascença para designar a organização de um determinado grupo, em certo território com um poder de comando, ou mesmo um governo. Parte-se, então, do período considerado Idade Moderna, que na Europa ocorreu por volta do final do século XV e início do século XVI, tendo como parâmetro mudanças ocorridas na estrutura econômica e social. E, por conseguinte, para que não haja dúvidas quanto ao significado do termo, este será adjetivado, trabalhando-se com o termo "Estado moderno".¹⁴

Nesse contexto, segundo Hermann Heller¹⁵ o Estado moderno encarnou uma série de tarefas, antes incumbidas apenas às famílias, à Igreja e às instituições locais, de modo equivalente às novas necessidades¹⁶. Na passagem do feudalismo para a formação do Estado, o monopólio foi um mecanismo utilizado capaz de se articular no território e na administração, e "apenas quando surge esse monopólio permanente da autoridade central e o

¹⁴ Conforme afirma Norberto Bobbio [...] o próprio Maquiavel não poderia ter escrito aquela frase exatamente no início da obra se a palavra em questão já não fosse de uso corrente. [...] Quem considera como elemento constitutivo do conceito de Estado certo aparato administrativo e o cumprimento de certas funções que apenas o Estado moderno desempenha, deverá necessariamente sustentar que a *pólis* grega não é um Estado, que a sociedade feudal não tinha um Estado etc. O problema real que deve preocupar todos os que têm interesse em compreender o fenômeno do ordenamento político não é, portanto o de saber se o Estado existe apenas a partir da idade moderna, mas sim o de saber se existem analogias e diferenças entre o assim chamado Estado moderno e os ordenamentos políticos precedentes, se devem ser postas em evidência mais uma do que as outras, qualquer que seja o nome que se queira dar aos diversos ordenamentos. Quem considera que se pode falar de Estado apenas a propósito dos ordenamentos políticos de que trata Bodin, Hobbes ou Hegel, comporta-se deste modo porque vê mais a descontinuidade do que a continuidade, mas as diferenças do que as analogias. Quem fala indiferentemente de Estado para se referir tanto ao Estado de Bodin como a *polis* grega, vê mais analogias do que diferenças, mais a continuidade do que a descontinuidade. BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987 (Coleção Pensamento Crítico, v. 69). 13ª edição. 2007, p. 66-69.

¹⁵ HELLER. Op. Cit. p. 164.

¹⁶ Hermann Heller afirma ainda que "[...] O instrumento eficaz para que houvesse unidade de poder do Estado foi à hierarquia de autoridades, ordenada de modo regular, de acordo com competências claramente definidas, com funcionários especializados e dependentes economicamente que consagraram a atividade de modo contínuo e exclusivo à função pública que lhes incumbe, cooperando assim para a formação consciente da unidade de poder estatal. Da maneira como, no setor econômico, a fábrica veio a superar a oficina, assim também, a respeito do desdobramento do poder político, o aparelho burocrático do Estado atual, rigidamente disciplinado e controlado, veio superar os Territórios administrados à maneira feudal da Idade Média". HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 164-165.

aparelho especializado para a administração é que esses domínios puderam ser chamados de Estados.”¹⁷

É também bastante presente a ideia de monopólio da tributação e dos Exércitos reservados a uma autoridade central. Conforme Hermann Heller ¹⁸os recursos financeiros arrecadados são utilizados para a criação, organização e manutenção das tropas militares em uma lógica de retroalimentação. Desse modo, o poder central garante o monopólio da força e da administração burocrática.¹⁹

Além disso, observa-se que não são apenas indivíduos isolados que praticam o mecanismo de monopólio, mas sim, associações e corporações burguesas que vão fomentar uma política mercantilista, a fim de desenvolver o capitalismo. O Absolutismo “através da política mercantilista transformou o Estado na mais forte entidade econômica capitalista, fez dos meios de dominação política um monopólio do Estado e arrebatou às corporações os seus privilégios públicos de autoridade.”²⁰ Fomentou-se, assim, o poder econômico burguês na forma de capital móvel financeiro, através do sistema de crédito e do nascimento da Indústria.

Verificando-se os elementos na formação da ideia de Estado moderno, destaca-se a soberania como “uma noção complexa e polissêmica que designa situações políticas e jurídicas relativas à legitimidade do poder, ao exercício de prerrogativas e à definição de Estado [...]”²¹ Observa-se que o Estado soberano busca manter a ordem através da força física.

Percebe-se que é no Estado moderno como instituição, que se nota com maior expressão a centralização do poder político. No período Medieval o poder político não estava concentrado apenas no Rei, mas também nos senhores feudais que eram detentores de poder nos seus respectivos feudos.

¹⁷ ELIAS. Op. Cit. p. 98.

¹⁸ HELLER. Op. Cit. p. 65-66.

¹⁹ De acordo com Hermann Heller [...] O exército permanente e a burocracia de caráter contínuo supõem a planificação da administração financeira do Estado. Havia, portanto, um sistema impositivo bem regulamentado a fim de dispor de recursos suficientes para o sustento do Exército e da burocracia. A Administração medieval não conheceu os orçamentos. O Estado corporativo tampouco conheceu a distinção entre as despesas e receitas públicas e privadas do senhor, nem um patrimônio independente que pertencesse ao Território e ao Estado. A emancipação econômica do poder estatal tem a sua expressão no fato de que o patrimônio do Estado, com todos os meios reais de Administração, não pertence a ninguém nem ao soberano nem aos funcionários. HELLER, Hermann. Op. cit., p. 165.

²⁰ HELLER. Op. Cit. p. 170.

²¹ MAULIN, Éric. *Soberania*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. *Dicionário da cultura jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2012, P. 1670.

Havia a figura do Rei, mas o poder era pulverizado através dos nobres que eram senhores dos feudos. Nesse sentido, a concentração de poder vai depender das forças nacionais que vão garantir o poder do Estado, nas mãos do Rei.

Some-se a isso, um conjunto de ideais políticos, que vão buscar fundamentos na Lei, para a construção e manutenção dessa estrutura de poder. Destacam-se, assim, três teóricos clássicos Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, cujos argumentos, como elementos simbólicos do discurso, contribuíram para a formação da ideia de Estado moderno na Europa.

Nesse sentido, Thomas Hobbes²² traz a ideia de estado de natureza, como um de seus principais argumentos para validar a formação e permanência do Estado moderno absolutista. O autor afirma que “os homens são tão iguais que almejam praticamente os mesmos fins, desejam gozar dos mesmos direitos de maneira ilimitada [...]”. O homem como ser racional projeta fins e todos são capazes de almejar os mesmos fins. Um destes principais fins é a conservação da vida. Todavia, se as pessoas são tão iguais ao ponto de almejarem fins tão semelhantes, passa-se a existir um problema fundamental, pois tais fins disputados acabam por gerar discórdia, competição, e a busca incessante pela glória e poder. O homem vive no estado de natureza em constante conflito. Pois, “fora dos estados civis há sempre uma guerra de todos contra todos.”²³ Esse sentimento humano de que o outro pode estar pensando em alcançar os mesmos bens ou fins leva a uma disputa racional do homem, que por ser livre pode buscar o que bem desejar.²⁴

Nessa linha de raciocínio Thomas Hobbes identifica um meio de dar fim ao conflito entre as pessoas, definindo a lei de natureza como “preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la²⁵”. É através desta definição que Hobbes traçará o fundamento jurídico do poder do Estado, que se fará somado ao poder da espada, para

²² HOBBS. Op. Cit. p. 74-76.

²³ *Ibid.* p. 77.

²⁴ Para Thomas Hobbes o direito da natureza, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indique como meios adequados a esse fim. HOBBS, Thomas. 79, p. 78.

²⁵ HOBBS. Op. Cit. p. 105-106.

forçar as pessoas a obedecerem às leis. As leis civis emanadas pelo Estado são dotadas de obrigatoriedade e devem ser cumpridas para que haja paz social.

Para Thomas Hobbes o Estado é condição para existência da própria sociedade, na medida em que cada pessoa pactua, a fim de que o soberano possa governar e garantir a paz e a vida de todos. O soberano governa pelo medo dos súditos do retorno ao estado de natureza. Portanto, o soberano emana leis civis²⁶ que por serem oriundas do Estado obrigam a todos a respeitarem determinados limites e a ordem social criada dentro de um ideário Absolutista Hobbesiano. O soberano é o Estado e o Legislador ao mesmo tempo, pois para que as leis sejam bem escritas e interpretadas deve haver uma perfeita compreensão do fim ao qual a lei se destina, considerando-se o bem público.

Dentro do ideário de Estado moderno a finalidade do poder público, além de proteger a vida e manter a paz social, é proteger a propriedade. Para Hobbes a propriedade inexistia no estado de natureza, sendo instituída somente com a sociedade civil através do Estado e das leis civis. Aqui ganha destaque John Locke, segundo o qual o estado de natureza é diferente do estado de guerra, pois o estado de natureza humana faz parte do processo de “evolução” da humanidade e que alguns povos ainda existiam nesse estado, como, por exemplo, os índios nas florestas da América. No estado de natureza em Locke o homem dotado de razão já possuía a noção de propriedade de maneira geral através da vida, da liberdade e dos bens naturais comuns usufruídos. O estado de guerra é um estado de inimizade e destruição contra aquele que declarou a mesma intenção, sendo assemelhado ao estado de natureza em Hobbes.

Em linhas gerais, verifica-se como uma das categorias centrais no pensamento de John Locke²⁷ a construção da ideia de propriedade, a partir de uma perspectiva *jusnaturalista*, pode ser percebida de duas formas: uma geral, segundo a qual o homem é proprietário da sua vida, de seu corpo, da sua liberdade e do seu trabalho; e outra mais específica, que abarca o produto do trabalho realizado pelo homem a partir da matéria prima em abundância na

²⁶ Thomas Hobbes define *lei civil* como aquela, que é para todo súdito, constituída por regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra. HOBBS, Thomas, Op. cit. p. 161).

²⁷ LOCKE. Op cit. p. 45-54.

natureza, comum a todos os homens, até que lhe seja agregada o trabalho dando-lhe utilidade, e assim, transformando-a em sua propriedade.²⁸

Além disso, a ideia de contrato social de Locke é diferente daquela traçada por Hobbes. Em Hobbes, os homens temem por suas vidas e abrem mão de parte de sua liberdade autorizando tacitamente e em consenso de seus indivíduos que o Estado lhes garanta a segurança necessária a uma vida longa. Em Locke, o acordo tácito é também um consenso generalizado, mas os homens concordam livremente em formar uma sociedade civil para preservar e consolidar os direitos naturais inerentes a todos os seres humanos, tais como: a vida, a liberdade, ou seja, a propriedade humana de maneira geral; cuja proteção é garantida através das leis civis feitas pelo poder legislativo escolhido pela comunidade.²⁹

O homem para John Locke busca inserir-se na sociedade como uma estratégia de fruir sua propriedade em paz e segurança. “O grande instrumento que vai garantir esse propósito é a lei, e a primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades consiste em estabelecer o poder legislativo [...]”³⁰. Percebe-se que a busca pela preservação da sociedade e, por óbvio, dos indivíduos que a compõem, deve ser de maneira compatível com o bem público. É a partir do consentimento da sociedade e pela autoridade dela recebida que o poder legislativo é reconhecido e faz leis que têm poder coercitivo, obrigando e criando direitos, a fim de organizar a sociedade e manter a paz social.

O poder legislativo tem um papel fundamental no pensamento de John Locke, pois visa a garantir que os homens sejam governados através de leis fixas, pré-estabelecidas, por uma pessoa ou um grupo de pessoas escolhidas

²⁸ John Locke argumenta que Deus deu o mundo ao homem e a ele pertence seu corpo, trabalho e liberdade, dotando a humanidade de razão para que através do trabalho do seu corpo e da obra das suas mãos os homens possam dizer que aquilo que era comum a todos agora é sua propriedade. Seja o que for que o homem retire do *estado da natureza* ao realizar trabalho sobre a coisa passou a unir este que lhe pertence àquela coisa que antes era natural e comum a todos, passando, portanto, a pertencê-lo agora. LOCKE, John. Op. p. 45.

²⁹ A ideia de *contrato social* em John Locke [...] A fim de evitar inconvenientes que perturbam as propriedades dos homens no estado de natureza, estes se unem em sociedade para que disponham da força reunida da sociedade inteira para garantir-lhes e assegurar-lhes a propriedade, e para que gozem de leis fixas que a limitem, por meio das quais todos sabiam o que lhes pertence. É para esse fim que os homens transferem todo poder natural que possuem a sociedade para a qual entram, e a comunidade põe o poder legislativo nas mãos que julga mais conveniente para esse encargo, a fim de que sejam governados por leis declaradas, senão ainda ficarão na mesma incerteza a paz a propriedade e a tranquilidade, como se encontravam no estado de natureza. LOCKE, John. Op., cit. p. 88).

³⁰ LOCKE, op. Cit. p. 86.

pela comunidade organizada em sociedade. Trata-se de rechaçar o poder arbitrário sobre a vida e propriedade das pessoas. O contrário seria irracional. As pessoas não poderiam abrir mão da liberdade que gozavam no estado de natureza, se não fosse para “preservar-lhes a vida, a liberdade e a propriedade, e para garantir-lhes, por meio de regras estabelecidas de direito e de propriedade, a paz e a tranquilidade.”³¹. Além disso, o autor destaca que não cabe ao poder legislativo³² escolhido pela comunidade transferir o poder de fazer as leis a outrem. Somente o povo pode indicar com quem devem estar este poder.

A ideia de liberdade do homem defendida por John Locke aduz que “a liberdade não deve ficar sobre qualquer outro poder legislativo senão o que se estabelece por consentimento na comunidade, nem sob o domínio de qualquer lei senão o que esse poder legislativo promulgar conforme o crédito que lhe concedem”³³. Observa-se em Locke o consentimento do próprio homem de ser submetido ao poder de outro através das leis, admitindo-se a perda de sua liberdade, pois, por ser livre por natureza não poderia ser privado desse fato sem seu consentimento, mesmo que tacitamente.

Neste ponto, destaca-se Jean-Jacques Rousseau³⁴, ao propor o exercício da soberania pelo povo, o homem deve manter-se livre. A lei, como ato da vontade geral e expressão da soberania, é importantíssima para a concepção de Estado. O Poder Legislativo tem relevante papel no contrato social para fundamentar a legitimidade do poder político do Estado moderno. Assim, a ideia de liberdade em Rousseau, não se limita àquela vinculada ao estado de natureza, mas sim, voltada para além do indivíduo, busca alcançar a organização social, a partir de uma liberdade, que se expressa pela vontade

³¹ *Ibd.* p. 88.

³² John Locke elenca as obrigações que os encargos conferidos pela sociedade, e pela lei de Deus e da natureza atribuíram ao poder legislativo de qualquer comunidade, em todas as formas de governo: primeiro, tem de governar por meio de leis estabelecidas e promulgadas, que não poderão variar em casos particulares, instituindo a mesma regra para ricos e pobres, para favoritos na corte ou camponeses no arado; segundo, tais leis não devem ser destinadas a qualquer outro fim senão o bem do povo; terceiro, não devem lançar impostos sobre a propriedade do povo sem o consentimento deste, dado diretamente ou por intermédio dos seus deputados. E essa propriedade somente diz respeito aos governos quando o legislativo é permanente, ou pelo menos quando o povo não reservou qualquer porção do poder legislativo para deputados a serem por ele escolhidos de tempos em tempos; e quarto, o legislativo não deve nem pode transferir o poder de elaborar leis a quem quer que seja, ou colocá-lo em qualquer outro lugar que não o indicado pelo povo. LOCKE, John, *Op. cit.* p. 90).

³³ LOCKE, *op. Cit.* p. 43.

³⁴ ROSSEAU. *Op. Cit.* p. 22-23.

de todos da coletividade ao se expressar através das leis emanadas do Poder Legislativo.

Por isso, que “o homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros. O que se crê senhor dos demais, não deixa de ser mais escravo do que eles [...]”³⁵ Renunciar a própria liberdade seria para Rousseau o mesmo que as pessoas renunciarem à própria condição humana. No estado de natureza o ser humano é visto por Rousseau como “bom”, que vive diretamente na natureza e retira tudo que precisa desta natureza. O homem neste estado não é sociável, tendo contato apenas com outros que compõem a sua família através de seus grupos sociais em função da distância que viviam uns dos outros. Não havia uma competição de uns contra os outros.

Nada obstante a isso, Jean-Jacques Rousseau³⁶ preocupa-se com aspectos sociais e econômicos da sociedade. Para o autor, diferente de Thomas Hobbes e de John Locke, além do estado de natureza, há o estado civil³⁷, e o pacto social³⁸, como um terceiro momento. Na passagem do estado natural ao civil constrói-se a ideia de igualdade e liberdade para todos. Neste estado de sociedade, juridicamente ainda que a Lei diga que as pessoas são iguais, na realidade elas não são tão iguais, porque há desigualdade no campo social e econômico. E, isso vai ser refletido também na igualdade jurídica, pois na prática da vida, as pessoas não serão livres para usufruírem, em sua plenitude, de seus direitos em face das desigualdades econômicas que os limitam. Assim, não há para Rousseau, no estado de sociedade, nem liberdade nem igualdade, reais. O indivíduo não é livre porque não é ele que cria as leis. No sistema representativo não é o indivíduo que cria as leis, mas seus representantes, e com isso acaba por ter de se submeter à vontade de outra pessoa. Consequentemente, as ideias de liberdade e igualdade divulgadas no estado de sociedade são falsas aparências.

³⁵ *Ibid.*, p. 22.

³⁶ *Ibid.*, p. 33.

³⁷ Na passagem do estado de natureza ao estado civil determina no homem uma mudança muito notável substituindo na sua conduta o instinto pela justiça e dando às suas ações a moralidade que antes lhe faltava. É só então que, tomado a voz do dever lugar do impulso físico, e o direito lugar do apetite, o homem, até aí levando em consideração apenas sua pessoa, vê-se forçado a agir baseando-se em outros princípios e a consultar a razão antes de ouvir suas inclinações. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 36.

³⁸. Segundo Jean-Jacques Rousseau “[...] Se afastarmos do pacto social o que não é da sua essência, achá-lo-emos reduzido aos termos seguintes: cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos enquanto corpo cada membro como parte indivisível do todo”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. *Op. cit.*, p.33)

Portanto, é necessário que o indivíduo saia do estado social de alienação. Como alterar essa circunstância? Há um processo de transição. O próprio indivíduo deve se dar conta de que não é livre em suas escolhas. Em Hobbes quem cria a lei é o Estado Absolutista e essa lei é imposta sobre o indivíduo. Em Locke quem cria a lei são seus representantes e igualmente essa lei é imposta aos indivíduos. Rousseau vai defender a perspectiva segundo a qual o indivíduo deve participar, através de um sistema de democracia direta, do processo de criação das leis, e somente assim o indivíduo será efetivamente livre.

Enfim, esse é um breve panorama da formação da ideia de Estado moderno da Europa.

2. Que é Estado de Direito? E, como o Direito se relaciona com o Estado?

Afirma Jeremy Waldron que “o Estado de Direito é um ideal multifacetado³⁹”. A definição de Estado de Direito de maneira robusta, segundo Waldron, englobando todas as suas nuances, é tarefa de grande complexidade e exigiria um esforço diverso das pretensões deste artigo, razão pela qual será trabalhada a definição de forma restrita, que está inserida na maioria das definições mais substanciais, e é aceita pela maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, bem como a definição procedimental em um complemento virtuoso.

Nesse sentido, verifica-se a definição de Estado de Direito em sua forma restrita, da qual se extrai segundo Brian Tamanaha, que “o Estado de Direito, em sua essência, exige que os funcionários do governo e os cidadãos estejam vinculados e ajam de acordo com a lei⁴⁰.” A ideia de Lei está presente nas discussões acerca do Estado moderno como um dos elementos centrais constitutivos desta estrutura de poder.

Autores como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau já discutiam a ideia de Lei como elemento essencial, para construção simbólica, da passagem do ser humano do estado de natureza para o estado

³⁹ WALDRON, Jeremy. *The Concept and the Rule of Law*. *Georgia Law Review*. v. 43. n. 1. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/29>. Acesso em 27 dez. 2021, p. 4.

⁴⁰ TAMANAHA Brian Z. *A Concise Guide to the Rule of Law*. In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil. *Relocating the Rule of Law*. Oxford / Portland: Hart Publishing, 2009, p. 3.

civil. A ideia se mantém presente, em uma perspectiva peculiar, influenciada pelo seu tempo, e avança em alguns pontos, pois a exigência do Estado de que seus funcionários e administrados pautem suas condutas, de acordo com a lei, implica em um conjunto de critérios, para que seja exigível, assim, “a lei deve ser: estabelecida anteriormente, pública, geral, clara, estável, certa e ser aplicada de acordo com seus termos. Na ausência dessas características o Estado de Direito não pode ser satisfeito”⁴¹

Corroborando com a definição de Estado de Direito Andrei Marmor defende que “as leis sejam públicas, claras e não contraditórias, de aplicação geral, prospectivas, e administradas por tribunais imparciais, independentes e acessíveis a todos, e as pessoas tenham oportunidades para cumpri-las, não sendo alteradas com frequência”⁴². Observa-se que a definição trazida pelo referido autor é aceita e compatível com as sociedades modernas. “Uma definição mais robusta de Estado de Direito inclui referências aos direitos fundamentais, à democracia e/ou critérios de justiça estabelecidos”⁴³. Todavia, esses incrementos ao conceito trazem problemáticas que levam à divergência e tensões que destoam da base comum sobre as definições geralmente compartilhadas de Estado de Direito.

Nada obstante a isso, Jeremy Waldron entende que, para além do conceito de caráter formal e estrutural, há questões procedimentais a serem observadas, pois o Estado de Direito não se limita às regras gerais e a administração imparcial, soma-se à aplicação das regras, cuidado e atenção à igualdade de tratamento as quais são sinalizadas por ideais como “justiça natural” e “devido processo”. “[...] O Estado de Direito é violado quando as instituições que deveriam incorporar tais salvaguardas são prejudicadas. Desse modo, associa-se a ideais políticos estruturais como: separação de poderes e independência do poder judiciário.”⁴⁴

Desse modo, observa-se, que tanto a definição de Estado de Direito formal ou restrita, quanto à definição procedimental, se completam segundo Jeremy Waldron, “as normas claras e públicas em geral não têm valor se não forem administradas adequadamente, e os procedimentos justos não serão bons se as regras aplicáveis continuarem mudando ou forem ignoradas”⁴⁵.

⁴¹ *Ibid.*, p. 3-4.

⁴² MARMOR, Andrei, *The Ideal of the Rule of Law*. In PATTERSON, Dennis (Ed). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2ª. Ed: Wiley-Blackwell, 2010, p. 666.

⁴³ TAMANAHA. Op. Cit. p. 4.

⁴⁴ WALDRON. Op. cit. p. 6.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 6.

Mas, alerta que há aspectos do ideal procedimental que implicam em tensões com o ideal de previsibilidade formal, porque o modo procedimental de Estado de Direito dá voz às pessoas e uma maneira delas intervirem em nome próprio em face do poder; o que pode minar a previsibilidade enfatizada do modelo formal de Estado de Direito. O que é bom para se buscar evitar arbítrios por parte do governo.

Algumas problemáticas que circundam a definição de Estado de Direito podem ser verificadas. Talvez, a problemática central gira em torno da ideia de que a Lei conforme apresentada em sentido estrito, tem a função de limitar o próprio poder de fazer as leis e que essas leis assim feitas devem ser cumpridas pelos funcionários públicos, a fim de que a Administração do Estado encontre limites na lei. Todavia, esse limite legal por si só, não assegura plenamente aos administrados desse Estado ideal um governo não arbitrário, pois se os limites estabelecidos decorrem puramente da lei feita pelo próprio governo, autolimitando-se. Pode ser que esses limites não sejam adequados à preservação dos direitos intrínsecos à vida humana digna (direitos subjetivos). Logo, devem ser pautados não só por uma lei estrita esvaziada de valores. As Leis devem trazer em si valores universais que garantam limites ao governo e esses limites devem ser fiscalizados por outras instituições em um ideal de Estado de Direito.

Portanto, uma definição coerente acerca do ideal de Estado de Direito, a partir dos referenciais teóricos destacados acima, pode-se pautar pela aplicação e vinculação às Leis por parte dos administradores e seus administrados, na medida em que asseguram imparcialidade, previsibilidade e segurança jurídica, promovendo liberdade às pessoas para que pautem suas condutas, ao saberem de antemão as regras estabelecidas e as consequências de seus atos caso as descumpra, sem, contudo, perder de vista valores intrínsecos aos seres humanos. Some-se a definição restrita, o ideal procedimental, que traz ação ao conceito, tornando-o dinâmico ao possibilitar, na realidade, a verificação de ações arbitrárias e violadoras dos procedimentos estabelecidos nas leis e na Constituição, constatando-se, assim abusos ou violações ao Estado de Direito, com o objetivo de combatê-los.

Dessa forma, pode-se perceber como o Direito relaciona-se com o Estado. A relação entre o Direito e o Estado é íntima, em função de o Estado ser resultado de um processo histórico e de um fenômeno também jurídico. Nesses termos, a relação entre Direito e Estado pode ser verificada sob dois aspectos: o primeiro trabalha com a ideia de identidade entre Estado e Direito,

sendo o Estado o ente legitimado à produção do Direito. Nessa perspectiva não há Direito sem o Estado. É uma concepção positivista extremada, que traz a ideia de autolimitação, segundo a qual o Estado somente estará limitado pelas leis criadas por ele mesmo, ou por quem ele autorize ditar as regras em seu nome. O segundo traz a ideia de alteridade entre o Estado e o Direito, de sorte que o Estado deve obediência às regras de uma ordem jurídica superior ao próprio Estado. Na concepção acerca da não identidade, o Estado visto através dos seus poderes está submetido ao Direito, com regras preexistentes, claras e superiores.⁴⁶

A segunda concepção da relação entre Direito e Estado, em cuja ideia de alteridade está presente, é sistematizada na Alemanha, no século XIX, com a ideia de (*Rechtsstaat*) e depois recepcionada pela França com a noção de *État de droit*, conforme indica Jouanjan. Dessa forma, observam-se algumas experiências históricas do Estado de Direito, entendidas essências: a experiência do *Rechtsstaat* alemão, do *rule of law* inglês, a variante do *rule of law* norte-americano, o *État de droit* francês⁴⁷. Dentre as quatro experiências essenciais apontadas por Danilo Zolo, serão brevemente trabalhadas as experiências: francesa e norte americana. A Constituição brasileira de 1824 sofreu influência do ideal francês e a Constituição brasileira de 1891 sofreu influência do ideal norte americano, de Estado de Direito.

De acordo com Danilo Zolo⁴⁸ o *rule of law* norte americano foi influenciado pelo modelo inglês. Contudo, diferencia-se, ao adotar o ideário liberal moderado e o federalismo republicano, priorizando a liberdade e a propriedade com fundamento inspirados na religião protestante, mostrando-se inclinado às liberdades individuais em detrimento de uma representatividade democrática forte pautada pela soberania popular com inspirações francesas. Os princípios constitucionais fundamentais ganharam destaque em face da função legislativa do parlamento federal. O poder do Parlamento foi mitigado a partir do controle de constitucionalidade dos atos legislativos por parte da Corte Suprema Americana.

A teoria do *État de droit* francês ao seu turno foi formulada por Raimond Carré de Malgreb na primeira década do século XX, conforme.

⁴⁶ JOUANJAN, Olivier. *Estado de direito*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. *Dicionário da cultura jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2012, P. 704-705.

⁴⁷ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.) SANTORO, Emilio (Colaborador). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 11.

⁴⁸ *Ibid.* p. 19-22.

⁴⁹Influenciado pelas experiências históricas de Estado de Direito vividas na Alemanha e na América do Norte, buscou sintetizar o que percebeu de melhor em ambas e aplicar o novo modelo às instituições francesas. A tutela dos direitos subjetivos de inspiração germânica foi o cerne do pensamento na construção do ideal francês de Estado de Direito, cujo objetivo era limitar o poder soberano, na medida em que este se submeteria a regras prévias, gerais e para todos.

Nada obstante a isso, a experiência francesa de construção de um ideal de Estado de Direito vai encontrar limites em sua própria tradição, pois o Poder Legislativo na figura do Parlamento detinha, com fundamento na soberania popular como expressão da vontade geral, uma proeminência em relação aos Poderes Executivo e Judiciário. O primeiro limitava-se a executar as leis e o segundo a decidir conforme as leis, sem interferir no exercício do poder legislativo, nem suspender a execução de qualquer lei, pois a legitimidade do Poder Legislativo nascia diretamente da vontade do povo. Todavia, o modelo de Estado de Direito francês vai superar a tradição Jacobina e definir um Estado de Direito no qual todos os poderes do Estado são subordinados ao Direito.

Assim, percebe-se que o núcleo essencial da relação do Estado com o Direito é representado pela convicção de que existe um complemento virtuoso entre o Estado, a Lei ou o Direito e valores universais procedimentalmente instrumentalizados através de instituições que buscam garantir limites ao poder estatal, liberdade às pessoas e uma vida digna, promovendo-se direitos subjetivos e contendo os arbítrios estatais.

3. Um panorama da formação da ideia de Estado de Direito no Brasil: a passagem do Brasil imperial para o Brasil republicano

Para realizar um panorama consistente sobre a formação da ideia de Estado de Direito no Brasil, na passagem do Brasil Imperial para o Brasil republicano, tendo como fontes de pesquisa a Constituição de 1824 e 1891, bem como obras publicadas no período, faz-se necessário uma breve contextualização, a fim de situar o leitor acerca da narrativa histórica e do processo político que culminou com a independência do Brasil colonial da metrópole portuguesa; o que proporcionará melhor entendimento sobre a

⁴⁹ Ibid. P 22-25.

constituente de 1823, a Constituição Imperial outorgada de 1824, a constituinte de 1890 e a Constituição Republicana promulgada de 1891.

Inspirado em Carlo Ginzburg⁵⁰ pode-se dizer que o que une os pontos tratados neste trabalho “é a relação entre o fio – o fio do relato, que ajuda na orientação no labirinto da realidade – e os rastros”, da narrativa da História para entender que a vinda da família real para o Brasil em 1807, em função da invasão das tropas francesas em Portugal mudaria a relação da Colônia com a Metrópole. “Vários navios de Portugal vieram para o Brasil colônia, sob a proteção militar da frota inglesa, trazendo centenas de pessoas que compunham o aparato burocrático da Metrópole”⁵¹, dentre as quais, Conselheiros, Ministros, juízes da Corte Suprema, componentes da Fazenda, do Exército, da Marinha e do Clero. A guerra terminou na Europa entre 1814 e meados de 1815 havendo a derrota de Napoleão Bonaparte. Então, conforme Boris Fausto (2006, p. 126) “Dom João, decide permanecer no Brasil colônia e em 1815 elevou o Brasil à condição de Reino Unido a Portugal e Algarves, ficando com o título de Dom João VI”.

Em 1820 o Estado Absolutista português entra em crise e passa por uma revolta liberal que ameaçava a Corte portuguesa, o que forçou o retorno de Dom João em 1821 a Portugal, reforçando o pleito dos burocratas portugueses pela subordinação do Brasil à Metrópole. Contudo, outros interesses estavam em jogo, e brasileiros e portugueses que possuíam interesses vinculados à colônia, já não corroboravam com a referida subordinação. Assim, a defesa da autonomia do Brasil face à Metrópole portuguesa passa à ideia de independência de Portugal formalmente declarada em 07 de setembro de 1822 por Dom Pedro⁵², o que não foi algo fácil, nem tão simples como parece, mas para o objetivo que se propõe estas informações bastam por hora. O príncipe regente tornou-se imperador, em 1º de dezembro de 1822 e o do Brasil mantinha a monarquia como forma de governo.

Em 03 de maio de 1823 houve o cerimonial de instalação da 1ª Assembleia Nacional Constituinte do Brasil, havendo a fala do Imperador D. Pedro I, na sessão de abertura, e o discurso do Presidente da Assembleia D. José Caetano da Silva Coutinho em resposta à fala do Imperador. A ideia de

⁵⁰ GINZBURG, Carlo. *O fio e os rastros*: verdadeiro, falso, fictício. Tradução de Rosa Freire d' Aguiar e Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 7.

⁵¹ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12ª ed. São Paulo. Editora da Universidade de São Paulo, 2006, p. 121.

⁵² BONAVIDES Paulo e ANDRADE Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3.ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 1991, p. 35-37.

liberdade que compunha ambos os discursos não pareceram se coadunar muito aos mesmos fins, pois os membros da Assembleia buscavam ideais liberais mesmo que moderados, ao passo que o Imperador e seus seguidores insistiam em um ideário conservador absolutista. Isso fica mais claro com as desavenças que não tardaram a ocorrer, porque o Imperador e seus apoiadores defendiam um Poder Executivo, com autonomia total de veto capaz de negar validade às leis realizadas pelo Poder Legislativo, e se necessário à dissolução da almejada Câmara dos Deputados, ordenando-se novas eleições (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 35-37).

A disputa pelo poder resultou na dissolução da Constituinte, em 12 de novembro de 1823, realizada pelo Imperador, com apoio militar. E, na outorga da Constituição Política do Império, em 25 de março de 1824. Entrava em vigor a primeira Constituição brasileira, com influência do pensamento francês e inglês do século XIX, trazendo em seu bojo o Conselho de Estado no artigo 137⁵³ e artigos seguintes, e a natureza do Poder Moderador no artigo 98⁵⁴ todos da Carta Política de 1824.

O Conselho de Estado era composto, conforme o texto constitucional, por no máximo dez membros, vitalícios, indicados pelo Imperador, cujo juramento implicava em fidelidade à Constituição, à Religião Católica e ao Imperador, tinha a obrigação de aconselhá-lo nos negócios graves que envolvessem a Administração Pública, a guerra e a paz, bem como no exercício do Poder Moderador, ressalvada a nomeação e demissão de Ministros de Estado nos termos do art. 142.⁵⁵

Segundo José Antônio Pimenta Bueno “o Conselho de Estado deveria verificar cuidadosamente todas as leis e o ministério deveria ser o primeiro a ativar perante as Câmaras a cassação das que forem inconstitucionais”⁵⁶. O

⁵³ *In verbis*: “art. 137. Haverá um Conselho de Estado, composto de Conselheiros vitalícios, nomeados pelo Imperador.”

⁵⁴ *In verbis*: “art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.”

⁵⁵ *In verbis*: “art. 142. Os Conselheiros serão ouvidos em todos os negócios graves, e medidas geraes da pública Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, negociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as ocasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das attribuições próprias do Poder Moderador, indicadas no art. 101, à excepção da VI.”

⁵⁶ BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Publico Brasileiro e analyse da Constituição do império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const de J. Villeneuve E. C. Rua do Ouvidor, n.º 165, 1857, p. 104.

autor trata da natureza do – Conselho de Estado – referindo-se à importância da instituição que tinha por destino auxiliar o governo e a administração nacional com “experiência e opiniões ou pareceres, sendo o conselheiro o fiscal das competências administrativas, e o seu tribunal em matéria contenciosa de sua alçada”. Nada obstante a isso, enfatiza o autor que tanto o Conselho de Estado, quanto quase todas as outras instituições do período no Brasil eram *acanhadas*, ainda pouco desenvolvidas e estruturadas.⁵⁷

Observa-se, que na atuação do Conselho de Estado, em questões de caráter contencioso, suas decisões acerca do conflito “limitavam-se a reivindicar a atribuição administrativa, e não anular os julgados senão indiretamente, e só naquilo em que houvesse incompetência ou usurpação da autoridade do governo.”⁵⁸

O Poder Moderador inserido na Constituição Política do Império destacava-se não só por ser um quarto poder político. Somavam-se a isso as competências atribuídas ao Imperador através do art. 101⁵⁹, as quais proporcionaram ao Imperador grande ingerência sobre os demais poderes. Alerta-se que o Poder Moderador adotado no Brasil era diferente daquele idealizado por Benjamin Constant acerca da doutrina do poder neutro ou poder judiciário dos demais poderes. “Instalou-se uma espécie de constitucionalização do absolutismo.”⁶⁰ Além disso, não havia uma separação clara entre o Poder Moderador e o Poder Executivo. Ambos estavam concentrados na pessoa do Imperador.

A natureza do Poder Moderador, conforme aduz Pimenta Bueno⁶¹ “existe na ordem e natureza real dos direitos e está prevista no artigo 98”. É para o autor a “suprema inspeção da nação”. Percebe-se o pensamento conservador de Pimenta Bueno ao definir o Poder Moderador como “a

⁵⁷ *Ibid.* p. 285-289.

⁵⁸ *Ibid.* p. 296.

⁵⁹ *In verbis*: “art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador: I. Nomeando os Senadores, na forma do Art. 43; II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio; III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62; IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87; V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua; VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado; VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154; VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença; IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.”

⁶⁰ BONAVIDES Paulo e ANDRADE Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3.^a ed., São Paulo: Paz e Terra, 1991, p. 96.

⁶¹ BUENO. Op. Cit. p. 204.

faculdade que a nação possui de fazer com que cada poder conserve-se em sua órbita, e concorra harmoniosamente com os outros para o fim social, o bem-estar nacional”. Segundo esta visão, promove-se a manutenção do equilíbrio entre os poderes através do Poder Moderador, a fim de impedir abusos, sendo, enfim, “a mais elevada força social, o órgão político o mais ativo, o mais influente de todas as instituições fundamentais da nação.”⁶²

Nesse sentido, o Poder Moderador era o eixo mais visível da centralização de Governo e de Estado do Império nas mãos de D. Pedro I, afastando-se, assim, tanto na teoria, quanto na prática, dos ideais liberais e mantendo-se a escravidão e a concentração de terras nas mãos das elites locais.⁶³ O Brasil passou a ter uma monarquia constitucional, que durou cerca de 65 anos. Arrisca-se em dizer que a estabilidade da monarquia no Brasil se deu em grande medida, porque D. Pedro II, diferente de seu pai D. Pedro I, adotou-se no segundo Reinado, em 1847, uma monarquia “parlamentarista” e inclinou-se ao pensamento liberal moderado.

Antes disso, contudo, Boris Fausto⁶⁴ diz que em 07 de abril de 1831, D. Pedro I abdica do trono brasileiro em favor de seu filho Pedro II e parte para Inglaterra com aspirações ao trono português o qual, depois da morte de seu pai D. João VI foi ocupado por seu irmão mais novo Dom Miguel. Mas, em razão de Pedro II possuir apenas 5 anos de idade, à época, formou-se um governo Regente que duraria até que o herdeiro ao trono atingisse a maior idade. Comemorou-se, o Brasil possuía um nacional como seu Imperador.

O Segundo Reinado vai durar de 1840 até 1889. Em meio às revoltas e rebeliões provinciais, às disputas entre os partidos conservador e liberal, D. Pedro II promovia certo equilíbrio entre os partidos, porque a partir de 1847 através do Decreto Imperial n.º 523 criou o cargo de Presidente do Conselho de Ministros, que para se manter estável tinha que obter e preservar a confiança da Câmara dos Deputados e do Imperador. Houve “um governo de 50 anos, com a sucessão de 36 gabinetes, com a média de duração de 1 ano e

⁶² *Ibid.* p. 204.

⁶³ Afirma Paulo Bonavides e Paes de Andrade “[...] Que a verdadeira constituição não estava no texto outorgado, mas no pacto selado entre a monarquia e a escravidão. O Brasil era uma sociedade dividida entre senhores e escravos, sendo o monarca o primeiro desses senhores e o trono, em aliança com a propriedade territorial, a base das instituições. Materialmente a história constitucional do Império seria, portanto, a história da sociedade brasileira vista pelo ângulo da porfia contra a escravidão ou o tráfico, que alargou o espaço humano de incidência na coisificação do regime, onde o privilégio mantinha inarredável a guarda feroz dos interesses servis. BONAVIDES Paulo e ANDRADE Paes de. *Op. cit.*, p. 7.

⁶⁴ FAUSTO. *Op. cit.* p. 161-164.

3 meses cada um gabinete, o que possibilitava na prática um rodízio no governo entre os dois principais partidos da época.”⁶⁵

Preservou-se a unidade territorial do Brasil e rechaçou-se para um momento posterior a ideia de federação, mantendo-se a centralização na figura de D. Pedro II. Avançando na contextualização e no panorama traçado, verificam-se: a Guerra do Paraguai e a abolição da escravatura, como elementos importantes para entender a transição do Império à República.

A Guerra do Paraguai durou de 11 de novembro de 1864 até 1º de março de 1870. A divergência entre Brasil e Paraguai possui várias perspectivas e linhas historiográficas. Opta-se por um viés menos ideológico, mas sem perder de vista os interesses ingleses e a influência capitalista na região de fronteira entre Brasil e Paraguai e as suas rotas comerciais. Assim, observa-se de acordo com Boris Fausto que “o conflito ocorreu em meio ao processo de formação dos Estados Nacionais na América Latina, em função da luta existente entre eles para assumir uma posição política e, sobretudo, econômica dominante no continente”⁶⁶. O espaço territorial conhecido como Vice-Reinado do Rio da Prata, colonizado pela Espanha, foi fragmentado com o fim da colonização espanhola e, nas primeiras décadas do século XIX, após longos conflitos locais surgiram, Argentina, Uruguai, Paraguai, e Bolívia.

As disputas internas e externas entre os grupos dominantes dos países fronteiriços visavam desde a não submissão a impostos até o domínio comercial dos Rios Paraguai e Paraná e do porto de Buenos Aires. Nesse contexto, Solano López ascendeu ao poder no Paraguai em 1862. O Brasil, com a unificação da República Argentina, busca firmar uma aliança com a Argentina e o Uruguai, a fim de manter suas fronteiras e o livre comércio na região.⁶⁷

Especula-se que Solano López ao perceber o expansionismo argentino e brasileiro e, portanto, uma diminuição das relações comerciais com o Paraguai levaria o país de dimensões territoriais módicas à miséria, tomou a iniciativa de enfrentamento rompendo-se as relações diplomáticas entre Brasil e Paraguai, a partir de 11 de novembro de 1864 quando uma canhoneira paraguaia aprisionou no Rio Paraguai o navio brasileiro Marquês de Olinda. As operações de guerra iniciaram em 23 de dezembro de 1864 com a ofensiva das tropas paraguaias contra o Mato Grosso. Enfim, após perdas econômicas

⁶⁵ Ibid. p. 180.

⁶⁶ Ibid. 209-210.

⁶⁷ Ibid. 211-212.

consideráveis, o Brasil sai vitorioso, após a morte de Solano López em 1º de março de 1870.

A abolição da escravatura no Brasil é outro elemento, para se entender a formação da ideia de Estado de Direito no Brasil. Ao longo do período entre o segundo reinado e a República, conservadores, liberais e republicanos discutiram a questão da escravidão no Brasil. Durante esse período foram criadas leis que trataram do tema, na maioria das vezes de maneira superficial e beneficiando os interesses das elites locais.

A Lei de 07 de novembro de 1831 que declarava que todos os escravos que entrassem no território, ou portos do Brasil vindos fora deveriam ficar livres e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos; a Lei n.º 581 de 04 de setembro de 1850 (Lei Eusébio de Queirós) proibia a importação de novos escravos e estabeleceu medidas para a repressão do tráfico de africanos no Império; a Lei n.º 2.040 de 28 de setembro de 1871 (Lei do ventre livre) que visava a libertar desde o berço, mas de fato após os 21 anos de idade, os filhos de escravas ainda por nascer; a Lei n.º 3.270, de 28 de setembro de 1885 (Lei do sexagenário) concedia liberdade aos escravos com mais de 60 anos de idade; enfim, a Lei n.º 3.353 de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea) que declara extinta a escravidão no Brasil.

Fica claro que o Brasil, contrariando o ideário liberal, demorou muito tempo para abolir a escravatura, o que somente ocorreu em 13 de maio de 1888. O movimento abolicionista fomentado, dentre outros, por Joaquim Nabuco, foi um dos principais responsáveis pela abolição da escravatura no Brasil. A conscientização política do movimento fica clara na obra de Joaquim Nabuco⁶⁸ quando aduz que o movimento abolicionista somente vai se identificar como partido a partir do momento que deixa de ser mera opinião e passa a ser uma opinião organizada que visa a um fim pretendido, qual seja: o abolicionismo. O partido republicano verifica afinidade com o pensamento abolicionista, como causa justa e vai aderir ao movimento a partir da publicação da Lei de 28 de setembro de 1871.

Nada obstante a isso, afirma Joaquim Nabuco que “o senhor de engenho ainda julgava perpétuo seu direito de propriedade sobre o escravo e

⁶⁸ NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Londres: Typographia de Abraham Kingdon E Ca., n.º 52, Moorfields, Moorgate, E. C., 1883, p. 10-12.

invocava o artigo 179⁶⁹ da Constituição de 1824 e a própria Lei de 28 de setembro de 1871⁷⁰.” O cálculo que se fazia entre os fazendeiros, conforme o depoimento da época do Sr. Christiano Ottoni, trazido por Joaquim Nabuco, era que se comprava um negro por \$300,000 reis, colhia-se através de seu trabalho na lavoura, no ano, 100 arrobas de café, que produzia líquido o seu custo no mercado negro, de modo que o restante era somente lucro. Logo, o que parecia lucrativo era o negro oriundo do tráfico de escravos, e em função da proibição contida na Lei de 07 de novembro de 1831, os senhores buscavam conseguir uma matrícula, com data anterior a 1831.

O fim da escravidão e logo em seguida a proclamação da República em 15 de novembro de 1889 foram eventos marcados por uma série de conflitos e divergências entre conservadores e liberais. Um dos debates marcantes na passagem para a República foi à adoção da forma federativa de Estado inserida no art. 1^o⁷¹ da Constituição de 1891, na busca de maior autonomia para as classes dominantes das províncias, destacando-se São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Os militares ganharam relevância no cenário político, sobretudo, depois da vitória custosa na Guerra do Paraguai. Destacou-se Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto, este bastante influenciado pelo ideário positivista. A monarquia entrou em declínio e gradualmente foi perdendo legitimidade em face do movimento abolicionista e republicano. A proclamação da República promoveu um governo provisório dos militares que durou até a promulgação da Constituição de 1891⁷².

⁶⁹ In verbis: art. 179. “A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte...”

⁷⁰ Joaquim Nabuco verifica alguns fatos que fundamentaram a esperança e obrigavam o Brasil a promover a abolição da escravatura, que datavam um pouco antes da Lei 28 de setembro de 1871. (a) A alforria dos escravos para lutarem no Exército na Guerra do Paraguai; (b) A fala do trono de 1867 e a correspondência entre os abolicionistas europeus e o governo imperial; (c) A ação pessoal do Conde d’ Eu no Paraguai como general e chefe do Exército; (d) A conexão da emancipação anunciada com o fim da Guerra do Paraguai; (e) A elaboração do projeto de emancipação no Conselho de Estado; (f) A guerra organizada contra o governo e o Imperador pela lavoura do Sul; (g) A própria Lei de 28 de setembro de 1871 interpretada por aqueles que a defendiam e as perspectivas de futuro abertas durante a discussão sobre a abolição [...]. NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Op. cit., p. 58-71.

⁷¹ In verbis: “art. 1^o - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil”.

⁷² Durante o período republicano, o constitucionalismo de ficção teve seu ponto culminante com a Carta de 1891 vazada no bacharelismo de Rui Barbosa e na confiança imitativa do modelo americano. É a ocasião em que o liberalismo brasileiro, sem a contrapartida tradicionalista da realeza geradora

Bonavides e Andrade indicam que a Primeira República demonstrou um pacto entre o liberalismo e a oligarquia. O liberalismo ganhou expressão com a Constituição de 1891 foi bastante inspirada na Constituição norte americano de 1787 em oposição a Constituição Imperial outorgada de 1824 que trazia consigo o absolutismo, o Poder Moderador e a escravidão. Opta-se pela forma federativa de Estado e não mais o Estado centralizado. Verifica-se na República maior equilíbrio entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O Senado deixa de ser vitalício. Houve a abolição da escravatura em 1888. A religião Católica deixa de ser oficial, optando-se pela liberdade de culto no país. Todavia, com o federalismo os partidos políticos da Primeira República com suas bases eleitorais bastante localizadas em seus respectivos Estados, não tinham uma representatividade nacional. Minas Gerais e São Paulo vão sobressair no cenário político. Passou-se a ter um regime oligárquico com a implantação da aliança que ficou conhecida como “café-com leite”⁷³ .

Assim, verifica-se a formação da ideia de Estado de Direito de maneira mais expressiva com a abolição da escravatura no Brasil, a retirada do Poder Moderador do cenário institucional do Brasil e a aplicação das leis e da Constituição promulgada de 1891 nesse processo, indicando que a relação entre o Estado e o Direito, na medida em que asseguram imparcialidade, previsibilidade e segurança jurídica, promovendo liberdade às pessoas e possibilitando através das instituições do Estado em um o ideal procedimental, verificar ações arbitrárias e violadoras dos procedimentos estabelecidos nas leis e na Constituição, constatando-se, assim abusos ou violações ao Estado de Direito.

Considerações finais

A proposta do presente artigo é ambiciosa, seja porque a bibliografia especializada sobre a história constitucional do Brasil é escassa, seja porque o tema Estado de Direito é complexo, multifacetado e comporta uma série de críticas. E, o desafio se impõe, em termos teóricos, a partir da importância do

da Carta de 1824, ou seja, sem o contrapeso absolutista do Poder Moderador, alcança seu ponto mais alto de teorização. A doutrina é toda inspirada na obra de sublimação idealista em que se convertera para o Brasil o texto dos constituintes de Filadélfia. BONAVIDES Paulo e ANDRADE Paes de. Op. cit., p. 7-8.

⁷³ BONAVIDES; ANDRADES. Op. Cit. p. 256.

tema, na medida em que se busca contribuir, mesmo que de maneira tímida, para a construção do pensamento crítico constitucional brasileiro.

Nesse sentido, pode-se verificar que a formação do ideal do Estado de Direito traz uma dimensão existencial que ultrapassa os limites do ordenamento jurídico, como categoria engendrada através de processos sociais, políticos, econômicos, históricos e também jurídicos. O delineamento restrito do conceito é preciso, para abordar o tema de maneira universal, possibilitando ultrapassar os limites territoriais, e se instrumentaliza em uma categoria de análise, por exemplo, contraposta entre Estados modernos.

Desse modo, observa-se a formação do Estado de Direito Europeu e o brasileiro. Inicialmente, com a vinda da família real de Portugal para o Brasil colonial trazendo o aparato administrativo e burocrático, a preocupação com a formação dos monopólios de poder demonstram a formação do Estado moderno no Brasil. O Direito regulando a vida em sociedade e a formação de um Exército, mesmo que precário, com a experiência da Guerra contra o Paraguai, vão sinalizando a consolidação do Estado moderno brasileiro.

Nada obstante a isso, a formação da ideia de Estado de Direito no Brasil pode ser melhor percebida na passagem do Brasil Imperial para o Brasil republicano. Instituições referentes à representatividade, à liberdade e a propriedade, de maneira insipiente, vão ganhando maior robustez, sobretudo, com a abolição da escravatura e a retirada do Poder Moderador do ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, as respostas ao problema central da pesquisa, a partir das três indagações: que é Estado de Direito? Como o Direito se relaciona com o Estado? Como se deu a formação da ideia de Estado de Direito no Brasil, na passagem do Brasil imperial para o Brasil republicano? Possibilitaram delinear os contornos do objeto em análise, mesmo que de maneira panorâmica.

O ideal de Estado de Direito trabalhado a partir de uma perspectiva restrita pautada pela obediência ao Direito e o ideal procedimental, que traz ação ao conceito, tornando-o dinâmico ao possibilitar, na realidade, a verificação de ações arbitrárias e violadoras dos procedimentos estabelecidos nas leis e na Constituição denunciando abusos ou violações ao Estado de Direito, com o objetivo de combatê-los permite, através de uma análise contraposta entre a formação do ideal de Estado de Direito europeu e o brasileiro, indicar o período de transição do Brasil Imperial para o Brasil

republicano com contornos mais nítidos à percepção da formação da ideia de Estado de Direito brasileiro.

A formação da ideia de Estado moderno como aparato de poder fruto de um processo histórico e social que traz, em síntese, um aparato administrativo burocrático de poder centralizado em determinado território, com seu respectivo povo, sob o domínio de um governo com o monopólio da tributação, das forças militares e da política, além de uma ordem jurídica unitária pode ser percebida nitidamente no Brasil imperial inspirado no modelo absolutista francês, mas com influência Hobbesiana ao optar por um quarto Poder Moderador parcial subvertendo o conceito de Benjamin Constant e mantendo-se um Brasil escravocrata.

O equilíbrio entre os poderes do Estado brasileiro trazido pela Constituição de 1891 com a retirada do Poder Moderador do ordenamento jurídico brasileiro e as Leis fruto do movimento abolicionista que possibilitaram, após todo o período imperial, a abolição da escravidão no Brasil em 13 de maio de 1888 indicam uma passagem do Estado brasileiro para um ideal de Estado de Direito brasileiro.

Assim, o núcleo essencial do Estado de Direito é representado pela convicção de que existe um complemento virtuoso entre o Estado, a Lei ou o Direito e valores universais procedimentalmente instrumentalizados através de instituições que buscam garantir limites ao poder estatal, liberdade às pessoas e uma vida digna. E, o Brasil só conseguiu alcançar esse núcleo mínimo essencial na passagem do Império à República com a abolição da escravatura e a retirada do cenário político do Poder Moderador.

Referências

ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (Org.). *Dicionário da cultura jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987 (Coleção Pensamento Crítico, v 69). 13ª ed. 2007.

BONAVIDES Paulo e ANDRADE Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3.ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e analyse da Constituição do império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const de J. Villeneuve E. C. Rua do Ouvidor, n.º 165, 1857.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.) SANTORO, Emilio (Colaborador). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Tradução de Ruy Jungmann; revisão, apresentação e notas, Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. 2º v.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12ª edição. São Paulo. Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

GINZBURG, Carlo. *O fio e os rastros: verdadeiro, falso, fictício*. Tradução de Rosa Freire d' Aguiar e Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

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

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. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

JOUANJAN, Olivier. *Estado de direito*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. *Dicionário da cultura jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2012.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Traduções de Lívio Xavier. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MARMOR, Andrei, *The Ideal of the Rule of Law*. In PATTERSON, Dennis (Ed). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2ª. ed: Wiley-Blackwell, 2010.

MATTEUCCI, Nicola. *Soberania*. In BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 2. 5.ed. Brasília: UNB: 2000.

MAULIN, Eric. *Soberania*. In. ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. *Dicionário da cultura jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2012.

NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Londres: Typographia de Abraham Kingdon E Ca., n.º 52, Moorfields, Moorgate, E. C., 1883.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

TAMANHA Brian Z. *A Concise Guide to the Rule of Law*. In: PALOMBELLA, Gianluigi.

WALKER, Neil. *Relocating the Rule of Law*. Oxford / Portland: Hart Publishing, 2009.

_____. *Law and Society*. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2.ed.: Wiley-Blackwell, 2010.

WALDRON, Jeremy. *The Concept and the Rule of Law*. *Georgia Law Review*. v. 43. n. 1. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/29>. Acesso em 27 dez. 2021.

A INCLUSÃO DE NOVOS SUJEITOS AO CONTRATO SOCIAL: UMA REVISÃO DO CONCEITO DE JUSTIÇA NO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO

*Erika Neder dos Santos
Waleska Marcy Rosa*

Sumário: Introdução. 1. Contrato social: a não observância da diversidade humana. 2. A necessidade de Inclusão social como um atributo da Justiça. 3. Contrato social e capacidades: a necessidade de prevalência da diversidade na definição da Justiça Social. 4. A inclusão das Teorias das Capacidades no Estado de Direito. Conclusão. Referências.

Introdução

As teorias de justiça liberais, principalmente a Teoria da Justiça de John Rawls, objetivam analisar quais os principais fundamentos que devem orientar a construção da sociedade para que a mesma possa ser considerada justa. Em *Uma Teoria de Justiça*, Rawls¹ pretendeu antecipar os princípios fundantes de uma sociedade preordenada de forma que pessoas munidas com certas características, escolhessem esses preceitos para pautar a sociedade. Nessa situação, os indivíduos sairiam do estado de natureza, cuja existência seria prévia ao Estado, e optariam, voluntariamente, por abrir mão de determinados direitos, em prol da segurança da coletividade, através dos poderes conferidos à instituição Estatal.

Essa condição de “livres, iguais e racionais”², na forma defendida por Rawls, somada à cobertura pelo “véu da ignorância”³, seriam suficientes para a criação de uma sociedade condizente com a justiça. Entretanto, Rawls ao analisar as desigualdades que poderiam ocorrer dentro da sociedade, posterga quaisquer questões sobre elas para as instituições posteriormente criadas pelo

¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

² RAWLS, John. *Idem*, p.12/13.

³ RAWLS, John. *Idem*, p. 146.

Estado⁴, mais especificamente deixando a cargo do poder legislativo regular essas situações, não mencionando essas diferenças no momento do contrato social.

Nussbaum⁵, em sua versão da Teoria das Capacidades, pretende revisitar essas questões de justiça pois entende que essas características de “livres, iguais e independentes”⁶ não são comuns à maioria das pessoas, de forma que deixar a cargo dessa minoria a escolha dos princípios fundamentais do Estado não permite atingir a justiça social.

Nussbaum pretende a reformulação dessa teoria da justiça, uma vez que entende que um dos grandes problemas sobre a origem da justiça, política e social, está na sua equiparação entre aqueles que fazem o pacto e para quem o pacto é feito. As pessoas com deficiência ainda não são consideradas da mesma forma que as demais e, assim, acabam por não possuírem representantes na defesa dos princípios da justiça aplicáveis a elas e efetivamente não se tornam protegidas com medidas que otimizem seu tratamento e diminuam as barreiras sociais que as impedem de serem protagonistas sociais⁷.

A Constituição Federal brasileira, atual eixo axiológico de todo o ordenamento jurídico brasileiro, dispõe, logo no artigo 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de direito tendo como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana. Essa união entre Estado democrático de direito e a dignidade humana reacende a importância da proteção dos direitos da pessoa com deficiência e do seu protagonismo na vontade social.

Nesse sentido, o estudo pretende, então, demonstrar a posição de Martha Nussbaum no tocante à antecipação dos interesses das pessoas com deficiência no momento do contrato social através da incorporação da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência como um aditivo contratual de modo a garantir a real denominação de Estado de Direito no tocante ao Estado brasileiro. Essa análise se justifica ao se pretender conferir maior protagonismo às pessoas com deficiência na atuação tanto da vontade social quanto da direção e condução de suas próprias vidas.

⁴ RAWLS, John. Idem, p. 211 et seq.

⁵ NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 12.

⁶ LOCKE, John. *Segundo tratado*, capítulo 2, parágrafo 4, capítulo 8, parágrafo 98. *Apud* NUSSBAUM, Martha. Idem, p. 12.

⁷ NUSSBAUM, Martha. Op. cit, p. 121.

Para atingir os objetivos do estudo será realizada uma análise bibliográfica através de textos e artigos de Martha Nussbaum, para sintetizar suas ideias contrárias às de Rawls, bem como uma revisão de literatura sobre a Teoria das Capacidades, de forma que seja possível demonstrar como as pessoas com deficiência devem ser consideradas como sujeitos de direito com poderes para a participação social e a defesa de seus próprios interesses.

1. **Contrato social: a não observância da diversidade humana**

A teoria das capacidades de Nussbaum entende que se deve iniciar a reformulação da Teoria da Justiça de Rawls com a simples ideia de que cada pessoa possui uma “inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar”, exatamente como dizia Rawls⁸, mas, a filósofa continua, de forma que se devem definir princípios da justiça que concedam justiça e igualdade plenas a todas as pessoas, inclusive aquelas com deficiência.

Conforme Nussbaum⁹, de acordo com sua Teoria das Capacidades, nenhuma doutrina que trata da Teoria da Justiça conseguiu incluir pessoas com deficiência no grupo daqueles que escolhem os princípios básicos da sociedade e dessa, forma, essas pessoas não estão sendo consideradas, nem tendo seus interesses protegidos, no momento em que esses princípios básicos são escolhidos.

Como a tradição contratualista determina a existência de certas habilidades específicas, como igualdade de capacidade física e mental, para a participação no momento da construção dos princípios, afasta as pessoas com deficiência. Se elas não participam da elaboração desses princípios, seus interesses, objetivos e desejos não serão considerados por aqueles que fizeram o pacto¹⁰.

A característica da diversidade é inerente aos seres humanos, e por isso, seria uma contradição exigir as mesmas características para todo um grupo social para que estes decidam sobre os princípios fundantes de uma sociedade.

⁸ RAWLS, John. Op. cit., p. 4.

⁹ NUSSBAUM, Martha. *Creating Capabilities*. The Human Development Approach. Boston: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 149 et seq.

¹⁰ NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 21.

O enfoque das capacidades, de Nussbaum “não inclui nada análogo à concepção contratualista de pessoas como iguais em poderes e habilidades”¹¹. Pelo contrário. Por entender que a diversidade é característica fundamental entre os seres humanos, aceita que as pessoas tenham necessidades diferentes e por isso, demandam capacidades e funcionalidades distintas. Para a filósofa, incluir pessoas com deficiência nessas decisões iniciais do Estado é necessário para que se possa falar em justiça social.

Nussbaum, sob a ótica da Teoria das Capacidades, entende ser possível discutir justiça social ainda que se tenha desigualdades, porque coloca em primeiro plano a heterogeneidade básica dos seres humanos como aspecto fundamental para qualquer análise que se faça de equidade. Ao contrário de Rawls que posterga a questão da justiça social a cargo das instituições sociais justas, Nussbaum antecipa essa questão, ao acrescentar os interesses das pessoas com deficiência no momento do contrato social, de forma que os contextos intrínsecos a cada indivíduo sejam levados em consideração.

A Teoria das Capacidades visa avaliar a qualidade de vida das pessoas através da propositura de uma teoria de justiça social básica através de políticas públicas¹². Essa Teoria ainda objetiva permitir que todos os indivíduos possam ter a sua disposição instrumentos aptos que consigam desenvolver suas capacidades e habilidades para que possam, com isso, viver uma vida verdadeiramente humana¹³. Dessa forma, uma sociedade somente pode ser considerada justa¹⁴ quando permite aos seus membros, sem distinção, acesso às condições fundamentais para garantia da dignidade humana¹⁵.

Com a nova Ordem Constitucional advinda com a Constituição da República de 1988 e a incorporação da Convenção sobre direito das pessoas com deficiência pelo Decreto 6.949/2009 como norma constitucional, conforme § 3º do artigo 5º da Constituição¹⁶, sendo um aditivo ao contrato

¹¹ NUSSBAUM, Martha. Idem, p. 107.

¹² NUSSBAUM, Martha. Op.cit, p. 84.

¹³ FÁVERO, Altair Alberto; TONIETO, Carina; CONSALTÉR, Evandro; CENTENARO, Junior Bufon. *Políticas públicas e a efetivação das capacidades humanas: o papel central da educação*. In: *Leituras sobre Martha Nussbaum e a educação*. Curitiba: CRV, 2021, p. 29.

¹⁴ NUSSBAUM, Martha. Op.cit, p. 220.

¹⁵ FÁVERO, Altair Alberto; KAPCZYNSKI, Ana Lucia; MARQUES, Marta. *Direitos Fundamentais e a justiça: a dimensão ética e política da Teoria das Capacidades*. In: *Leituras sobre Martha Nussbaum e a educação*. Curitiba: CRV, 2021, p. 98.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

social brasileiro, se pretende efetivar o protagonismo no contrato social das pessoas com deficiência.

2. A necessidade de inclusão social como um atributo da justiça

Atualmente, a questão da justiça para as pessoas com deficiência deve estar na agenda de todas as sociedades democráticas e igualitárias. A evolução social coincide com uma das principais bandeiras pelo ativismo dos direitos das pessoas com deficiência, que é o *Nothing About Us Without Us*, comunicando a ideia de que nenhuma decisão deve ser tomada sem a participação plena e direta de membros dos grupos afetados por ela.

A própria Lei 13.146/2015, na esteira desse entendimento, teve como relatora a então deputada Mara Gabrilli, que é pessoa com deficiência, e pode participar dos debates no papel de fala das pessoas que serão afetadas pela legislação. Esse é o ideal de representatividade, no qual uma pessoa que realmente faça parte de determinado grupo é capaz de proteger interesses e direitos das pessoas acobertadas por determinada situação que as definem como um grupo, com características semelhantes.

Tendo em vista a incorporação do Decreto 6.949/2009¹⁷ como norma constitucional brasileira, pelo procedimento definido no §3º do artigo 5º da Constituição Federal parte-se da hipótese que houve alteração substancial no tratamento e na implementação de determinadas políticas públicas por gestores públicos, legisladores e juízes, de forma que seja possível a efetiva participação das pessoas com deficiência na sociedade, seja como membros dos poderes Estatais, seja através de políticas públicas acessíveis, levando a um efetivo protagonismo das pessoas com deficiência na sociedade.

Nos últimos anos, por conta do crescimento dos movimentos sociais pelos direitos das pessoas com deficiência, os estudos sobre as deficiências inspiraram novas abordagens, inclusive resultando no novo modelo social de deficiência normatizado pela Convenção sobre Direito das pessoas com deficiência¹⁸. Essa mudança na forma de se relacionar com as diferenças superou o modelo excludente que perdurou durante anos, instituindo o modelo

¹⁷ BRASIL. Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinada em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, p. 3, 26 ago. 2009.

¹⁸ GINSBURG, Faye; RAPP, Rayna. *Disability Worlds. Annual Review of Anthropology*, v. 42, p. 53-68, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1146/annurev-anthro-092412-155502> acesso em 20.05.2021.

social de deficiência e a máxima da inclusão como um dos objetivos estatais para absorver eventuais prejuízos das pessoas com deficiência na sociedade.

Dessa forma, o modelo atual da inclusão se baseia no reconhecimento e no respeito às diferenças entre os seres humanos e defende que a deficiência não é mais uma questão meramente individual, passando a ser o resultado da interação de um impedimento pessoal aliado a uma barreira social¹⁹.

Foi através da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 2006 que o modelo social de inclusão foi instituído, designando que as causas da deficiência resultam da interação com as barreiras criadas pela própria sociedade, que não é apta a incluir efetivamente a participação de todas as pessoas. Conforme essa Convenção, a deficiência nada mais seria que uma falha da própria sociedade e não uma anormalidade individual, uma falta de preparo da própria sociedade em se adaptar à pessoa. A marca dominante desse modelo de inclusão é a consideração de que as pessoas com deficiência são sujeitos de direitos e seria atribuição do Estado garantir a implementação de diversas políticas públicas que pudessem garantir e efetivar esses mesmos direitos reconhecidos.

As Teorias da Justiça contratuais, conforme já mencionado na introdução desse trabalho, capitaneadas por Rawls não conseguem adequar a participação da pessoa com deficiência na vontade social²⁰. Para Rawls²¹, a escolha dos melhores princípios de justiça depende, de forma única, da determinação de um procedimento justo de escolha. Para Nussbaum²², ao se pretender incluir as pessoas com deficiência na vontade social, é preciso escolher e reconhecer princípios que considerem essa característica, de forma que a omissão dessa participação é capaz de gerar injustiças.

Através das abordagens das capacidades Nussbaum²³ objetiva a inclusão das pessoas com deficiência na vontade geral social. Essa Teoria pretende desenvolver as condições materiais que visam universalizar o conceito de dignidade humana para que as pessoas com deficiência possam participar dos princípios que regem a sociedade.

A Teoria possui como pergunta central o que as pessoas são capazes de ser ou fazer e qual vida são capazes de viver de acordo com sua própria

¹⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. *Desafios para a efetividade da Lei brasileira de inclusão Direito, vulnerabilidade e pessoa com deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

²⁰ NUSSBAUM, Martha. Op. cit, p. 18.

²¹ RAWLS, John. Op. cit, p.7.

²² NUSSBAUM, Martha. Op. cit, p. 23.

²³ NUSSBAUM, Martha. Op. cit, p. 13.

noção de dignidade. Diante dessa alteração de paradigma, o estudo pretende reacender o papel da pessoa com deficiência na formação da vontade social.

3. Contrato social e capacidades: a necessidade de prevalência da diversidade na definição da justiça social

A Teoria da Justiça, baseada na equidade, de Rawls busca “apresentar uma concepção de justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social”²⁴. Para isso, não se deve pensar no contrato como aquele que introduz uma sociedade. Pelo contrário, deve-se pensar que são os princípios da justiça que visam a estruturação básica da sociedade, através do consenso original de pessoas livres e racionais que aceitaram em uma posição inicial de igualdade. A objeção de Nussbaum à teoria de Rawls repousa exatamente no fato de que Rawls parte do pressuposto que todos estariam em uma posição semelhante para a escolha de princípios que regerão a sociedade²⁵.

Rawls elaborou uma Teoria que contrabalançasse a distribuição dos bens escassos na sociedade de forma justa. Os bens primários são limitados e os desejos dos indivíduos seriam ilimitados. Diante desse desequilíbrio entre oferta de bens e sua demanda, buscou a formulação de dois princípios de justiça para essa distribuição²⁶. O primeiro princípio é a liberdade igual, ou seja, as liberdades individuais devem ser iguais para todos tanto quanto possível. Nessa Teoria, o segundo princípio entende que as desigualdades econômicas e sociais só serão aceitáveis se houver igualdade de oportunidade, de forma que os cargos fossem abertos a todos, e o princípio da diferença que entende que as desigualdades só poderão existir se beneficiar os menos favorecidos. Para isso, o filósofo defende a análise da escolha hipotética na posição original, na qual os representantes, diante do véu de ignorância, escolheriam os princípios que irão reger a sociedade de forma que visa postergar a questão da justiça social para aqueles que não participaram do contrato social para as instituições justas criadas pelo Estado, ao contrário de Nussbaum, que pretende inserir tais interesses no momento em que o contrato social é realizado.

²⁴ RAWLS, John. Op. cit, p.12.

²⁵ NUSSBAUM, Martha. Op. cit, p. 18.

²⁶ RAWLS, John. Op. cit, p. 64.

A abordagem de desenvolvimento humano defendida por Sen²⁷ foi criada a partir de uma crítica aos modelos de desenvolvimento baseados na economia do bem estar que objetivavam equiparar a qualidade de vida de uma nação simplesmente analisando o aumento do PIB per capita. A teoria das capacidades retira a ideia de renda como fator para medir posições sociais relativas entre as pessoas.

A linha de raciocínio desenvolvida aqui baseia-se na avaliação da mudança social em termos do enriquecimento da vida humana dela resultante. A qualidade da vida humana, contudo, é em si mesma uma questão muito complexa. O enfoque utilizado aqui, às vezes denominado "enfoque da capacidade", concebe a vida humana como um conjunto de "atividades" e de "modos de ser" que poderemos denominar "efetivações" (*functionings*) — e relaciona o julgamento sobre a qualidade da vida à avaliação da capacidade de funcionar ou de desempenhar funções²⁸.

Essa forma de analisar a qualidade de vida das pessoas, apenas ao se comparar o produto interno bruto de forma analítica possui duas grandes falhas. A primeira surge ao se ignorar a efetiva distribuição dos bens na sociedade, de modo que não há observância das desigualdades. A segunda deriva do descuido aos diversos aspectos importantes da vida das pessoas, como saúde e educação²⁹.

Tanto Amartya Sen quanto Martha Nussbaum pretendem reconhecer uma Teoria da Justiça que tenha como base a dignidade humana. Para isso, Nussbaum tentou reformular a Teoria de Justiça de Rawls. Como bons discípulos, já que ambos foram alunos de Rawls, absorveram seu conteúdo e acrescentaram elementos importantes à sua análise. Em Rawls, os indivíduos se encontram na posição original sob um denominado “véu da ignorância”, no qual as partes contratantes, despidas de características individualizadoras,

²⁷ SEN, Amartya. *Commodities and capabilities*. Índia: Oxford University Press, 1999.

²⁸ SEN, Amartya. *Idem*, p. 2.

²⁹ NUSSBAUM, Martha; DIXON, Rosalind. *Children's Rights and a Capabilities Approach: The Question of Special Priority*. Chicago: University of Chicago Public Law & Legal Theory, 2012, p. 102.

escolhem os princípios de justiça fundantes da sociedade política ainda a se constituir³⁰.

Nussbaum pretende a reformulação dessa Teoria da Justiça para incluir as pessoas que não estão inseridas nessa conceituação de igualdade e semelhança que Rawls defende no momento da elaboração do contrato social, por isso, se concentra na diversidade para garantir a justiça social que deva reger a sociedade. Entende, ainda, que a abordagem das capacidades enfatiza uma pluralidade de fins, pois afirma que “os elementos de uma vida com dignidade humana são plurais”.

O enfoque das capacidades por Nussbaum pretende reconhecer uma Teoria de Justiça Social na qual o foco seja a dignidade humana, de forma que possa ser considerada universal. Essa abordagem fornece uma base filosófica para uma explicação das “garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, como um mínimo do que o respeito pela dignidade humana requer”³¹.

Nussbaum e Sen entendem que a teoria foca na liberdade de escolha individual desde que seja garantida uma gama de oportunidade às pessoas para que possam escolher que tipo de vida levar de acordo com suas próprias concepções. Mas para Nussbaum a política deve se restringir à promoção das capacidades, e não ao seu funcionamento que ficaria a cargo da decisão pessoal de cada um. Capacidade são oportunidades ou liberdades de atingir aquilo que o indivíduo considera valioso.

Para Nussbaum³², existem alguns problemas não solucionados sobre o tema da Justiça Social, mas, em especial, entende que há um grave problema de justiça para pessoas com deficiência. Essas pessoas, embora com diversidades, continuam sendo pessoas, mas não foram incluídas como cidadãos com a mesma base de igualdade com as demais pessoas. Essa ausência de garantia dos mínimos direitos, como educação, assistência médica, direitos em geral e liberdades políticas, bem como a cidadania, acaba por se tornar um grave problema de justiça.

³⁰ BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. *Os modelos médico e social de deficiência a partir dos significados de segregação e inclusão nos discursos de Michel Foucault e de Martha Nussbaum*. *Journal of institutional studies*, v. 2, n. 2, 2016.

³¹ NUSSBAUM, Martha. *Op.cit*, p. 84.

³² NUSSBAUM, Martha. *Op.cit*, p.2

Sen³³ reconhece que Rawls³⁴ recomenda “corretivos especiais” para as “necessidades especiais”, ainda que tais correções não estejam dentre seus princípios de justiça. Rawls não menciona os interesses dessa parcela de indivíduos na “estrutura institucional básica”, mas relega para as instituições posteriormente estabelecidas essa questão, mais especificamente para a fase legislativa, mas não resolve essa questão da “cegueira parcial” nessa perspectiva.

Nussbaum³⁵ afirma que a Teoria da Justiça de Rawls gera princípios semelhantes à abordagem das capacidades, mas defende que esta última fornece um “guia mais sólido” para a questão das políticas públicas para as pessoas com deficiência.

As capacidades acabam sendo apresentadas como uma fonte de princípios instrumentais políticos para uma sociedade que privilegie a diversidade e o afloramento de funcionalidades humanas, podendo até mesmo ser consideradas como um consenso do mínimo que as pessoas necessitam ter de garantia para conseguir atingir seus objetivos de vida³⁶.

Importante mencionar que o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) é o órgão da Organização das Nações Unidas que tem por missão promover o desenvolvimento e erradicar a pobreza no mundo. O conceito de desenvolvimento nasceu como um processo de ampliação das escolhas das pessoas para que elas tenham capacidades e oportunidades para serem aquilo que desejam ser. Ao contrário da perspectiva do crescimento econômico, que vê o bem-estar de uma sociedade apenas pelos recursos ou pela renda que ela pode gerar, “a abordagem de desenvolvimento humano procura olhar diretamente para as pessoas, suas oportunidades e capacidades”³⁷

Os dados do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil são capazes de reforçar a ideia de que esse tipo de avaliação do modelo de desenvolvimento não é apto a dimensionar com exatidão a real percepção individual de melhora na qualidade de vida. De acordo com dados apontados pela Agência Austin

³³ SEN, Amartya. Op.cit, p. 220.

³⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 231 et seq.

³⁵ NUSSBAUM, Martha. Op.cit, p. 84.

³⁶ ROBEYNS, Ingrid. Wellbeing, *Freedom and Social Justice: The capability Approach Re-Examined*. Cambridge: Open Book Publishers, 2017, p. 20.

³⁷ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). RELATORIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO (RDH-PNUD). Relatório do Desenvolvimento Humano 2020. A próxima fronteira O desenvolvimento humano e o Antropoceno. Disponível em: http://www.hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2020_pt.pdf acesso em 17.07.2021, p. 256.

Rating, publicado no jornal O Globo³⁸ versão online, o Brasil está na 12ª posição entre as maiores economias do mundo, mas está na posição 84º no ranking do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) analisado pelo PNUD.

Com essa divergência entre o montante do PIB e sua distribuição real entre a população, com a taxa de concentração de renda, os modelos avaliativos que apenas analisam a relação PIB- per capita, acabam por não serem efetivos no que tange a consideração individual sobre a qualidade de vida.

Sen inclusive questiona qual seria a ideia de justiça, de forma que a justiça deva ser algo possível de ser descrito, não apenas sentido. O ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357 DF³⁹, que trata da obrigatoriedade das escolas privadas em oferecerem educação inclusiva, afirmou também que “justiça não é algo que se aprende, é algo que se sente”⁴⁰. Então, como definir quais seriam os princípios da justiça que seriam mais adequados para os dias atuais, de forma a incluir a participação da pessoa com deficiência?

Uma das objeções a Teoria de Rawlsrecai na questão da escolha unânime de um conjunto de apenas dois princípios da justiça em uma situação hipotética de igualdade na posição original, o princípio da liberdade de igualdade e o princípio da diferença, conforme já explicitado. Na ideia de justiça de Sen não há como se ter um consenso tão restrito sobre quais princípios deverão nortear a justiça social. Ademais, a justiça não pode se limitar a escolha das instituições nem a identificação de arranjos sociais ideais, mas tem que ser baseada na vida na expectativa real da vida das pessoas.

³⁸ ALVARENGA, Darlan. *Brasil sai de lista das 10 maiores economias do mundo e cai para a 12ª posição, aponta ranking*. G1. Globo.com, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/03/03/brasil-sai-de-lista-das-10-maiores-economias-do-mundo-e-cai-para-a-12a-posicao-aponta-ranking.ghtml>. Acesso em: 19.jul.2021.

³⁹ Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade é importante no estudo uma vez que trata de a obrigatoriedade dos estabelecimentos de ensino privado ofertarem educação na sua modalidade inclusiva, de forma que essa inclusão seja realizada por toda a sociedade, e não apenas pelo Estado. Tal ação foi paradigmática porque posterior tanto ao decreto 6.949/2009 que internalizou como norma constitucional a Convenção sobre direito das pessoas com deficiência quanto a Lei Brasileira de Inclusão, sendo, esta última, motivo de questionamento quanto à sua constitucionalidade.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (pleno). Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357/DF, medida cautelar. Lei 13.146/2015. Estatuto da pessoa com deficiência. Ensino inclusivo. Convenção internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência. Constitucionalidade da Lei 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). Julgado por maioria nos termos do voto do ministro relator Edson Fachin, vencido o ministro Marco Aurélio que a julgava parcialmente procedente. Sessão Plenária de 09/06/2016. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>. Acesso em 16 maio 2021.

Para Sen⁴¹ a conversão de bens primários na capacidade de fazer determinadas coisas variam de pessoa para pessoa através de características inatas, que não são passíveis de escolhas individuais, como nascer com deficiência, por exemplo. O que realmente acontece na vida dos indivíduos não pode deixar de ser uma preocupação central de uma Teoria da Justiça.

Por exemplo, uma pessoa abastada que faz jejum pode ter a mesma realização de funcionamento quanto a comer ou nutrir-se que uma pessoa destituída, forçada a passar fome extrema, mas a primeira pessoa possui um conjunto capacitário diferente do da segunda. A primeira pode escolher comer bem e ser bem nutrida de um modo impossível para a segunda⁴².

Partindo do pressuposto que Constituição da República de 1988 foi o marco zero do contrato social, a Convenção sobre Direito das Pessoas com Deficiência ingressaria como um aditivo contratual que elevou a protagonista e novos autores, pessoas que antes estavam a margem da sociedade, de forma que seus interesses devam ser observados e defendidos nessa nova roupagem constitucional.

Para Barbosa-Fohrmann⁴³, Nussbaum pretende tornar o contrato social mais inclusivo do que o originário, de forma que consiga abranger novos sujeitos que não tiveram qualquer participação no contrato social contemporâneo rawlsiano, pois em sua visão, as pessoas com deficiência devem também sobre ele consentir.

Ao se excluir essas pessoas desse contrato social original tem-se um vício de consentimento originário, já que essa exclusão não mais poderia ocorrer, após tanto da promulgação da Constituição de 1988 quanto da incorporação no ordenamento jurídico interno da Convenção, que culminou com a promulgação da Lei 13.146/2015.

Dessa forma, as pessoas com deficiência precisam ser incorporadas à sociedade de forma que precisam assumir um papel de importância social, pois passaram a serem vistas de forma independente, autônomo e plena, devendo seus interesses e objetivos serem levados em consideração pela sociedade como um todo, inclusive por políticas públicas que visem seu desenvolvimento.

O princípio da igualdade está previsto na Constituição. A igualdade possui muitas facetas que devem ser observadas. Não há que se falar em

⁴¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: companhia das letras, 2010.

⁴² SEN, Amartya. *Idem*, p. 108.

⁴³ BARBOSA-FOHRMANN. *Op.cit*, p. 751.

apenas uma espécie de igualdade. A distinção entre igualdade formal e material já resta superada. É necessário defender a igualdade como reconhecimento⁴⁴, devendo-se reconhecer essa minoria como sujeito de direito para que seja garantido a ela os mesmos direitos, com as adaptações necessárias.

Walzer⁴⁵ também entende que essa igualdade deve ser necessária em uma sociedade, mas também entende que o reconhecimento não é distribuído de forma igual, de maneira que cada indivíduo poderá ser valorizado de acordo com seus talentos e habilidade em determinada época e lugar. Dentro dessas premissas não há como garantir quais talentos e habilidade serão valorizadas em determinado momento no futuro, mas, o importante é a pretensão de que todos sejam aptos às mesmas oportunidades de conquistar esse reconhecimento.

Nesse sentido, se o consentimento dessa minoria social não pode ser obtido plenamente no momento do contrato social original, com a promulgação da Constituição Federal, deve ser observado em momento posterior, até mesmo para se sanar esse vício de origem. A própria constituição objetiva a não discriminação e a inclusão social plena, que somente teria ocorrido pós Convenção e após a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão.

4. A inclusão das teorias das capacidades no Estado de Direito

A origem do Estado de Direito decorre dos conceitos liberais burgueses que pretendia, no início, a vinculação à legalidade de forma que toda, e qualquer, atividade estatal fosse submetida às leis⁴⁶. No avançar do desenvolvimento social e seus movimentos que trouxeram à tona a necessidade de se adequar o Estado a uma justiça social, esse estado de Direito deixou de ser meramente um adjetivo formal para efetivamente garantir ao Estado a exigência de transformar a sociedade de forma que essa justiça social fosse realizada.

Nesse sentido, a ideia de que o Estado, através da sua função legislativa, emanasse normas gerais e abstratas, que deveriam incidir sem

⁴⁴ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

⁴⁵ WALZER, Michael. *As esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 351.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *O estado democrático de direito*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 30, dez. 1988, p. 16.

discriminação a toda a sociedade tenderia a garantir a igualdade entre as pessoas. Entretanto, esse preceito de igualdade no estado de direito inicial era meramente formal, sem considerar as características individuais de cada pessoa. Com o reconhecimento dessa diversidade, atrelada aos movimentos sociais pela inclusão social das minorias a margem da sociedade, o conceito de igualdade foi reformulado passando, inclusive, pela igualdade formal, material e pelo reconhecimento.

A Constituição da República vai além. Ao unir os conceitos de Estado de Direito com Estado democrático define que há a realização de um processo de convivência social em uma sociedade livre, justa e solidária, conforme dispõe em seu próprio artigo 3º como seus objetivos fundamentais. Diante disso,

o poder emana do povo, deve ser exercido em proveito do povo. diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista. porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício⁴⁷.

Importante ainda trazer as lições que defendem a importância do Estado do direito para a proteção inclusive dos direitos humanos:

Além do mais, o compromisso com o Estado de Direito atingiu tal difusão e relevância, que mesmo no plano do Direito Internacional o Estado de Direito assumiu a condição de elemento essencial da comunidade de Estados, tanto no plano regional (como revela o exemplo da União Europeia), quanto na esfera do sistema da ONU, como, por sua vez, bem demonstra a Resolução n. 66/102, adotada em 09.12.2011, sobre a Rule of Law no

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. Op.cit, p. 22.

plano internacional e nacional, afirmando que os Direitos Humanos, o Estado de Direito e a Democracia estão interligados e se reforçam mutuamente, pertencendo aos princípios e valores universais e indivisíveis e nucleares das Nações Unidas⁴⁸.

O Estado de Direito, então, por se ater à supremacia do Direito e à limitação jurídica do poder, acaba por garantir a autonomia e a liberdade individuais, por reconhecer direitos e garantias fundamentais⁴⁹.

Diante dessas afirmações, a transformação social que culminou com a inclusão social das pessoas com deficiência deve ser capaz de atingir a elaboração do contrato social para abarcar seus interesses, de forma que os objetivos Estatais de criação de uma sociedade livre, justa e solidária seja cada dia mais real, de forma que o objetivo primordial do Estado de direito é superar as desigualdades sociais através da realização da Justiça Social. A busca pela Justiça deve ser o fim ultimo de todos os governos⁵⁰.

Conclusão

As teorias da Justiça baseadas no contrato social, sendo a principal a Teoria de Justiça de Rawls, não são capazes de absorver as diversidades humanas e garantir a participação das pessoas com deficiência nos princípios fundantes da sociedade. Ao se exigir as características de livres, iguais e independentes daqueles que fazem o contrato social, deixam de lado grande parte das pessoas, incluindo as pessoas com deficiência. Dessa forma, essa minoria permanece com seus interesses e direitos sem representatividade no momento de elaboração do pacto social.

Na tentativa de reformular essa teoria, Nussbaum pretende a ampliação da visão de justiça de forma que se observe os interesses das pessoas com deficiência no momento em que o pacto é elaborado, ou seja, os interesses dessa parcela da população precisam estar defendidos no momento da elaboração do contrato, e não apenas no momento posterior através das instituições definidas pelo Estado. Como o estudo mencionou no primeiro capítulo, a Teoria de Justiça de Rawls posterga as questões referentes às

⁴⁸ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 300.

⁴⁹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit*, p. 301.

⁵⁰ HAMILTON; MADISON; JAY. *O Federalista*. Líder. Belo Horizonte: 2003, p. 309.

desigualdades para um outro momento social, no qual as instituições já estariam ordenadas, e seria de atribuição do legislativo evitar as desigualdades sociais.

Nussbaum entende que essas questões referentes a definição dos princípios que irão fundamentar uma sociedade devem englobar os interesses de toda a população incluindo as pessoas com deficiência.

Considerando que o Estado Brasileiro teve sua reformulação com a Constituição da República em 1988, e um aditivo contratual através do Decreto 6.949/2009, que trouxe status de norma constitucional para a Convenção sobre direito das pessoas com deficiência, essa minoria passou de coadjuvante social para protagonista da história da sociedade.

Diante de todos os movimentos sociais pela inclusão que culminou com uma vivência de um protagonismo efetivo das pessoas com deficiência, alijando o conceito de mero capacitismo que cedeu lugar a uma sociedade mais inclusiva, o Estado deve observar seus interesses e direitos em todas as esferas, seja através de políticas públicas acessíveis, seja através da formação de seus membros, de forma que a dignidade humana dessa minoria seja considerada com o mesmo peso das demais pessoas. Esse novo paradigma de inclusão corrobora as ideias de Estado de Direito Brasileiro, de forma que os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos sejam respeitados, independentemente da existência ou não de alguma deficiência.

Referências

ALVARENGA, Darlan. *Brasil sai de lista das 10 maiores economias do mundo e cai para a 12ª posição, aponta ranking*. G1. Globo.com, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/03/03/brasil-sai-de-lista-das-10-maiores-economias-do-mundo-e-cai-para-a-12a-posicao-aponta-ranking.ghtml>. Acesso em: 19.jul.2021.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. *Os modelos médico e social de deficiência a partir dos significados de segregação e inclusão nos discursos de Michel Foucault e de Martha Nussbaum*. *Journal of institutional studies*, v. 2, n. 2, 2016.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Desafios para a efetividade da Lei brasileira de inclusão*. Direito, vulnerabilidade e pessoa com deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

_____. Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinada em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*: Seção 1, Brasília, DF, p. 3, 26 ago. 2009.

_____. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (estatuto da pessoa com deficiência). *Diário Oficial da União*: Seção 1, Brasília, DF, n. 127, p. 2, 7 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (pleno). *Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357/DF*, medida cautelar. Lei 13.146/2015. Estatuto da pessoa com deficiência. Ensino inclusivo. Convenção internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência. Constitucionalidade da Lei 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015). Julgado por maioria nos termos do voto do ministro relator Edson Fachin, vencido o ministro Marco Aurélio que a julgava parcialmente procedente. Sessão Plenária de 09/06/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>. Acesso em 16 maio 2021.

DESENVOLVIMENTO HUMANO E IDH. *PNUD*, 2021. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html> Acesso em 17.07.2021.

FÁVERO, Altair Alberto; TONIETO, Carina; CONSALTÉR, Evandro; CENTENARO, Junior Bufon. *Políticas públicas e a efetivação das capacidades humanas: o papel central da educação*. In: *Leituras sobre Martha Nussbaum e a educação*. Curitiba: CRV, 2021. p. 29-45.

FÁVERO, Altair Alberto; KAPCZYNSKI, Ana Lucia; MARQUES, Marta. *Direitos Fundamentais e a justiça: a dimensão ética e política da Teoria das Capacidades*. In: *Leituras sobre Martha Nussbaum e a educação*. Curitiba: CRV, 2021. p. 93-109.

GINSBURG, Faye; RAPP, Rayna. Disability Worlds. *Annual Review of Anthropology*, v. 42, p. 53-68, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1146/annurev-anthro-092412-155502> acesso em 20.05.2021.

HAMILTON; MADISON; JAY. *O Federalista*. Líder. Belo Horizonte: 2003.
HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

NUSSBAUM, Martha. *Creating Capabilities*. The Human Development Approach. Boston: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____ ; DIXON, Rosalind. *Children's Rights and a Capabilities Approach: The Question of Special Priority*. Chicago: University of Chicago Public Law & Legal Theory, 2012.

_____. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD).

RELATORIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO (RDH-PNUD). *Relatório do Desenvolvimento Humano 2020*. A próxima fronteira O desenvolvimento humano e o Antropoceno. Disponível em: http://www.hdr.unep.org/sites/default/files/hdr2020_pt.pdf acesso em 17.07.2021.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000b.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SEN, Amartya. *Commodities and capabilities*. Índia: Oxford University Press, 1999.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: companhia das letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. *O estado democrático de direito*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 30, dez. 1988.

WALZER, Michael. *As esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

A RELAÇÃO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA DELEGATIVA NO CONTEXTO BRASILEIRO

Thaiana Conrado Nogueira

Sumário: Introdução. 1. Estado de Direito. 2. Democracia Delegativa. 2.1. Democracia Delegativa e Novo Constitucionalismo Latino-Americano. 2.2. Democracia Delegativa e Brasil. 3. A relação entre os poderes Executivo e Judiciário no Brasil atual. Conclusão. Referências.

Introdução

O Brasil é marcado por um histórico de hipertrofia do Poder Executivo, que concentra poderes e acaba se sobrepondo em relação ao Legislativo e ao Judiciário. Esse contexto de agravou sobretudo após o processo de redemocratização que sucedeu o regime de ditadura militar no final da década de 1980. Isso porque, nesse contexto, a figura do Presidente se tornou ainda mais proeminente e a Constituição de 1988 reafirmou e aprofundou o padrão de concentração de competências no Executivo Federal.

Diante desse quadro, pode-se dizer que no Brasil se configura a chamada democracia delegativa, instituto criado por Guillermo O’donell e que explica de forma muito clara as democracias consolidadas no final do século XX e começo do século XXI na América Latina.

Tendo em vista esse cenário, surgiu a ideia de relacionar a democracia delegativa com o Estado de Direito no Brasil. O enfoque neste País se justifica por ser nele evidente a existência de democracia delegativa, haja vista a redemocratização recente – apenas trinta anos atrás – e o modelo de hipertrofia do Poder Executivo acima referido. Já a opção por cotejar os dois temas resultou da reflexão a respeito do próprio conceito de Estado de Direito.

Se o Estado de Direito pressupõe a limitação do Estado, impedindo arbitrariedades, supressão de direitos e discricionariedade exacerbada, como será demonstrado, como é possível conciliá-lo com a democracia delegativa, onde justamente há a proeminência da figura do Presidente com poderes

ilimitados, sobrepondo-se aos demais atores e instituições políticas? Esse é o questionamento que direciona o presente artigo e que se pretende responder.

O ponto principal a ser estudado é, então, se há ou não Estado de Direito no Brasil, a partir da análise dos conceitos de Estado de Direito e de democracia delegativa, tendo como pano de fundo o histórico brasileiro de hipertrofia do Poder Executivo e de hiperpresidencialismo. A hipótese prévia que se pretende falsear é justamente de que a consolidação de uma democracia delegativa impede que haja Estado de Direito em sua plenitude.

Para tanto, será adotada vertente de pesquisa jurídico-normativa, por meio de fonte de pesquisa documental e bibliográfica. O referencial teórico adotado é formado pelos autores Guillermo O'Donnell e Brian Tamanaha, em conjunto com outros autores de relevância para o tema. O método de pesquisa empregado é o raciocínio lógico-dedutivo, pautado no racionalismo kantiano.

1. Estado de Direito

Muito se discute na doutrina sobre a conceituação do que seria o chamado Estado de Direito. Há autores que entendem que Estado de Direito e *Rule of Law* são conceitos cujo significado é o mesmo. Todavia, o uso indiscriminado das duas concepções como sinônimas é perigoso, dada suas origens distintas.

Danilo Zolo¹ alerta que as duas fórmulas remetem a tradições políticas e jurídicas distintas. Apenas para fins elucidativos, vale destacar que as quatro principais experiências em relação ao Estado de Direito ou *Rule of Law* são: (i) o *Rechtsstaat* alemão, pautado na soberania do Poder Legislativo, ao qual é delegada a função de tutelar direitos subjetivos, e na Constituição escrita, flexível e sem jurisdição constitucional; (ii) o *Rule of Law* inglês, em que a soberania também é do Parlamento, mas este a exerce quase que exclusivamente em relação ao Poder Executivo, sem Constituição escrita, e com o Poder Judiciário como instância responsável pela tutela de direitos subjetivos; (iii) o *Rule of Law* norte-americano, em que a soberania estatal é praticamente substituída pela soberania da Constituição escrita, rígida, que limita todos os poderes, inclusive o Legislativo, e onde o Poder Judiciário assume papel de protagonista na interpretação constitucional; (iv) o *état de*

¹ ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26.

droit francês, em que há primado do Parlamento como expressão da soberania popular, limitado pela própria Constituição e passível de controle pela sociedade em caso de violação aos direitos fundamentais.

Para o referido autor, a abordagem unificada dos conceitos supracitados é, todavia, possível². Isso porque após a Segunda Guerra Mundial houve uma aproximação conceitual entre ambos, que passam a convergir em relação à proteção de direitos fundamentais a serem garantidos pelo Estado para que este se legitime perante a sociedade.

Para fins do presente artigo, utilizar-se-á o termo Estado de Direito como sinônimo de *Rule of Law*, mas sempre guardando referência as origens distintas de cada um deles, bem como as peculiaridades que lhes são inerentes e que correspondem ao sistema jurídico que em vigoram – *Civil Law* e *Common Law*.

Danilo Zolo³ atribui certo conteúdo de direitos fundamentais à sua conceituação de Estado de Direito. Segundo ele, o Estado de Direito é uma versão do Estado moderno europeu, pautada primordialmente na ideia da lei como instrumento de tutela de direitos subjetivos e de limitação estatal, impedindo que o poder político se dilate indiscriminadamente. Ele traz à baila dois princípios inerentes ao conceito de Estado de Direito, quais sejam, (i) difusão do poder: limitação do poder do Estado para ampliar liberdades individuais. Os indivíduos são vistos como titulares de direitos face ao Estado, cuja esfera de atuação não é ilimitada. O Estado tem o dever de assegurar direitos fundamentais a todos os cidadãos; (ii) diferenciação: o sistema político jurídico do Estado de Direito é diferente dos demais, ou seja, há autonomia em relação aos subsistemas ético, religioso e econômico. O direito positivo se sobrepõe ao direito natural e a abstrações de qualquer natureza.

Nesse ponto é importante destacar que há, de certa forma, um otimismo legislativo exacerbado. Explique-se: a ideia desenvolvida por Zolo pauta-se no Estado de Direito como primazia da lei, como se esta fosse a solução universal para todos os problemas, limitando o Estado e garantindo direitos fundamentais. Ocorre que o que tem se verificado na prática nos últimos anos é justamente o oposto. A lei não é capaz de dar todas as respostas à sociedade e tampouco é capaz de garantir direitos fundamentais face ao

² *Ibid.*, p. 04.

³ *Ibid.*, p. 31.

Estado. A inflação legislativa é o sintoma de um sistema político-jurídico falho que se estabeleceu em diversos países, especialmente no Brasil⁴.

Diferentemente de Zolo, há autores, como Brian Tamanaha⁵ e Joseph Raz⁶, que entendem que o Estado de Direito não pode ser concebido como proteção a direitos fundamentais. Isso significa que um conceito não pode ser reduzido há outro, há de haver independência e clareza no estabelecimento dos limites entre eles.

De fato, é evidente que atrelar Estado de Direito a direitos fundamentais ou a qualquer outro conceito, seja democracia, direitos humanos, ou lei, é extinguir um deles em função de outro. Assim, o Estado de Direito deve ser compreendido como categoria dotada de autonomia perante os demais institutos que com ele se relacionam. Nesse sentido, Tamanaha esclarece que há a possibilidade de existência de Estado de Direito sem democracia, ou sem que sejam respeitados direitos fundamentais ou direitos humanos, por exemplo.

Apesar de se relacionar intrinsecamente com a Lei, o Estado de Direito tampouco pode a ela ser reduzido. Como preleciona Jeremy Waldron⁷, devemos diferenciar *the rule of law* de *a rule of law*, sendo esta última entendida como regra legal específica e a primeira como “um dos ideais de nossa moralidade política, referente à ascendência da lei como tal e das instituições do sistema legal em um sistema de governo”.

Tamanaha⁸ aponta duas funções primordiais do Estado de Direito: (i) contenção dos governantes por meio da exigência da conformidade de suas ações com a lei e pela imposição de limites ao poder de legislar; (ii) garantia da ordem social. Ademais, elucida que há cinco benefícios que dele advêm: (i) certeza e previsibilidade; (ii) restrição à arbitrariedade do Governo; (iii) ordem social pacífica; (iv) desenvolvimento econômico; (v) justiça da equidade na aplicação da lei. Por fim, o Autor traz os três elementos

⁴ Segundo estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, em 2016, foram editadas mais de 5,4 milhões de leis desde 1988 no Brasil. A média diária é de 768 normas por dia útil. Isso sem contar as 99 Emendas Constitucionais.

⁵ TAMANAHA, Brian. *A concise guide to the rule of law*. In: PALOMBELLA; Gianluigi; WALKER, Neil. *Relocating the rule of law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009, p. 13.

⁶ RAZ, Joseph. *The authority of law*. Nova York: Oxford University Press, 1979, p. 210.

⁷ WALDRON, Jeremy. *The rule of law*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (fall 2016 edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/> > Acesso em: 19 de julho de 2018, p. 01.

⁸ TAMANAHA, Brian. *A concise guide to the rule of law*. In: PALOMBELLA; Gianluigi; WALKER, Neil. *Relocating the rule of law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009, p. 4.

primordiais do Estado de Direito: (i) orientação difundida de que a lei faz a regra, ou seja, as pessoas devem acreditar e se comprometer com a lei; (ii) Poder Judiciário independente para a aplicação horizontal (cidadão-cidadão) e vertical (cidadão-Estado) da lei; (iii) profissionais robustos na área do Direito.

Diante de todo o exposto, é possível perceber que o Estado de Direito é instituto de grande complexidade, cuja conceituação é imprecisa e pode ser feita sob diversos vieses. Seu estudo é amplo e demanda muita reflexão. Todavia, para fins do presente artigo, é essencial que se compreenda a relação que todos os autores referenciados acima estabelecem entre Estado de Direito, lei e limitação da arbitrariedade estatal.

Mesmo que se compreenda que Estado de Direito é diferente de *Rule of Law*, ou que este pode ser compreendido como proteção de direitos fundamentais, é pacífica, ao menos entre os autores ora estudados, a ideia de que é um mecanismo de limitação dos poderes do Estado face aos cidadãos, pautado na lei. Assim, a lei é o instrumento utilizado para que o Estado não possa atuar de forma a violar direitos da população em geral. Nas palavras de Waldron⁹:

A exigência mais importante do Estado de Direito é que as pessoas em posição de autoridade exerçam seu poder dentro de uma estrutura restritiva de normas públicas bem estabelecidas, e não de maneira arbitrária, *ad hoc*, ou puramente discricionária, com base em suas próprias preferências ou ideologias.

Nesse sentido, Maurizio Fioravanti¹⁰ esclarece que o papel da Constituição, em meados do século XX, passou a ser o de sustentar, organizar e limitar o Estado soberano, no seio do que hoje concebemos como Estado de Direito. Esse Estado, garantidor da liberdade, se espalhou por toda a Europa e consolidou-se como modelo nos anos subseqüentes, sendo sempre marcado pela existência da Constituição cuja função é impor limites ao exercício do poder estatal.

⁹ WALDRON, Jeremy. *The rule of law*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (fall 2016 edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>> Acesso em: 19 de julho de 2018, p. 3.

¹⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de La Antigüedad a Nuestros Dias*. Traduzido por Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 142.

É importante salientar, ainda, que *Rule of Law* é diferente de *Rule by Law*, dessa forma a lei não pode ser utilizada como instrumento político, mas sim como mecanismo de controle sobre todos¹¹. Disso se extrai que nenhum poder está acima da lei, nenhum poder tem prerrogativas, funções, competências ilimitadas. A lei, portanto, submete todos à sua incidência, impedindo que sejam praticadas arbitrariedades, sobretudo em relações verticais.

2. Democracia Delegativa

A democracia delegativa é uma categoria desenvolvida por Guillermo O’donell. A primeira obra em que o autor tratou do tema foi artigo intitulado “Democracia Delegativa?” publicado na Revista Novos Estudos, em 1991. O texto foi desenvolvido por ele a partir de pesquisa, à época ainda em curso, vinculada ao Projeto *East-South System Transformations*, dirigido por Adam Przeworski. Nessa pesquisa, ele analisou os processos de redemocratização nos países da América Latina.

A democracia delegativa era, até então, um “novo animal”, ainda não teorizado¹². As teorias da época se referiam apenas à democracia representativa, característica dos países ocidentais desenvolvidos, como Estados Unidos da América e Europa. Todavia, havia outros sistemas que eram classificados como democráticos, mas não se enquadravam na classificação de democracia representativa. Dentre eles estavam os países da América Latina que haviam passado por processos de redemocratização em passado recente. Essas novas democracias apresentavam elementos comuns que permitiram ao autor agrupá-las em uma categoria única: democracias delegativas.

Quando um determinado País passa por um período autoritário e depois institui um governo democraticamente eleito, diz-se que passou por uma primeira transição. Todavia, o que se espera é que haja, *a posteriori*, uma segunda transição, de um governo democraticamente eleito para um regime

¹¹ WALDRON, Jeremy. *The rule of law*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (fall 2016 edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>> Acesso em: 19 de julho de 2018, p. 08.

¹² O’DONELL, Guillermo. *Democracia Delegativa?* Revista Novos Estudos, 1991, n° 31, p. 25-40. Disponível em: <<http://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf>> Acesso em: 07 de julho de 2018, p. 25.

democrático, ou seja, para uma democracia institucionalizada e consolidada¹³. Essa segunda transição ocorreu, por exemplo, em países do leste europeu, que foram redemocratizados no final do século XIX, mas não ocorreu na América Latina.

O fundamento da democracia delegativa é, para O'donnell¹⁴, a ilimitação dos poderes do Presidente democraticamente eleito. Desde que tenha sido empossado de forma legítima, o Presidente tem poderes para governar como lhe prouver, sem necessidade de que suas ações correspondam às promessas de campanha, bem como sem qualquer vínculo com seu partido, com seu eleitorado e com os demais poderes instituídos. A ideia é de que, com a sua eleição, ele assume o papel de fiador do interesse nacional¹⁵.

Nesse contexto, os demais poderes são vistos como empecilhos ao exercício das prerrogativas presidenciais, motivo pelo qual são cada vez mais tolhidos pelo próprio Poder Executivo, que se sobrepõe por meio da concentração de funções ou por meio de ataques diretos aos demais poderes, por exemplo.

Na democracia delegativa, o Chefe do Executivo é institucionalmente isolado dos demais atores políticos. Ele é o único e exclusivo responsável pela condução da política nacional, sem necessitar do auxílio dos demais poderes. Isso, segundo Marco Casamasso, explica a perda de prestígio e autoridade dos partidos políticos e do Poder Legislativo em geral, que é desresponsabilizado pelas decisões políticas tomadas pelo Governo. Em verdade, tendo em vista o protagonismo do Poder Executivo e a ascensão progressiva do Poder Judiciário, o Legislativo tem sido cada vez mais omissivo, sobretudo em relação às decisões que envolvem maior comoção popular.

Referido autor aponta que a solidão política faz com que o Presidente se torne vulnerável a severas oscilações de popularidade. Como consequência, ele encontra formas de se blindar, ampliando seus poderes e prerrogativas de governo.

A prestação de contas característica de regimes de freios e contrapesos é outro mecanismo considerado impedimento desnecessário à plena autoridade presidencial. Não há para o Presidente praticamente nenhuma obrigação de prestar contas horizontalmente¹⁶. Diante disso, é

¹³ Idib., p. 26.

¹⁴ Idib., p. 31.

¹⁵ Idib., p. 30.

¹⁶ Ibid., p. 31.

interessante destacar que quando um poder tem a prerrogativa de estabelecer seus próprios limites e suas próprias funções, tende a não criar barreiras para suas atividades e a concentrar em si mesmo todas as atribuições¹⁷.

Ao discorrer sobre as principais características de uma democracia delegativa, O'donell, em artigo publicado no jornal *La Nación* em 4 de dezembro de 2011, esclarece que:

La esencia de esa concepción es que quienes son elegidos creen tener el derecho y la obligación – de decidir como mejor les parezca qué es bueno para el país, sujetos sólo al juicio de los votantes en las siguientes elecciones. Creen que éstos les delegan plenamente esa autoridad durante ese lapso. Dado esto, todo tipo de control institucional es considerado una injustificada traba; por eso, los líderes delegativos intentan subordinar, suprimir o cooptar esas instituciones.

Vale ressaltar que esse modelo não deixa de ser democrático. Muito pelo contrário. Ele representa a democracia fortemente majoritária, em que o voto significa a delegação de poderes quase que irrestritos ao Presidente para que este represente o interesse de toda a nação. O próprio Guillermo O'donell aproxima essa ideia da teoria hobbesiana¹⁸. Nesse sentido, vale destacar o seguinte trecho da obra de Thomas Hobbes¹⁹:

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões de estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só

¹⁷ BRUTUS. *The Antifederalist: Letters of Brutus*. Disponível em: <<http://teachingamericanhistory.org/library/document/brutus-xi/>> Acesso em: 10 de julho de 2018, p. 03.

¹⁸ O'DONELL, Guillermo. *Democracia Delegativa? Revista Novos Estudos Cebrap*, 1991, n° 31, p. 25-40. Disponível em: <<http://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf>> Acesso em: 07 de julho de 2018, p. 31.

¹⁹ HOBBS, Thomas. *O Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Traduzido por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf&ved=2ahUKewjArL6UzqvcAhWH71MKHbuGDWwQFjAAegQIBRAB&usq=AOvVaw1knh6xmGGaUuktFaJaWs1k> Acesso em: 10 de julho de 2018, p. 61.

vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações.

Do exposto, fica claro que a ideia de democracia delegativa efetivamente se aproxima muito do desenvolvido por Hobbes em 1651, na medida em que, segundo ele, os súditos – compreendidos aqui como cidadãos – abrem mão de do direito de ser autogovernarem para que um determinado indivíduo o faça, com fins de garantir-lhes direitos e liberdades. Para tanto, esse indivíduo ao qual o poder é delegado adquire a prerrogativa de fazer tudo o que for necessário para concretizar o que se propõe. Isso nada mais é do que a concepção de que o Presidente recebe dos eleitores poderes suficientes para agir da forma que entende ser a melhor para a concretização do bem comum.

Seu caráter democrático advém também da existência de *accountability* vertical, por meio da garantia do direito ao voto periódico para a eleição dos governantes e da liberdade de expressão. Todavia, enquanto há *accountability* vertical, a horizontal é muito fraca ou inexistente nas democracias delegativas. Ela se concretiza com a criação de agências estatais que tenham o direito e o poder que efetivamente os exerçam de modo a supervisionar e punir ações e omissões de outros agentes e agências do Estado²⁰. Trata-se da dimensão republicana da democracia.

No caso das democracias delegativas, como o poder do Presidente é praticamente ilimitado e não incide o princípio da responsividade, a consolidação desse tipo de controle é extremamente difícil. Por mais que

²⁰ O'DONELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. *Lua Nova*: Revista de Cultura e Política, 1998, n° 44, p. 27-54. Disponível em: <<http://www.democraziapura.altervista.org/wp-content/uploads/2015/10/1998-ODonnell.pdf>> Acesso em: 10 de julho de 2018, p. 221.

muitas vezes haja previsão legal, o exercício eficaz da atividade de fiscalização e punição é complexo e encontra inúmeros óbices na realidade fática.

A democracia delegativa pressupõe a existência de meios pelos quais o Presidente possa enfraquecer o controle e fiscalização sobre si mesmo. Exemplo desse tipo de mecanismo é o corte de orçamento destinado a outros poderes, a redução do número de membros da Suprema Corte, etc. O ideal é que o Ministério Público e os Tribunais de Contas sejam pode capturados, chancelando quaisquer de suas decisões.

Sobre o tema, vale destacar²¹:

Quando há prestação de contas, esta se faz basicamente ao eleitorado disperso, enquanto massa, em período de eleições. Tal prática, geralmente observada nas democracias latino-americanas do pós-autoritarismo, salienta o teor plebiscitário do processo eleitoral que se caracteriza pela baixa densidade representativa de suas instituições, e pela hipertrofia da autoridade dos presidentes dessas repúblicas.

Ademais, esse modelo de governo também pode ser classificado como democrático por se enquadrar no conceito de poliarquia. A ideia de poliarquia foi criada como alternativa à teoria clássica da democracia e seu principal expoente teórico é Dahl. Referido autor elenca sete elementos essenciais à sua caracterização²²: (i) eleições de governantes; (ii) eleições livres e limpas; (iii) sufrágio universal; (iv) direito de concorrer aos cargos eletivos; (v) liberdade de expressão (vi) pluralismo de fontes de informação; (vii) liberdade de associação. O'donell, ao discorrer sobre o tema, elucida que existem outros elementos para além desses, mas classifica a democracia delegativa como subtipo de poliarquia.

Assim, considerando-se os elementos acima referidos, fica claro que, apesar de suas peculiaridades, a democracia delegativa é efetivamente

²¹ PESSOA, Cleber Fernandes. *A democracia delegativa no Brasil: uma análise comparativa das relações executivo-legislativo nos governos de Getúlio Vargas (1951-1954) e Fernando Collor de Mello (1990-1992)*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política – Universidade de Brasília, 2000. Disponível em: <http://repositorio.umb.br/bitstream/10482/4702/1/2000_CleberFernandesPessoa.pdf> Acesso em: 10 de julho de 2018, p. 18.

²² O'DONELL, Guillermo. *Uma outra institucionalização: América Latina e alhures*. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 1996, n° 37, p. 5-31. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n37/a02n37.pdf>> Acesso em 19 de julho de 2018, p. 07.

modalidade de governo democrático. A pujança que o Poder Executivo detêm na sua estrutura política não é o suficiente para descaracterizar seu viés democrático.

Como anteriormente mencionado, a segunda transição necessária à consolidação de democracias representativas não ocorreu nos países da América Latina, diferentemente dos países do leste europeu que também passaram por processos de redemocratização recentemente. Essa diferença foi consequência basicamente de três elementos: (i) o recebimento de recursos do Plano Marshall por parte dos países europeus no pós Segunda Guerra Mundial; (ii) a expansão econômica mundial que ocorria naquele contexto; (iii) a situação econômica crítica que alguns países da América Latina tiveram que enfrentar em função da má gestão de recursos financeiros nos regimes autoritários²³.

Dívida externa, desigualdade social, estagnação econômica e inflação são exemplos dos problemas que os recentes governos democráticos tiveram que enfrentar. Esse fator foi certamente o mais decisivo, uma vez que a profunda crise econômica que se instaurou nesses locais gerou um forte senso de urgência e a necessidade de que um herói pudesse resolver todos os problemas da Nação.

Nesse contexto, os Presidentes surgiram como salvadores, como os únicos capazes de resolver a situação dos Países que governavam. Foi assim que se deu a consolidação e, em verdade, a reafirmação e aprofundamento de um modelo hiperpresidencialista e de hipertrofia do Poder Executivo. A consequência disso, para O'donnell foi o agravamento dos problemas de cunho econômico e social, por Presidentes onipotentes, que se sobrepujaram aos demais poderes e atuavam ilimitadamente.

Nos próximos capítulos buscar-se-á desenvolver esses tópicos de forma mais profunda, com enfoque, em primeiro momento, no contexto da América Latina e, posteriormente, no Brasil.

²³ O'DONELL, Guillermo. *Democracia Delegativa? Revista Novos Estudos Cebrap*, 1991, n° 31, p. 25-40. Disponível em: <<http://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf>> Acesso em: 07 de julho de 2018, p. 33.

2.1. *Democracia Delegativa e Novo Constitucionalismo Latino-Americano*

O novo constitucionalismo latino-americano foi inaugurado com a promulgação de diversas novas Constituições nos países da região, como Brasil (1988); Colômbia (1991); Paraguai (1992); Peru (1993); Venezuela (1999); Equador (2008); Bolívia (2009), que trouxeram consigo inúmeras mudanças e avanços, sobretudo em aspectos sociais e de inclusão de minorias.

Avritzer²⁴ aponta que as principais transformações que essas novas Constituições implementaram foram: (i) ampliação das formas de participação; (ii) atribuição de um novo papel ao Poder Judiciário, como mecanismo e efetivação de direitos; (iii) criação de um rol de direitos fundamentais extenso.

Em casos como o da Bolívia, por exemplo, em que a maior parte da população é de origem indígena, houve grandes avanços no reconhecimento de direitos específicos a essa comunidade. Pode-se dizer, inclusive, que o País passou a ser um Estado Plurinacional. Todavia, o esforço no reconhecimento de direitos e a concentração dos constituintes na parte dogmática da Constituição fizeram com que esses avanços se tornassem, em grande parte, “letra morta”.

Para que houvesse a consolidação prática de um rol extenso de direitos fundamentais, mister seria que não apenas essa parte da Constituição fosse sistematicamente diferente da Constituição anterior, vigente no regime autoritário precedente. Era essencial que o sistema de governo e a organização do Estado fossem completamente reformados, de modo a propiciar a efetivação de direitos concedidos à população. Não se pode olvidar que a parte orgânica da Constituição deve evoluir na mesma medida em que a dogmática, uma vez que ambas se influenciam entre si, gerando maior ou menor efetividade dos direitos positivados pelo Constituinte²⁵.

Entretanto, não foi isso o que ocorreu. Apesar da extensa ampliação de direitos, o hiperpresidencialismo e a hipertrofia do Poder Executivo permaneceram intocados no que Gargarella de casa de máquinas da

²⁴ AVRITZER, Leonardo. *Democracia na América Latina: da inovação institucional ao velho problema do equilíbrio de poderes*. *Revista da USP*, n° 109, 2011, p. 75-87, p. 90.

²⁵ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014, 1° edição, p. 247.

Constituição. Muito pouco ou quase nada se modificou na realidade prática desses países. Apenas o papel simbólico do reconhecimento de direitos no papel não é suficiente para promover as mudanças necessárias na realidade da população.

Diante desse quadro construído a partir do chamado novo constitucionalismo latino-americano pode-se dizer que os problemas que impediram a democratização profunda e acabaram gerando a consolidação de democracias delegativas na América Latina foram superados? A resposta é não. Isso porque, como visto, as Constituições recentes apenas trouxeram transformações no aspecto dogmático da Constituição, permanecendo intocada a parte orgânica. Assim, houve o enraizamento, a corroboração da democracia delegativa nos sistemas político-jurídicos desses países.

É por esse motivo, inclusive, que hoje verificamos uma onda conservadora nesses Estados. A simples positivação de direitos fundamentais sem que houvesse significativa mudança na organização do Estado fragilizou-os de maneira a permitir que as forças políticas locais tenham poder para paulatinamente impedirem sua efetivação prática até extirpá-los por completo do sistema jurídico nacional.

2.2. *Democracia Delegativa e Brasil*

A Constituição de 1824 foi a primeira do Brasil, diretamente influenciada pela Constituição Espanhola de 1812, chamada de *La Pepa*²⁶. Apesar de representar a inauguração de um novo momento da história do País, marcado pela proclamação da independência em 1822, há que se perceber certa linha de continuidade na política constitucional do Império e do pós-independência. Em verdade, essa continuidade é notável em toda a trajetória constitucional brasileira. Como será visto adiante, muitos traços da política do Brasil colônia subsistiram intactos por todo o período do Império, República, Estado Novo, ditadura militar e subsistem até hoje.

No contexto de 1824, por exemplo, permaneceu intocada a concentração de poderes no Executivo. A instituição de um Poder Moderador tornou isso ainda mais evidente, uma vez que, em verdade, não havia

²⁶ BARRETO, Vicente de Paulo; PEREIRA, Vitor Pimentel. *Viva la Pepa!:* a história não contada da Constitución Española de 1812 em terras brasileiras. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, ano 172, n° 452, 2011, p. 222.

independência deste em relação ao Executivo. Nos dizeres de José Filomeno de Moraes Filho²⁷:

A Constituição de 1824 terminou por concretizar a vontade anunciada na abertura da Constituinte: uma Constituição outorgada que, liberal em matéria de direitos individuais, se mostraria centralizadora e autoritária na soma dos poderes que concedeu ao Monarca Constitucional.

Em 1891 iniciou-se o período republicado do Brasil com a promulgação de uma nova Constituição, notadamente marcada por influências norte-americanas trazidas por Ruy Barbosa. Todavia, a tentativa de importação do modelo dos EUA, com federalismo e presidencialismo, falhou na medida em que não foi dada a devida atenção às particularidades do país. A tendência de concentrar poderes no Executivo permaneceu intacta, sendo agravada com a adoção de um modelo presidencialista. Com um governante forte e dotado de muitos poderes, prerrogativas e funções, tornou-se ainda mais proeminente a figura do Executivo. O estado de sítio, por exemplo, tornou-se instituto amplamente utilizado²⁸. O Presidente nada mais era do que um Imperador sob outras vestes.

Sobre o tema, vale destacar as lições de Ruy Barbosa²⁹:

O presidencialismo brasileiro não é senão a ditadura em estado crônico, a irresponsabilidade geral e sistemática do Poder Executivo (...) Dos freios e contrapesos, a que o regímen parlamentar submete a coroa dos monarcas, a república presidencial exonerou a autoridade do chefe do Poder Executivo.

Esse foi o cenário de toda a história sócio-política do Brasil que se tornou ainda pior em determinados momentos. O fato de ser um País amplo e agrário favoreceu o florescimento e a consolidação do coronelismo. A troca

²⁷ MORAES FILHO, José Filomeno. *Separação de Poderes no Brasil pós-88, princípio constitucional e práxis política*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORARES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martonio Mont'Averne Barreto. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 169.

²⁸ HAMBLOCH, Ernest. *Sua majestade o presidente do Brasil*. Traduzido por Lêda Boechat. Brasília: Senado Federal, 2000, p. 149.

²⁹ BARBOSA, Ruy. *Pensamento e ação de Ruy Barbosa*. Brasília: Senado Federal, 1999, p. 168.

de favores entre governo e lideranças locais e a cooptação de interesses por pequenas elites caracterizam a forma como o Brasil foi governado por muitos anos. A ampliação do direito de voto, realizada pela Constituição de 1891 foi o estopim desse problema. Ela criou um enorme contingente eleitoral conduzido pelos coronéis que determinavam em quem a população deveria votar, de acordo com seus interesses próprios³⁰. A cooptação do eleitorado, compra de votos, voto de cabresto e troca de favores entre elite e governantes até hoje subsistem na política nacional, prejudicando ainda mais o processo de consolidação da democracia plena.

Posteriormente, já na década de 1930, o Brasil passou por um processo de grandes mudanças, com a ascensão de sindicatos e corporações. Os direitos sociais assumiram papel protagônico, ao lado dos direitos civis. Foi nesse período que se iniciou a Era Vargas, marcada por controvérsias. Uma das suas principais características era cidadania regulada ou estadania.

José Murilo de Carvalho³¹ elucida que a estadania é a cultura orientada mais para o Estado do que para a representação da população. O Estado é visto como todo-poderoso, consubstanciado na forma do Presidente tirano e, concomitantemente, benevolente. O Governo Vargas foi um período em que o Presidente incorporou efetivamente o papel de salvador, de herói da Nação, concentrando em si mesmo cada vez mais poderes, de modo a, inclusive, atacar diretamente os Poderes Legislativo e Judiciário.

Em 1945 a história do Brasil deu uma nova guinada e foi iniciado o primeiro período efetivamente democrático, com ampliação de direitos políticos, lisura nas eleições, criação da Justiça Eleitoral, pluralismo partidário, etc.³² Nesse contexto, foi promulgada a Constituição de 1946. De todas as Constituições da história do Brasil, essa é certamente a mais similar à de 1988. Ela se espelhou, em parte, na Constituição de 1934, que praticamente nem chegou a entrar em vigor.

Um dos objetivos primordiais da constituinte que a precedeu foi limitar o Poder Executivo, que havia se expandido mais e mais em função de governos autoritários. Todavia, em função das alianças políticas que estabelecidas entre conservadores e liberais, isso não foi possível e, mais uma

³⁰ LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, 1º edição, p. 278.

³¹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 221.

³² Idib, p. 131.

vez, a hipertrofia do Executivo permaneceu como regra no sistema jurídico brasileiro. Em relação ao presidencialismo, foi abolido em um primeiro momento, com a adoção do parlamentarismo por meio da Emenda Constitucional nº4. Mas, posteriormente, foi editada Emenda Constitucional nº6 e o presidencialismo voltou.

Alguns anos se passaram e a Constituição de 1946 não foi capaz de garantir a estabilidade necessária à manutenção do regime democrático. Assim, em 1964 foi instituído Regime Militar, que perdurou até o final da década de 1980. Esse foi um período em que a Constituição permaneceu em vigor apenas de forma figurativa, uma vez que os Atos Institucionais, de natureza supraconstitucional, é que efetivamente impunham os ditames do País. Nesse momento, o Executivo ficou ainda mais proeminente, concentrando em si muitos poderes. O AI-2, por exemplo, garantiu ao Executivo a possibilidade de dissolver o Legislativo, o que ocorreu com o AI-5. Esse foi mais um episódio de autoritarismo que certamente influenciou no cenário de hipertrofia do Executivo nacional.

Em 1974 teve início o processo de reabertura democrática, consolidado com a promulgação da Constituição de 1988. Dado o histórico recente de regimes ditatoriais, o Presidente emergiu novamente como o salvador da pátria. Somente ele, concentrando em si o maior número de poderes e funções permitidos por um regime democrático e com separação de poderes, poderia efetivamente consolidar a democracia no Brasil. A consequência disso foi justamente o oposto. A hipertrofia do Executivo e o hiperpresidencialismo são elementos que impedem o aprofundamento democrático no País.

Por todo o exposto, fica claro que o Brasil se enquadra nos parâmetros estabelecidos por O'donnell para caracterização de uma democracia delegativa. Seu histórico demonstra que tanto a proeminência do Poder Executivo quanto do Presidente são imanentes à sua estrutura jurídico-política. Os períodos autoritários fizeram com que o Presidente assumisse o papel de herói da Pátria, capaz de *per se* resolver todos os problemas enfrentados pela Nação.

Um exemplo que ilustra bem esse cenário é o das eleições do Executivo Federal, que possuem muito mais relevância do que as relativas aos Executivos Estaduais e Municipais e, sobretudo, do que as eleições Legislativas. Isso é sintoma do sentimento de que é o Presidente o único responsável pelas mudanças. Outro elemento a ser considerado é a quantidade

de Medidas Provisórias editadas no Brasil, que demonstra a preponderância do Executivo até mesmo em matérias legislativas.

3. A relação entre os poderes Executivo e Judiciário no Brasil atual

Nas últimas décadas muito tem se discutido sobre o fim do predomínio do Poder Executivo, a partir da ascensão do Poder Judiciário como instância contra-majoritária e apta concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos aos quais os demais poderes não conferem efetividade. Nesse sentido, Avritzer³³ aponta que o novo constitucionalismo latino-americano tornou o Judiciário o protagonista no lugar do Executivo.

Apesar de ser evidente que atualmente o Judiciário tem papel de destaque no cenário jurídico e político no Brasil, mormente em função da postura ativista e, ao menos aparentemente, contramajoritária adotada pelo Supremo Tribunal Federal a partir dos anos 2000, entender que o Executivo já não é o principal vetor do País parece errôneo e precipitado. Basta observar a realidade fática para perceber que o Executivo permanece hipertrofiado e que o Presidente, apesar de sua impopularidade absurda, continua tendo poder suficiente para influenciar na atuação dos demais poderes e, conseqüentemente, ditar os rumos da política nacional.

De fato, causa estranhamento que o Executivo tenha assistido de maneira quase inerte a avocação de poderes que tem sido realizada pelo Judiciário. Mas certamente isso não permanecerá assim por muito tempo. A herança histórica de hiperpresidencialismo e protagonismo Executivo não vai permitir que outro poder assumira seu lugar tão facilmente quanto se pensa.

Conclusão

Caracterizar o Brasil como democracia delegativa faz surgir o seguinte questionamento: há possibilidade de existir democracia delegativa em um Estado de Direito, nos parâmetros expostos no primeiro tópico deste artigo?

Como o Estado de Direito pressupõe limitação dos poderes do Estado, controle e *accountability* como mecanismo de garantia dos direitos

³³ AVRITZER, Leonardo. *Democracia na América Latina: da inovação institucional ao velho problema do equilíbrio de poderes*. *Revista da USP*, n° 109, 2011, p. 82.

dos cidadãos, é clara a sua incompatibilidade principiológica com as democracias delegativas.

O Estado deve estar sujeito à lei, agindo dentro de seus parâmetros, em um sistema de *checks and balances*, o que não acontece nos países em que impera democracia delegativa. Neles, o chefe do Poder Executivo concentra em si mesmo uma quantidade muito grande de poderes e prerrogativas, além de agir de forma discricionária, sem considerar os limites legais, os demais poderes, partidos, promessas de campanha e o próprio interesse da população. É evidente que não há possibilidade de que o Executivo, na forma do Presidente, seja superior a todos os demais entes e instituições políticas em um Estado de Direito clássico.

Todavia, por outro lado, não é possível dizer categoricamente que o Brasil não se enquadra no chamado Estado de Direito. Consoante cediço, a Constituição Federal de 1988 criou um sistema de *checks and balances* e, apesar de ter assegurado muitas competências e atribuições ao Chefe do Executivo, também instituiu mecanismos de controle e de limitação da sua discricionariedade.

Os instrumentos trazidos pela Constituição não foram, de fato, capazes de efetivar a democracia representativa no País, mas progressivamente podem contribuir para tanto, desde que haja, concomitantemente, uma mudança na cultura política e jurídica, hoje pautada no protagonismo presidencial. Entender que o Brasil não é um Estado de Direito porque os instrumentos de controle positivados na Constituição não o descaracterizam como democracia delegativa é demasiadamente radical.

Assim, a solução seria pensar em uma nova categoria de Estado de Direito, em que rigidez seja flexibilizada para enquadrar especialmente os Países da América Latina, onde predomina esse tipo de democracia. Nesse Estado de Direito seria cabível a existência de hiperpresidencialismo e de hipertrofia do Executivo, desde que, ao mesmo tempo, houvesse tentativas de controle e perspectiva de mudanças futuras, com a consolidação de mecanismos mais eficazes de *checks and balances*. Trata-se de uma nova categoria voltada à inclusão de diversos países que passaram recentemente por processos de redemocratização e que precisam de mais tempo para tentar consolidar suas democracias, transformando-as de delegativas em representativas.

Referências

AMARAL, Gilberto Luiz do; OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Letícia M. Fernandes; YAZBEK, Cristiano Lisboa. *Quantidade de normas editadas no Brasil: 28 anos da Constituição Federal de 1988*. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/noticia/2601/PAIS-EDITOU-5-4-MILHOES-DE-NORMAS-EM-28-ANOS>> Acesso em: 15 de julho de 2018.

AVRITZER, Leonardo. *Democracia na América Latina: da inovação institucional ao velho problema do equilíbrio de poderes*. Revista da USP, n° 109, 2011, p. 75-87.

BARBOSA, Ruy. *Pensamento e ação de Ruy Barbosa*. Brasília: Senado Federal, 1999.

BARRETO, Vicente de Paulo; PEREIRA, Vitor Pimentel. *Viva la Pepal!: a história não contada da Constiuición Española de 1812 em terras brasileiras*. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, ano 172, n° 452, 2011, p. 201-223.

BRUTUS. *The Antifederalist: Letters of Brutus*. Disponível em: <<http://teachingamericanhistory.org/library/document/brutus-xi/>> Acesso em: 10 de julho de 2018.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

_____. *Cidadania, estadania e apatia*. Disponível em: <<http://historiasemlimites.com.br/wp/cidadania-estadania-apatia-jose-murilo-de-carvalho/>> Acesso em: 17 de julho de 2018.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de La Antigüedad a Nuestros Dias*. Traduzidopor Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Consituición: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014, 1ª edição.

HAMBLOCH, Ernest. *Sua majestade o presidente do Brasil*. Traduzido por Lêda Boechat. Brasília: Senado Federal, 2000.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Traduzido por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf&ved=2ahUKEwjArL6UzqvcAhWH71MKHbuGDWwQF>

jAAegQIBRAB&usg=AOvVaw1knh6xmGGaUuktFaJaWs1k> Acesso em: 10 de julho de 2018.

LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, 1ª edição.

MORAES FILHO, José Filomeno. *Separação de Poderes no Brasil pós-88, princípio constitucional e práxis política*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORARES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martonio Mont’Averne Barreto. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. O’DONELL, Guillermo. *La democracia delegativa. La Nación*, 2011. Disponível em: <<https://www.lanacion.com.ar/1429892-la-democracia-delegativa>> Acesso em: 15 de julho de 2018.

_____. *Accountability horizontal e novas poliarquias. Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 1998, n° 44, p. 27-54. Disponível em: <<http://www.democraziapura.altervista.org/wp-content/uploads/2015/10/1998-ODonnell.pdf>> Acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. *Democracia Delegativa? Revista Novos Estudos Cebrap*, 1991, n° 31, p. 25-40. Disponível em: <<http://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf>> Acesso em: 07 de julho de 2018.

_____. *Uma outra institucionalização: América Latina e alhures. Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 1996, n° 37, p. 5-31. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n37/a02n37.pdf>> Acesso em 19 de julho de 2018.

PESSOA, Cleber Fernandes. *A democracia delegativa no Brasil: uma análise comparativa das relações executivo-legislativo nos governos de Getúlio Vargas (1951-1954) e Fernando Collor de Mello (1990-1992)*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política – Universidade de Brasília, 2000. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4702/1/2000_CleberFernandesPessoa.pdf> Acesso em: 10 de julho de 2018.

RAZ, Joseph. *The authority of law*. Nova York: Oxford University Press, 1979.

SILVA, Ricardo. *Democracia delegativa ou vicissitudes de transição? Revista de Sociologia Jurídica da Universidade Federal do Paraná*, n° 4, 1995. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/39367>> Acesso em: 19 de julho de 2018.

TAMANAH, Brian. *A concise guide to the rule of law*. In: PALOMBELLA; Gianluigi; WALKER, Neil. *Relocating the rule of law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009.

WALDRON, Jeremy. *The rule of law*. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (fall 2016 edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>> Acesso em: 19 de julho de 2018.

ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

“DEMOCRACIAS AUTORITÁRIAS”: O ESTADO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA LEI NA AMÉRICA LATINA ATUAL

Pedro Paulo Oliveira de Souza Ribeiro

Sumário: Introdução. 1. “Estado de direito” e “Princípio da lei” na América Latina do séc. XXI. 2. A forma política “democrática” e as inovações institucionais. 3. A forma política “autoritária” e as tutelas estatais. Conclusão. Referências.

Introdução

A pretensão deste ensaio é examinar alguns dos problemas de aplicação teórica aos tradicionais termos de “Estado de direito” e “Princípio da lei” no atual contexto da América do Sul. Tendo em conta as suas possíveis aplicações conceituais e justificações políticas, em função da elevada desigualdade social percebida nesta região, a hipótese aventada é de incidir um novo momento histórico acerca do papel do Estado e da lei diante das contradições entre a realidade e os ideais projetados por esses dois conceitos nas relações de poder sul-americanas. Assim, aponta-se a uma perspectiva de “incerteza” sobre a atual forma política democrática no continente ser capaz de realizar as suas promessas na efetivação de direitos fundamentais.

Em face da determinação de conteúdos sobre esses conceitos se mostrar imbricada ao surgimento de “regimes autoritários” no século XX, tem-se que a forma política democrática projetada a este século XXI segue em compasso ao “sentido estrutural” ditado pelos câmbios econômicos das últimas quatro décadas. Por este motivo, se considera que apesar dos regimes políticos na América do Sul terem modificado suas formas, as respectivas transições políticas incidiram numa reelaboração desses conceitos os quais passaram a se desdobrar em função de novos contextos, encerrando uma notória indeterminação sobre seus sentidos políticos. Logo, tal indeterminação decorreria da “crise de legalidade da atividade executiva estatal”, atividade esta cada vez menos condicionada pela forma da lei ao mesmo tempo em que

é cada vez mais desempenhada por meios informais subtraídos de qualquer controle sobre sua legitimidade.

Desse modo, entre as novas funções do aparato político representativo, decorreria a sua tarefa em tutelar a segurança interna de uma ordem social intrinsecamente desigual a qual sobrepõe um sistema de “superlegalidade” ao de legalidade. Este projeto político, outrora de viés “democrático”, passa então a assumir a condição de “autoritário” e é exatamente a partir dessa nova condição que se indaga a possibilidade dos regimes políticos sul-americanos atuais experimentarem uma “situação de “autoritarismo” em meio as democracias constitucionais. Será sobre os termos desta contradição aparente que se buscará apontar ao sentido estrutural delineado pelos câmbios econômicos que levaram o “Estado” e o “direito” a adquirirem novo viés. Afinal, esta situação-limite passa a requerer maior observância por parte da literatura especializada frente a influência política de militares e magistrados no atual cenário político sul-americano, uma vez que a recente interdição dessas duas categorias de agentes estatais na política institucionalizada prescinde da construção de novas conceituações a partir da hipótese teórica de experimentarmos “democracias autoritárias”.

1. “Estado de direito” e “Princípio da lei” na América Latina do séc. XXI

Segundo o jurista francês Olivier Jouanjan,¹ “Estado de direito” remete a uma noção política relativa a um certo tipo de Estado, a um modo particular de organização política cuja finalidade é a divisão igualitária das liberdades entre os membros de uma coletividade, e em certos sistemas jurídicos remete então à noção de direito positivo. Já o politólogo argentino Guillermo O’Donnell atribui um significado mínimo ao “Princípio da Lei”,² parcialmente coincidente ao de “Estado de direito”,³ este envolve a aplicação coerente de normas legais pelas instituições administrativas, independentemente da qualidade daqueles participantes envolvidos, e de

¹ JOUANJAN, Olivier. *Estado de direito*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (orgs.). *Dicionário da cultura jurídica*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, pp. 709-714.

² O’DONNELL, Guillermo. *Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina*. São Paulo: *Novos Estudos Cebrap*, n. 51, julho de 1998, pp. 37-61.

³ Os conceitos de “Princípio da lei” (*rule of law*) e “Estado de direito” (*Rechtsstaat* ou *Etat de Droit*) não são sinônimos e estão sujeitos a controvérsias tanto definicionais quanto normativas na literatura política.

acordo a procedimentos preestabelecidos conhecíveis por todos. Isto posto, a pretensão será examinar os problemas de justificação dessas conceituações tradicionais sob um determinado contexto voltado à sua aplicação: a América do Sul atual. Como interpretar a justificação dessas “noções” utilizadas para analisar a realidade política?

De acordo a O'Donnell, ao final da década de 1990 o tipo de justificação política ao “Princípio da lei” na região tenderia a fazer diferença sobre as políticas públicas que poderiam ser advogadas pelo Estado, pois as reformas legal e judiciária naquela ocasião,⁴ assim como os recursos externos e domésticos alocados em suporte, estiveram orientadas aos interesses de setores dominantes. Para este autor, tal situação levou à produção de um “desenvolvimento dualista do sistema de justiça” centrado na preocupação de certos segmentos em matérias de natureza comercial ou financeira enquanto outras áreas permaneceriam sem infraestrutura e recursos, reforçando assim a restrição de muitos ao chamado “Princípio da lei” enquanto exagerava as vantagens por grupos privilegiados mediante leis e tribunais ajustados aos seus interesses. Seria este o problema da aplicação desses conceitos jurídico-políticos ao contexto sul-americano: as suas justificações em função de uma elevada desigualdade social a qual é apresentada como uma condição conjuntural enquanto seria, de fato, estrutural.

Neste sentido, O'Donnell pontua que os termos da lei, em seu conteúdo ou aplicação, bem como os Estados do qual esta lei faz parte, se tratam basicamente de uma “condensação dinâmica das relações de poder” e não de mera técnica racionalizada para ordenar as relações sociais; e observa que portar direitos na América do Sul, mesmo com a habilitação a tais direitos sublinhada pelas diversas lutas políticas para validação de reivindicações por setores subordinados, contribuindo assim a um “intenso processo de juridificação” o qual faz da lei esta condensação dinâmica, implicará em um sistema legal orientado a sociedades capitalistas a qual estrutura e garante essas mesmas relações serem intrinsecamente desiguais. Assim, sob um

⁴ Ver DAKOLIAS, Maria. *Documento Técnico Número 319: elementos para reforma*. Trad. Sandro Eduardo Sardá. Washington: Banco Mundial, 1996. Também recomenda-se COELHO, Jaime Cesar. *Economia, poder e influência externa – o Banco Mundial e os anos de ajuste na América Latina*. São Paulo: Editora Unesp, 2012, pp. 119-253; e em âmbito jurídico-estatal, DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Patrones de inversión jurídica extranjera y de transformación del Estado en América Latina*. In: FIX FIERRO, H.; FRIEDMAN, L. M.; PERDOMO, R. P. (coord.). *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*. México: UNAM, 2003, pp. 723-748: “[...] y otras instituciones promotoras del desarrollo en favor de las reformas jurídicas incluidas, las que promueven una mayor influencia de los tribunales en el gobierno” (p. 724).

“desenvolvimento dualista do sistema de justiça” seria reforçado o aspecto desigual da lei à imagem e semelhança do processo de desenvolvimento do capitalismo na região,⁵ pondo em xeque qualquer otimismo sobre os possíveis efeitos positivos de um “intenso processo de juridificação” relativo a efetivação desses direitos e garantias. A restrição, portanto, não seria ‘ao’, mas sim ‘do’ próprio “Princípio da lei” em aplicação nesses países.

Ao realismo de O’Donnell no final da última década do século XX, em decorrência, podem ser acrescidas as dúvidas erigidas por Jouanjan no início da segunda década do século XXI. Para este último, se inicia “nova fase” em que os agentes econômicos da sociedade estão empenhados num processo de emancipação em relação ao Estado com as lógicas fundadoras do próprio Estado sendo cada vez mais contestadas por lógicas sociais, relativizando assim a nacionalidade e a cidadania civil mediante o questionamento contínuo pelos poderes privados ao monopólio do poder político legitimado a partir do Estado. Em meio ao quadro, Jouanjan conclui a “apologia hipertrófica dos direitos fundamentais” deixar aberta a questão sobre uma forma política capaz de assegurar a efetiva garantia desses direitos contra poderes cada vez mais informais.⁶ Com efeito, esta “nova fase” não se mostraria tão “nova” ao considerarmos as incertezas sobre o papel do Estado e da lei diante das contradições entre a realidade e os ideais projetados por esses dois conceitos em meio as dinâmicas das relações de poder.

Ao considerar tais incertezas relativas à forma política assumida pelo Estado e pela lei junto a atualidade dessas relações de poder no contexto sul-americano, convém a lembrança de O’Donnell sobre sua base filosófica, o liberalismo clássico, o qual teria agido como um “freio aos impulsos democráticos” não apenas sob as circunstâncias contemporâneas, mas ao

⁵ Para uma periodização histórico-econômica a partir da experiência brasileira até o início da década de 1980, ver SINGER, Paul. Interpretação do Brasil: uma experiência histórica de desenvolvimento. In: FAUSTO, Boris (org.). *História geral da civilização brasileira*. Tomo III – O Brasil Republicano. São Paulo: Difel, 1984, pp. 211-245. Em sua conclusão, Singer indica que “[de] certa forma, cada um dos ciclos anteriores – de 1933-1955; 1956-1967 e 1968 em diante – foi precedido por mudanças de caráter sócio-político, que permitiram o surgimento do que já se chamou de *novo padrão de acumulação*. Este *padrão* define a coligação no poder e portanto a constelação de interesses que o processo de desenvolvimento irá favorecer. Enquanto estas definições não se derem, a fase de baixa irá se prolongando, com o provável agravamento das recessões” (p. 243).

⁶ Essa contradição não é nova e a sua crítica pode ser apreendida, por exemplo, em ENGELS, Friedrich e KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. 2ª ed.; trad. Lívia Cotrim e Márcio Brillharinho Naves. São Paulo: Boitempo, 2012 [1887], pp. 17-48. Ver também a ocasião e os riscos da “globalização jurídica” sob o enfoque da “desterritorialização” em GROSSI, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, pp. 67-92.

longo da história na região. Apesar de reconhecer isso, o autor conservou expectativas sobre a possibilidade de impulsos democratizantes promissores virem de demandas em favor da ampliação da cidadania civil, tomando tal promessa como válida por si enquanto caminho para criar “áreas de auto-habilitação” daqueles que se encontram “restritos ao Princípio da lei”. Mas embora tenha sustentado que no horizonte dessas esperanças sobre a generalização do princípio democrático da lei estariam sociedades “mais igualitárias”, e assim se tornariam “decentes” sem que as instituições “humilhassem as pessoas”, também não acreditava que isto se realizaria num futuro previsível. Seu prognóstico, portanto, endossa as incertezas trazidas por Jouanjan sobre uma forma política capaz de realizar as promessas do liberalismo clássico acerca do “Estado de direito”, considerando aqui o contexto sul-americano deste século XXI.

Como percebido, as promessas irrealizáveis no presente reforçam a questão sobre a forma política democrática atual se mostrar incapaz de assegurar a efetividade de direitos e garantias constitucionais, o que implica adentrar em outra relação conceitual sob o contexto histórico e político sul-americano: a relação entre “democracia” e “autoridade”. Para tanto, recorrendo ainda à visão de Jouanjan, seria preciso considerar a elaboração desses conceitos teóricos em função de diferentes contextos ao longo de “lutas semânticas” para determinar seus conteúdos e também dominar a própria interpretação desses contextos. Afinal, como se trata da América do Sul, a determinação de conteúdos acerca do “Estado de direito” ou do “Princípio da lei” se mostra historicamente imbricada ao surgimento de regimes “autoritários” a partir da segunda metade do século XX, os quais marcam a construção teórica da forma política democrática projetada a este novo século em compasso ao “sentido estrutural” dos câmbios ocorridos nas últimas décadas desde as transições entre regimes políticos.⁷

⁷ Segundo o próprio O’Donnell, os regimes “burocrático-autoritários”, erigidos da segunda metade do século XX na América do Sul, se enquadravam no panorama mundial da Guerra Fria (1947-1991) e nas mudanças socioeconômicas que incluíam a mobilização política de setores populares como ameaça de subversão aos olhos do *establishment*, surgindo assim como reação protagonizada por setores militares com a participação de segmentos empresariais e da classe média. Seu sentido “estrutural” se vincula ao “aprofundamento” do processo de industrialização e às suas consequências em termos de composições e alianças de classe, além da dependência de investimentos externos e de interesses das corporações multinacionais, bem como a ênfase em políticas econômicas “ortodoxas” e a importância adquirida por porta-vozes “técnicos”. Cf. REIS, Fábio Wanderley. *Diálogos com Guillermo O’Donnell*. São Paulo: *Novos Estudos*, n. 92, mar. 2012, pp. 143-151. O texto de Singer mencionado na *nota 5* oferece maior entendimento sobre esta síntese explicativa.

2. A forma política “democrática” e as inovações institucionais

Tendo em conta o “sentido estrutural” das mudanças voltadas ao advento da atual forma política democrática na América do Sul, se requer observar o que colocou o cientista político brasileiro Leonardo Avritzer sobre as “inovações institucionais” oriundas do processo de constitucionalização entre as décadas de 1980 e 1990, tal como um “novo papel” a ser desempenhado pelo Poder Judiciário e que, segundo o autor, incorre no “velho problema do equilíbrio de poderes”.⁸ Por meio de argumento aludindo então aos escritos de O’Donnell,⁹ Avritzer sustenta a centralização das estruturas de poder em torno do Executivo como parte do problema para a construção democrática na América latina e menciona o recorrente uso do instrumento de *impeachment*, em prol da resolução das disputas ao redor do Executivo, como a “falta de um entendimento mais profundo sobre as estruturas do Estado em momentos de fortes disputas políticas”, mas que “entendimento” seria esse afinal?

As próprias pistas deixadas por O’Donnell poderiam contribuir à compreensão desse “entendimento”, pois a hipótese de Avritzer, ao considerar os debates do sociólogo espanhol Juan José Linz, indica que tais “momentos de fortes disputas políticas pelo Poder Executivo”, levando ao uso do instrumento do *impeachment*, conteriam “regras não escritas”, “acordos entre oligarquias” e “modificações nas regras do jogo político” as quais apontam à “ausência de regras claras” como algo problemático para a democracia na região.¹⁰ Esse diagnóstico, entretanto, parece misturar causas a efeitos uma

⁸ AVRITZER, Leonardo. *Democracia na América Latina: da inovação institucional ao velho problema do equilíbrio de poderes*. São Paulo: *Revista USP*, n. 109, abril/maio/junho 2016, pp. 75-86. Embora o trecho de Avritzer acabe pontuando um problema ao redor do desenho institucional próprio do Poder Executivo, a grande questão na atualidade da região é a expansão do Poder Judiciário desde os anos de 1980 e que acabou pontuando o fenômeno da “judicialização da política” ou mesmo a incidência de uma “democracia judicial” neste século.

⁹ Cf. *Delegative Democracy* in *Journal of Democracy* 5 (1), 1994, pp. 55-69; *Uma outra institucionalização*, in *Lua Nova* n. 37, 1995, pp. 5-32; *Horizontal Accountability in New Democracies*, in *Journal of Democracy*, vol. 9, n. 3, 1998, pp. 112-126; *Transitions from Authoritarian Rule*, vol IV. Baltimore, John Hopkins University Press, 1986.

¹⁰ Ver LINZ, Juan. *Presidential of Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?* In: VALENZUELA, Arturo (eds.). *The Failure of Presidential Democracy* 3, 1994; e também ACKERMAN, Bruce, *Legitimidade democrática*, In *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 11-36, em que o autor afirma o “Pesadelo Linziano” se tratar da “Separação dos Poderes” como uma das “exportações mais perigosas da América” pois “gerações de liberais latinos” teriam se inspirado na tese de Montesquieu, em conjunto ao exemplo do arranjo institucional estadunidense, “para criar governos constitucionais que dividem o poder legiferante entre presidentes e congressos eleitos

vez que os “acordos entre oligarquias” levam às “modificações nas regras do jogo político” o qual costuma ser composto dessas “regras não escritas”, ou seja, o problema político posto não se reduz à pretensa “clareza” das “regras”.

É útil lembrar que tanto “regras não escritas” quanto “modificações nas regras do jogo político”, e a respectiva formulação de “acordos entre oligarquias”, surgem como indicativo que a “dinâmica das relações de poder” na América do Sul “implica num sistema legal cuja lei se vê orientada à uma sociedade capitalista”, capitalismo este a “estruturar e garantir que essas relações sejam intrinsecamente desiguais”, como apontado por O’Donnell. É por essa razão que o “desenvolvimento dualista do sistema de justiça”, reforçando “a restrição de muitos ao ‘Princípio da lei’ enquanto exagera as vantagens por grupos privilegiados”, não decorre diretamente de uma inovação ocasionada por reformas institucionais promovidas ou de uma constitucionalização recente, mas sim das relações que estruturam essas sociedades em seu processo histórico de formação.¹¹ E apesar dos regimes políticos terem se modificado no quarto final do século XX, assim como a própria forma de dominação política, é por conta do sentido estrutural dessas mudanças políticas, tanto externas quanto internas, que a própria dominação de classe *per se* prosseguiu após os vários processos de “redemocratização”.¹²

Com a forma democrática assumida pelos Estados sul-americanos após a debacle dos regimes autoritários da segunda metade do século XX, o argumento de Avritzer sustentado sobre a “grande mudança política ocorrida nas últimas décadas” se tratar da emergência de um “Poder Judiciário fortalecido”, mas sem que isso significasse o “fortalecimento das regras do

somente para ver as suas constituições explodidas por presidentes frustrados quando estes dissolvem congressos intransigentes e instalam a si mesmos como caudilhos com o auxílio de militares e/ou plebiscitos extraconstitucionais”. Esta concepção, entretanto, surge um tanto quanto superficial para compreender o funcionamento das instituições na América do Sul ao longo do tempo.

¹¹ Ver AYERBE, Luis Fernando. *Democracia, agência e estado*. Teoria com intenção comparativa de Guillermo O’Donnell. São Paulo: *Política Externa*, vol. 20, n. 4, mar./abr./maí., 2012, pp. 232-235; e “Imperialismo e dependência estrutural”, In: *Estados Unidos e América Latina: a construção da hegemonia*. São Paulo: Editora UNESP, 2002, pp. 45-62. Ao mesmo tempo, no caso brasileiro também a partir dos idos de 1980, recomendam-se os panoramas traçados por João Quartim de Moraes em “O argumento da força”. In: OLIVEIRA, Eliezer Rizzo *et al.* *As Forças Armadas no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço & Tempo, 1987; além de O poder constituinte e a força. São Paulo: *Estudos Avançados*, v. 3, n. 7, 1989, pp. 67-86.

¹² Ver FERNANDES, Florestan. “*Padrões de dominação externa na América Latina*”. In: *Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975 e o já clássico *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976. No último, este autor definirá o arranjo político mundial após a Segunda Guerra como uma “hegemonia agregada”.

Estado de direito e do regime democrático”, parece corroborar à posição acima quando se nota uma “continuidade do poder judicial com grande parte das estruturas do período autoritário”. Torna-se evidente que aquelas “transições de regime” acompanharam mudanças a nível mundial, requisitando uma reelaboração de conceitos fundamentais acerca do Estado e da lei os quais passaram a se dar em função de novos contextos cujas “lutas semânticas” para determinação de conteúdos, e também o domínio da interpretação desses contextos, levaram à atual “dominação sem política”, inaugurando assim uma “era de indeterminação”.¹³

Este aspecto de “indeterminação” a impactar os regimes democráticos na atualidade se apresenta como um desdobramento da mundialização do capital.¹⁴ Encontrado em todos os autores até aqui, também foi captado pelo cientista político italiano Gustavo Gozzi ao definir seu conceito de “Estado Contemporâneo”.¹⁵ Para este autor, a mudança de conotação entre “político” e “econômico”, revelando a subordinação do Estado aos interesses específicos de certos capitais privados, fez com que a intervenção estatal na economia deixasse de exprimir qualquer “princípio de autoridade política”. Dessa colocação, portanto, advém o panorama indicado por Jouanjan, já percebido por O’Donnell e agora sentido por Avritzer, pois essa transformação representaria uma “crise de legalidade da atividade executiva”, atividade esta cada vez menos condicionada pela forma da lei enquanto cada vez mais desempenhada por meios informais subtraídos de qualquer controle político sobre a sua legitimação.

Dessas mudanças, segundo Gozzi, decorre o aumento de conflitos sociais e os efeitos da polarização política abertos por uma crise oriunda dessa atual incapacidade do Estado em coordenar os interesses do complexo social.

¹³ Ver OLIVEIRA, Francisco de. “A *dominação globalizada*: estrutura e dinâmica da dominação burguesa no Brasil”. In: BASUALDO, Eduardo; ARCEO, Enrique (orgs.). *Neoliberalismo y sectores dominantes*. Tendencias globales y experiencias nacionales. Buenos Aires: CLACSO, agosto de 2006, pp. 265-291.

¹⁴ Cf. CHESNAIS, François. *A mundialização do Capital*. Trad. Silvana Finzi Foá. São Paulo: Editora Xamã, 1996 e também *As raízes da crise econômica mundial*. Rio de Janeiro: *Em Pauta*, n. 31, v. 11, 2013, pp. 21-37.

¹⁵ GOZZI, Gustavo. *Estado contemporâneo*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de política*, vol. 1. 11.ª ed.; Coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luisa Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora UnB, 1998, pp. 401-409, mas essa questão não é novidade, basta ver HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968 [1934], pp. 157-172. Nos dizeres de Heller, “(...) ou o poder do Estado há de conseguir a possibilidade de emancipar-se ou a luta dos dirigentes da economia há de obter o êxito prévio de que seja eliminada em seu benefício a legislação democrática” p. 172.

Emerge, portanto, o problema da legitimação do poder político diante da falta de um consenso sobre os critérios qualitativos a orientarem suas intervenções. Logo, o movimento histórico de transição de regimes na América do Sul não apenas acompanha esta mudança como também é parte de seus efeitos e será a partir dessa situação, com o aparato político representativo abdicando da efetiva capacidade em garantir a lealdade das massas, que parecerá não haver mais condições de se garantir a legitimação do sistema político representativo.¹⁶ Dessa maneira, este sistema passa a corroborar uma função de “tutela da Constituição”, estabelecendo a quem esta será favorável e a quem não será, sobrepondo assim uma “instância de superlegalidade política” aos princípios constitucionais. Diante dessa crise de legitimação, seu aspecto de “indeterminação” se apresenta como algo subjacente à configuração de uma instância que se coloca acima da noção de “Princípio da lei” e acaba por esterilizar não apenas o “Estado” em si, mas o “direito” dele decorrente.

3. A forma política “autoritária” e as tutelas estatais

É desta condição que surge o “fortalecimento” do Poder Judiciário sem fortalecimento do “Estado de direito”. Em compasso, a conformação da “autoridade” tem como elemento condicionante a forma econômica que altera a forma política com esta cedendo às pressões de setores ligados ao capital e que encerram seu dispositivo “autoritário”. Como Gozzi afirmou, é importante recordar que entre as funções do aparato político representativo está a tarefa de “tutela da segurança nacional”, a qual possibilita sobrepor o “sistema de superlegalidade” ao “sistema de legalidade”. E no que diz respeito a América do Sul, esta possibilidade vem se realizando num processo histórico de longa duração que inclui a ausência de ruptura com as ordens jurídicas antecedentes e a convivência de um arcabouço legal relativo à “Segurança Nacional” nas diversas ordens constitucionais erigidas no século XX. Por isso, se torna cada vez mais perceptível a influência das condicionantes políticas que ensejam esta estruturação.

¹⁶ Esta crise envolvendo a legitimação política pode ser encontrada, por exemplo, na tese do cientista político canadense Ran Hirschl sobre uma *autopreservação hegemônica* (*self-interest hegemonic preservation* ou *hegemonic preservation thesis*) em HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: First Harvard University Press, 2004.

Dessa maneira, a continuidade de um Poder Judiciário contendo em grande parte as estruturas daquele “período autoritário”, conforme colocado por Avritzer, não seria obra do acaso. Os pesquisadores Vanessa Schinke e João Carlos Moreira da Silva Filho, endossam a hipótese desse tipo de “permanência” ficar sublinhado nos modos e padrões de atuação desse poder hoje, os quais intervêm na qualidade e na estrutura da atividade judicial.¹⁷ Nessa linha, o também cientista político brasileiro Anthony Pereira aponta que regimes autoritários usam o direito e os tribunais para reforçar seu governo,¹⁸ mas esta condição também seria assumida em regimes democráticos, entretanto, segundo Pereira, as decisões políticas que moldaram os sistemas jurídicos sul-americanos sob regimes autoritários se deram mediante condições históricas anteriores ocasionadas pelas relações entre “elites civis e elites militares” as quais formaram um “consenso” sobre as principais ideias de “Segurança Nacional” e a como aplica-las em cada sociedade. É sob esse ponto que chama atenção as colocações de Avritzer junto as de Gozzi, pois o “sistema de superlegalidade” seria formatado a partir dos “acordos entre oligarquias” que conduzem às “modificações nas regras do jogo político” o qual costuma ser composto por “regras não escritas”.

Seguindo esta linha de raciocínio, Schinke e Silva Filho também defendem ser comum que regimes autoritários usem a lei para reforçar seu poder no intuito em tornar confusa a distinção entre regimes de fato e regimes de direito, pois enquanto a correlação entre as forças políticas se apresentar equilibrada e conhecida, haverá uma certa motivação para a presença de tribunais superiores no intuito em resolver conflitos e evitar bloqueios institucionais sob claro desempenho de uma função mediadora, uma vez que esta função não seria necessária sob contextos os quais a correlação de forças for clara a ponto de atingir um patamar seguro de desigualdade a quem estiver no poder, não se mostrando razoável a assunção do risco em limitar as decisões políticas com a presença de uma instituição com capacidade de

¹⁷ SCHINKE, Vanessa; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Poder Judiciário e regime autoritário: democracia, história constitucional e permanências autoritárias*. Curitiba: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, vol. 61, n. 2, mai./ago. 2016, pp. 41-59.

¹⁸ PEREIRA, Anthony W. *Of judges and generals: security courts under authoritarian regimes in Argentina, Brazil, and Chile*. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. *Rule by Law: the politics of courts in authoritarian regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 23-57. A socióloga brasileira Fabiana Luci de Oliveira segue esta linha interpretativa acerca da utilização do poder judicial em regimes tanto democráticos quanto autoritários, ver OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Agenda decisória do Supremo Tribunal no período de transição democrática: judicialização da política?*. São Paulo: *Plural*, ago./dez., 2019, pp. 74-95.

frustrar a implantação de um “projeto autoritário”.¹⁹ Como se argumenta aqui, esse tipo de consideração parece ignorar o sentido “estrutural” desse tipo de mudança institucional – a qual tende a se apresentar mais como efeito que uma causa aparente –, pois “projetos políticos” se assentam no aspecto “econômico” e são levados a cabo pelos interesses conexos. Dessa maneira, um determinado “projeto político” passará a assumir a condição de “autoritário” sob os termos daquela “superlegallidade” a qual prescindirá a criação de justificações políticas.

Seria dessa forma que conceitos como “Estado de direito” e “Princípio da lei” vem a ser “flexibilizados”, da mesma maneira que os seus instrumentos. Logo, para colaborar em direção a um maior esclarecimento a este ponto, temos a compreensão do cientista político italiano Mario Stoppino,²⁰ o qual indica que caso uma relação de autoridade diminua e sua pretensão de mando permaneça, se instaura uma situação de “autoritarismo”, portanto esta tenderia a se instaurar todas as vezes em que o poder político é tido como legítimo apenas por quem o detém, mas não é mais reconhecido como tal por quem a ele está sujeito e a situação se acentua quando o detentor desse poder recorre à força ou a outros instrumentos para obter uma obediência incondicional a qual não consegue mais obter à base de uma crença em sua legitimidade. É a partir dessas contradições, e considerando o sentido “estrutural” apontado, que se indaga o caso de experimentarmos uma “situação de autoritarismo” ao observarmos o atual “projeto político” em curso na América Latina.²¹

Em sua análise sobre regimes autoritários, Anthony Pereira colocou essa questão sobre a possibilidade de “democracias autoritárias” a partir da situação do próprio Estados Unidos após os atentados de 11 de setembro de 2001: “não seria possível que regimes democráticos do século XXI, ao modificarem os seus sistemas jurídicos para lidar com determinadas

¹⁹ Na concepção adotada por este trabalho, a manutenção de tribunais superiores em regimes, tanto autoritários quanto democráticos, se dá exatamente no sentido de preservar os rumos do projeto político empreendido pelos estratos sociais de maior influência. Tais instituições, sob o contexto aqui debruçado, não atuariam como uma “salvaguarda” em favor dos representantes de projetos políticos derrotados, daí a própria tese de Ran Hirschl.

²⁰ STOPPINO, Mario. *Autoridade*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, vol. 1. – 11.^a ed.; Coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luisa Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora UnB, 1998, pp. 88-94.

²¹ Cabe frisar que muitos cientistas sociais sul-americanos, seguindo diferentes abordagens, apresentarão termos como “democracia restrita” ou “democracia restringida” e até mesmo “democracia blindada”.

‘ameaças’, estejam convergindo com regimes autoritários?’. Apesar do autor diferenciar o contexto político entre os Estados Unidos do início do século XXI e os regimes autoritários da América Latina na segunda metade do século XX, é indispensável reconhecer seus projetos políticos. Neste sentido, lembramos que o próprio aparelho estatal estadunidense participou ativamente na implantação daqueles regimes autoritários no Cone Sul e que também continua atuando sobre a região a partir da agenda de sua política externa.²²

Do mesmo modo, é preciso observar que desde o início deste século pelo menos, a forma de dominação política a nível mundial se modificou assim como a sua agenda.²³ Sem a Teoria da Constituição e a Teoria do Estado atentarem ao sentido dessas mudanças, e sem levarem em consideração não só a presença desses interesses interestatais, mas também os conflitos coetâneos à própria ordem mundial, qualquer análise da realidade fática envolvendo a aplicação de conceitos políticos, tais como “Estado de direito” e “Princípio da lei”, perde o seu potencial crítico ou mesmo prejudica sua própria utilização. É sobre este aspecto que se chama atenção, pois a partir do século XXI, tanto “Estado” quando “direito”, sob a forma da “lei”, tiveram as condições alteradas pelas modificações no âmbito econômico, modificando também os instrumentos para uma mudança forçada dos regimes políticos democráticos sul-americanos. É sob o novo contexto político e social na região que este trabalho busca indicar o sentido estrutural promovido por uma série de câmbios econômicos que levaram o “Estado” e o “direito” a adquirir um viés “autoritário” em face das crescentes demandas populares.

²² No caso brasileiro, por exemplo, ver HAINES, Gerald K. *The Americanization of Brazil: a study of U.S. Cold War Diplomacy in the Third World, 1945-1954*. Washington: Rowan & Littlefield Publishers, 1997 e também SANTOMAURO, Fernando. *A atuação política da Agência de Informação dos Estados Unidos no Brasil (1953-1964)*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, mas há uma série de pesquisas e trabalhos a respeito, tanto antigos quanto recentes, incluindo a pesquisa historiográfica seminal de DREIFUSS, Rene Armand. *1964, a conquista do Estado: ação política, poder e golpe de classe* 1ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1981. Ao mesmo tempo, seguindo esta linha de abordagem, mais recentemente, recomenda-se FONTES, Virgínia. *O Brasil e o capital-imperialismo: teoria e história*. 2ª ed. Rio de Janeiro: EPSJV/Editora UFRJ, 2010.

²³ Os jargões políticos de “Defesa Nacional” ou “Segurança Nacional” carecem de maior escrutínio pela teoria dominante na atualidade e por isso é recomendável observar, por exemplo, a política internacional estadunidense ditada pelos objetivos de documentos como o *Defense Planning Guidance 1994-1999* (1992) e também a sua atualização pelo “National Defense Strategy” de 2017. Em linha, também recomenda-se apurar o documento *Equity Strategy. Plutonomy: buying luxury, explaining global imbalances* de 2005, feito pelos analistas Akay Kapur, Niall Macleod e Narendra Singh para o maior conglomerado financeiro do mundo, o *Citigroup* sediado em Nova Iorque. Afinal, concentração de riqueza é conexas à concentração de poder político. Não obstante, há uma série de outros documentos governamentais oriundos dos Estados Unidos que endossam o argumento.

Na América do Sul, o uso de instrumentos políticos como o *impeachment* presidencial, conforme colocou Avritzer,²⁴ levou a diferentes mudanças de regime nesta última década em relação a governos liberais ligados à esquerda do espectro político e que tinham como um dos componentes, não apenas de sua governança, mas também do caminho eleitoral que os levou aos governos nacionais, aquele “intenso processo de juridificação” pontuado por O’Donnell ao final dos anos de 1990. Porém, antes desses processos se consolidarem de fato, se viu um uso tático dos aparelhos de segurança e de justiça a impulsionar essas mudanças de regime sobre os sistemas políticos,²⁵ cabendo ressaltar as colocações daquele politólogo argentino sobre a dinâmica das relações de poder na região se ver orientada pela sistemática capitalista.

Levando isto em consideração no terreno sul-americano, a partir de Jouanjan se pode observar uma “nova fase” de incertezas que conduzem à uma “era de indeterminação” acerca das conceituações teóricas relativas ao “Estado de direito” e ao “Princípio da lei” mediante as crescentes intervenções de “poderes informais” que conduzem à alteração da forma política democrática numa “dominação sem política”. Estas intervenções, de acordo as observações de Gozzi, conferem outro sentido aos termos “Estado de direito” e “Princípio da lei” por ocasião da crise de legitimidade política instaurada por transformações estruturais nestas economias que acabaram por

²⁴ Embora a literatura dominante utilize o trabalho de Aníbal Pérez-Liñán como referência quanto a instabilidade política na América do Sul conceder à tese sobre o presidencialismo ser um problema para a democracia tendo em vista a deflagração de processos de *impeachment*, é preciso observar em seu estudo que dos quatro elementos levantados a suposta “não participação dos militares nos processos” se tornou, no mínimo, algo discutível. Ver PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*. Pittsburgh: Cambridge University Press, 2010.

²⁵ Para uma interpretação recente sobre o fenômeno, ver KORYBKO, Andrew. *Guerras híbridas: das revoluções coloridas aos golpes*. Trad. Thyago Antunes. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018. Neste caso, tendo em vista o uso direto do Poder Judiciário, cabe mencionar que o termo “lawfare” passou a adquirir enorme relevo na cena pública em geral e no debate acadêmico mais restrito. Originalmente, se refere à uma forma de guerra internacional a qual utiliza o direito como arma em substituição aos efetivos militares. Sob o atual contexto da região, seria a nova forma assumida por golpes de Estado e com a participação do próprio governo dos EUA. Maiores informações podem ser vistas, por exemplo, nos trabalhos de DUNLAP JR., Charles J. *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts*. Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference. Carr Center for Human Rights Policy. Kennedy School of Government. Washington: Harvard University, 2001. Disponível em: <<https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>>. Acessado em: novembro de 2020; e HOLZER, Mark W. *Offensive Lawfare and the Current Conflict*. Cambridge: *National Security Journal of Harvard Law School*, 2012. Disponível em: <https://harvardnsj.org/2012/04/offensive-lawfare-and-the-current-conflict/>>. Acessado em novembro de 2020.

submeter o Estado e a lei aos interesses imediatos dos capitais em fluxo. As crises econômicas, especialmente ao final da década de 1970, acompanharam também crises políticas e sociais na América do Sul, crises estas que conduziram às mudanças de regimes políticos e às constitucionalizações posteriores. Entretanto, não custa lembrar, estas mudanças foram pactuadas “pelo alto” e em contenção às crescentes demandas populares na ocasião.

Conclusão

As promessas teóricas propostas pelo liberalismo clássico se viram diluídas por uma releitura a qual passa a rejeitar as bases do Estado moderno em que os valores justificativos ao “Estado de direito” e “Princípio da lei”, como “segurança”, “estabilidade” e “previsibilidade”, acabam relativizados pela “insegurança”, “instabilidade” e “imprevisibilidade” assumida na nova dinâmica do sistema capitalista a nível mundial. Afinal, com a diluição do político pelo econômico, a compreensão de “legalidade” cede à de uma “superlegalidade” e esta muda os termos do Estado e da Constituição, assim como as possibilidades da forma política estatal assegurar direitos e garantias previstas em lei. As instituições políticas se limitam ainda mais a restringi-las ao invés de efetiva-las, o que dirá amplia-las, tendo por escopo sua justificação não pelo político, mas sim pelo econômico e contando com uma forte ingerência de elementos externos aos próprios ordenamentos jurídico e político nacionais.

O sentido “estrutural” das muitas mudanças ocorridas nas últimas décadas reforça as contradições da forma política democrática adotada pelos regimes sul-americanos atuais.²⁶ Ainda encarada como um ideal paradigmático envolvendo o campo político, passou a uma possibilidade de “ameaça” levando ao recrudescimento dos instrumentos de Estado no que

²⁶ Para uma reflexão sobre a mudança do paradigma político envolvendo a atuação do Estado na sociedade civil ocidental, ver o *Memorando Powell* de 23 de agosto de 1971, um documento confidencial enviado pelo Juiz Associado da Suprema Corte dos Estados Unidos, Lewis Powell, à Câmara de Comércio daquele país, em HOELEVER, Rejane Carolina. Introdução ao *Memorando Powell*. Niterói: *Marx e o Marxismo*, v. 4, n. 7, jul/dez 2016, pp. 343-360; e BRAGA, Henrique. Apresentação do tradutor do *Memorando Powell*. Niterói: *Marx e o Marxismo*, v. 4, n. 7, jul/dez 2016, pp. 361-379. Também se recomenda HOELEVER, Rejane Carolina. *As elites orgânicas transnacionais diante da crise: uma história dos primórdios da Comissão Trilateral (1973-1979)*. Dissertação de Mestrado. Departamento de História. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2015, pp. 260-331; e os recentes trabalhos historiográficos de Gabriel Lecznieski Kanaan sobre relações interestatais.

tange à suposta “segurança”. É sob estes termos que o discurso político-ideológico do “Estado mínimo” se vê insuflado quando da efetivação de direitos e garantias ao mesmo tempo em que oculta um “Estado máximo” relativo aos aparatos de segurança usados para entrincheira-lo contra as demandas populares por estes direitos e garantias. Daí decorre a necessidade, já esgrimida, de uma maior observância da literatura relativa ao Estado e à Constituição sobre a participação política de militares e juízes, considerando as contradições do “projeto” em voga na atualidade o qual acaba por ressignificar aqueles conceitos teóricos sob esta nova forma política híbrida em ocasião de uma “democracia” que se mostra cada vez mais “autoritária”.²⁷

Com efeito, conclui-se com a reflexão do jurista brasileiro Alysson Mascaro sobre a relação entre o “Estado” moderno, este capitalista, e a forma política contemporânea que o enseja, a “democracia”, considerando o início desta segunda década do século XXI.²⁸ Para Mascaro, diante de uma vontade popular solapada por interesses políticos ajustados ao capital financeiro, fazendo regredir a ambientação democrática estabelecida recentemente nas sociedades sul-americanas, requer-se desvendar a especificidade estrutural e funcional desses regimes democráticos no capitalismo. Na concepção do autor, a forma política democrática lastreada no direito e nas formas da sociabilidade capitalista, de modo ambíguo, representa tanto um espaço de liberdade para deliberação política quanto um espaço interdito às lutas sociais contra essas formas. Exclui-se, assim, as possibilidades de lutas que possam extravasar o controle e o talhe do mundo estatal e de suas amarras jurídicas. Com isto, as deliberações que possam significar algum tipo de “risco” à reprodução social da dinâmica capitalista nesta região, fazem levantar um bloqueio institucional advindo de forças políticas que mantem o encadeamento dessa mesma sociabilidade, incidindo assim o enfrentamento de certas escolhas democráticas com o imediato bloqueio da própria forma democrática outrora estabelecida.

²⁷ Ver GONÇALVES, Marco Antonio. *Prefácio: Adeus Tocqueville! A Guerra Híbrida e novos sentidos da democracia*. In: LEIRNER, Piero. *O Brasil no espectro de uma guerra híbrida: militares, operações psicológicas e política em uma perspectiva etnográfica*. 1ª ed. São Paulo: Alameda, 2020; e PENIDO, Ana e STÉDILE, Miguel Enrique. *Ninguém regula a América: guerras híbridas e intervenções estadunidenses na América Latina*. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2021.

²⁸ Cf. MASCARO, Alysson. “Estado, cidadania e democracia”. In: *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 84-90. Coincidentemente, esta publicação ocorreu no ano das “Jornadas de Junho”.

Finalmente, como apontado, isto quer dizer que ao estabelecer balizas estruturais ao espaço da deliberação política, este capitalismo contemporâneo incidirá necessariamente em formas políticas não democráticas quando confrontado com os rompimentos de tais limites e daí surgiria o advento de “regimes autoritários” demonstrando um mecanismo de interdição desta deliberação política quando tangenciados certos pontos na estruturação da sociabilidade capitalista. Por estes motivos, não se mostra possível conceber o modelo político democrático atual enquanto regra capaz de comportar uma eventual exceção, pois o modelo capitalista em vigor se estrutura necessariamente sob essas polaridades, incorporando a exceção como regra. É neste limite que o caráter híbrido e contraditório comportado na “democracia autoritária” passa a ser apontado por este ensaio como a forma política assumida pelos diferentes regimes políticos sul-americanos entre a segunda e a terceira década do século XXI.²⁹

Referências

ACKERMAN, Bruce. *Legitimidade democrática*. In: *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, pp. 11-36.

AVRITZER, Leonardo. *Democracia na América Latina: da inovação institucional ao velho problema do equilíbrio entre os poderes*. São Paulo: *Revista USP*, n. 109, abril/maio/junho 2016, pp. 75-86.

AYERBE, Luis Fernando. *Democracia, agência e estado*. Teoria com intenção comparativa de Guillermo O'Donnell. São Paulo: *Política Externa*, vol. 20, n. 4, mar./abr./mai., 2012, pp. 232-235.

_____. *Imperialismo e dependência estrutural*. In: *Estados Unidos e América Latina: a construção da hegemonia*. São Paulo: Editora UNESP, 2002, pp. 45-62.

²⁹ Tendo por escopo o atual cenário brasileiro, e encadeando o argumento trazido, recomenda-se levar em conta o atual processo de “militarização da democracia” conforme LEMOS, Renato Luís do Couto Neto e. *Notas sobre a militarização da democracia no Brasil: muito além das armas*. Rio de Janeiro: IH-UFRJ, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/335889190_A_militarizacao_da_democracia_no_Brasil_muito_alem_das_armas_Notas_de_pesquisa>. Acessado em: novembro de 2020. Paralelamente, para uma reflexão sobre o mesmo processo, ver a tese política da *contrarrevolução preventiva*, cujo argumento parece se articular à tese política da *preservação hegemônica* formulada por Ran Hirschl (2004), em LEMOS, Renato Luís do Couto Neto e. *Contrarrevolução e ditadura*: ensaio sobre o processo político brasileiro pós-1964. Niterói: *Marx e o Marxismo*, v. 2, n. 2, jan./jun. 2014, pp. 112-138.

- BRAGA, Henrique. *Apresentação do tradutor do Memorando Powell*. Niterói: *Marx e o Marxismo*, v. 4, n. 7, jul/dez 2016, pp. 361-379.
- CHESNAIS, François. *A mundialização do Capital*. Trad. Silvana Finzi Foá. São Paulo: Editora Xamã, 1996.
- _____. *As raízes da crise econômica mundial*. Rio de Janeiro: *Em Pauta*, n. 31, v. 11, 2013, pp. 21-37.
- COELHO, Jaime Cesar. *Economia, poder e influência externa – o Banco Mundial e os anos de ajuste na América Latina*. São Paulo: Editora Unesp, 2012, pp. 119-253.
- DAKOLIAS, Maria. *Documento Técnico Número 319: elementos para reforma*. Trad. Sandro Eduardo Sardá. Washington, EUA: Banco Mundial, 1996.
- DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Patrones de inversión jurídica extranjera y de transformación del Estado en América Latina*. In: FIX FIERRO, H.; FRIEDMAN, L. M.; PERDOMO, R. P. (Coord.). *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*. México: UNAM, 2003, pp. 723-748.
- DREIFUSS, Rene Armand. *1964, a conquista do Estado: ação política, poder e golpe de classe*. 1ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1981.
- DUNLAP JR., Charles J. *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts*. Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference. Carr Center for Human Rights Policy. Kennedy School of Government. Washington: Harvard University, 2001. Disponível em: <<https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>>. Acessado em: novembro de 2020.
- ENGELS, Friedrich e KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. 2ª ed.; trad. Lívia Cotrim e Márcio Brilharinho Naves. São Paulo: Boitempo, 2012 [1887], pp. 17-48.
- FERNANDES, Florestan. “*Padrões de dominação externa na América Latina*”. In: *Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.
- _____. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.
- FONTES, Virgínia. *O Brasil e o capital-imperialismo: teoria e história*. 2ª ed. Rio de Janeiro: EPSJV/Editora UFRJ, 2010.
- GONÇALVES, Marco Antonio. *Prefácio: Adeus Tocqueville! A Guerra Híbrida e novos sentidos da democracia*. In: LEIRNER, Piero. *O Brasil no*

espectro de uma guerra híbrida: militares, operações psicológicas e política em uma perspectiva etnográfica. 1ª ed. São Paulo: Alameda, 2020.

GOZZI, Gustavo. *Estado contemporâneo*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de política*. Vol. 1. 11.ª ed.; Coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luisa Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora UnB, 1998, pp. 401-409.

GROSSI, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, pp. 67-92.

HAINES, Gerald K. *The Americanization of Brazil: a study of U.S. Cold War Diplomacy in the Third World, 1945-1954*. Washington: Rowan & Littlefield Publishers, 1997.

HELLER, Herman. “*Suposições históricas do Estado Atual*”. In: *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968 [1934], pp. 157-172.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: First Harvard University Press, 2004.

HOELEVER, Rejane Carolina. *As elites orgânicas transnacionais diante da crise: uma história dos primórdios da Comissão Trilateral (1973-1979)*. Dissertação de Mestrado – Departamento de História. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2015, pp. 260-331.

_____. *Introdução ao Memorando Powell*. Niterói: *Marx e o Marxismo*, v. 4, n. 7, jul/dez 2016, pp. 343-360.

HOLZER, Mark W. *Offensive Lawfare and the Current Conflict*. Cambridge: *National Security Journal of Harvard Law School*, 2012. Disponível em: <<https://harvardnsj.org/2012/04/offensive-lawfare-and-the-current-conflict/>> Acessado em novembro de 2020.

JOUANJAN, Olivier. “*Estado de direito*”. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (orgs.). *Dicionário da cultura jurídica*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, pp. 709-714.

KORYBKO, Andrew. *Guerras híbridas: das revoluções coloridas aos golpes*. Trad. Thyago Antunes. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

LEMONS, Renato Luís do Couto Neto e. *Contrarrevolução e ditadura: ensaio sobre o processo político brasileiro pós-1964*. Niterói: *Marx e o Marxismo*, v. 2, n. 2, jan./jun. 2014, pp. 112-138.

_____. *Notas sobre a militarização da democracia no Brasil: muito além das armas*. Rio de Janeiro: IH-UFRJ, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/335889190_A_mi>

litarizacao_da_democracia_no_Brasil_muito_alem_das_armas_Notas_de_pesquisa>. Acessado em: novembro de 2020.

LINZ, Juan. *Presidential of Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?* In: VALENZUELA, Arturo (eds.). *The Failure of Presidential Democracy* 3, 1994.

MASCARO, Alysson. *Estado, cidadania e democracia*. In: *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 84-90.

MORAES, João Quartim de. “*O argumento da força*”. In: OLIVEIRA, Eliezer Rizzo et al. *As Forças Armadas no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço & Tempo, 1987.

_____. *O poder constituinte e a força*. São Paulo: *Estudos Avançados*, v. 3, n. 7, 1989, pp. 67-86.

O’DONNELL, Guillermo. *Poliarquias e a (in)efetividades da lei na América Latina*. São Paulo: *Novos Estudos*, n. 51, 1998, pp. 37-61.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Agenda decisória do Supremo Tribunal no período de transição democrática: judicialização da política?* São Paulo: *Plural*, ago./dez., 2019, pp. 74-95.

OLIVEIRA, Francisco de. *A dominação globalizada: estrutura e dinâmica da dominação burguesa no Brasil*. In: BASUALDO, Eduardo; ARCEO, Enrique (orgs.). *Neoliberalismo y sectores dominantes. Tendencias globales y experiencias nacionales*. Buenos Aires: CLACSO, agosto de 2006, pp. 265-291.

PENIDO, Ana; STÉDILE, Miguel Enrique. *Ninguém regula a América: guerras híbridas e intervenções estadunidenses na América Latina*. 1.^a ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2021.

PEREIRA, Anthony W. *Of judges and generals: security courts under authoritarian regimes in Argentina, Brazil, and Chile*. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (eds.). *Rule by Law: the politics of courts in authoritarian regimes*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008, pp. 23-57.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*. Pittsburgh: Cambridge University Press, 2010.

REIS, Fábio Wanderley. *Diálogos com Guillermo O’Donnell*. São Paulo: *Novos Estudos*, n. 92, mar. 2012, pp. 143-151.

SANTOMAURO, Fernando. *A atuação política da Agência de Informação dos Estados Unidos no Brasil (1953-1964)*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

SCHINKE, Vanessa Dorneles; FILHO, José Carlos Moreira da Silva. *Poder Judiciário e regime autoritário: democracia, história constitucional e permanências autoritárias*. Curitiba: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 61, n. 2, mai./ago. 2016, pp. 41-59.

SINGER, Paul. *Interpretação do Brasil: uma experiência histórica de desenvolvimento*. In: FAUSTO, Boris (org.). *História geral da civilização brasileira*. Tomo III – O Brasil Republicano. São Paulo: Difel, 1984, pp. 211-245.

STOPPINO, Mario. *Autoridade*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de política*. Vol. 1. 11.^a ed. Coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luisa Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora UnB, 1998, pp. 88-94.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E ESTADO DE DIREITO: ALGUMAS REFLEXÕES E CASOS

Cláudia Tannus Gurgel Amaral

Sumário: Introdução. 1. Democracia: novos contornos, nova dimensão dos direitos fundamentais. 1.1. A Constituição brasileira de 1988: Uma virada de paradigma. A participação cidadã nas políticas públicas em um novo Estado de Direito. 2. Destaque nas experiências da participação social. 2.1 Orçamento Participativo (OP). 2.2. Os Conselhos municipais de políticas públicas no Brasil. Algumas ponderações. Conclusão. Referências.

Introdução

“Participação” não é um conceito único, nem tão pouco universal, e igualmente, não deve estar atrelado aos arranjos políticos de momento. Mas, não se deve menosprezar por completo a importância e passagens históricas, como a exemplo no Brasil, que em determinados momentos de ebulição política, a participação ativa social foi decisiva aos rumos políticos do país. Deve-se avançar no olhar para entender a participação social como uma dinâmica pela qual os cidadãos estão conscientemente envolvidos nos processos deliberativos das escolhas públicas que, direta ou indiretamente, afetem a vida comum.

Nesta linha, toma-se a expressão “participação social” como um longo processo de aprendizagem, de baixo para cima, nas lições de Boaventura Santos, jamais imposta de cima. É a consciência política emergente. Mais recente, SANTOS insere as discussões em torno da democracia participativa no contexto da chamada “globalização neoliberal”, no qual estariam em confronto duas concepções: o modelo hegemônico de democracia (democracia liberal, representativa) e a democracia participativa ou democracia popular. Esta última teria assumido uma nova dinâmica na democracia ao protagonizar ações das comunidades e grupos sociais menos favorecidos na luta contra a exclusão social, e mobilizados pela aspiração de

contratos sociais mais inclusivos em uma democracia definida pelo autor português como sendo da mais alta intensidade.¹

Com ênfases variadas e em períodos diferentes, não deixou de haver desde meados do século passado aos dias atuais, uma direção dos trabalhos acadêmicos e políticos no entendimento de que a democracia é por excelência o manto que cobre a organização política das sociedades modernas. Todavia, alguns pontos desta forma de organização foram analisados além dos olhos da maioria dos estudiosos, a exemplo o da problemática da justificação dos processos político-democráticos em temas como direitos humanos, direitos das minorias, liberdade, e em especial ao presente trabalho, a participação social nas escolhas públicas.

Na literatura afora, em especial sob o olhar da sociologia e da filosofia política, desde meados do século XX se destacam os ensinamentos de Jürgen Habermas. Na leitura de suas principais obras podem ser identificados estudos comuns no ideário de se verificar a participação social dinamizada nas esferas públicas criadas, para ao fim e a cabo, serem elas os catalisadores das demandas sociais ao ponto de influenciarem à Administração Pública nas escolhas públicas e na condução dos destinos das cidades.

A guinada da teoria *habermasiana*, com uma fundamentação na sociologia da modernidade é fonte inesgotável de aprendizado. Voltada à compreensão da democracia ancorada na política, não exclusivamente sobre o prisma do sistema político vigente no país e da atividade parlamentar, mas na renovação da cultura política com as dimensões participativas.

Nesta engrenagem dialógica, pela inclusão do outro, os atores apresentam suas demandas pelos discursos argumentativos entendidos como peças essenciais ao processo cívico deliberativo que fundamenta e justifica a produção legislativa.

A esfera pública assume um caráter ativo junto aos sistemas complexos institucionalizados (sistema financeiro e político-administrativo). A função da esfera pública nesse desenho social possibilita entender os arranjos da circulação do poder político, ancorado num amplo conceito procedimental de democracia.²

¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil*. In: (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p.561-597.

² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. v. 1- 2, 1997.

Na vereda *habermasiana*, a emergência do princípio da publicidade e da esfera pública como forma cultural de controle do poder político pela participação, por meio do debate público e racional, possibilitará tornar efetivo o surgimento de novos atores e novos movimentos sociais³.

Para tanto, nas últimas décadas, em quase todos os países que adotem algum modelo de ferramenta participativa, uma transformação cultural foi necessária para a participação tornar-se realidade no cotidiano da vida dos cidadãos nas cidades. Nessa transformação, uma gramática participativa se fez necessária. Esforço político, educação cidadã, determinação da Administração Pública, e continuidade, são algumas das etapas indispensáveis ao êxito das ferramentas de participação.

Não de dúvida que a luta pela institucionalização e efetividade da participação social veio para romper com a representação política liberal e elitista, bem como com o clientelismo e as práticas individualistas.

Nesse sentido, a participação torna-se uma ferramenta para derrotar a exclusão política. Ao exercer plenamente sua cidadania, os cidadãos recuperam na prática o senso de democracia (poder do povo, para o povo e exercido pelo povo), amoldado aos parâmetros da democracia participativa e nas vertentes deliberativas. Nesta perspectiva, a participação abre espaços públicos à aproximação entre os cidadãos e governante, possibilitando o desenvolvimento de políticas públicas que respondam às expectativas da sociedade.

O presente trabalho se apresenta como uma proposta à reflexão sobre os contornos da Democracia e da Participação social, e, objetiva contribuir para com o debate acerca das vertentes da democracia participativa à luz dos arranjos normativos. Na experiência brasileira, foi a partir do Texto de 1988 e posterior desenvolvimento da legislação o incremento dos experimentos. Nesse ambiente, o mote é apontar as ferramentas de participação com histórico exitoso que possibilitaram nos trinta e três anos de democracia, a implementação de políticas públicas.

³ WERLE, Denilson Luis. *Razão e democracia: uso público da razão e política deliberativa em Habermas*[ign] [title language="en"]Reason and democracy[ign]: [subtitle]Public use of reason and deliberative politics in Habermas. Trans/Form/Ação, Marília, v. 6, n. spe, p. 49-176, 013. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732013000400010&lng=en&nrm=iso>. acesso on 23 Mar. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0101-31732013000400010>.

1. **Democracia: novos contornos, nova dimensão dos direitos fundamentais**

Nos ventos das primaveras revolucionárias, as lutas pela liberdade e pela igualdade revelam ao mundo democrático a necessidade perene de que esses valores estejam presentes nos debates travados, tanto na *vida* acadêmica quanto política, fazendo com que mais veementes sejam os discursos sobre o tema, tanto na seara jurídica como na ciência política, ciências sociais e filosofia.

Nesse ponto, na contemporaneidade, à luz dos princípios que norteiam a interpretação do direito constitucional, devem estar todas as possibilidades de alargar os *domínios* dos direitos fundamentais num Estado de Direito, passando a englobar, na coerência da moldura constitucional dos Estados democráticos, além dos direitos de caráter individual e políticos, outros intrinsecamente relacionados à dignidade da pessoa, como os sociais, ambientais, religiosos, econômicos, e afins, na linha da reflexão acerca das gerações ou dimensões dos direitos imbricadas com a participação social ativa.

Entendendo a democracia como forma de governo pelo povo, na definição mais clássica, esse significado, mesmo com o passar dos séculos, não sofreu alteração em sua essência. No entanto, conforme Norberto Bobbio, na passagem da democracia dos gregos à democracia dos modernos, a alteração se deu, não no que diz respeito ao titular do poder político, que sempre será o povo, mas no modo mais ou menos amplo de exercer o direito de tomar decisões coletivas. Chama a atenção o filósofo italiano às ideias iniciais desta democracia, nascida da convicção de que os representantes eleitos pelos cidadãos estariam em melhores condições de avaliar quais seriam os interesses gerais da coletividade a serem protegidos, alcançando, assim, os fins nos quais a soberania popular fora predisposta.⁴

Sob esses aspectos, a história mostra uma vitória gradual do cidadão, num Estado de Direito, pois ao longo dos anos, em sede constitucional, deu-se a consagração positivada dos direitos fundamentais, bem como a igualdade de todos perante a lei e as limitações das prerrogativas dos governantes. É a

⁴ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 32-34.

era da liberdade de pensar, das escolhas políticas, das associações e da fé religiosa, todas consagradas no Texto Fundamental.

Relativamente ao tema, o magistério de Paulo Bonavides nos apresenta uma nova tendência ou terceira forma de democracia, vale dizer: a participativa, na qual se verifica uma aproximação da democracia representativa com a antiga democracia direta.⁵

Nesta terceira onda, - como aqui preferimos nomear - é possível identificar ferramentas que possibilitem uma maior participação popular e direta nos assuntos de relevo tanto do cotidiano da vida social, como na política e na gestão pública, fazendo com que o cidadão não fique cingido apenas a eleger representantes, ou esporadicamente participe de referendas ou plebiscitos, mas, que passe a participar ativamente no cotidiano das transformações sociais, sendo chamado a interferir nas escolhas públicas de forma mais direta.

A democracia, como um direito de quarta dimensão, na esfera da normatividade jurídica, passa a ser considerada uma das espécies de direito fundamental do cidadão, como os direitos à informação e o pluralismo, ao lado das demais dimensões do direito fundamental, como a primeira dimensão (direitos individuais), a de segunda (direitos econômicos, sociais e culturais) e a de terceira dimensão, (aqueles voltados à paz, à tecnologia, ao desenvolvimento, ao consumidor, à qualidade de vida e à liberdade de informação).⁶

No centro da estruturação das democracias modernas em um Estado de Direito, a dinâmica do regime democrático deve estar conectada à arquitetura constitucional, a realizar o princípio democrático, ambientado no multiculturalismo, no reconhecimento do direito à livre associação e à liberdade de expressão, tendo como corolário o princípio da igualdade e o direito à livre participação política e à dignidade da pessoa. Vale dizer, um conjunto de direitos fundamentais daquela raiz.

No entanto, conforme Bobbio, na passagem da democracia dos gregos à democracia dos modernos, a alteração se deu não no que diz respeito ao titular do poder político, que sempre será o povo, mas no modo, mais ou menos amplo, de exercer o direito de tomar decisões coletivas.⁷ Para tanto, de certo

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 275.

⁶ *Ibidem*, p. 278.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000, p.32.

modo, *vis à vis*, houve um avanço nos regimes democráticos que, na contemporaneidade, de uma forma ou outra, buscam programar uma agenda política com participação e deliberação social, fomentada nas arenas políticas e públicas, dispostas a promover o debate das questões de interesses sociais - o que nem sempre foi assim.

A sociedade civil moderna, ao longo das suas conquistas históricas, com forte conscientização democrática, passou a exigir mudanças na estrutura dos governos representativos, impondo uma maior participação nas questões públicas. Essa tendência, que para muitos era indicativo de crise do sistema político representativo elitista, foi na verdade uma manifestação na crença aos novos arranjos sociais, vistos como instrumentos importantes para implementação de significativas mudanças nos alicerces democráticos. Nesta linha, parte-se do pressuposto que no século XXI a democracia representativa não mais atende à concretização, em sua concepção maior, do princípio democrático. A democracia participativa, e mais recente a sua versão deliberativa, representam ou demonstram esta tendência.

Em sintonia com as transformações políticas da época, a nova gramática democrática brasileira de 1988 contribuiu para a superação da democracia representativa de baixa intensidade, apontando na direção da construção e consolidação de novas esferas públicas, em especial àquelas institucionalizadas na legislação, quer nacional, estadual, e de muita valia, as locais. Os destaques são as normas que possibilitam o controle social na efetividade dos direitos fundamentais, abrindo campo à produção legislativa dos instrumentos de participação.

1.1. A Constituição brasileira de 1988: Uma virada de paradigma. A participação cidadã nas políticas públicas em um novo Estado de Direito

Na realidade histórica mais recente do Brasil, pelos anos de transição democrática, as lutas sociais culminaram em uma série de abertura de núcleos de participação social no processo de produção de políticas públicas. As conquistas políticas auxiliaram a construção de um novo padrão de cidadania no texto da Constituição da República de 1988, que ampliou sobremaneira a participação social nas esferas públicas criadas, de tal forma que no passar das últimas décadas foi possível observar um aperfeiçoamento nas relações entre a poder público e sociedade. Assim, a Constituição Federal de 1988

promulgada após o processo de redemocratização ficou marcada por um compromisso de transformação e justiça social, fincado nos princípios objetivos, direitos e garantias fundamentais e programas, mas igualmente, na regulação da ordem econômica e na construção da Ordem social.

Com a moldura constitucional de 1988, deu-se início às transformações institucionais, alinhando o princípio da democracia representativa à participação social direta, esta, *de prima facie*, indicada no parágrafo único do artigo primeiro da Carta.⁸

Mas, ao longo do Texto podem-se identificar dispositivos que se inclinavam à participação social para real efetivação do direito ali consagrado.

⁹ Esse rol de dispositivos demonstra a vontade do constituinte originário em

⁸ Art.1º Parágrafo único CRFB/1988. “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos **ou diretamente**, nos termos desta Constituição”. (**grifo nosso**).

⁹ Dos Direitos Sociais Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;(…),Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.art.14 soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I- plebiscito; II- referendo; III- iniciativa popular.; Competência dos Municípios (Direitos e Deveres)art.29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: XII- cooperação das associações representativas no planejamento municipal. Poder Legislativo. 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. parágrafo 2º. II - adoção nominal pelas comissões do Congresso Nacional, nas matérias de sua competência, de audiências públicas com entidades da sociedade civil. Seguridade Social Saúde e Assistência Social. Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único(...) VII –Participação da comunidade nas decisões sobre a seguridade social art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: III – participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde; Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. Educação Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; Participação no Sistema Nacional de Cultura Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (EC nº 71, de 2012).§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios. X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social (EC nº 71, de 2012).Da Família, Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar

afiançar um perfil participativo. A expectativa girava e ainda gira em torno da premissa: onde há a participação social efetiva, as ações do poder público são mais legítimas.

O fortalecimento da participação social veio ao longo dos anos após 1988, no âmbito da legislação. Podem ser citados como exemplo, a lei 8.666/93. (Licitações e Contratos administrativos); lei 6.938/81 (Conselho Nacional do Meio Ambiente); lei 8.080/90 (Promoção, proteção e recuperação da saúde); lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); lei nº 8.842/1994 (Estatuto do Idoso); lei 8.742/93 (Organização da Assistência Social); lei.9.074/95(Concessões e Permissões de Serviços Públicos); lei 9.784/99(Processo Administrativo no âmbito federal) e LC 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal (alterada pela LC 131/2009), e a lei nº 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole).

Na seara da participação ativa nas cidades, não se duvida que o destaque tenha ficado por conta da Lei 10.257/01 - Estatuto da Cidade. Em sintonia com as diretrizes constitucionais sobre a reforma urbana (arts.182 e 183), desde então, na realidade brasileira, está sendo no nível local de Poder o centro das experiências participativas na gestão pública. O referido Estatuto ao traçar as normas gerais para uma boa gestão municipal inovou ao estruturar o capítulo IV intitulado “Da Gestão Democrática da Cidade”, no qual estão elencados os principais instrumentos fomentadores da participação ativa nos assuntos de interesse local. O art. 43. dispõe que para se efetivar a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, (...) (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (EC nº 65, de 2010) (...)Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (grifo nosso) ADCT Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000) (Vide Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (Vide Emenda Constitucional nº 67, de 2010 que prorrogou, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.)Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000).

- I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;
- II – debates, audiências e consultas públicas;
- III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;
- IV – Iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

No que diz respeito ao orçamento público, manda a lei: “art.4º Para os fins desta lei serão utilizados, entre outros instrumentos:(...) f) gestão orçamentária participativa”.

A partir desse marco legislativo, em muitas cidades brasileiras, com a adoção de instrumentos de participação social, passaram os municípios a tomar para si as tarefas de relevo tanto na elaboração e implementação de políticas públicas voltadas à satisfação das necessidades locais, como também na condução e controle das despesas públicas com vias à construção do orçamento público sensível à participação. A seguir algumas ponderações desses experimentos.

2. Destaque nas experiências da participação social

2.1 Orçamento Participativo (OP)

Indubitavelmente a criação e fomento dos espaços públicos para debates sobre a gestão pública municipal, por ser o poder político mais perto do cidadão, eleva a cidadania ativa organizada ao nível mais alto de participação, e como resultado, dentre tantos, uma melhora na adequação e racionalização das metas e recursos por parte do poder público. Foi neste contexto que na seara orçamentária o Orçamento Participativo (OP) foi criado.

Historicamente, o OP é uma experiência pioneira e genuinamente brasileira, nascida na cidade de Porto Alegre, no Governo de Olívio Dutra, em 1987. Segundo Avritzer, é uma política participativa local, que responde às demandas dos setores da população urbana organizada e entre os objetivos a serem almejados está o da distribuição mais justa do erário. O OP como instrumento inclusivo tem por dinâmica reunir atores sociais, membros de associações de bairro, e cidadãos comuns em um processo de negociação e

deliberação com o governo local, tanto nas funções executivas como na legislativa.¹⁰

Hodiernamente, um olhar mais atento à relação entre democracia participativa e eficiência da administração pública vem sendo objeto da doutrina especializada, destacando a elaboração das políticas públicas e a racionalização da administração local no ideário de uma justiça distributiva dos recursos públicos. De tantas inovações trazidas pelo OPPOA pode-se dizer que ele representa um processo de construção de uma nova política orçamentária que modifica as práticas anteriores de planejamento e de elaboração dos orçamentos no Brasil. Não se olvida que por seu intermédio possibilita-se a elaboração de políticas públicas objetivando tornar a “máquina pública” mais eficiente no uso dos recursos devido ao caráter de controle dos gastos pelos cidadãos, na concepção mais estreita de uma social *accountability*.¹¹

Na trajetória brasileira desde 1987 inúmeras cidades brasileiras aplicaram ou ainda estão a aprimorar esta ferramenta participativa, e em muitas o OP está previsto e regulamentado nas respectivas legislações locais. Em pesquisa levantada pela Rede brasileira de orçamento participativo, o número de experimentos de OP aumentou de 13 cidades em 1989 para 482 cidades em 2015¹²

Neste caminho, num conceito nosso aqui proposto, o orçamento participativo pode ser entendido como um instrumento de governança democrática de cooperação, assentado na participação direta dos cidadãos, por processos reflexivos de debates em consulta e/ou em codecisão deliberativa, dinamizado nas esferas pública, objetivando eleger as prioridades de investimentos do orçamento público em um determinado território, exigindo por parte do poder público a contrapartida da transparência.

A partir dos anos 90 do século passado, o OP de Porto Alegre ganhou notoriedade internacional com o reconhecimento pelos principais organismos internacionais e agências multilaterais de financiamento, a exemplo o Banco

¹⁰ AVRITZER, L.; NAVARRO, Z. (Orgs.). *A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo*. São Paulo: Cortez, 2003.

¹¹ AMARAL, Claudia Tannus Gurgel do; CARVALHO, Francisco Toniolo de. *Democracia e deliberação: a escolha popular das políticas públicas locais - o caso do orçamento participativo de Porto Alegre*, In *Revista de Direito da Cidade*. Vol. 10, Nº 1. DOI: 10.12957/rdc.2018.32138. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/32138.p>, 463-485.

¹² Rede Brasileira de orçamento participativo. Disponível em: http://portugalparticipa.pt/upload_folder/table_data/092d9900-d8b3-4fc8-8ef6-11adaf22a61/files/Apresentação%20da%20Rede%20Brasileira%20de%20

Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Banco Mundial (BIRD) como “boa prática de controle dos gastos públicos”. É exemplo por excelência de ferramenta de participação e de *accountability* social. Vale aqui mencionar que a experiência brasileira do OP ganhou mundo a partir da década de anos de 1990, sendo o paradigma para tantos países que cultivam a participação social pelo orçamento participativo. Um dos fatores expressivos na internacionalização do experimento brasileiro se deu em 1996 a Conferência de Istambul, Habitat II da ONU, ou Cúpula das Cidades, reconheceu o Orçamento Participativo como "Prática Bem-Sucedida de Gestão Local".

O Orçamento Participativo de Porto Alegre (POA) tornou-se assim uma referência para o mundo. A ONU considerou essa experiência como uma das 40 melhores práticas de gestão pública urbana no mundo. Por sua vez, o Banco Mundial também na mesma ocasião reconhece o processo de participação popular de Porto Alegre como exemplo bem-sucedido de ação conjunta entre Governo e sociedade civil.

Em sua fase de internacionalização e na observância de critérios conforme a idiossincrasia de cada país, atualmente está presente em quatro continentes. Em 2014, um relatório publicado pela ONG alemã Global Engagement, estimou cerca de 1.269 a 2.778 cidades no mundo adotam o orçamento participativo, com variáveis metodológicas. Dados mais recentes publicados apontam que pelo mundo estima-se que existam entre 11.690 a 11.825 experimentos de OPs em 71 países. É na Europa que se concentram 39% dos OPs de todo o mundo (entre 4577 e 4676).¹³ Portugal, Espanha e Alemanha e França aparecem como os países que desde o início dos anos 2000 vêm dando visibilidade no desenvolvimento e aprimoramento desse modelo na Europa.

Cinco são as fases na história do orçamento participativo que podem ser indicadas:

1)1989-1997: A experiência de Porto Alegre, a expansão do Brasil em 140 cidades com diferenças metodológicas;

2)1997-2000: América Central e do Sul (aproximadamente 30 experimentos locais, entre os quais se destacaram: El Salvador; Colômbia,

¹³ DIAS, Nelson. *O orçamento participativo não mudou o mundo. Mas teve sucesso*. Jornal Público. Portugal. 20 de outubro de 2009.

Equador; Argentina, Peru, Bolívia, Chile, Costa Rica, Venezuela, Guatemala, Uruguai, República Dominicana, Paraguai, México);

3)2000-2007: A expansão no mundo com o sucesso dos Fóruns Sociais Mundiais e em alguns países na Europa, a saber: Inglaterra, Bélgica, França, Itália, Alemanha, Portugal e Espanha Polônia;

4)2007-2010: O desenvolvimento de redes nacionais e internacionais no Brasil, Espanha, Portugal);

5)2010-2019: A expansão na França; Cabo Verde, África do Sul, Moçambique e nos USA nas cidades de Boston, Nova York, São Francisco e Saint Louis; Canadá em Toronto.

Nesta expansão do OP pelo continente Europeu, deve ser destacada a dimensão normativa dos órgãos e Comitês Europeus.

Desde o início desse milênio, os mecanismos pelos quais os cidadãos se envolvem com a política local estão mudando rapidamente, desafiando as estruturas políticas tradicionais. As autoridades europeias locais enfrentam o desafio de buscar novos mecanismos para interagir com os cidadãos e responder às suas necessidades, em uma nova realidade a cada dia mais heterogênea e multirracial. Promover o desenvolvimento das cidades diante desses desafios não é tarefa fácil.

Na evolução dos documentos europeus sobre cidadania pró ativa e poder local, é necessário lembrar o papel do Conselho da Europa, em especial do Comitê de Ministros. Em reunião em dezembro de 2001 sobre o tema “Conselho da Europa - recomendação sobre participação dos cidadãos na vida pública local” marcou uma reviravolta ao fazer publicar a Recomendação de número 19 aos Estados-Membros da UE sobre a participação dos cidadãos na vida pública a nível local.

Esse documento orientador fez constar a importância da participação dos cidadãos no fortalecimento dos princípios e valores democráticos, chamando a atenção para o Poder local como o centro fomentador dos mecanismos de participação, no reforço à estabilidade dos fundamentos democráticos.

Em 2018, tendo em conta a necessidade de atualizar a recomendação Rec (2001) 19, e de acordo com o princípio da subsidiariedade, foi publicada a Recomendação CM / Rec (2018) do Comitê de Ministros aos Estados membros sobre a participação dos cidadãos na vida pública local. Por esta nova redação, as autoridades locais devem assumir um papel de liderança

na promoção da participação dos cidadãos. Esse compromisso é fundamental para o sucesso de qualquer política de participação democrática local.¹⁴

De forma geral, pode-se afirmar que essas Recomendações adotadas pelo Conselho da Europa têm como principal objetivo reforçar a participação dos cidadãos na vida pública local, definindo como diretrizes do envolvimento das autoridades locais na concepção de políticas que visem à participação dos cidadãos com base nos princípios enunciados nas Recomendações acima citadas.

Neste sentido, o desenvolvimento das cidades dos países da UE deve andar no mesmo compasso do fortalecimento da democracia ativa e de proximidade, bem como a adoção de um quadro legal que permita às autoridades locais dispor de um conjunto de instrumentos que promovam essa participação.

Nesta linha, é possível afirmar que as novas formas de ferramentas participativas revelam uma nova face da gestão pública: coadministração e corresponsabilidade entre a os atores da sociedade civil e a Administração Pública nas decisões sobre as políticas públicas. A emergência dos OP tornou-se importante na medida em que possibilitou essa nova gestão, abrindo espaço institucional à intervenção popular sobre o principal instrumento de gestão: o orçamento público.

O orçamento sintetiza, em grande parte, a regulação real e legal da noção de cidadania, pois expressa direitos e deveres que nascem da reciprocidade entre governantes e governados (*res pública*) e das relações entre os poderes do Estado entre si. O orçamento informa em grande parte, como se dão as políticas de produção da renda social (receitas) e de sua distribuição na sociedade (despesas). Nesse sentido, o orçamento é uma das expressões do moderno contrato social,¹⁵ sendo a participação ativa da sociedade sua fiança garantidora.

¹⁴ Recomendação CM / Rec (2018) do Comitê de Ministros aos Estados membros sobre a participação dos cidadãos na vida pública local (Aprovada pelo Comitê de Ministros em 21 de março de 2018 na 1311ª reunião de Delegados dos Ministros). Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807954c3.

¹⁵ FEDOZZI, Luciano. *Orçamento Participativo: Reflexões sobre a experiência de Porto Alegre*, Porto Alegre, Tomo Editorial e Rio de Janeiro, FASE/IPPUR, 1997.

2.2. Os Conselhos municipais de políticas públicas no Brasil. Algumas ponderações

Outra importante ferramenta participativa é a dos Conselhos locais. Esta experiência é difundida tanto no Brasil como em muitos países. No Brasil, a disseminação e o possível fortalecimento dos Conselhos nacionais, enquanto instâncias relevantes para a formulação de políticas públicas no âmbito nacional são acompanhadas, quando não precedidas, da disseminação de instituições participativas no nível municipal, entre as quais os Conselhos municipais de políticas públicas.

Merece destaque a expansão numérica e temática dos Conselhos municipais. Desde 2001, verifica-se na realidade brasileira uma evolução no quantitativo. Eles apresentam destaque nas ações relacionadas às áreas de saúde, assistência social, criança e adolescente, educação, turismo, cultura, habitação, meio ambiente, emprego e trabalho, transporte, política urbana, orçamento, segurança pública. A partir de 2009 novas áreas foram incorporadas nesta dinâmica municipal como esporte, direitos da mulher, idoso, juventude, direito das pessoas com deficiência.¹⁶

Dados do IBGE demonstram que Conselhos municipais como os de Saúde, Assistência Social e de Direitos da Criança e Adolescente existem e estão em pleno funcionamento em 99% das cidades brasileiras. Os Conselhos de Direitos da Pessoa Idosa, de Cultura e de Meio Ambiente estão presentes em mais de 50% de nossos municípios; outros como de Segurança Alimentar, de Direitos da Pessoa com Deficiência e de Direitos da Mulher são criados num ritmo crescente e já ultrapassa 30% de municípios alcançados, o que evidencia a abrangência e o potencial destas instâncias de participação. O estudo publicado pelo IPEA foi revelador, pois apontou em 2013 uma tendência na expansão da quantidade e variedade temática de Conselhos municipais. Na soma de todos os Conselhos existentes, é possível estimar que mais de 1,5 milhão de conselheiros atuaram nestes espaços participativos, número que supera em muito os 50 mil vereadores atualmente existentes nos legislativos locais.

É importante observar que esse quadro preconiza um indicador de transformações na seara da política pública. A articulação entre os Poderes e a participação social foi decisiva no âmbito da formulação, execução e gestão

¹⁶ Instituto de pesquisa Aplicada. IPEA. <http://www.ipea.gov.br/participacao/destaques/1184-ibge>.

das ações. No nível local, os Conselhos de forma geral agregam como principais funções: a) viabilizar as políticas públicas, a partir da tomada de decisões e do controle das ações governamentais e b) fomentar qualitativamente a participação, por meio da construção de espaços de diálogo e da integração equânime de atores plurais.

Em 1999, ano de referência do instituto para o âmbito municipal, havia 27 mil Conselhos no país, uma média de quase cinco por município. O estudo relata que em 2001, os Conselhos de temática de amplitude nacional, a exemplo de saúde, que possui previsão constitucional, só não estavam presentes em 2% dos municípios; já os Conselhos de Assistência social não estavam presentes em apenas 7%. É oportuno lembrar que em 1988, o Brasil contava com 4.199 municípios, já em 2013 havia alcançado 5.570. São considerados em quase a totalidade os seguintes pré-requisitos: caráter paritário, consultivo, deliberativo, normativo e fiscalizador, realização de reunião nos 12 meses que precederam a pesquisa e alocação de recursos.¹⁷

Portanto, o significado da descentralização assume um horizonte mais amplo do que uma simples passagem de atribuições entre entes federativos, assinala de vez uma proposta de democracia radical na direção do empoderamento cidadão, pautada na gestão territorial de proximidade ou também por nós dita de pertencimento, com ênfase no governo local.

Indubitavelmente a criação de espaços públicos - as esferas públicas - para debates sobre a gestão pública municipal, por ser o poder político mais perto do cidadão, faz com que a cidadania ativa organizada seja posta em um nível elevado de participação, e como resultado, dentre tantos, uma melhor adequação e racionalização das metas e recursos por parte do poder público. A agenda dos governos democráticos, em sua maioria é ancorada nas políticas públicas; essas definidas como conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Governo correlatas aos direitos assegurados constitucionalmente, ou aos que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelo Poder Público.

Na realidade brasileira, o município ganhou destaque na formulação das políticas públicas setoriais. Sua competência arquitetada foi recheada de atribuições para o fomento de questões sociais. No escopo traçado pela cultura

¹⁷ Instituto de pesquisa Aplicada. IPEA. Participação em foco. <http://www.ipea.gov.br/participacao/estudos-do-ipea/interfacciososestatais2>

constitucional e legislativa pós 1988¹⁸, a participação da sociedade local na formulação, acompanhamento e avaliação das políticas públicas, a exemplo nos casos da saúde e da assistência social veio expressa.

Destaque aos Conselhos Municipais da Saúde na nossa estrutura normativa. A origem desses Conselhos locais voltados à implantação de políticas públicas da saúde remonta à época dos estudos governamentais para implantação de um sistema único de saúde (SUS), pelo qual se estruturasse uma atuação conjunta entre os órgãos gestores do SUS, nos diversos fóruns deliberativos presentes nas três esferas de governo. Essa ideia começou a ser construída no cenário dos debates sobre os rumos saúde no Brasil em 1986, ano da 8ª Conferência Nacional de Saúde - marco do Movimento da Reforma Sanitária e da saúde pública brasileira. Durante este encontro, formou-se, pela primeira vez a Comissão de Articulação de Municípios - que depois se transformaria no Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS). Após, deu-se início a um movimento para a criação de Conselhos municipais em mais de quatro mil cidades brasileiras.¹⁹

A regulamentação do Sistema Único de Saúde (lei 8.080 de 1990) e posteriores regulamentos, mais a Lei Federal n.º 8.142/90, todos representaram uma vitória pela democratização dos serviços de saúde no Brasil. A partir desses marcos legais, foram criados os Conselhos e as

¹⁸ CRFB. art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal; (...)

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

III - participação da comunidade. Parágrafo único. O Sistema Único de Saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (*) Emenda Constitucional nº 29, de 2000. (grifo nosso). (...)

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

(grifo nosso).

¹⁹ <http://www.cosemsrj.org.br/historico/>. Acesso: fev 2018.

Conferências de Saúde como espaços vitais para o exercício do controle social do Sistema Único de Saúde (SUS).

A ampla institucionalização de Conselhos nas áreas de saúde se deve à Lei Orgânica da Saúde, n.º 8.080/1990, como preceitua abaixo:

art. 4º “ Para receberem os recursos, de que trata o art. 3º desta lei, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com:

(...) II - Conselho de Saúde, com composição paritária de acordo com o Decreto nº 99.438, de 7 de agosto de 1990.

Com o processo em curso de descentralização das competências relacionadas à prestação dos serviços públicos de saúde, tornou-se necessária a ampliação dos Conselhos de Saúde em duas frentes: Conselhos Regionais e Conselhos Locais e Conselhos Distritais de Saúde, sob a coordenação dos Conselhos de Saúde da esfera correspondente (federal estadual ou municipal). A fase da institucionalização dos Conselhos Municipais de Saúde começou a ser efetivamente concretizada somente com a edição da Lei nº 12.466, de 24 de agosto de 2011, que alterou a Lei nº 8.080/90 conforme abaixo:

art. 14-B

(...)

§ 2º, do Os Conselhos de Secretarias Municipais de Saúde (COSEMS) são reconhecidos como entidades que representam os entes municipais, no âmbito estadual, para tratar de matérias referentes à saúde, desde que vinculados institucionalmente ao CONASEMS, na forma que dispuserem seus estatutos.

O Conselho Municipal de Saúde, desde a edição da Resolução nº 333/2003 do Conselho Nacional de Saúde, pode ser definido como um órgão colegiado, deliberativo e permanente do Sistema Único de Saúde - SUS, com atuação direta na formulação e proposição de estratégias e no controle da execução das Políticas de Saúde, inclusive, nos seus aspectos econômicos e financeiros.

Assim, o campo de atuação dos Conselhos de Saúde é também o controle social, sendo sua instituição obrigatória para o cumprimento de princípios e exigências legais estabelecidas para o repasse de recursos financeiros (estaduais e federais). É importante ressaltar que a criação dos

Conselhos de saúde no âmbito estadual e municipal constitui, ainda, a condição *sine qua non* legal para o repasse de verbas públicas, cabendo-lhes atuar na fiscalização dos gastos das receitas transferidas aos Municípios pela União ou pelos Estados e pelos Estados aos “seus” municípios.

No Brasil, em 2009, eram 97,3% dos municípios possuíam Conselho Municipal de Saúde, em 2013, aprox.5.553 (99,7%) municípios. Atualmente, quase todos os municípios brasileiros devem contar com seus Conselhos de saúde.

Conclusão

A transformação cultural participativa necessária não é nada fácil. Muitas barreiras ainda existem e resistem à participação, e como superá-las é um desafio. Entre tantas as barreiras podem ser citadas as práticas utilitaristas pelos políticos eleitos num sistema político de democracia representativa elitista liberal, que sem embargo, gerou uma profunda desconfiança por parte dos cidadãos ao sistema, trazendo como uma das consequências um nível de descrença e apatia, que em muitos países se fez sentir no alto número de abstenção de eleitores nas eleições diretas. É a onda da chamada crise da representatividade.

O incremento dos arranjos participativos institucionais, dinamizados nas esferas públicas auxilia no movimento de mudança dessa realidade, moldando a nova face da democracia, na qual as instituições políticas passam a exercer suas funções em coparticipação e coadministração com cidadãos que compartilham um projeto de a sociedade humanística e solidária.

Com base no percurso desenvolvido nesse trabalho, ficou salientado que ao longo dos anos, na experiência brasileira, sob o manto do Estado de Direito, pode-se verificar a simetria que há entre as legislações que nasceram do espírito do Constituinte Originário no que toca aos arranjos participativos, deflagrando um novo ciclo de participação – por uma cidadania ativa - com reflexos na representação partidária e no *modus operandi* do Administrador ao conduzir as políticas públicas numa boa governança. Inicia-se com isso uma nova *onda* democrática em terras brasileiras - a democracia participativa -. Esta mesma onda está sendo construída e observada em muitos países democráticos espalhados nos continentes.

O novo milênio, marcado pelas sociedades pós-convencionais de característica multicultural fortalece a criação de inúmeras possibilidades de

instrumentos participativos, conectados aos diversos interesses sociais, que, a cabo das deliberações vitoriosas, oriundas das razões argumentativas livres, arrimadas pela igualdade, podem, pelo consenso, espelhar o ideário de vida social digna alcança.

O princípio democrático procedimental que embasa os contornos de um novo Contrato Social pelo mundo, busca sua efetividade nos diversos instrumentos participativos, dentre eles se destaca o OP por ser, além de uma experiência genuinamente brasileira - que serviu de modelo para experiências alhures, é por excelência um instrumento que se enquadra no espírito do Estado de Direito democrático brasileiro, onde o postulado da democracia participativa se faz presente.

Nesse contexto, o OP destaca-se como possibilidade real de uma cessão da soberania pelos participantes das arenas argumentativas- enquanto resultado de um processo representativo, que na quase a totalidade, são experiências conhecidas e operacionalizadas no nível de Poder local.

*Assim, soberania é cedida a um conjunto de assembleias regionais e temáticas que operam a partir de critérios de universalidade participativa. Todos os cidadãos são tornados, automaticamente, membros das assembleias regionais e temáticas com igual poder de deliberação.*²⁰ O controle externo realizado no curso da experiência do Orçamento Participativo é um viés importante do controle externo social que a cada passagem do tempo se fortalece e por seu turno fortalece a democracia participativa- deliberativa.

Na experiência brasileira, os Conselhos locais ganham também relevo na arquitetura local participativa de abrangência nacional, criando elos institucionais entre cidade e cidadão. No destaque a institucionalização vertical dos Conselhos de saúde mostra a sua força deliberativa.

Não se pode olvidar que as vitórias vivenciadas pelas sociedades que adotam essas ferramentas participativas, em quase todas as experiências, a sua institucionalização, não só pelos regimentos próprios, mas acima de tudo pelas disposições legais que as amparam, constantes nas Leis Orgânicas e as dos Planos Diretores locais, fidelizando os mandatos representativos dos prefeitos que observam seus postulados. Assim, transparência fiscal e participação popular caminham juntas no mesmo sentido - democratizar as relações entre poder

²⁰ AVRITZER, L.; NAVARRO, Z., op.cit, 2003. p.23.

A gestão democrática passa a exigir mudança da burocracia por normas definidas pelos sujeitos capazes de assumir compromissos, organizar espaços coletivos e criar soluções juntamente com os representantes eleitos. *Descentralização para participação.*

Por esse viés, os Conselhos Deliberativos se tornam espaços privilegiados de exercício público possibilitando nova forma e relacionamento entre Estado, Estado de Direito e cidadania, superando as práticas conservadoras de administração pública, passando a adotar a ideia de uma corresponsabilidade entre Governo e sociedade.

Oxalá que essa prática seja perene!

Referências

AMARAL, Claudia Tannus Gurgel do; CARVALHO, Francisco Toniolo de. *Democracia e deliberação: a escolha popular das políticas públicas locais - o caso do orçamento participativo de Porto Alegre*. In: *Revista de Direito da Cidade*. Vol.10, Nº1. DOI:10.12957/rdc.2018.32138. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/32138>.

AVRITZER, L.; NAVARRO, Z. (Orgs.). *A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo*. São Paulo: Cortez, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

DIAS, Nelson. *O orçamento participativo não mudou o mundo. Mas teve sucesso*. Jornal Público. Portugal. 20 de outubro de 2009.

FEDOZZI, Luciano. *Orçamento Participativo: Reflexões sobre a experiência de Porto Alegre*, Porto Alegre, Tomo Editorial e Rio de Janeiro, FASE/IPPUR, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. v. 1- 2, 1997.

Instituto de pesquisa Aplicada. IPEA. <http://www.ipea.gov.br/participacao/destaques/184-ibge>.

Rede Brasileira de orçamento participativo. Disponível em: [http://portugalparticipa.pt/upload_folder/table_data/092d9900-d8b3-4fc8-8ef6-11adaf22a61/files/Apresentação % 20da% 20Rede% 20 Brasileira% 20 de% 20](http://portugalparticipa.pt/upload_folder/table_data/092d9900-d8b3-4fc8-8ef6-11adaf22a61/files/Apresentação%20da%20Rede%20Brasileira%20de%20).

SANTOS, Boaventura de Souza. *Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil*. In: (Org.). *Democratizar a*

democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

WERLE, Denilson Luis. *Razão e democracia: uso público da razão e política deliberativa em Habermas* [ign] [title language="en"] Reason and democracy[ign]: [subtitle] Public use of reason and deliberative politics in Habermas. *Trans/Form/Ação*, Marília , v. 6, n. spe, p. 49-176, 013. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-3173-2013000400010&lng=en&nrm=iso>. Access on 23 Mar. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0101-31732013000400010>.

ESTADO (DEMOCRÁTICO) DE DIREITO: ENTRE TENSÃO, UTOPIA E REALIDADE LATINO-AMERICANA

Pamela Mota Conte Campello

Sumário: Introdução. 1. Estado de direito a partir do império da lei. 2. Estado de direito e democracia: entre tensão e utopia. 3. Estado democrático e realidade fática: um olhar latino-americano. Considerações finais. Referências.

Introdução

O debate sobre Estado de Direito e Democracia ganhou ainda mais espaço nas últimas décadas em razão da adoção do modelo democrático por diversos países, a partir dos períodos de pós-guerra e pós-ditaduras. Nesse cenário, considerando conflitos, lutas e conquistas, foram adotadas normas e garantias contextualizadas num ideal democrático como forma de compensar tais períodos tão cruéis e de respaldar os indivíduos de possíveis violações.

A relação entre Estado de Direito e Democracia, então, ganhou novos contornos e se deu de forma tão intensa que trouxe como resultado a compreensão de ambos os arquétipos, não raras vezes, como automaticamente relacionados ou, até mesmo, como se compartilhassem o mesmo sentido, materializando-se na ideia do Estado (Democrático) de Direito. No entanto, explorar essa conjugação é uma tarefa complexa e, em certa medida, paradoxal, o que se pretende aqui debater.

O ideal democrático pressupõe maior participação e soberania do povo, respaldado por uma série de normas e garantias. Já o Estado de Direito, ou *Rule of Law* – na sua concepção clássica –, não presume diretamente a ideia de democracia e de soberania popular enquanto essenciais, rejeitando hipernomias e se caracterizando apenas pela observação estrita do império da lei e da organização estatal.

Por essa lente teórica, por exemplo, não há correlação entre Estado de Direito e a essencialidade do ideal democrático. Este, quando considerado,

serve como espécie de categoria acessória. Em contrapartida, para autores contemporâneos, que serão abordados ao longo deste estudo, bem como da teoria crítica latino-americana, a partir de uma percepção jurídico-sociológica de perspectiva além do positivismo clássico, atribuem relevância ao contexto histórico que levou a absorção da ideia da democracia como parte essencial do Estado de Direito.

A partir dessas convergências e divergências, questiona-se o quão pertinente é pensar, nos dias de hoje, um Estado (Democrático) de Direito. E para qualquer possível resposta, é necessário conhecer as respectivas especificidades e o percurso que fez com que ambos os arquétipos dialogassem na América Latina, objeto de estudo nesse excerto.

Nesse sentido, o presente estudo explora a conjugação Estado (Democrático) de Direito através de anotações sobre as principais teorias, suas tensões e utopias, bem como da realidade concreta latino-americana, com breves anotações sobre as mobilizações de cunho democrático na Bolívia e Chile, que ensejaram em seus mais recentes processos constituintes. O objetivo é a melhor compreensão da construção da ideia de complementaridade na conjuntura concreta atual, sobretudo nesta região.

Em termos de metodologia, a pesquisa adota caráter exploratório, através de revisão bibliográfica e pesquisa documental, de perfil interdisciplinar que articula Direito e Ciências Sociais. Além disso, parte de leituras clássicas, contemporâneas e latino-americanas críticas acerca do Estado de Direito e Democracia, como arcabouço para melhor compreensão do processo de construção e pertinência da relação entre ambos na atual conjuntura. As fontes primárias são livros e artigos acadêmicos, já as secundárias são os documentos e dados oficiais acerca do Estado de Direito, bem como da realidade democrática da Bolívia e do Chile.

1. Estado de direito a partir do império da lei

Para compreender a complexidade existente na relação Estado de Direito e Democracia, é necessário partir das concepções clássicas do tema e da origem da qual envolve estudos da seara jurídica e das ciências políticas e sociais.

O arcabouço teórico é denso para um estudo ainda em fase exploratória, portanto, o que se propõe nesse tópico são anotações que, de forma breve, sintetizam as ideias das concepções tradicionais e permitem

atingir, com robustez, o tema até os dias de hoje. Nesse sentido, optou-se pela utilização das contribuições mais difundidas acerca do processo evolutivo do Estado de Direito

A ideia de Estado de Direito tem sua origem, até onde se tem nota, na expressão *Rule of Law*, que significa a preeminência do direito, na sua forma literal. Em linhas gerais, remete ao reinado ou poder do direito e, numa visão mais técnica, a uma característica de princípio, constante na constituição inglesa e melhor desenvolvido por Albert Venn Dicey¹.

A ideia de *Rule of Law* da Magna Carta inglesa, em 1215, previa uma série de direitos que impediam prisões, desapropriações e perseguições sem o devido julgamento legal ou seguimento estrito da lei, conforme sintetiza Zoller²:

[...] na Magna Carta de 1215 (cláusula 29), o rei João sem Terra fez a seus barões a seguinte promessa: "Nenhum homem livre será detido, aprisionado, desapossado de seu livre direito de posse, de suas liberdades ou costumes livres, posto fora da lei (*utlagetur*), exilado nem molestado de maneira alguma; e nós não poremos, nem mandaremos pôr a mão sobre ele, a não ser em decorrência de um julgamento legal de seus pares e de acordo com a lei da terra (*by the law of the land*).

Nesses moldes, a ideia de *Rule of Law* foi absorvida como princípio de direito material e consagrou decisões importantes da justiça da Inglaterra, como as prerrogativas do rei passarem a ser submetidas ao direito modificado pelo Parlamento³ e o impedimento de busca e apreensão sem mandado judicial e fundamento jurídico legítimo⁴.

Firmou-se, então, como uma espécie de garantia inovadora e que mudou completamente o paradigma da proteção jurídica dos sujeitos. Sobre a mudança nas prerrogativas da realeza, por exemplo, difere totalmente da ideia predominante anteriormente, da existência de um soberano *supralegem*, de

¹ ZOLLER, Élisabeth. *Estados Unidos (Cultura jurídica)*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. *Dicionário da cultura jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2012. pp. 714-723.

² ZOLLER, Élisabeth. *Estados Unidos (Cultura jurídica)*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. *Dicionário da cultura jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2012, p. 1611.

³ *The Question of Prohibitions (1607) e o poder da justiça do rei*. Um marco para o surgimento da *rule of law* como princípio material de direito, oposto pelo juiz inglês Edward Coke a Jaime I.

⁴ *Entick v. Carrington* (1765).

acordo com os ensinamentos de T. Hobbes⁵, alterando o paradigma, então, para a imposição das regras de conduta também àqueles que detém o poder, no anseio de combater as arbitrariedades colocadas, como muito bem abordado por J. Locke⁶.

Sob essa perspectiva, portanto, há uma grande ênfase na forma positiva do Estado de Direito de interferir em arbitrariedades, sobretudo quando leis ou atos oficiais não são seguidos ou quando são baseados em objeções próprias. É essa ideia que correlaciona, de forma literal, o Estado de Direito à preeminência ou império da lei.

Como aduz Santoro⁷, após o término da Revolução Gloriosa, os ingleses entenderam ter criado o “domínio da lei”, garantindo direitos a partir de um princípio abstrato e capaz de limitar não só o poder do Estado, mas, do governo. Dessa forma, o “domínio da lei”, materializado na ideia de *Rule of Law*, seria a melhor forma de tutelar os indivíduos contra qualquer ação arbitrária. Ainda conforme as palavras do autor, foi partir da lei que o princípio abstrato de *Rule of Law* tornou-se capaz de promover a integração de classes sociais, resolver conflitos e revitalizar a imagem que o direito tinha anteriormente, de maneira a fortalecer a ideia de um Estado de Direito imparcial.

Ao explicar o Estado moderno, Matteucci⁸ também ressalta como a lei se tornou a principal forma de organização da sociedade, mesmo que ainda ligada em características da concepção medieval de proteção de direitos individuais e exigência de justiça. Assim, a criação normativa materializada, primeiramente, nas doutrinas jusnaturalistas e, posteriormente, nas constituições, vem como uma salvaguarda da racionalidade e, também, como instrumento preventivo dos direitos do cidadão.

Já por uma perspectiva mais ampla e atual, Waldron⁹ acrescenta que o império da lei deve ser acompanhado de imparcialidade na aplicação, devido processo legal e a atenção à justiça, em busca de processos mais justos. Assim, inova a concepção clássica, pois atribui a ela, também, ideais políticos como

⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

⁶ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

⁷ SANTORO, Emilio. *Rule of law e “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006: 201- 263.

⁸ MATTEUCCI, Nicola. *Soberania*. In BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 2. 5.ed. Brasília: UNB: 2000, p. 1179-1188.

⁹ WALDRON, Jeremy. *The Concept and the Rule of Law*. Sibley Lecture Series, N. 29, 2008. Disponível em: https://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/29. Acesso em: 10 dez. 2021.

a separação de poderes, responsabilidade de funcionários do governo, transparência de negócios públicos, equidade, entre outros.

Conforme desenvolvido até aqui, percebe-se que a origem da “preeminência do direito” envolve a observação estrita da lei enquanto requisito essencial e, mais recentemente, questões políticas. No entanto, notadamente há uma pluralidade de narrativas que surgiram ao longo dos anos das quais se diferem ainda mais dessa concepção originária e mais restrita.

Com lentes mais atuais, se passou a considerar, a partir de um processo evolutivo, outras questões estabelecidas historicamente e permeadas numa principal categoria: a Democracia. Assim, as temáticas dos direitos humanos, vulnerabilidades, subdesenvolvimento, dependência econômica, conflitos locais, entre outros, levaram a assimilação desse ideal democrático atrelado ao Estado de Direito. Nesse sentido, indaga-se, é possível e, se positivo, como lidar com as tensões desse Estado (Democrático) de Direito? Tal questionamento baseia o próximo tópico.

2. Estado de Direito e democracia: entre tensão e utopia

A ideia de democracia surge como um paradoxo dentro do arquétipo de um Estado de Direito ancorado no império da lei. Isso porque o sistema democrático interliga-se com a ideia de maior participação popular, ao passo que o império da lei atribui centralidade ao caráter normativo, sem essencialmente prescrever como essencial o ideal democrático e participativo.

O Estado de Direito clássico, positivista e formalista não adota hipernomias que transcendam as características da preeminência da lei, a publicidade e imparcialidade. Logo, de bom tamanho estão tais requisitos, sendo qualquer aspecto diferente desses uma inovação da contemporaneidade. São essas tensões que vêm à tona no debate sobre a democracia incorporar-se ao Estado de Direito, e isso se dá não só pela “inovação” da relação, mas, também, pelo próprio arranjo democrático ser demasiadamente complexo.

Holmes¹⁰ ressalta que o conceito de democracia, numa sociedade que possui direitos fundamentais, é essencialmente paradoxal. O autor sustenta que a democracia não deve ser vista apenas como o governo do povo, mas, sim, como o governo do povo a partir de determinações pré-estabelecidas. Há

¹⁰ HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.

essa limitação da democracia, em certa medida, porque o povo não seria inabalável e tampouco possuiria virtude inquestionável que justificasse uma confiança inquestionável em suas decisões. Inclusive, tais decisões poderiam vir a causar o mal para eles próprios ou para a sociedade, que talvez só venham a ser entendidas somente anos depois.

Por esse entendimento, todo cuidado é pouco, posto que a confiança na opinião popular, pelo ideal democrático irrestrito, enseja cautela. Curiosamente, no entanto, seria justamente essa possibilidade de limitação que manteria a democracia viva, pois a vontade de participar é restringida e, portanto, mais selecionada e qualitativa. A restrição da participação popular seria razoável principalmente sobre algumas temáticas tidas como mais complexas e de difícil consenso. Sendo limitada a participação nesses casos “complexos”, seria possível direcionar o debate popular para pautas “mais fáceis” de serem resolvidas coletivamente, sem culminar na autodestruição da própria democracia¹¹.

Notadamente, se trata de uma concepção que limita o povo no controle do poder político, direcionando este principalmente para as instituições, que são submetidas a uma interpretação constitucional.

Nesse sentido, sem dúvidas é necessário reconhecer a importância do fortalecimento do campo institucional, sobretudo, na salvaguarda de direitos fundamentais e consolidação do Estado. No entanto, quando tal fator se origina da mitigação da soberania popular cumpre ressaltar que não necessariamente significará o fim de posturas inadequadas também desempenhadas pelos operadores das instituições. Em síntese, tal como o povo pode não possuir postura inabalável e inquestionável durante todo o tempo, é possível; também; que demais operadores do direito incorram no mesmo equívoco.

Entre concordâncias e divergências, Waldron¹² também sustenta que a democracia é um direito, mas, que o seu exercício deve ser razoável. Tal como o exemplo anterior, o autor também parte de uma concepção cautelosa sobre a soberania popular, compreendendo a sua relativização a depender de outros direitos, pois democracia não é algo absoluto. Sob a perspectiva waldroniana, no arranjo social sempre alguém sairá satisfeito e alguém

¹¹ HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.

¹² WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

reclamará de injustiça, e essas são as características típicas da democracia que a tensionam e sustentam, ao mesmo tempo.

Apesar dessa característica de “via de mão-dupla”, quando de frente para controvérsias, diferentemente do que propôs Holmes anteriormente, Waldron¹³ acredita que a solução não é a retirada das pautas complexas do debate, mas, sim, a sua submissão à decisão popular ou aos seus representantes. Pautas como o aborto e religião – exemplos utilizados por Holmes como temas complexos demais para serem debatidos e capazes de colocar em risco a democracia –, são necessariamente questões a serem consideradas pelo crivo popular, sob pena de se ferir o ideal democrático.

A partir da lente teórica waldroniana, o medo da autodestruição da democracia, justificado pelos debates complexos que ensejariam em discussões intermináveis, reivindicações em massa e consequentes hipernomias, jamais pode ser maior do que a vontade de justiça. Principalmente porque o desacordo nada mais é do que o exercício da democracia em sua melhor forma.

Ainda na esfera das tensões, há quem pense na democracia como intrínseca ao Estado de Direito, principalmente por uma questão histórica e jurídico-sociológica.

Nesse aspecto, cabe trabalhar a importante concepção de Elías Díaz¹⁴, da qual o Estado de Direito é a institucionalização da democracia. Por essa lente, não bastam declarações e ordenamentos de uma visão positivista e formalista, pois a atualidade do mundo globalizado necessita de direitos efetivos, instituições ativas e coerentes, bem como, exigências éticas de direitos fundamentais.

Díaz¹⁵ aponta que há uma relação fundamental entre Estado de Direito e Democracia que se dá a partir de um processo histórico de legitimação e que exige o reconhecimento de direitos humanos e, consequentemente, de questões éticas, sociais, econômicas, entre outras. Afirma, ainda, que o Estado de Direito serve aos direitos humanos, pois constituem a sua razão de ser, sendo esse fator, aliado com a democracia, o que caracteriza um Estado como Estado de Direito, em cada tipo de sociedade. Dessa forma, democracia e

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Nº 5, *Cuadernos para el Diálogo*. Madrid: Taurus, 1998.

¹⁵ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y derechos humanos*. In: *Ensaio jurídicos em memoria de José María Cajica C.* v. 1, Mexico: Puebla, 2003, p. 219-237.

direitos humanos surgem como dois elementos de identificação para o reconhecimento de um Estado de Direito. Sem estes elementos, não há que se falar em Estado de Direito.

Por essa visão conectada com pressupostos históricos e sociais, é colocada uma conexão aberta entre o ideal democrático e todas as suas exigências. Díaz¹⁶ considera que a democracia é essencial e, juntamente a ela, uma série de fatores que auxiliam na construção desse escopo também são. Em síntese:

[...] el Estado de Derecho, así básicamente concebido, es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la Modernidad (de la Ilustración) como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico y, unido a ello (como siempre ocurre), también de carácter ético y cultural.

Portanto, para além da perspectiva positiva e descritiva, por esta concepção, o Estado de Direito possui, também, um lado prescritivo de formulação ética, não linear, tampouco mecânico. Essa concepção aberta absorveu, historicamente, exigências ao longo dos anos, razão pela qual aumentou-se o leque de proteções, direitos e liberdades, garantindo diversas especificidades que não podem mais restarem ignoradas nos dias atuais.

É com base nesse entendimento que o autor explica que as teorias positivistas, clássicas e formalistas sobre o Estado de Direito o reduzem e enfraquecem nos dias atuais. A readequação e as variações sociais sobre a sua compreensão são necessárias para a razão crítica, de forma a correlacionar princípios éticos, exigências políticas e construções jurídicas ao Estado de Direito. Por essa concepção, apenas a democracia aproxima realidade e processo de decisão ética, de autonomia moral, com maior possibilidade de realização de autonomias pessoais com bem coletivo. Pelas mesmas razões, Díaz¹⁷ define que o sistema democrático é mais ético e justo pois detém coerência interna.

¹⁶ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Nº 5, Cuadernos para el Diálogo. Madrid: Taurus, 1998, p. 204.

¹⁷ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y derechos humanos*. In: *Ensaïos jurídicos em memoria de José María Cajica C.* v. 1, Mexico: Puebla, 2003, p. 219-237.

O autor chama esse movimento de utopia racional, justamente por entender que os problemas originados no Estado Social, que levaram ao seu declínio e culminaram na ascensão do neoliberalismo, podem ser reduzidos com a adoção de novas diretrizes, impensadas no modelo anterior, mas possíveis, agora, a partir do esforço de todos.

Dentre as diretrizes pensadas por Díaz¹⁸ para a efetivação de um Estado Democrático verdadeiramente efetivo e que parta do plano utópico com doses de racionalidade, estão: (i) intervenção qualitativa e seletiva do Estado, com revisões e correções (diferente de uma intervenção quantitativa que estávamos acostumados); (ii) esforços para construir valores mais democráticos de uma sociedade civil mais sólida e forte, operando em plenitude e não só em determinados setores; (iii) confluência no campo da economia entre o setor público e o setor privado, cada um com maior ingerência no que melhor pode atingir, com função seletiva e qualitativa; (iv) e a prática os direitos de terceira geração, compreendendo as categorias: minorias: mulheres, LGBTQIA+, imigrantes, idosos, crianças, meio ambiente, paz, desenvolvimento, indígenas.

Notadamente é uma concepção que diverge das teorias da perspectiva clássica tradicional e, até mesmo, das contemporâneas. Não à toa é considerada como utópica pelo próprio autor, pois, notadamente, não-hegemônica. Nessa lente teórica, o principal expoente da razão de ser do Estado de Direito é ancorado no viés democrático e nos direitos humanos para a proteção e realização de direitos fundamentais.

Atingir esse ideal só é possível através da participação de todos nas tomadas de decisões, aliadas aos requisitos “originais” como a ideia de império da lei e organização estatal, bem como a uma Constituição, desde que, também, como expressões da vontade popular¹⁹.

Essa percepção mais aberta e histórica do Estado de Direito, aliada com a preocupação de uma possível ascensão e retorno aos moldes neoliberais é compartilhada por Costa²⁰. O autor entende que a retomada de uma ordem constitucional pré-fascista, com mera restauração de legalidade, preeminência do direito pelo direito, é reduativa. Principalmente porque o Estado de Direito,

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ COSTA, Pietro. *O Estado democrático de direito: uma introdução histórica*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

agora, considerando a realidade contemporânea, demanda uma projeção muito maior do que a vista na concepção oitocentista.

Para Costa²¹, o Estado de Direito dos dias atuais demanda intervenções de engenharia constitucional, para além da legalidade através dos princípios kelsenianos. Assim, está mais conectado aos sujeitos e seus direitos, principalmente os direitos sociais, ganhando uma nova faceta que impede qualquer identificação com modelos clássicos formalistas, voltados apenas para lei ou à ideia de “liberdade-propriedade”.

Nesse sentido, Costa²² e Díaz²³ dialogam, pois consideram que as mudanças ocorridas historicamente ensejaram em novas prescrições à ideia de Estado de Direito. Qualquer retorno ao modelo anterior, mais restrito, configuraria um passo atrás na ressignificação construída no Estado (Democrático) de Direito. O primeiro autor ainda explica que a relação entre Estado de Direito e Democracia não é sequer tão nova assim, pois Heller²⁴ já propunha essa interligação em sua época, preocupado principalmente com os aspectos econômico-capitalistas que poderiam corromper a legitimidade democrática e favorecer apenas as classes dominantes.

A problemática é um debate importante. Principalmente porque, a partir do surgimento de direitos pétreos e irrefutáveis, a reflexão sobre quem verdadeiramente tem o poder de criá-los e demandar sua obrigatoriedade ganhou novos contornos, demandando uma crítica aos detentores do poder e a ideia de democracia que integre todos os sujeitos em equidade.

Após serem apresentadas as perspectivas sobre tensão e utopia, a percepção crítica proposta por Laquière²⁵ é interessante de ser abordada quando da ideia de complementaridade de Estado de Direito e Democracia: é necessária uma nova reflexão acerca dos direitos e garantias, sem ensejar no rompimento com uma abordagem histórica.

Nessa lente teórica, apesar de importante, seria preciso frear a hipernomia de uma multidão de direitos fundamentais posto que nem tudo pode ser fundamental pois, a partir disso, nada mais o seria. Assim, o autor se preocupa com o fato de que, quanto mais fundamental, maiores podem ser os

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Nº 5, *Cuadernos para el Diálogo*. Madrid: Taurus, 1998.

²⁴ HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992.

²⁵ LAQUIÈZE, Alain. *État de droit e soberania nacional na França*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006: p. 338- 378.

riscos de coalisão de direitos fundamentais e necessidade de relativização. Na busca de uma solução, então, atribui mais uma tensão na relação Estado de Direito e Democracia, mas sem propor o resgate da visão oitocentista.

Isso se dá porque muito embora observe com cautela a multidão de direitos fundamentais, Laquière²⁶ acredita, também, que nos dias atuais o Estado de Direito para ser efetivo demanda uma abordagem histórica aliada aos acontecimentos sociais que ensejaram em novos direitos. Portanto, ressalta que a democracia é, sim, compatível com o Estado de Direito, na medida em que o diálogo, os direitos fundamentais, as instituições, são os pilares que o mantêm de pé.

A história ensinou na importância da modificação das concepções clássicas do Estado de Direito para um caráter mais aberto e histórico. Conflitos, lutas, resistências, ensejaram num sistema democrático que ressignificou toda a experiência do real. Na América Latina, o apelo popular, os movimentos sociais e as reivindicações da sociedade, têm um grande papel na difusão dessa nova ideia que traduz o indivíduo como ator social e aumenta o alcance das categorias jurídicas objetos desse estudo, conforme é demonstrado no próximo tópico.

3. Estado democrático e realidade fática: um olhar latino-americano

A proposta de compreender a complexa relação entre Estado de Direito e Democracia também perpassa pela realidade concreta da América Latina e suas teorias libertadoras críticas. Conforme aduzem Bragato e Castilho²⁷, essa é uma tentativa de giro descolonial, proposta por Santiago Castro-Gómez, para provocar a inserção do pensamento latino-americano como perspectiva direcionadora.

Considerar a riqueza de elementos teóricos e práticos da conjuntura latino-americana pode permitir a melhor compreensão da complementaridade colocada, sobretudo, por lentes teóricas próprias que consideram ancestralidade, cultura e resistência da região.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ BRAGATO, Fernanda F.; CASTILHO, Natalia. M. *A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano*. In: BELLO, Enzo; VAL, Eduardo Manuel Val (Orgs.). *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: EDUCS, 2014, p. 11-26. Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/pensamento_pos.pdf. Acesso em 10 dez. 2021.

Em um cenário político de instabilidade, a América Latina engloba com muita particularidade o sistema democrático. Isso porque, conforme denotam Sousa Júnior e Escrivão Filho²⁸, em sua história arrolam-se lutas contra opressões políticas, econômicas, étnicas, raciais e de gênero, desde a colonização europeia e que influenciam diretamente toda a estrutura sistemática de direitos.

Portanto, conforme também descrevem os autores, a conquista da democracia na região vem carregada de conflitos e processos de luta, dos quais novos sujeitos coletivos trazem consigo o anúncio de novos direitos. No mesmo sentido, complementa Bello²⁹, ao entender que surgem, historicamente, “novos direitos a personagens antigos, e de direitos antigos a novos personagens”. É por essa complexa motivação que a máxima do Estado de Direito ganha maiores contornos.

Por essa lente, a definição de Estado de Direito não se configura apenas pelos requisitos da origem na *Rule of Law*, do império da lei e organização estatal. O ponto chave no contexto da região é que o direito engloba todo um processo de resistência, em diferentes esferas, das classes espoliadas e grupos oprimidos. Na definição de Lyra Filho³⁰, “o Direito está no processo global e sua resultante”.

Ainda segundo a teoria lyriana, para compreender a realidade é necessária a interação dialética entre estabilidade, harmonia e consenso, bem como pela mudança, conflito e coação, razão pela qual adota uma lente que se nega a assimilar uma práxis meramente baseada em formas jurídicas objetivas, pré-definidas e estáticas em textos positivados. Dessa forma, busca na realidade fática as possíveis respostas para as concepções e ressignificações das categorias jurídicas.

Nesse sentido, parte-se para breves anotações das reivindicações populares da Bolívia (2009) e do Chile (2019-vigente) que ensejaram em seus mais recentes processos constituintes e emblemáticos em termos de entendimento da absorção da ideia de democracia num Estado de Direito mais justo e efetivo. Tal contextualização é crucial para a compreensão das

²⁸ SOUSA JUNIOR, José Geraldo; ESCRIVÃO FILHO, Antonio. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

²⁹ BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012, p. 63.

³⁰ LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17ª ed., 14a reimp. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 88.

possíveis motivações da complementaridade e pertinência dessa relação na América Latina.

No entanto, antes de tratá-los de forma específica, é preciso contextualizar brevemente o espaço-tempo de suas conjunturas. Brandão³¹ lembra como o Estado periférico latino-americano é resultado da instrumentalização das nações europeias, de forma que durante um longo período não lhe foi atribuída a ideia de sociedade nacional. Por tais motivos, tal Estado periférico se coloca em subordinação aos interesses das metrópoles, de forma que as instituições jurídicas são, também, uma verdadeira confluência dessa herança colonial.

Leonel Júnior³² aduz que o modelo de Estado e das constituições modernas têm origem nessa relação colonizadora, da qual os pilares das constituições da América Latina e a ideia de democracia acabam tendo, portanto, forte influência da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos. Consequentemente, as categorias jurídicas e políticas da região são baseadas na “liberdade-propriedade” de um “velho constitucionalismo” que apenas cumpria os objetivos das metrópoles, pautado na organização do Estado e sua manutenção – típicos do original *Rule of Law* – e, quando muito, elementos básicos e objetivos de um sistema democrático formal.

Viciano Pastor e Dalmau³³ explicam que essa poderosa carga histórica e conflituosa, desde os anos da colonização europeia, concretizou criações normativas e concepções culturais excludentes e monolíticas em que tudo aquilo diferente do modo eurocêntrico estadunidense era tido como submisso ou irrelevante. Nesse sentido, no final da década de 80, surge a ideia de um giro paradigmático, proposto na Universidade de Valencia, planejado por ambos os autores e que logo refletiu na América Latina.

Na busca de alternativas para as visões hegemônicas, as perspectivas ignoradas ao longo da história no continente passaram a ganhar protagonismo nas manifestações, gerando um verdadeiro movimento libertador que marca o

³¹ BRANDÃO, Pedro. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

³² LEONEL JÚNIOR, Gladstone. *O Novo Constitucionalismo Latino-americano: um estudo sobre a Bolívia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

³³ VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Corte Constitucional do Equador para el período de transición. *El nuevo Constitucionalismo latinoamericano*. 1 ed. Quito, 2010, p. 9- 44.

Novo Constitucionalismo Latino-Americano, pautado num Estado (Democrático) de Direito, como bem explica Brandão³⁴.

É nesse cenário de luta e resistência que Viciano Pastor e Dalmau³⁵ explicam que o processo constituinte da Bolívia acaba por marcar uma experiência emblemática ao ter unido teoria e prática de uma concepção libertadora e revolucionária do direito, da democracia e do constitucionalismo na região.

Leonel Júnior³⁶ ressalta como a nova carta de direitos boliviana, impulsionada por grande comoção popular e por uma perspectiva *desde abajo*, levou a uma grande transformação institucional com a implementação de um Estado plurinacional, a simbiose de valores pós-coloniais e indígenas, a obrigatoriedade da soberania popular em forma de referendo, ratificação para as alterações constitucionais, entre outros.

Esse cenário fez florescer um ideal plenamente democrático, principalmente pela legitimação do protagonismo do povo, numa carta de direitos ampla e no rompimento com uma herança monista hegemônica. Se tem, aqui, uma ideia de democracia enquanto requisito essencial para se pensar em Estado de Direito – muito além das questões meramente formais anteriormente propostas –, para que agora encontre nas ruas e no seu próprio povo, a sua fundamentação.

No mesmo caminho e mais recentemente, se encontra o processo constituinte chileno. Palma³⁷ explica detalhadamente este processo, que em outubro de 2019 surgiu a partir da ida às ruas pela população chilena, que protestava contra o governo vigente reivindicando melhorias no âmbito dos direitos sociais, tais como: acesso à moradia própria, igualdade nos sistemas de seguridade social, educação pública de qualidade, entre outras. Todas as demandas formuladas representam uma crise do modelo neoliberal adotado pela carta constitucional vigente, outorgada durante a ditadura Pinochet.

³⁴ BRANDÃO, Pedro. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

³⁵ VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. In: *Gaceta Constitucional*, no 48, 2011. pp. 307-328.

³⁶ LEONEL JÚNIOR, Gladstone. *O Novo Constitucionalismo Latino-americano: um estudo sobre a Bolívia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

³⁷ PALMA, Eric Eduardo. *Notas sobre o processo constituinte chileno 2019-2020*. *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 7, Núm. 16, jan./abr., 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45397/26046>. Acesso em: 28 out. 2021.

Couso³⁸ esclarece que esse momento de busca por transformação fez o povo chileno clamar por uma nova assembleia constituinte que, diante de tamanha mobilização, foi assinada pelos partidos políticos do país em novembro de 2019, no Acordo Pela Paz Social e a Nova Constituição, estabelecendo regras para a elaboração de um novo texto constitucional.

Trata-se de um processo em curso que retira os grupos vulneráveis do encobrimento da opressão e os coloca como pilar de uma mudança democrática. Por exemplo, o protagonismo da luta das mulheres é evidente, dada a presença de 2 milhões delas nas ruas, em protesto, em contraposição aos dados da típica da opressão sofrida, como a baixa participação laboral, de cerca de 36% no país, e a presença ainda pequena no poder político, com cerca de menos de 20% de ocupação em cargos no Congresso chileno³⁹.

Pela influência das ruas e da mobilização popular, a Lei n. 21.216/2020 previu a possibilidade de uma Convenção Constitucional composta por 155 pessoas, integralmente eleitas em um sistema paritário, isto é, com o mesmo número de mulheres e homens. É a primeira vez que uma Constituição pôde ser elaborada por mulheres e homens, igualmente.

Palma⁴⁰ alerta que se está diante de uma mudança simbólica, na intenção de um novo paradigma do Estado de Direito a partir de uma perspectiva não pensada exclusivamente por homens ou pelo viés neoliberal. É a possibilidade de uma agenda que considera as pautas reivindicadas pelos movimentos sociais e os mais vulneráveis como base para um sistema plenamente democrático.

Os exemplos de ambos os países não se tratam de democracias relativizadas, como mencionadas em tópico anterior, mas de uma relação viva entre o povo e o direito. Observando Bolívia e Chile é possível considerar denominadores comuns, como o protagonismo do povo, a relevância dos direitos dos vulneráveis e a necessidade de um Estado que proteja a democracia – não aquela originária liberal, que era um grande acordo entre os dominantes, mas a democracia da soberania popular –, que integra a todos os

³⁸ COUSO, Javier. *A construção da "privatopia": o papel do direito constitucional na experiência neoliberal radical do Chile*. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 6, n. 15, p. 137-152, 2019. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/909>. Acesso em: 28 out. 2021.

³⁹ *Os dados mencionados podem ser encontrados em matéria do veículo de informação Jornal O Globo*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/celina/chile-tera-primeira-constituicao-do-mundo-construida-de-forma-igualitaria-24712000>. Acesso em 28 dez. 2021.

⁴⁰ PALMA, Eric Eduardo. *Notas sobre o processo constituinte chileno 2019-2020*. *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 7, Núm. 16, jan./abr., 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45397/26046>. Acesso em: 28 out. 2021.

sujeitos sem hierarquias, pelos princípios da organização social da liberdade que os salvaguarda por uma série de direitos que consideram suas especificidades.

Nesse sentido, sintetizam os autores Sousa Junior e Escrivão Filho⁴¹:

Eis o ponto chave do constitucionalismo popular que emerge desde a América Latina: a noção de um poder constituinte que, ao contrário da teoria constitucional clássica, ao invés de se volatilizar em um conceito essencialmente abstrato de soberania popular, vem converter a ideia de soberania em poder popular cotidiano, dotado de capacidade instituinte de direitos que se enunciem como os princípios da legítima organização social da liberdade. [...] Que transforma comunidades subalternizadas em movimentos sociais organizados frente a negação de direitos e violações sistemáticas de direitos humanos.

Explorar as categorias Estado de Direito e Democracia pela realidade latino-americana não é uma das tarefas mais fáceis, contudo, a complexidade e originalidade desse processo podem ser um sopro de vida em momentos de descrédito político e nas instituições, que rondam a região de tempos em tempos.

Para além dos aspectos objetivos e formais, a contemporaneidade demanda um olhar acurado para as reivindicações e os sujeitos que compõem a realidade. Sem essa assimilação, se pode cair num campo normativo acrítico e sem lastro histórico, capaz colocar em risco a própria legitimidade democrática e a segurança jurídica, ensejando, talvez, num colapso a longo prazo, por tornar-se obsoleto no tempo.

Assim, observar que a realidade mudou os rumos do Estado de Direito, agora mais amplo, é uma tendência que vem se firmando. O alinhamento com o processo evolutivo da sociedade é crucial para que sua efetividade e pertinência se mantenham, agora abarcadas pela ideia da complementaridade.

⁴¹ SOUSA JUNIOR, José Geraldo; ESCRIVÃO FILHO, Antonio. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 146.

Considerações Finais

O presente estudo buscou, a partir de uma análise da ideia de *Rule of Law*, as tensões com o ideal democrático e o olhar para a América Latina, compreender a complementaridade entre Estado de Direito e Democracia que se coloca na atualidade.

Não se buscou ignorar a importância desde a origem do Estado de Direito e as teorias clássicas, pelo contrário, o entendimento da sua formação e a acumulação histórica de novos ideais e direitos são cruciais para a compreensão desse processo evolutivo, conforme demonstrado ao longo do desenvolvimento do estudo.

Pensar e operacionalizar as tensões e utopias, bem como a realidade, faz parte do processo de apreensão de um modelo de Direito enquanto processo de luta e da Democracia enquanto requisito fundamental do Estado de Direito – junto com o seu rol de garantias.

O histórico da América Latina ressalta como ambos os arquétipos se interligaram ao longo dos anos, de modo que, nos dias de hoje, separá-los seria como dar um passo atrás em diversas conquistas de povos periféricos.

Portanto, um dos principais méritos de se atribuir um olhar também latino-americano para a história do Estado de Direito, através das suas reivindicações e processos constituintes, é a assimilação de como as ações dos “de baixo” e a práxis dos movimentos populares marcam a ressignificação do Estado de Direito interligado com a Democracia. Se trata de uma relação ainda complexa, porém, mais aberta, não estática, crítica, plural e histórica, no anseio de uma experiência humana cada vez mais plenamente democrática e legítima.

Referências

- BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.
- BRAGATO, Fernanda F.; CASTILHO, Natalia. M. *A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano*. In: BELLO, Enzo; VAL, Eduardo Manuel Val (Orgs.). *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: EDUCS, 2014, p. 11- 26. Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/pensamento_pos.pdf.

BRANDÃO, Pedro. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

COSTA, Pietro. *O Estado democrático de direito: uma introdução histórica*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUSO, Javier. *A construção da "privatopia": o papel do direito constitucional na experiência neoliberal radical do Chile*. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 6, n. 15, p. 137-152, 2019. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/909>. Acesso em: 28 out. 2020.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Nº 5, *Cuadernos para el Diálogo*. Madrid: Taurus, 1998.

_____. *Estado de derecho y derechos humanos*. In: *Ensaio jurídicos em memória de José María Cajica C*. v. 1, Mexico: Puebla, 2003, p. 219-237.

HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.

LAQUIÈZE, Alain. *État de droit e soberania nacional na França*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006: p. 338- 378.

LEONEL JÚNIOR, Gladstone. *O Novo Constitucionalismo Latino-americano: um estudo sobre a Bolívia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17ª ed., 14ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MATTEUCCI, Nicola. *Soberania*. In BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 2. 5.ed. Brasília: UNB: 2000, p. 1179-1188.

O GLOBO. *Chile terá primeira constituição do mundo construída de forma igualitária*. 25/10/2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/celina/chile-tera-primeira-constituicao-do-mundo-construida-de-forma-igualitaria-24712000>. Acesso em 28 dez. 2021.

PALMA, Eric Eduardo. *Notas sobre o processo constituinte chileno 2019-2020*. Revista Culturas Jurídicas, Vol. 7, Núm. 16, jan./abr., 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45397/26046>. Acesso em: 28 out. 2020.

SANTORO, Emilio. *Rule of law e “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006: 201- 263.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo; ESCRIVÃO FILHO, Antonio. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, 255 p.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *Fundamentos teóricos y prácticos del nuevoo constitucionalismo latinoamericano*. In: *Gaceta Constitucional*, no 48, 2011. p. 307-328.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Corte Constitucional do Equador para el período de transición. *El nuevo Constitucionalismo latinoamericano*. 1 ed. Quito, 2010, p. 9-44.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. *The Concept and the Rule of Law*. Sibley Lecture Series, N. 29, 2008. Disponível em: https://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/29. Acesso em: 10 set. 2020.

ZOLLER, Élisabeth. *Estados Unidos (Cultura jurídica)*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. *Dicionário da cultura jurídica*. Martins Fontes: São Paulo, 2012. p.714-723.

ESTADO DE DIREITO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ENTRE APROXIMAÇÕES E TENSÕES

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Umberto Abreu Noce

Sumário: Introdução. 1. Análise econômica do direito – o que é? 1.1. Principais fundamentos da Análise Econômica do Direito. 2. Estado De Direito – Em busca de um conceito. 2.1. Sobre a substancialidade do Estado de Direito. 3. Análise Econômica e Estado De Direito – Entre tensões e aproximações. 3.1. A certeza do Direito e a segurança jurídica como essenciais para Análise Econômica do Direito. 3.2. As tensões entre a AED e o Estado de Direito. Considerações finais. Referências.

Introdução

A Análise Econômica do Direito vem angariando adeptos e críticos no debate jurídico brasileiro em considerável velocidade. Se há aqueles que a veem como ferramenta quase revolucionária para se repensar o Direito, existem também os que a compreendem como verdadeira ameaça ao ordenamento jurídico e ao Estado de Direito. É neste debate que se insere o presente texto, quando se procura inicialmente apresentar o que seria a Análise Econômica do Direito, suas principais características e, ao final, seus elementos de aproximação e tensão com o Estado de Direito.

Assim, inicia-se o trabalho com uma breve apresentação da Análise Econômica do Direito, suas principais características e fundamentos, tais como o individualismo metodológico, o racionalismo, a escassez e a eficiência. Em seguida, traz-se uma apresentação de diversos autores sobre o conceito de Estado de Direito, apontando-se seus elementos mínimos e as dificuldades em defini-lo.

Debate-se também, ainda sobre o tema, se há ou não um núcleo mínimo que deva constar como conteúdo de um ordenamento jurídico para poder se falar em Estado de Direito; ou se apenas alguma de suas

características, tais como a certeza do Direito e sua imposição a todos – inclusive ao Estado – é suficiente para sua caracterização. Com efeito, aposta-se aqui perspectiva de haver um aspecto substancial do Estado de Direito, de sorte a não ser possível se falar em sua realização senão observado um feixe mínimo de Direitos e características essenciais.

Ao final, põe-se em destaque alguns dos elementos de aproximação e tensão da Análise Econômica do Direito com o Estado de Direito. É certo que de um lado há aspectos de profunda aproximação entre ambos os fenômenos, tais como a certeza do Direito, a valorização do indivíduo, a submissão de todos às normas jurídicas; por outro lado existem focos de tensão, sobretudo se a eficiência econômica for pensada como valor central à elaboração, interpretação e aplicação do Direito.

Assim, conclui-se o presente texto com uma breve reflexão sobre as inegáveis contribuições mútuas entre a Análise Econômica e o Estado de Direito, e com o alerta de que a primeira não pode implicar mitigação do segundo, sob pena de sua redução a um mero meio de eficiência econômica.

1. Análise Econômica do Direito – O que é

A tarefa de definir no que consiste a análise econômica do direito (AED) é dificultosa inclusive dentre os seus principais expoentes, que divergem tanto em sua classificação, aplicação, quanto em relação à sua natureza jurídica. Neste sentido, a tarefa que se pretende realizar neste capítulo consistirá em uma breve apresentação do tema, com suas principais definições, abordagens e características.

Ejan Mackaay e Stéphane Rosseau, em obra já clássica e na qual objetivaram aprofundar a aplicação da análise econômica do direito para países de tradição *Civil Law*, ora a apresentam como ferramenta analítica, ora a descrevem como escola de pensamento¹. Acerca de suas características, são expressos ao pontuá-la como elemento de releitura do direito a partir de abordagens próprias de ciências auxiliares, com destaque para as ciências econômicas e o princípio de eficiência².

Acrescentam que as ciências auxiliares são capazes de “oferecer ao jurista um mínimo de conhecimento sobre a ação humana de forma a,

¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2.ed. São Paulo: atlas, 2020, p. 11.

² Op. Cit p. 7.

sutilmente, refinar sua intuição³”. Extraindo a racionalidade econômica de todo o direito, desde sua elaboração até sua aplicação, e em todas as áreas, essas ciências visam a “explicitar a lógica, nem sempre consciente de quem decide, e que não se traduz expressamente nos motivos das decisões.”⁴ Assim, o objetivo central da AED seria o de, com o auxílio precípua das ciências econômicas, estabelecer um direito eficiente sob o ponto de vista de geração de riquezas, e para tanto o jurista deveria ser munido de ferramentas fornecidas por outras áreas do saber.

Na mesma linha, Robert Cooter e Thomas Ulen a caracterizam como uma escola de pensamento e atribuem o seu sucesso a supostamente ter encontrado “um nicho vago na ‘ecologia intelectual’ do direito e rapidamente o preenchido⁵”. Partem do pressuposto de que a lei, o direito, seria uma obrigação garantida por uma sanção estatal e, neste sentido, deveria se analisar como esta sanção afetaria o comportamento individual e social⁶.

Considerando que as sanções estatais se equivaleriam a preços, estes autores presumem que as pessoas reagirão à sua existência tal como se comportam diante do preço de um bem, de modo a praticar mais ou menos determinada conduta em razão do impacto da sanção, do mesmo modo como agiriam diante de um aumento ou redução de um preço⁷. Desse modo, apontam que as ciências econômicas são capazes de fornecer a base científica necessária que faltava ao direito, de modo a tornar possível – e científica – a predição de comportamentos sociais, tarefa até então supostamente relegada à intuição pelos juristas⁸.

Alejandro Bugallo, por sua vez, define-a como um movimento, caracterizado da seguinte forma:

O movimento caracteriza-se pela aplicação da teoria econômica na explicação do direito, especificamente pela aplicação das categorias e instrumentos teóricos da teoria microeconômica neoclássica, em geral, e de um de seus ramos desenvolvidos neste século, a Economia do Bem-

³ Op. Cit. p 7

⁴ Op. Cit. p 8.

⁵ “Vacant niche in the ‘intellectual ecology’ of the law and rapidly filled it”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6th. Edition. Pearson: London, 2011, p. 3.

⁶ Op. Cit. p 3.

⁷ Op. Cit. p. 3

⁸ Op. Cit. p 4.

estar, em particular, na explicação e avaliação das instituições e realidades jurídicas.⁹

Assim como os demais autores tratados acima, Bugallo sustenta que pela AED objetiva-se estudar como o direito influencia no comportamento das pessoas e, principalmente, defende ser esta influência sobretudo de ordem econômica. Refuta qualquer perspectiva de autonomia do direito, sendo este formado e informado por conceitos de ciências econômicas, de modo a inserir no debate jurídico a temática da eficiência, sua funcionalização e de seu caráter de tecnologia social; e, importante para o presente artigo, afastaria a percepção do direito como ferramenta para obtenção de justiça¹⁰.

Misabel de Abreu Machado e Thomas Bustamante descrevem ser a AED um movimento que pretende, em suma “construir uma teoria ao mesmo tempo descritiva e prescritiva do direito e de sua interpretação, submetendo-os a uma racionalidade econômica que deveria substituir a valoração moral do direito”¹¹. No mesmo sentido, Henrique Avelino Lana e Eduardo Goulart Pimenta, sustentando ser a AED uma verdadeira reformulação do direito de modo a, mediante aplicação de premissas e institutos das ciências econômicas, proporcionar a resolução de questões jurídicas relacionadas à eficiência, custos de seus institutos e impactos de suas intervenções¹². Por sua vez, Emerson Ademir Borges de Oliveira e Jordana Viana Payão a definem como metodologia cuja finalidade é auxiliar na tomada racional e eficiente de decisões jurídicas¹³.

Certo é que algumas conclusões já podem ser atingidas com base nos autores acima destacados. A primeira é que a análise econômica do direito, independentemente de se tratar de ferramenta analítica, abordagem, movimento ou escola do pensamento¹⁴, caracteriza-se pela pretensão de inserir

⁹ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006, p. 52.

¹⁰ Op. Cit. p 53-56.

¹¹ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A análise econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann: breves considerações críticas*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (Impresso), v. s/n, p. 327-352, 2013

¹² LANA, Henrique Avelino; PIMENTA, Eduardo Goulart. *Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil Brasileiro*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (Impresso), v. 57, p. 85-137, 2010, p. 97.

¹³ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir; PAYÃO, Jordana Viana. *Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do Direito*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 21, 2018, p. 204-205.

¹⁴ Sobre o tema, Paulo Caliendo disserta que: “A Análise Econômica do Direito (Law and Economics), portanto, deve ser considerada como uma abordagem e não como uma teoria [ou escola].

no debate jurídico aspectos de cientificidade, sobretudo das ciências econômicas. Além disso, pretendem promover um repensar do direito, inserindo e extraindo a racionalidade econômica e a noção de eficiência em todas as suas etapas. Por fim mitiga-se, sob a ótica da AED, a perspectiva de justiça do direito, reformulando-a pela noção de eficiência – que para alguns pode ser um meio para obtenção de justiça.

1.1 Principais fundamentos da Análise Econômica do Direito

Estabelecida, mesmo de modo bastante breve, o que seria a Análise Econômica do Direito, passa-se a uma também sucinta digressão sobre seus principais fundamentos. Estudar-se-á neste tópico o individualismo metodológico, o racionalismo, escassez e eficiência, todos elementos centrais para a AED.

Falar em individualismo metodológico é dizer que a metodologia de estudo da disciplina ocorre com base na parte, no uno, para compreensão do todo. Significa entender “a ação individual como fonte cognoscitiva para o estudo do contexto coletivo”¹⁵. Parte-se de uma análise do indivíduo, suas preferências, necessidades e visões para, ampliando o escopo, interpretar a sociedade.

Sob esta ótica, são as escolhas individuais que interessam e os fenômenos sociais devem, a partir delas, ser interpretados. Todos as ocorrências coletivas têm como ponto inicial de análise o indivíduo e suas escolhas¹⁶ e, neste sentido, favorecem inclusive a compreensão do melhor delineamento das políticas públicas¹⁷.

Realmente trata-se de uma distinção bem importante entre escolas de pensamento e abordagens ou movimentos. As escolas apresentam de modo geral um conjunto de postulados compartilhados e defendidos por um grupo de pensadores (escola austríaca, institucionalista etc.). Por sua vez as abordagens ou movimentos apresentam um grau mais difuso de postulados comuns ou heterogeneidade na sua agenda de pesquisa.” (CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão Crítica*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.)

¹⁵ SOARES CARVALHO, Vinícius. *Análise Econômica do Direito e sua problemática constitucional*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2015, p. 76

¹⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2.ed. São Paulo: atlas, 2020, p. 41.

¹⁷ SOARES CARVALHO, Vinícius. *Análise Econômica do Direito e sua problemática constitucional*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2015, p. 81.

Assim, para a AED é interpretando as escolhas individuais que se pode analisar a sociedade; esta é a lógica. Em síntese, não é a sociedade que moldaria o indivíduo, mas a soma destes – com suas escolhas – que formariam e explicariam a sociedade¹⁸. Esta característica, inclusive, pode ser compreendida como base das demais que serão aqui trabalhadas, dado que é a partir da visão do indivíduo como centro de fenômenos sociais que se estudará os conceitos de racionalidade, escassez e eficiência.

Por racionalidade para a AED parte-se do pressuposto que os indivíduos são racionais, agem racionalmente e atuam sempre com vistas a, com base nas informações possuídas, maximizar seu bem-estar. Portanto, para a Análise Econômica do Direito a racionalidade é o guia para a ação, de modo que o sujeito pondera seus objetivos, os custos envolvidos, incentivos e desincentivos e, com base nas informações que detém, define qual conduta adotará¹⁹.

Resumem Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau:

Diante de um caso que precisa ser resolvido, a decisão, segundo o modelo da escolha racional, faz a pessoa inventariar os resultados desejados (valores), identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca (opções); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (valorização) e adotar aquela que contribuir mais (escolha). Presumimos que os serem humanos, sem necessariamente seguir tal procedimento, tomam suas decisões como se o fizessem.²⁰

¹⁸ Demonstrando o quanto esta pode ser uma questão problemática para as ciências sociais, tratando da reação de Hayek acerca da obra Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda, Wapshott destaca: “Ele admitiu um sentimento “na altura sentido apenas muito vagamente”, de que o novo trabalho de Keynes era difícil de contrariar porque era uma explicação macroeconômica, em vez de microeconômica do funcionamento da economia. Hayek acreditava que o funcionamento de uma economia só podia ser explicado através da compreensão das inúmeras escolhas individuais que, em conjunto, contribuíam para a economia como um todo. Ele sugeriu que era demasiado difícil expressar adequadamente objeções à abordagem de cima para baixo de Keynes quando os seus contra-argumentos partiam do princípio de que a chave para a compreensão da economia era de baixo pra cima”. (WAPSHOTT, 2012, pg. 196)

¹⁹ SOARES CARVALHO, Vinícius. *Análise Econômica do Direito e sua problemática constitucional*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2015, p. 76.

²⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2.ed. São Paulo: atlas, 2020, p. 31.

Uma vez que os indivíduos são racionais, e são o pressuposto metodológico para compreensão dos fenômenos sociais, resta estabelecida a base conceitual para compreensão dos conceitos de escassez e eficiência. Fala-se em individualismo metodológico e racionalidade como fundamentos para compreensão da ideia de escassez e eficiência em razão de que, para o êxito da AED, é preciso pensar em conceitos universalizáveis,²¹ viáveis somente obtíveis se a metodologia for a mesma e os sujeitos forem igualmente racionais. Neste sentido, considerando a possibilidade de universalização do sentido, escassez e eficiência são absolutamente fundamentais para a ideia da Análise Econômica do Direito por serem os fenômenos das ciências econômicas que trariam o realismo²², o pragmatismo,²³ inerente a esta revisão dos institutos jurídicos.

A escassez advém da compreensão exposta por Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau de que o mundo real não é o paraíso, os recursos são finitos e, portanto, escassos. Em suma, ocorre escassez em relação a uma determinada necessidade quando “não há mais quantidade suficiente para que todos os que a desejam possam obtê-la à vontade”²⁴.

Em outras palavras, a escassez é a percepção realista de que recursos são limitados; inclusive o tempo, a atenção social e política e até sentimentos são, de alguma forma, limitados; e não pode haver análise séria de institutos jurídicos que não considere esta imposição prática²⁵. No entanto, muito embora admitam que a noção de escassez é sempre relacional e subjetiva²⁶, o seu conceito central, como imposição de uma realidade material ao direito, deve ser compreendido de modo universalizável. É estabelecer que o direito, tal como toda e qualquer área do conhecimento teórico e prático, lida com bem escassos e deve operar sempre com base nesta premissa.

Além disso, considerando o indivíduo e suas decisões racionais, é levando em conta a finitude dos recursos que as decisões serão tomadas, seja

²¹ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir; PAYÃO, Jordana Viana. *Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do Direito*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 21, 2018, p. 208.

²² ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações*. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, jul./dez. 2006, p. 53.

²³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2.ed. São Paulo: atlas, 2020.

²⁴ *Ibid.* P. 29.

²⁵ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. WMF Martins Fontes: São Paulo, 2019, p. 75.

²⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2.ed. São Paulo: atlas, 2020, p. 33-36.

em âmbito individual²⁷ ou, aplicando fundamento do individualismo metodológico, nas definições sociais e estatais diante de escolhas, não raro trágicas, a serem adotadas²⁸:

A ideia de escassez traz consigo a noção de *trade-off*. Sem tradução exata para português, podemos dizer que a alocação de recursos escassos envolve, simultaneamente, a escolha *do que atender e do que não atender*. Preferir empregar um dado recurso para um dado fim significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com recurso que está sendo consumido, em todas as demais direções possíveis.²⁹

E por serem os bens naturalmente escassos, impõe-se à adoção de escolhas a noção de eficiência. Trata-se a eficiência de conceito econômico que, dada sua relevância, foi inclusive incorporado por emenda ao Texto Constitucional Brasileiro quando se determinou ser princípio imposto à atuação da Administração Pública³⁰.

Considera-se eficiente uma medida em que não seria possível conseguir um resultado melhor utilizando os mesmos meios, ou atingir semelhante resultado, porém utilizando meios mais baratos³¹. É, em suma, a melhor alocação possível de recursos escassos.

Esta noção aparentemente simples de eficiência esconde algumas dificuldades maiores em sua definição. A primeira dificuldade é compreender se eficiência seria um meio ou um fim; busca-se eficiência para atingimento de um determinado fim socialmente desejado, ou a eficiência é, por si só, o fim pretendido? Este questionamento será novamente abordado quando se tratar sobre as aproximações e tensões entre AED e Estado de Direito.

²⁷ *Ibid.* p. 25.

²⁸ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir; PAYÃO, Jordana Viana. *Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do Direito*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 21, 2018, p. 215.

²⁹ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há direitos acima do orçamento?* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 101.

³⁰ SOARES CARVALHO, Vinícius. *Análise Econômica do Direito e sua problemática constitucional*. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, 2015, p. 90.

³¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6th. Edition. Pearson: London, 2011, p. 13.

O segundo problema desta conceituação de eficiência é a definição do *standard* de eficiência, de qual padrão deve ser tomado para seu atingimento ou não. Sobre o tema, duas teorias se destacaram na AED, a de Pareto e a de Kaldor-Hicks.

De modo bastante breve, para Pareto uma medida é considerada eficiente se, ao trazer benefícios para uma determinada pessoa ou grupo de pessoas, ao menos não diminua o benefício dos demais não diretamente envolvidos naquela medida. Em outras palavras, a melhora trazida para uns não pode se dar com base na perda de outros. Por sua vez, para a teoria de Kaldor-Hicks determinada medida será eficiente se os ganhos que trazer a um indivíduo ou grupo forem relevantes a ponto de superar as perdas eventualmente trazidas a outros. Em síntese, em uma somatória os benefícios superariam as perdas:

primeiro é mais usual, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos para aqueles que lhes atribuem maior valor. Portanto, seria a troca em que numa determinada sociedade alguém tivesse sua condição melhorada sem que houvesse a piora na condição de outrem. Outrossim, o segundo critério, de Kaldor e Hicks, parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica, as eventuais perdas sofridas por alguns³²

A medida de ganho de bem-estar é, para a AED, a riqueza, o ganho econômico. Este é inclusive um abandono pela Análise Econômica do Direito da perspectiva utilitarista - sua origem de pensamento filosófico - de conceitos mais abstratos como felicidade, utilidade, bem-estar³³. Certo é que todos estes fundamentos e conceitos do que seria análise econômica guardam relação com elementos do Estado de Direito, sobretudo segurança jurídica e previsibilidade, conforme espera-se demonstrar nos tópicos abaixo.

³² RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009. p. 86.

³³ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A análise econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann: breves considerações críticas*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (Impresso), v. s/n, 2013, p. 329.

2. Estado De Direito – Em busca de um conceito

Definir Estado de Direito seria deveras pretensioso mesmo para uma obra de fôlego, quanto mais para um artigo científico em que, inclusive, o tema é tratado em paralelo com a Análise Econômica do Direito. Entretanto, há algumas considerações a fazer em relação a seu conceito e suas principais características. Um primeiro alerta é que, conquanto muitas vezes tratados como sinônimos, Estado de Direito e *Rule Of Law* distinguem-se pelas suas origens e características;³⁴ sem a pretensão de aprofundar nesta distinção, tratar-se-á neste trabalho do Estado de Direito como um *supraconceito*, a abranger, no que se aproximam, suas mais diversas origens e características.

Como pontua Danilo Zolo, ao se falar em Estado de Direito busca-se atribuir um selo distintivo entre sociedades ocidentais e ocidentalizadas e aquelas de origem islâmicas ou sino-confuciana. No entanto, ressalta haver pouco esforço em defini-lo corretamente, não raro sendo confundido com Estado Liberal, Estado Democrático, Estado Constitucionais, dentre outros. Apresenta a fluidez e ductilidade do conceito, sendo facilmente apropriado pelas mais diversas correntes político-filosóficas e, neste sentido, sinaliza para impossibilidade de conceituação unívoca e ideologicamente neutra do que seja Estado de Direito, alertando que estas dificuldades não podem culminar em compreensão pela sua impossibilidade³⁵.

Ressaltando a característica iminente liberal do Estado de Direito, e de valorização e proteção do indivíduo ante o poder do Estado, diz que:

Deveria, assim, ser possível atribuir uma consistente identidade teórica à noção de “Estado de Direito”, entendido como um Estado moderno no qual ao ordenamento jurídico – não a outros subsistemas funcionais – é atribuída a tarefa da “garantir” os direitos individuais, restando a natural tendência do poder político a expandir-se e a operar de maneira arbitrária³⁶.

³⁴ ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de direito*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4.

³⁵ *Ibid.* p. 6-8.

³⁶ *Ibid.* p. 11.

Desse modo, procura estabelecer o que denomina como quadro teórico coerente e unitário, de sorte a não apenas elaborar um conceito mais amplo desta estrutura jurídico-institucional, mas também pensar seus pressupostos e princípios. Aponta a individualidade como centro de dotação de direitos, em contraponto ao coletivo representado pelo Estado, que seria o polo a quem se imputa os deveres. Neste sentido, ressalta que o Estado de Direito estabelece um princípio de difusão de poder, fortalecendo indivíduos e sociedade ao limitar o poderio estatal, criando cidadãos e não mais súditos³⁷.

Como elementos essenciais, designa a igualdade formal, a certeza do direito (segurança jurídica), a tripartição (diferenciação) de poderes, a delimitação entre uma esfera pública e uma privada – com a consequente limitação do âmbito de intromissão do direito – e autonomia do Poder Judiciário. Define-o, portanto, do seguinte modo:

Versão do Estado moderno europeu que, com base em uma filosofia individualista (com o dúplice corolário do pessimismo potestativo e do otimismo normativo) e através de processos de difusão e de diferenciação do poder, atribui ao ordenamento jurídico a função primária de tutelar os direitos civis e político, contrastando, com essa finalidade, a inclinação do poder ao arbítrio e á prevaricação.³⁸

Ao seu turno, e afirmando como fruto da modernidade, Elíaz Diaz explica não poder se falar em Estado de Direito caso ausente a submissão do próprio Estado ao direito, este criado sob um procedimento regular e democrático, com destaque para direitos fundamentais. Aponta haver duas faces deste fenômeno, uma descritiva e uma prescritiva, e que ambas visam a atender demandas éticas de proteção da liberdade e garantias individuais.³⁹

Estabelece os seguintes elementos como essenciais ao Estado de Direito: a) império da lei sobre governantes e cidadãos; b) divisão de poderes entre legislativo, executivo e judiciário; c) fiscalização da administração pública – controle; d) proteção de direitos e liberdades fundamentais. Em seguida pontua que, muito embora dirija-se a todos, é certo que o Estado de

³⁷ Idb. p. 37.

³⁸ Ibd. p. 48.

³⁹ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y democracia. Anuario de la Facultad de Derecho*. Badajoz, n. 19-20. P. 203-204.

Direito é direcionado sobretudo ao Estado, que por deter o monopólio do uso da violência deve atuar somente em perfeita conformidade com a lei.⁴⁰

Tratando do conceito de *Rule Of Law*, que neste trabalho foi inserido em um *supraconceito* de Estado de Direito, Brian Tamanaha destaca que uma definição precisa do instituto depende da compreensão de que todos, governo e cidadão, estão submetidos à lei. Acrescenta que esta lei deve ter como características ser prospectiva, pública, generalista, clara, estável, certa e aplicável a todos⁴¹. Alega que as principais funções da *Rule Of Law* são a de restringir a liberdade de atuação dos governos, seja impondo compromisso com a lei vigente ou limitando formal e substancialmente a discricionariedade para edição de novas leis; já a sua segunda função é de ordenação social, cuja pretensão é de manter a ordem e coordenar o comportamento e as transações sociais⁴².

Também sobre o *Rule Of Law*, Jeremy Waldron compreende que, ainda que se trate de conceito multifacetado, para sua configuração é atribuída especial relevância ao aspecto de que “autoridades devem exercer seus poderes em conformidade com uma estrutura de normas públicas, em detrimento de suas próprias preferências, ideologia ou senso individual de certo e errado.”⁴³

Percebe-se, pois, que o Estado de Direito é um instrumento de valorização dos direitos e liberdades individuais, visto que limitando e condicionando o poder do Estado à lei atua como mecanismo de defesa ante ao arbítrio estatal. Neste sentido, e como elemento de previsibilidade e certeza da submissão de todos ao Direito, possuiria direta relação de natureza positiva com a Análise Econômica do Direito; contudo, há também um debate sobre um aspecto substancial do Estado de Direito, a ser tratado a seguir e que, a depender das interpretações, pode gerar tensões com a AED.

⁴⁰ Ibid. 205-207.

⁴¹ TAMANAHA Brian Z. *A Concise Guide to the Rule of Law*. In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil. *Relocating the Rule of Law*. Oxford / Portland: Hart Publishing, 2009, p. 3-4.

⁴² Ibid. p. 4-6.

⁴³ No original: “*authority should exercise their power within a constraining framework of public norms, rather than on the basis of their own preferences, their own ideology, or their own individual sense of right and wrong*” WALDRON, Jeremy. *The Concept and the Rule of Law*. Georgia Law Review. v. 43, n. 1, p.6. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/29>.

2.1 *Sobre a substancialidade do Estado de Direito*

É possível dizer que o principal elemento do Estado de Direito é o fato de todos, cidadãos e Estado, terem de se submeter à lei, ao Direito. Em síntese, e considerando ser um instrumento de defesa do indivíduo e da sociedade ante ao poder estatal, o Estado de Direito carrega consigo este forte traço de ser um instrumento de limitação do poder, vez que o Poder Público deve passar a agir conforme as normas e não sob decisões eminentemente discricionárias, ainda que esta espécie decisória jamais possa ser suprimida do funcionamento da Administração Pública.

Neste sentido, existe um debate quanto à necessidade ou não de verificação da substancialidade destas normas para poder se falar em Estado de Direito. Em outras palavras, discute-se se para a configuração de um Estado de Direito bastaria que as normas fossem impostas a todos, sobretudo ao próprio Poder, com a garantia de segurança jurídica e previsibilidade daí decorrentes, ou é preciso também que estas normas sejam dotadas de determinados conteúdos, mesmo que mínimos?

Sobre o tema, Zolo assevera que Estado de Direito não pode ser caracterizado como mera *procedimentalização* desprovida de conteúdo. Caso fosse, a certeza do direito, a segurança jurídica, seriam preferíveis a deixar-se de aplicar uma legislação racista “desde que suas normas sejam claras, não-contraditórias e não retroativas”.⁴⁴ Resta evidente que, para este autor, há necessidade de observância da substância do Direito, com profundo respeito às liberdades e direitos individuais, para se falar em Estado de Direito.

Jeremy Waldron define este debate considerando a existência de duas correntes, uma mais apegada aos aspectos de clareza, publicidade, estabilidade, consistência e previsibilidade das normas (certeza do direito e segurança jurídica, portanto) e outra que denomina como procedimental, mais aberta e preocupada com a participação de mais agentes no processo de criação e aplicação do direito.

Para a primeira corrente, não haveria imposição ao Estado de Direito de qualquer substancialidade; não se exige, por exemplo, a garantia de alguma liberdade em particular. Em verdade, o que se impõe para esta corrente é que o Estado deve agir sempre em consonância com o previsto na lei e de forma

⁴⁴ ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de direito*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 50.

absolutamente previsível, garantindo à sociedade o maior grau de informação possível sobre as normas e suas condutas. Ao seu turno, para a segunda corrente há uma preocupação com a aplicação justa das normas, com a sinalização a ideais como justiça natural e devido processo legal, bem como valorização do caráter argumentativo das leis. Além disso, exige-se o pleno funcionamento de fóruns que garantam este devido processo, o que fortalece a necessidade de observância ao princípio da separação dos poderes⁴⁵.

Ressaltando a relação entre os conceitos de Direito e Estado de Direito, Waldron aponta que a *substancialização* deste último é uma das formas de distinção entre um sistema legal e não legal. É observando o conteúdo das normas, que devem garantir um pleno funcionamento de cortes, proporcionar um procedimento argumentativo e estabelecer liberdades mínimas e regras de governança que se pode falar em Estado de Direito, sob pena de acolhimento de percepção muito empobrecida do próprio Direito⁴⁶.

No mesmo sentido, Guillermo Odonnell ressalta que o Estado de Direito possui algumas exigências materiais para sua realização:

Primeiro, o de que ele preserve as liberdades e garantias políticas da poliarquia. Segundo, o de que preserve os direitos civis de toda a população. E terceiro, no sentido de que estabelece redes de responsabilidade e *accountability*⁶¹ que impõem que todos os agentes, privados e públicos, inclusive os funcionários dos escalões mais altos do regime, estão sujeitos a controles apropriados, legalmente estabelecidos, da ilegalidade de seus atos. Na medida em que preencha essas três condições, esse Estado é não apenas governado pela lei; é um Estado legal democrático, ou um Estado democrático de direito⁴⁷.

Por outro lado, Tamanaha sustenta inexistir qualquer exigência de conteúdos específicos do Direito para configurar o Estado de Direito, seja em

⁴⁵ WALDRON, Jeremy. *The Concept and the Rule of Law*. Georgia Law Review. v. 43. n. 1, p.8-10. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/29>.

⁴⁶ *Ibid.* p.58-61.

⁴⁷ ODONNELL, Guillermo. *Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina*. *Novos Estudos Cebrap*. n. 51. 1998 p. 48.

relação a garantia de direitos humanos ou mesmo perspectivas democráticas, que não se confundem com este modelo de Estado.⁴⁸

Adere-se neste trabalho à perspectiva de que o Estado de Direito possui, sim, uma exigência de substancialidade para sua configuração. Não se pode aceitar que o Estado de Direito seja compatível com qualquer Estado, ou qualquer Direito, bastando que a Administração Pública a ele se submeta e que as normas sejam previsíveis, certas, claras, dentre outros elementos de certeza do Direito e segurança jurídica.

Certo é que, na esteira do ressaltado por Waldron, corre-se o risco de empobrecer sobremaneira a própria noção de direito ao se admitir como se um Estado de Direito fosse aquele modelo em que não há preservação mínima de direitos fundamentais, correto e independente funcionamento das cortes de justiça, liberdades individuais, *procedimentalização* com direito à participação e fala para indivíduos e sociedade, dentre outros. Mesmo ciente que, tal como a democracia, estas garantias são parte de um processo, de um porvir, esta necessidade substancial deve ser objetivada.

Neste sentido, pode-se vislumbrar tanto medidas de aproximação entre a AED e o Estado de Direito, como elementos de tensão. Discute-se estas possibilidades nos tópicos abaixo.

3. Análise Econômica e Estado De Direito – Entre tensões e aproximações

Alguns aspectos aproximam outros afastam o Estado de Direito da AED. Dentre os que aproximam, é possível citar com tranquilidade a busca pela certeza do direito e segurança jurídica, a clareza das normas, a independência do Poder Judiciário, a submissão de todos ao Direito e a valorização das liberdades individuais, com destaque para a econômica. Todavia, ainda que paradoxalmente, a certeza do direito e a segurança jurídica são, concomitantemente, elementos que afastam a Análise Econômica do Estado de Direito, como também o é o aspecto substancial do Estado de Direito.

⁴⁸ TAMANAHA Brian Z. *A Concise Guide to the Rule of Law*. In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil. *Relocating the Rule of Law*. Oxford / Portland: Hart Publishing, 2009, p 12-14.

Portanto, neste tópico trabalhar-se-á tantos os componentes que os aproximam como os que os afastam, ou ao menos causam tensionamento. Inicia-se pelos fatores de aproximação.

3.1 A certeza do Direito e a segurança jurídica como essenciais para Análise Econômica do Direito

Foi visto que para configuração do Estado de Direito uma das principais características exigidas é a submissão de todos, inclusive do Estado, ao Direito. Assim, estabelece-se desde já que o indivíduo não poderá ser surpreendido pelo arbítrio estatal, visto que o Poder Público também passa a se submeter ao ordenamento jurídico.

Do mesmo modo, tratou-se como fundamental para o Estado de Direito que as leis sejam certas, claras, previsíveis, públicas e prospectivas, de modo a possibilitar segurança jurídica. Viu-se também que uma das funções do Estado de Direito, além de regular e limitar o poder estatal, é o de possibilitar ordenação social, tutelando as relações entre os indivíduos.

Ora, todos estes são elementos bastante caros à Análise Econômica do Direito que sustenta serem os indivíduos agentes racionais que, devidamente informados, atuam com vistas a maximizar o seu bem-estar. Desse modo, e partindo da máxima de que os indivíduos equivalem as normas jurídicas e suas sanções a preços, é preciso que se saiba exatamente qual Direito seguir, quais são as normas a serem observadas, e para tanto o Estado de Direito é absolutamente essencial.

É a certeza do Direito que propicia ao agente econômico o agir, é o que lhe franqueia um mínimo de previsibilidade e, ciente das regras do jogo, fazer suas apostas. Neste sentido:

As premissas fundamentais para a análise econômica do direito são universais. Além do já mencionado direcionamento do ser humano aquilo que lhe é mais vantajoso, no processo de maximização da sua utilidade, as pessoas reagem aos incentivos que recebem do ambiente em que vivem e trabalham, incluindo o sistema de preços e as regras legais que moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influem nas

suas decisões de troca, produção, consumo e investimento⁴⁹.

E, na esteira, é certo que a previsibilidade do Direito reduz os custos de transação ao também mitigar as incertezas envolvidas no atuar dos agentes em suas transações comerciais⁵⁰. Do mesmo modo, um Poder Judiciário independente, que possa decidir de forma autônoma em relação ao Estado e igualitária nas relações individuais, é essencial para garantir a certeza do Direito que, como sabido, só possui valor se acompanhado de remédio jurídico correspondente para sua imposição⁵¹.

As conclusões sobre as proximidades aqui debatidas são um tanto quanto óbvias, caso se tenha explicado de forma clara os dois principais objetos de estudo deste artigo. Todavia, é nos focos de tensão que reside o busílis, o que se procurará enfrentar no tópico abaixo.

3.2 As tensões entre a AED e o Estado de Direito

A compreensão adotada anteriormente neste texto, de que o Estado de Direito depende de verificação de substancialidade (conteúdo) das normas, pode ocasionar focos de tensão entre este fenômeno institucional e jurídico e a AED. Isso porque para se falar em Estado de Direito há conteúdos mínimos que devem ser observados, tais como a garantia de direitos e liberdades individuais, um Poder Judiciário independente, *procedimentalização* das decisões públicas etc. Em síntese, há núcleo básico de direitos que se impõem para a consubstanciação de um Estado de Direito.

Ao seu turno, para a Análise Econômica a eficiência – no sentido de geração de riquezas – é o instrumento de melhor aplicação do direito, independentemente se vista como um meio ou fim. É correta, para esta corrente, uma decisão jurídica (elaboração ou aplicação do Direito) que

⁴⁹ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir; PAYÃO, Jordana Viana. *Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do Direito*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 21, 2018, p. 208.

⁵⁰ LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula; GOULART PIMENTA, EDUARDO. *O direito de propriedade e a eficiência econômica*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 19, 2017. P. 12.

⁵¹ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. WMF Martins Fontes: São Paulo, 2019, p.30.

privilegie a eficiência econômica, mesmo que em detrimento de valores outros⁵².

Neste sentido, é possível verificar que a AED enfrenta um problema não de operacionalização em um Estado de Direito, o que é relativamente fácil dada as premissas de aproximação trabalhadas no tópico anterior, mas sim de justificação, de como justificar que a eficiência deva ser a bússola a guiar o ordenamento jurídico⁵³. Outro problema neste ponto é a definição da eficiência como fim ou meio. Em sendo um fim, não há como se afastar do problema aqui debatido, em sendo um meio, deve-se verificar se este meio é para atingir um fim esperado pelo ordenamento jurídico, tal como alguns autores já vem trabalhando, da ideia de eficiência como um fim para obtenção de justiça e de melhor aplicação do direito⁵⁴.

Neste sentido:

A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. Num certo sentido, o que a Escola de Direito e Economia de *New Haven* buscou é congregar a ética consequentialista da Economia com a deontologia da discussão do justo.⁵⁵

Contudo, repita-se, a eficiência não pode ser sempre um fim, como defendido pela teoria inicial da AED, sob pena de violação dos próprios fins decididos pelo Direito, como bem frisa Herren Aguillar: “a solução propugnada pelo analista econômico do direito pode ser mais eficiente do que a solução vigente, mas não foi a escolhida por quem tinha poderes para fazê-

⁵² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6th. Edition. Pearson: London, 2011, p. 7.

⁵³ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A análise econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann*: breves considerações críticas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (Impresso, 2013, p. 331-332.

⁵⁴ SOARES CARVALHO, V. *Análise Econômica do Direito e sua problemática constitucional*. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, v. 25, 2015, p. 89.

⁵⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?* Cadernos Direito GV, v. 5, 2008, p. 24.

lo.”⁵⁶. E é com base nesta lição de Aguillar que se vislumbra o segundo foco de tensão entre a AED e o Estado de Direito que, muito embora ambas puguem pela necessidade de certeza do direito, esta certeza é colocada em xeque quando contrastada com a eficiência econômica.

De forma contundente, alegam Thomas Bustamente e Misabela de Abreu Machado:

Pondo em segundo plano a forma jurídica, supõe correto o juiz fazer aflorar o fato econômico puro, que ditará o comando a nortear a decisão do caso. A grande questão da chamada teoria “econômica” do direito é que ela nega o direito, ela o destrói, porque ela o reduz ao fato econômico. Com isso, ela arbitrariamente rejeita o Estado de Direito.⁵⁷

Muito embora não se adira aqui neste trabalho à perspectiva integralmente crítica à AED, que a rejeite como elemento de criação, interpretação e reflexão do direito, certo é que também não se compartilha do otimismo que parte da comunidade jurídica brasileira têm recebido suas influências como escola de pensamento. Decerto há relevantes contribuições da AED para o pensar jurídico no país, mas também há críticas e reflexões absolutamente necessárias para uma melhor *importação* deste modelo de raciocínio jurídico para o ordenamento pátrio.

Se é verdade que a AED pode contribuir e recebe contribuições do Estado de Direito, é também verdade que ao alçar a eficiência econômica como valor central para o Direito, corre-se o risco de, uma vez possível a relativização de norma em favor da eficiência, afastar a certeza que se espera do Direito. Além disso, em havendo choque entre a eficiência econômica e os elementos apontados como essenciais à *substancialização* do Estado de Direito, o privilégio dado pela AED à primeira decerto arrisca a realização deste último.

⁵⁶ AGUILLAR, Fernando Heren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. E. ed. São Paulo: atlas, 2016, p. 233.

⁵⁷ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A análise econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann: breves considerações críticas*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (Impresso, 2013, p. 233.

Considerações Finais

Gestada como ferramenta para repensar o mundo jurídico, não há dúvidas de que a Análise Econômica do Direito traz relevantes contribuições para elaboração, interpretação e aplicação do Direito aos países de tradição *Civil Law*. A imposição da percepção de escassez, eficiência, bem como as colaborações do cientificismo inerentes às Ciências Econômicas e suas ferramentas de análise e predições por certo não podem ser desprezadas pelo Direito.

Do mesmo modo, o Estado de Direito é pressuposto para a AED. Não há como se pensar em uma releitura economicista do mundo jurídico se ausentes alguns dos elementos do Estado de Direito, tais como a certeza do Direito, a sua imposição a todos, a garantia de um Poder Judiciário independente etc. Entretanto esta relação, a uma primeira vista colaborativa, pode também ser objeto de tensões.

É que ao alçar a eficiência econômica como valor maior de elaboração, interpretação e aplicação do Direito, a AED acaba por relativizar alguns aspectos essenciais ao Estado de Direito. Isso porque, como dito, corre-se o risco de violar tanto o aspecto substancial do Estado de Direito, como seu requisito de previsibilidade, de certeza das normas. Assim como não pode haver dúvidas de que o Direito pode e deve receber influência das Ciências Econômicas e suas ferramentas, deve-se também atentar para a ameaça de submissão do Direito à Economia, em que tanto a sua certeza como seus valores – alguns mínimos, como visto – são submetidos à lógica da eficiência econômica – eficiência para quem?

A eficiência por certo pode ser um meio de obtenção de justiça, um auxílio para tanto, mas jamais ser um valor substitutivo daqueles escolhidos pela legislação. Tal risco revela-se ainda mais grave quando se está a pensar na atuação do Poder Judiciário que, vinculado à norma positivada, não pode se deixar nortear por razões econômicas para suas decisões – ao menos não como razão principal.

Assim, e muito embora compartilhando de parte do entusiasmo de grande parcela da doutrina com a Análise Econômica do Direito, faz-se aqui o alerta para o aproveitamento desta corrente no que for consentâneo com o ordenamento pátrio, com a dignidade da pessoa humana, com as regras consumeristas e ambientais, com os princípios da solidariedade social e da

boa-fé objetiva, dentre outros que podem valer como “freios” a uma suposta eficiência econômica.

Referências

AGUILLAR, Fernando Heren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. E. ed. São Paulo: atlas, 2016.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há direitos acima do orçamento?* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações*. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.

BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir; PAYÃO, Jordana Viana. *Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do Direito*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 21, p. 203-224, 2018.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão Crítica*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009., p.16.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6th. Edition. Pearson: London, 2011.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y democracia*. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Badajoz, n. 19-20. P. 201-217.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A análise econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann: breves considerações críticas*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Impresso)*, v. s/n, p. 327-352, 2013.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. WMF Martins Fontes: São Paulo, 2019.

LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula; GOULART PIMENTA, EDUARDO. *O direito de propriedade e a eficiência econômica*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 19, p. 1-18, 2017.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2.ed. São Paulo: atlas, 2020.

- O'DONNELL, Guillermo. *Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. Novos Estudos Cebrap*. n. 51. 1998 p. 37- 61.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009. p. 86.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia? Cadernos Direito GV*, v. 5, 2008, p. 24.
- TAMANAHA Brian Z. *A Concise Guide to the Rule of Law*. In: PALOMBELLA, Gianluigi; In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil. *Relocating the Rule of Law*. Oxford / Portland: Hart Publishing, 2009.
- ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de direito*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- WALDRON, Jeremy. *The Concept and the Rule of Law*. *Georgia Law Review*. v. 43. n. 1, p.6. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/29>.
- WALKER, Neil. *Relocating the Rule of Law*. Oxford / Portland: Hart Publishing, 2009.
- WAPSHOTT, Nicholas. *Keynes Hayek: o confronto que definiu a economia moderna*. Dom Quixote: Córdova, 2012.

ESTADO DE DIREITO, LGPD E PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

*Ana Luiza de Moraes Gonçalves Correia
Clarissa Brandão Kowarski*

Sumário: Introdução. 1. Alguns aspectos relevantes do tratamento de dados das crianças e adolescentes. 2. Em busca de uma linguagem acessível. 2.1 Adaptação dos contratos eletrônicos. 3. Cibersegurança e educação digital: o poder do conhecimento e da informação. Considerações finais. Referências.

Introdução

O presente artigo busca expor uma questão eminentemente nova em relação à temática de direito e tecnologia. A proteção de dados de crianças e adolescentes insere-se em um pilar ético do Estado de Direito em relação à proteção a este grupo vulnerável e sua tutela no ordenamento jurídico brasileiro. Diante do aumento da dinamicidade entre as relações humanas e das mesmas para com os próprios mecanismos de comunicação e de interação, em especial, constantes ao mundo digital, é que se encontra a discussão sobre a proteção dos dados pessoais das crianças e dos adolescentes e a necessidade de adaptação de instrumentos responsáveis pela transmissão de informações relativas ao tratamento desses dados, bem como a adoção de novos mecanismos eficazes para a difusão de conhecimento e proteção desse público específico.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) entrou em vigor 18 de setembro de 2020 e as consequências de suas disposições já têm sido sentidas no âmbito interno, bem como fortalecidas por normas internacionais, como o próprio Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR, sigla em inglês), que a inspirou e cuja existência se dá pela emergência das questões geradas pelo mundo digital e tecnológico.

Está cada vez mais comum perceber a presença em peso de crianças e adolescentes nas redes sociais, no mundo dos games online e em serviços de

comunicação online, potencializados pela pandemia da covid-19. Além disso, os brinquedos eletrônicos, com conectividade Wi-Fi, quando não os aparelhos eletrônicos como os smartphones, computadores e tablets, tem feito parte do cotidiano da maioria delas, que não se veem mais sem determinadas tecnologias que, apesar de trazerem muitos benefícios e facilidades para sua e para a vida dos próprios pais ou responsáveis, possuem uma capacidade gigantesca de alavancar uma onda de problemas relacionados à exposição, à saúde mental, à segurança e à privacidade dos seus usuários e, por vezes, daqueles com quem convive.

A tendência é o aumento e o aprimoramento dessas tecnologias, o que, por conseguinte, potencializa a complexidade das relações entre indivíduos, máquinas e sistemas operacionais. Com isso, mudanças nas formas de intermediação e nas tratativas não só entre pessoas em si, mas também entre os consumidores e as empresas são cada vez mais frequentes.

Os dados pessoais carregam um valor alto e podem ser considerados um objeto almejado de determinadas solicitações que aparentam, em alguns casos, serem inocentes, por exemplo, quando relativo aos contratos realizados entre os usuários de determinadas plataformas e serviços online, principalmente se não lidas e compreendidas de forma atenta e efetiva, o que pode gerar danos irreversíveis, já que o fluxo é intenso e as conexões infinitas.

Não obstante, no que diz respeito às crianças e aos adolescentes, a preocupação se torna ainda maior, tendo em vista a tutela diferenciada que recebe no ordenamento jurídico brasileiro, seja por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, do CFD e mais recentemente, da LGPD.

1. Alguns aspectos relevantes do tratamento de dados das crianças e adolescentes

É certo que o tratamento diferenciado dado a crianças e adolescentes não é nenhum privilégio dos tempos modernos, já que as formas de socializar e de educar, no geral, costumam ser pensadas levando em consideração o desenvolvimento incompleto e, inclusive, o pouco “conhecimento de mundo” pelas mesmas.

A necessidade de proteção especial das crianças e dos adolescentes se dá justamente em função de elementos como: a incapacidade civil; o desenvolvimento incompleto; e o agravamento da vulnerabilidade dos mesmos. Além disso, de forma mais estrita, em alguns casos, torna-se indispensável

avaliar questões como as condições efetivas do sujeito e o seu discernimento¹. É por esse motivo que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) existe, isto é, a finalidade da criação de um estatuto próprio se encontra na necessidade de uma visão e um tratamento especializado para esse determinado grupo vulnerável. A vulnerabilidade que concede às crianças e adolescentes um regime especial de salvaguardas, se fundamenta na sua peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento em razão da idade, sustentando a necessidade de um aporte que permita a construção de suas potencialidades humanas em sua plenitude. Reconhecendo, portanto, essa peculiar condição da criança, os atributos de sua personalidade possuem conteúdo diferente das do adulto, uma vez que “[...] ainda está em fase de formação, de desenvolvimento de suas potencialidades humanas adultas [...]”².

Através da adoção de um critério etário, o ECA considera como criança toda pessoa com até 12 anos incompletos e como adolescente toda pessoa entre 12 anos e 18 anos, sendo esse último também considerado incompleto, em razão de uma interpretação conjunta com o artigo 5º do Código Civil. Determinada distinção é importante, pois o tratamento dado a cada um será também diferenciado em alguns sentidos, como em relação à opinião e ao consentimento, por exemplo, exigidos em determinadas situações.

Esse Estatuto, portanto, através da doutrina da proteção integral, consagrada em seu artigo 1º, eleva crianças e adolescentes à condição de sujeitos de direitos e, portanto, titulares de direitos fundamentais e merecedores de um tratamento especial por serem consideradas pessoas em desenvolvimento, nos termos do seu artigo 6º.

Além do ECA também integra nosso arcabouço legislativo protetivo de crianças e adolescentes o Decreto Lei nº 99.710 de 1990 que internalizou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, elaborada pela Assembleia Geral da ONU de 1989. No bojo desta Convenção, que é um instrumento internacional específico de proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes com maior aceitação e reconhecimento internacional ficou consolidado que:

¹ TEFFÉ, Chiara de. *Proteção de Crianças e Adolescentes nas redes*. Proteção de dados de crianças e adolescentes: desafios práticos e regulatórios. *Curso ITS RIO*, aula 01, 27 de maio de 2021.

² MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

[...] parte do conceito de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e obrigações e estipula que, como tal têm de usufruir das mesmas garantias que os adultos, além daquelas que lhes correspondem pelo seu estatuto especial. Desta forma, reafirma, em primeiro lugar, a aplicação dos direitos já reconhecidos aos seres humanos em geral noutros instrumentos de direito internacional a crianças e adolescentes. Da mesma forma, estabelece requisitos específicos em relação a alguns direitos já reconhecidos por outros tratados, tendo em conta as necessidades especiais da infância. Por último, a Convenção estabelece normas que dizem respeito exclusivamente à problemática da infância e da adolescência.³

Servindo-se dos pressupostos destas legislações específicas, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em seu artigo 14, também adotou um tratamento especial às crianças e adolescentes, no que se refere à tutela e proteção dos seus dados pessoais, mediante toda e qualquer ação realizada com os mesmos. Desse modo, conforme estabelece o artigo, dois elementos são destacados para esse tratamento: o consentimento específico e o melhor interesse da criança e do adolescente.

Quando um dado pessoal de uma criança ou adolescente é tratado, ele deve buscar seu melhor interesse, isto é, se um dado, ao ser coletado, por exemplo, prejudica, de alguma forma esse sujeito, pois adotou medidas que não as mais favoráveis aos mesmos diante das hipóteses disponíveis, ele estará em desacordo com o que dispõe a LGPD.

Neste mesmo sentido, o Comentário Geral nº 25 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU sobre direitos da criança em relação ao ambiente digital dispõe que o conceito sobre o que seria melhor interesse é caracterizado pela dinamicidade, o que, portanto, pressupõe uma análise do contexto específico no qual se encontra, além de trazer como dever dos Estados a consideração desse elemento quando da adoção de “[...] ações relativas ao fornecimento, regulação, design, gestão e uso do ambiente digital”⁴.

³ MORLACHETTI, Alejandro. *A Convenção sobre os direitos da criança e a proteção da infância no regulamento internacional dos direitos humanos*. In.: *Rede Direitos Humanos e Educação Superior*. Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis, 2014, p. 13-18. Disponível em: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materials/DDGV_PORT_Manual_v4.pdf. Acesso em: 19 dez. 2021.

⁴ INSTITUTO ALANA. *Comentário geral nº 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital*. Comitê dos Direitos da Criança (Tradução não oficial do Instituto Alana do

O consentimento, por sua vez, entendido como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (art. 5º, XII da LGPD), está inserido como uma das hipóteses legais para o tratamento de dados pessoais disposta no artigo 7º, I, da LGPD, sendo dispensado em alguns casos, como quando os dados são tornados manifestamente públicos pelo titular (§4º do art. 7º).

Determinado elemento, no entanto, quando relacionado às crianças, será específico⁵ e contará com a indisponibilidade da atuação de um dos pais ou responsável legal nesse sentido, salvo quando a “coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção” (art. 14, §3º, LGPD), excluídos os casos de repasse a terceiros. É o que prevê, inclusive, a legislação específica norte-americana sobre o tratamento de dados de crianças *Children’s Online Privacy Act* (COPPA, sigla em inglês), dispondo, ainda, sobre métodos para o consentimento verificável dos pais ou responsáveis, em seu §312.5⁶.

A LGPD, no entanto, ao tratar de consentimento específico, nada menciona a respeito do adolescente, o que torna a norma lacunosa em relação à validade do seu consentimento, quando diante da ausência da assistência ou da representação⁷.

Apesar disso, tanto a LGPD, quanto o Comentário Geral nº 25 expressam ser de interesse e dever dos Estados a adoção de medidas e políticas voltadas para a proteção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, como o direito à vida e o direito à privacidade, e de questões

inglês para o português), abr., 2021, p. 03. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

⁵ “[...] o consentimento será entendido como “específico” quando, antes da coleta dos dados, no contrato, na política de privacidade ou em outro documento relacionado, houver detalhamento sobre o ciclo de vida do tratamento dos dados pessoais, com referência objetiva e clara sobre todos os limites e as finalidades em relação aos quais os dados serão tratados, inclusive sendo granular, cabendo ao usuário a seleção sobre o tratamento que deseja efetivamente autorizar” (MALDONADO, Viviane Nóbrega (Coord.); OPICE BLUM, Renato (Coord.). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2. ed. rev., atual. e ampl., 2020, p. 233. Acesso em: 22 jun. 2021).

⁶ FTC. *Children’s Online Privacy Protection Act of 1998*, 15 U.S.C.6501–6505. Federal Trade Commission. Disponível em: <https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule>. Acesso em: 22 jun. 2021.

⁷ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes: proteção e consentimento*, p. 49. In: Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC kids online Brasil 2018. *Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC BR)*, São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019. Acesso em: 22 jun. 2021.

como o desenvolvimento de suas capacidades, que podem ser alcançadas através de dois pontos fundamentais: o direcionamento à uma linguagem acessível dos contratos eletrônicos e uma educação no âmbito digital, voltada à cibersegurança, ambas no sentido de promover; aprimorar e facilitar o conhecimento e as ações cabíveis a respeito da proteção e tratamento dos seus dados pessoais, tudo isso de forma adaptada aos sujeitos objeto deste tratamento, cujas condições requererem alterações nas fontes tradicionais de informação.

2. Em busca de uma linguagem acessível

Uma notícia vinculada ao canal BBC News Brasil ilustra a situação em que se encontram muitos pais e/ou responsáveis: a preocupação com a exposição de seus filhos e/ou representados ou assistidos às mídias sociais digitais, em especial, ao Youtube. Conforme exposto, ao citar um estudo realizado nos Estados Unidos, ficou evidenciado que a referida plataforma de compartilhamento de vídeos pode sim influenciar o aprendizado das crianças em relação a novos fonemas e palavras, apesar de, ainda, ser considerado baixo quando comparado com o aprendizado através de tutores humanos⁸.

Determinada questão é, ainda, ratificada pela notícia ao destacar a fala do fonoaudiólogo e linguista Leonardo Lopes, ao afirmar que a “[...] mera exposição a um conteúdo em vídeo não seria capaz de modificar o sotaque de uma criança”, alertando, no entanto, para o fato de que “A exposição a vídeos com pessoas de outras regiões pode afetar a questão dialetal, o que inclui o vocabulário, expressões idiomáticas, o modo de formular uma frase”⁹.

Nesse sentido, é possível perceber que a capacidade de adaptação e aprendizagem da criança e do adolescente não é fixa, isto é, pode ser alterada ao longo das gerações, o que, de fato, ocorreu com o advento da revolução tecnológica e a real inserção desses meios em seu cotidiano. Em outras palavras, o contato com pessoas de outras regiões do país que antes era dificultoso, em razão do distanciamento geográfico, nos tempos modernos,

⁸ LYTLE, Sarah Roseberry; GARCIA-SIERRA, Adrian; KUHL, Patricia K. *Infant language learning in the presence of peers. Proceedings of the National Academy of Sciences*, oct., 2018. DOI:10.1073/pnas.1611621115. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/115/40/9859>. Acesso em: 31 maio 2021.

⁹ TAVARES, Vitor. “O Youtube influencia o jeito de falar da minha filha”, *BBC News Brasil*, 13 de abr. de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-56697071>. Acesso em: 31 maio 2021.

passou a se apoiar na tecnologia para desconstruir ou, ao menos, facilitar a comunicação.

As crianças e adolescentes de hoje já nascem rodeados pela realidade da internet e das ferramentas tecnológicas que permitem a comunicação e a interação instantânea em suas mais diversas formas, isto é, algo que precisou ser aprendido pelas gerações mais antigas, agora ocorre de forma natural, assim como o aprendizado da língua materna¹⁰. Isso não significa, no entanto, que toda e qualquer linguagem poderá ser utilizada e que, por si só, haverá uma comunicação efetiva entre os interlocutores.

A linguagem, segundo as autoras Camila Benatti e Andrea Becker¹¹, pode ser entendida como algo “relacionado ao vocabulário, palavras e expressões que se adequem ao público para o qual você está se dirigindo”, sendo, ainda, compreendida por David Crystal¹² como “o instrumento mais complexo que temos [...]” e “[...] totalmente diferente dos outros meios que o ser humano tem para a comunicação”¹³, sendo, inclusive, passível de estudo através da linguística, cujo estudante, o linguista, busca desenvolver um conjunto de regras, também conhecido como “gramática”, que estabeleça quais são os padrões formados para qualquer língua¹⁴.

Assim sendo, é através da linguagem que a representação de mundo de cada indivíduo se forma, mesmo que inconscientemente, o que demanda a sua estruturação, isto é, a presença de regras¹⁵ que definem padrões regulares e que servem de parâmetro para percepção de desvios, o que, consequentemente, demonstra a existência da aprendizagem, da formação ou da posse de regras linguísticas por parte das crianças¹⁶ e dos adolescentes.

¹⁰ CRYSTAL, David. *Pequeno Tratado da linguagem humana*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 199. Acesso em: 31 maio 2021.

¹¹ BENATTI, Camila; BECKER, Andrea. *Comunicação assertiva: o que você precisa saber para melhorar suas relações pessoais e profissionais*. São Paulo: Literare Books internacional ltda, 2021. Acesso em: 31 maio 2021.

¹² CRYSTAL, David. *Pequeno Tratado da linguagem humana*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 247. Acesso em: 31 maio 2021.

¹³ CRYSTAL, David. *Pequeno Tratado da linguagem humana*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 249. Acesso em: 31 maio 2021.

¹⁴ BANDLER, Richard; GRINDER, John. *A estrutura da magia: um livro sobre linguagem e terapia*. Tradução de Raul Bezerra Pedreira Filho; revisão técnica de Alzira Soares da Rocha, [Reimpr.]. Rio de Janeiro: LTC, 2021, p. 42. Acesso em: 31 maio 2021.

¹⁵ BANDLER, Richard; GRINDER, John. *A estrutura da magia: um livro sobre linguagem e terapia*. Tradução de Raul Bezerra Pedreira Filho; revisão técnica de Alzira Soares da Rocha, [Reimpr.]. Rio de Janeiro: LTC, 2021, p. 41. Acesso em: 31 maio 2021.

¹⁶ SLOBIN, D. I. (ed.) (1967). *A field manual for cross-cultural study of the acquisition of communicative competence*. Berkeley, CA: Language-Behavior Research Laboratory apud BANDLER, Richard; GRINDER, John. *A estrutura da magia: um livro sobre linguagem e terapia*.

Desse modo, é através da linguagem apropriada e bem estruturada que surge a possibilidade de uma comunicação efetiva, bem como maior compreensão por parte da criança e do adolescente em situações que comumente são incompreensíveis para os mesmos.

2.1 *Adaptação dos contratos eletrônicos*

Quando alguém se inscreve pela primeira vez em determinada plataforma, como Facebook, Instagram ou Gmail; ou instala um software ou aplicativo, como um antivírus, por exemplo, um dos passos iniciais, por vezes, é o destaque para a leitura dos termos de uso e da política de privacidade e o aceite ou não das condições pré-estabelecidas para que seja possível a utilização dos seus serviços e dos seus benefícios.

Um estudo feito pela pesquisadora Nili Steinfeld¹⁷ da Ariel University, Israel, utilizou o rastreamento ocular para estudar os padrões de leitura de uma política de privacidade, servindo-se de base um estudo preliminar feito com os cem sites mais populares do mundo, de acordo com os principais sites da Alexa em 21 de dezembro de 2021, para codificar as políticas de privacidade e seus processos de registro e, com isso, buscar explicações para a lacuna entre os desejos dos usuários de serem informados sobre o uso de suas informações pessoais e as próprias declarações sobre o fato de não terem lido as políticas de privacidade.

Os resultados alcançados da análise de quarenta e cinco políticas de privacidade constataram que dos 64 participantes do grupo de domínio não padrão, entendido como aquele que possibilita maior liberdade e decisão consciente do usuário, apenas 13 (20,3%) clicaram no link para ler e os outros 50 (79,7%) concordaram com os termos sem ler a política de privacidade, além da percepção de que os participantes do grupo padrão, dedicaram mais tempo do que os não padrão para ler seis dos nove parágrafos das políticas apresentadas e de que, de acordo com o número de fixações e o tempo médio

Tradução de Raul Bezerra Pedreira Filho; revisão técnica de Alzira Soares da Rocha, [Reimpr.]. Rio de Janeiro: LTC, 2021, p. 42. Acesso em: 31 maio 2021.

¹⁷ STEINFELD, N. (2016). "I agree to the terms and conditions": (How) do users read privacy policies online? An eye-tracking experiment. *Computers in Human Behavior*, 55, 992–1000. doi:10.1016/j.chb.2015.09.038. Acesso em: 04 jun. 2021.

dedicado a cada parágrafo, maior foi a quantidade de parágrafos e a fixação dos participantes do grupo padrão¹⁸.

Estudos como este demonstram não só a baixa leitura pelos participantes das políticas de privacidade, mas também a influência do modo de apresentação desses contratos eletrônicos. Nessa lógica é que se destaca a questão da linguagem adotada para informar de forma específica cada público, como é o caso das crianças e dos adolescentes.

Se os adultos, de forma geral, encontram barreiras quando da leitura dos termos de uso e da política de privacidade, dada a prolixidade e a forte presença de termos técnicos, para as crianças e os adolescentes torna-se uma tarefa ainda mais árdua. O aceite destes termos, portanto, nesses casos, será ainda maior, seja pelo não domínio da leitura, no caso das crianças; falta de conhecimento técnico; e/ou simplesmente pela falta de consciência sobre os perigos do uso da internet.

Uma pesquisa realizada à TIC Kids Brasil em 2020 demonstrou que duas das habilidades que são de interesse dos adolescentes são o de “[...] aprender a entrar em sites e baixar documentos ‘sem pegar vírus’ ”¹⁹ e “[...] aprender a ‘escolher o que as pessoas podem ver nos seus perfis’ das mídias digitais”, no entanto, uma das barreiras para o aprendizado é justamente a falta de conhecimento técnico para compreender os conteúdos²⁰.

Os adolescentes, diferentemente das crianças, apesar da necessidade de monitoramento e auxílio dos responsáveis, precisam de uma certa autonomia quando na aceitação desses contratos eletrônicos. Já às crianças, apesar de se encontrarem em uma situação de dependência maior, também em

¹⁸ STEINFELD, N. (2016). “I agree to the terms and conditions”: (How) do users read privacy policies online? An eye-tracking experiment. *Computers in Human Behavior*, 55, p. 995. doi:10.1016/j.chb.2015.09.038. Acesso em: 04 jun. 2021.

¹⁹ KONOPACKI, Marco; ALBU, Debora; GUIMARÃES, Thayane; CERQUEIRA, Diego. *Habilidade e Lacunas Digitais de Jovens ao lidarem com desinformação no Brasil*, pp. 119-129, 2020. In: CETIC. *Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil 2019* [livro eletrônico]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 1. ed., 2020, p. 124. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093344/tic_kids_online_2019_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 04 jun. 2021.

²⁰ KONOPACKI, Marco; ALBU, Debora; GUIMARÃES, Thayane; CERQUEIRA, Diego. *Habilidade e Lacunas Digitais de Jovens ao lidarem com desinformação no Brasil*, pp. 119-129, 2020. In: CETIC. *Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil 2019* [livro eletrônico]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 1. ed., 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093344/tic_kids_online_2019_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 04 jun. 2021.

razão da necessidade do consentimento, neste caso, específico dos pais, a linguagem acessível, aqui entendida como a escrita e o design, são indispensáveis para que haja uma proteção mais efetiva das mesmas, isso porque um simples elemento de alerta, por exemplo, cuja elaboração foi pensada na capacidade de compreensão dessa criança, em uma das páginas de acesso sobre os termos e condições e a política de privacidade, podem evitar futuros danos às suas informações pessoais.

As crianças possuem um grau de discernimento, em relação aos riscos da internet, inferior ao dos adolescentes que começam a entender melhor as possíveis consequências negativas do uso da internet de acordo com o avanço da idade, diferença que já é percebida, inclusive, entre pré-adolescentes e adolescentes.

Um estudo feito por Zheng Yan²¹ demonstrou que estudantes das quarta, quinta e sexta séries, quando comparados com alunos das sétima e oitava séries tinham menor capacidade de apreciar os riscos causados pela perda de privacidade, assim como vincular estes aos seus comportamentos de proteção à privacidade em geral.

Nos termos do Relatório editado pelo Cepal, com apoio da Unicef e da Unesco, lançado no Workshop *Artificial Intelligence and Children*, em 2020, tanto no Chile, quanto no Brasil, na Costa Rica e no Uruguai, as atividades de entretenimento mais praticadas pelas crianças e adolescentes são assistir vídeos e jogar na internet, seguido de sociabilidade na rede²², o que evidencia a maior participação desses grupos na internet e o maior contato, consequentemente, com os termos de uso e as políticas de privacidade.

Nesse sentido, durante a sessão do painel, cujo resultado foi publicado no relatório intitulado “Better Internet for Kids” (2017), ao serem discutidas as possíveis medidas de implantação prática de políticas de proteção de

²¹ YAN, Zheng. 2005. *Age Differences in Children’s Understanding of Complexity of the Internet*. Journal of Applied Developmental Psychology, 26 (4): 385–396 *apud* YOUN, Seounmi. Determinants of Online Privacy Concern and Its Influence on Privacy Protection Behaviors Among Young Adolescents. *The Journal of Consumer Affairs*, v. 43, n. 3, fall 2009, p. 391. Acesso em: 07 de jun. 2021.

²² TRUCCO, D.; PALMA, A.(eds.). *Infancia y Adolescencia en la era digital: un informe comparativo de los estudios de Kids Online del Brasil, Chile, Costa Rica y el Uruguay*, *Documentos de Proyectos (LC/TS.2020/18/REV.1)*, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2020, p. 82. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45212/7/S2000334_es.pdf.. Acesso em: 07 jun. 2021.

privacidade e educação das crianças e adolescentes, destacou-se a necessidade de adaptação da linguagem desses documentos²³:

Em vez disso, a segurança online deve ser entendida como um componente de uma preocupação mais ampla com a competência digital, que tomaria como ponto de partida as experiências e conhecimentos das crianças. Outro desafio envolve as dificuldades de ensinar as crianças sobre as consequências a longo prazo do compartilhamento de seus dados, pois muitas vezes elas parecem não se preocupar com isso. Jovens e crianças devem ser envolvidos nesta discussão. Devem ser feitos para se preocupar com a proteção de dados sem se concentrar muito nos conceitos abstratos e tecnicismos disso, pois pode ser muito difícil de entender (e muito enfadonho). Foi acordado que os pais - assim como os professores - muitas vezes não possuem as habilidades necessárias em termos de privacidade e proteção de dados, o que pode tornar seus filhos mais vulneráveis. As crianças, apesar de serem, de alguma forma, consideradas nativas digitais, normalmente não têm o conhecimento e a maturidade para entender completamente as implicações de certos comportamentos e desenvolvimentos, então um diálogo entre todos os atores relevantes é fundamental (tradução nossa).²⁴

Percebe-se, portanto, que determinada adaptação está, ainda, intrinsecamente relacionada com as habilidades e o conhecimento por parte

²³ BIK. *The General Data Protection Regulation and children's rights: questions and answers for legislators, DPAs, industry, education, stakeholders and civil society. Better Internet for Kids, Roundtable on the GDPR and children's rights, 23 June 2017, Brussels*. Disponível em: https://www.betterinternetforkids.eu/documents/167024/2013511/GDPRRoundtable_June2017_FullReport.pdf/e6998eb6-ba3c-4b5d-a2a6-145e2af594f2. Acesso em: 07 jun. 2021.

²⁴ “Meanwhile, the implementation of privacy-enhancing methods and digital literacy should not only focus on risks and the protection of children but also on empowering them by building their skills and understanding. Another challenge involves the difficulties of teaching children about the long-term consequences of sharing their data as they often seem not to be concerned about it. It was also agreed that parents – just like teachers – often lack the required skills in terms of privacy and data protection, which can make their children more vulnerable. Children, in spite of being somehow digital natives, do typically lack the knowledge and maturity to fully understand the implications of certain behaviours and developments, so a dialogue between all relevant actors is critical” (BIK. *The General Data Protection Regulation and children's rights: questions and answers for legislators, DPAs, industry, education, stakeholders and civil society. Better Internet for Kids, Roundtable on the GDPR and children's rights, 23 June 2017, Brussels*), pp. 06-07. Disponível em: https://www.betterinternetforkids.eu/documents/167024/2013511/GDPRRoundtable_June2017_FullReport.pdf/e6998eb6-ba3c-4b5d-a2a6-145e2af594f2. Acesso em: 07 de jun. 2021).

das crianças e dos adolescentes. Não apenas uma linguagem acessível e clara deve ser empregada nos referidos documentos, mas a orientação e fortalecimento do conhecimento das mesmas também são fatores indispensáveis no auxílio à proteção de seus dados pessoais.

3. Cibersegurança e educação digital: o poder do conhecimento e da informação

Uma das formas de se alcançar mudanças e melhorias em diversos âmbitos e setores da sociedade é através do investimento em educação de qualidade. Para tanto, dentre outras medidas, é preciso estudar e analisar constantemente os currículos escolares dos alunos de diversos níveis de ensino e adaptá-los à realidade e às necessidades atuais, com direcionamentos específicos conforme a idade, a realidade e as condições de cada aluno, já que a imutabilidade das mesmas não oferecem a preparação vital dos indivíduos para as questões sociais, políticas, econômicas e, até mesmo, comportamentais que lhes serão apresentadas no dia-a-dia, o que pode gerar danos irreversíveis aos mesmos. Nessa lógica é que se torna indispensável pensar sobre a cibersegurança e sua implementação prática no sistema educacional dos países.

O governo australiano, por intermédio de um programa nacional intitulado “School Cyber Security Challenges”, de iniciativa da *Academy of Information Technology*, está com um projeto para inserir a segurança cibernética no sistema educacional do país, com o objetivo de estimular uma cultura de proteção de dados pessoais contra possíveis ameaças virtuais²⁵.

Recentemente, foi apresentado um projeto de revisão do currículo nacional para crianças de cinco a dezesseis anos de idade, propondo que já no primeiro ano em que entram na escola, isto é, com cinco anos de idade, elas precisam aprender sobre questões como compartilhamento de informações pessoais com estranhos e a necessidade de consultar os pais ou responsáveis antes de fornecer qualquer informação pessoal na rede²⁶.

²⁵ IPLACE EDUCACIONAL. *Projeto leva cibersegurança ao currículo escolar na Austrália*. Iplace educacional, 25 de jul. de 2019. Disponível em: <https://www.iplace-educacional.com.br/2019/07/25/projeto-leva-ciberseguranca-ao-curriculo-escolar-na-australia/>. Acesso em: 09 jun. 2021.

²⁶ SHARWOOD, Simon. *Australia proposes teaching cyber-security to five-year-old kids*. fri., 30 april 2021, *The Register*. Disponível em: https://www.theregister.com/2021/04/30/eaching_cybersecuriry_to_five_year_olds/. Acesso em: 09 jun. 2021.

A discussão acerca da educação digital é algo que se encontra presente no mundo todo, não só na Austrália. No Brasil, essa preocupação e a consequente busca pela alteração do cenário atual da educação de crianças e adolescentes têm resultado em alguns projetos e iniciativas dos mais diversos. Inobstante a rapidez com a qual as novas tecnologias de informação caminham, o universo digital não pode ficar à margem do Estado de Direito.

O Estado de Direito ainda que não tenha um conceito aberto e impreciso²⁷, induz a força da lei como elemento chave do sistema jurídico. Na concepção clássica de Raz, existem oito princípios que definem o Estado de Direito: (1) as leis devem ser prospectivas, públicas e claras; (2) as leis devem ser relativamente estáveis; (3) a confecção de leis específicas deve orientar-se por regras gerais públicas, estáveis e claras; (4) a independência do poder Judiciário deve ser garantida; (5) deve observar-se o princípio da justiça natural; (6) os tribunais devem ter poderes de revisão sobre a implementação dos outros princípios; (7) os tribunais devem ser facilmente acessíveis; e (8) não se deve permitir que as instituições de prevenção de delito valham-se de sua discricionariedade para subverter a lei²⁸. Seguindo estes mesmos parâmetros, a governança da internet deve se inserir.

A ausência de normas neste universo digital induz todo o contrário do Estado de Direito. O próprio Waldron quando se refere à dimensão procedimental de aplicação do direito destaca a necessidade de normas que produzam decisões válidas e acessíveis aos cidadãos²⁹. A demanda por uma normatização do espaço digital, sobretudo que atente para a proteção e a tutela de grupos vulneráveis, em atenção à epistemologia dos direitos humanos, é urgente.

O fluxo de informações que transitam pelos caminhos digitais não pode ficar à margem do alcance da lei, devendo rege-se pelo “supremacia da lei”, no “império da lei”, sendo essencial a sua regulamentação que atualmente, no Brasil, centra-se no próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8078/90), na Lei do Comércio Eletrônico (Lei n° Decreto n° 7.962/2013) e, mais, recentemente, na LGPD que também alcança tais dados.

²⁷ ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de direito*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²⁸ RAZ, J. *The Rule of Law and its Virtue*. In: J. Raz (Ed.). *The Authority of Law - essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon, p.210-229, 1979.

²⁹ WALDRON, Jeremy. *The Concept and the Rule of Law*. Sibley Lecture Series, 2008.

No âmbito legislativo, a deputada Angela Amim (PP-SC) propôs o Projeto de Lei nº 4513/2020, que altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e institui a Política Nacional de Educação Digital, incluindo, dentre outros, o eixo voltado para a Educação Digital Escolar, com objetivos como “promover a inovação pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem, com reforço de competências analíticas e críticas, por meio da promoção de projetos e práticas pedagógicas no domínio da lógica, algoritmos e programação, além de ética aplicada ao ambiente digital, letramento midiático e cidadania na era digital”³⁰.

Não só isso, mas a preocupação com os riscos da rede também tem alcançado os educadores, pais ou responsáveis e estudiosos de tal forma que o mestre em Educação pela Universidade de Standford, Cláudio Sasaki, juntamente com Eduardo Bontempo, com MBA pela *MIT Sloan School of Management*, decidiram se organizar e fundar um projeto conhecido como “Geekie One”, por meio do qual buscaram criar uma nova dinâmica pedagógica, bem como contribuir para a conexão entre as escolas e as necessidades dos estudantes de seu tempo³¹.

Um das questões discutidas por esse projeto é a urgência da formação de cidadãos digitais, “ajudando-os a lidar com os riscos e desafios do mundo digital e a saber aproveitar oportunidades para contribuir positivamente para uma sociedade integralmente conectada”³². Nesse sentido, ele busca, através da disciplina “Educação Digital”, relacionada com uma metodologia ativa, colaborar para o desenvolvimento de habilidades pessoais dos estudantes, indispensáveis para a formação e proteção dos mesmos³³.

Essa inquietação pode ser justificada pelos constantes ataques e golpes sofridos pelas pessoas no mundo digital, o que, em relação às crianças e aos adolescentes, é agravado por sua vulnerabilidade, já que algumas de suas habilidades digitais são mais debilitadas, quando comparadas com as de um indivíduo adulto.

³⁰ AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Projeto institui Política Nacional de Educação Digital. *Agência Câmara de Notícias*, 20 de jan. de 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/723363-projeto-institui-politica-nacional-de-educacao-digital/>. Acesso em: 11 jun. 2021.

³¹ Disponível em: <https://site.geekie.com.br/sobre-a-geekie/>. Acesso em: 11 jun. 2021.

³² CONTIN, Alex. *Educação Digital: é papel da escola?*, *Info geek*, artigos, 10 de nov. de 2020. Disponível em: https://www.geekie.com.br/blog/educacao-digital-papel-escola?_ga=2.255723592.1588535245.1623432707-1780808761.1622500427. Acesso em: 11 jun. 2021.

³³ CONTIN, Alex. *Educação Digital: é papel da escola?*, *Info geek*, artigos, 10 de nov. de 2020. Disponível em: https://www.geekie.com.br/blog/educacao-digital-papel-escola?_ga=2.255723592.1588535245.1623432707-1780808761.1622500427. Acesso em: 11 jun. 2021.

Segundo uma pesquisa feita pelo TIC KIDS ONLINE³⁴, ao analisar as habilidades de avaliação crítica das crianças e dos adolescentes que usavam redes sociais do Brasil, do Chile, da Costa Rica e do Uruguai, mais especificamente, sobre a busca pela veracidade ou não de informações, verificou-se que “[...] na Costa Rica, apenas 55% verificaram as informações; no Chile, 64%; no Brasil, 74%; e o Uruguai apresentou a porcentagem mais alta, de 93% das crianças e adolescentes”.

O Brasil e o Uruguai apresentaram bons resultados, quando comparados com a Costa Rica e com o Chile, o que, no entanto, não descarta a urgência e a necessidade de aprimorar essas habilidades das crianças e dos adolescentes, considerando que existem inúmeras variantes e eixos que podem ser responsáveis por causar riscos aos mesmos.

A análise do comportamento e de questões intrapessoais desses dois grupos, ainda, demonstra a importância de uma educação direcionada capaz de informar, conscientizar e construir um senso crítico, principalmente quando estiverem diante de situações que exigem ações e um conhecimento mínimo capazes de estruturar uma cidadania digital como, por exemplo, práticas relacionadas à privacidade, fator que é indispensável para o controle das informações, sendo, inclusive, sugerido por estudos que os “consumidores que têm mais conhecimento sobre as práticas de privacidade podem perceber um maior controle sobre suas informações, o que resulta em menos preocupações com a privacidade”³⁵.

À essa inquietação deve ser dada a máxima atenção, principalmente pelo uso maior e mais frequente da internet pelas crianças e adolescentes não só como lazer, mas também para realizar consultas médicas e atividades escolares, por exemplo. No que se refere a essa última atividade, em razão da pandemia causada pelo coronavírus e da consequente necessidade de se estabelecer o distanciamento social, foi aprovado pelo Ministério da Educação (MEC) a substituição das aulas presenciais por aulas não presenciais, além da aprovação e implementação da Lei 14.040/2020, que “estabelece normas

³⁴ CETIC. *Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil 2019* [livro eletrônico]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 1. ed., 2020, p. 113. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093344/tic_kids_online_2019_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 04 jun. 2021.

³⁵ NOWAK, Glen; PHELPS, Joseph. *Understanding Privacy Concerns: An Assessment of Consumers' Information-Related Knowledge and Beliefs*. *Journal of Direct Marketing*, 6 (4): 28–39, 1992 *apud* YOUN, Seounmi. *Determinants of Online Privacy Concern and Its Influence on Privacy Protection Behaviors Among Young Adolescents*. *The Journal of Consumer Affairs*, v. 43, n. 3, fall 2009, p. 400. Acesso em: 07 de jun. 2021.

educacionais excepcionais a serem adotadas durante o estado de calamidade pública”.

Conforme uma pesquisa realizada pelo TIC KIDS no Painel TIC COVID-19, “[...] 50% dos usuários de internet com 16 anos ou mais e com grau de instrução até o Ensino Fundamental utilizaram a rede nos três meses anteriores à pesquisa para a realização de atividades escolares, percentual que era de 24% na população de referência da TIC Domicílios 2019”, assim como também cresceu a “a proporção dos usuários com Ensino Médio que realizou tais atividades, passando de 39% para 52%” e as “proporções de usuários de Internet com 16 anos ou mais que fizeram cursos a distância (de 16% para 35%) e que utilizaram a rede para estudar por conta própria (de 45% para 57%)”³⁶.

A internet passou a ser um meio básico de comunicação e de articulação das atividades das crianças e dos adolescentes, gerando, no entanto, situações e necessidades novas para a melhor experiência dessa parcela da população. A educação, nesse sentido, passa a ter um peso fundamental para a sua preparação e prevenção de danos que o meio digital pode causar, em especial, no que se refere ao tratamento dos dados pessoais.

Considerações finais

O fato da LGPD, do Código Civil e do ECA, assim como algumas normas internacionais, como a COPPA, norte-americana, e a GDPR, europeia, terem adotado um tratamento especial em relação às crianças e aos adolescentes não foi despropositado. Estes dois grupos, em diversas áreas, precisam de uma atenção e de métodos diferenciados que os impulsionem, enquanto cidadãos e sujeitos de direitos, bem como a proteção de seus direitos e de suas garantias fundamentais, o que não seria diferente em relação ao tratamento de seus dados pessoais.

A interação maior desses sujeitos com empresas e sistemas digitais de comunicação e lazer, fornecedores de serviços digitais, faz com que provedores desses serviços busquem se adequar e a proporcionar meios que

³⁶ NIC BR. *Pesquisa web sobre o uso da Internet no Brasil durante a pandemia do novo coronavírus*: Painel TIC COVID-19 [livro eletrônico]. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. (NIC BR), 1. ed., São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2021, pp. 80-81. Disponível em: https://nic.br/media/docs/publicacoes/2/20210426095323/painel_tic_covid19_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

explora um alcance e uma efetividade maiores da proteção dos direitos daquelas, sejam esses meios realizados de forma direta com o sujeito de direitos, como ocorre, em sua maioria, com os adolescentes, que apesar de necessitarem da orientação e supervisão dos pais ou responsáveis em alguns casos, são possuidores de uma autonomia preponderante, capaz de conferir maior independência aos mesmos e, conseqüentemente, a menor necessidade de intervenção daqueles primeiros; ou até mesmo de forma indireta, quando demandam a necessidade da interação com os pais ou responsáveis das crianças.

A linguagem, por si só, é algo adaptável e que, em conjunto com design, pode facilitar a compreensão das crianças e dos adolescentes, quando do contato com termos e informações no meio digital. No entanto, por si só, poderá ser incapaz de alcançar a efetividade desejada através do seu papel, em razão da necessidade de compreensão por parte desses sujeitos, cujo instrumento propulsor pode ser encontrado no incentivo à educação, em especial, na área da cibersegurança, cujo relevância e implementação já tem sido focada e buscada em alguns países, como a Austrália e o próprio Brasil, mesmo que a passos lentos.

Referências

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Projeto institui Política Nacional de Educação Digital. *Agência Câmara de Notícias*, 20 de jan. de 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/723363-projeto-institui-politica-nacional-de-educacao-digital/>. Acesso em: 11 jun. 2021.

BANDLER, Richard; GRINDER, John. *A estrutura da magia: um livro sobre linguagem e terapia*. Tradução de Raul Bezerra Pedreira Filho; revisão técnica de Alzira Soares da Rocha, [Reimpr.]. Rio de Janeiro: LTC, 2021. Acesso em: 31 maio 2021.

BENATTI, Camila; BECKER, Andrea. *Comunicação assertiva: o que você precisa saber para melhorar suas relações pessoais e profissionais*. São Paulo: Literare Books internacional ltda, 2021. Acesso em: 31 maio 2021.

BIK. *The General Data Protection Regulation and children's rights: questions and answers for legislators, DPAs, industry, education, stakeholders and civil society. Better Internet for Kids, Roundtable on the GDPR and children's rights, 23 June 2017, Brussels*". Disponível em: <https://www.betterinternetforkids.eu/documents/167024/2013511/GDPRRou>

ndtable_June2017_FullReport.pdf/e6998eb6-ba3c-4b5d-a2a6-145e2af594f2.
Acesso em: 07 jun. 2021.

BRASÍLIA. *Lei n. 14.040, de 18 de agosto de 2020*. Estabelece normas educacionais excepcionais a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei n. 11.947, de 16 de junho de 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14040.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

CETIC. *Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil 2019* [livro eletrônico]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 1. ed., 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093344/tic_kids_online_2019_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 04 jun. 2021.

CONTIN, Alex. *Educação Digital: é papel da escola?*, Info geek, artigos, 10 de nov. de 2020. Disponível em: https://www.geekie.com.br/blog/educacao-digital-papel-escola?_ga=2.255723592.1588535245.1623432707-1780808761.1622500427. Acesso em: 11 jun. 2021.

CRYSTAL, David. *Pequeno Tratado da linguagem humana*. São Paulo: Saraiva, 2012, 280 p. Acesso em: 31 de maio de 2021.

FTC. *Children's Online Privacy Protection Act of 1998*, 15 U.S.C.6501–6505. Federal Trade Commission. Disponível em: <https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule>. Acesso em: 22 jun. 2021.

INSTITUTO ALANA. *Comentário geral n° 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital. Comitê dos Direitos da Criança* (Tradução não oficial do Instituto Alana do inglês para o português), abr., 2021, p. 03. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

IPLACE EDUCACIONAL. *Projeto leva cibersegurança ao currículo escolar na Austrália. Iplace educacional*, 25 de jul. de 2019. Disponível em: <https://www.iplace-educacional.com.br/2019/07/25/projeto-leva-ciberseguranca-ao-curriculo-escolar-na-australia/>. Acesso em: 09 jun. 2021.

KONOPACKI, Marco; ALBU, Debora; GUIMARÃES, Thayane; CERQUEIRA, Diego. *Habilidade e Lacunas Digitais de Jovens ao lidarem com desinformação no Brasil*, pp. 119-129, 2020. In: CETIC. *Pesquisa sobre*

o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil 2019 [livro eletrônico]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 1. ed., 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093344/tic_kids_online_2019_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 04 jun. 2021.

LYTLE, Sarah Roseberry; GARCIA-SIERRA, Adrian; KUHL, Patricia K.. *Infant language learning in the presence of peers. Proceedings of the National Academy of Sciences*, oct., 2018. DOI:10.1073/pnas.1611621115. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/115/40/9859>. Acesso em: 31 maio 2021.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MALDONADO, Viviane Nóbrega (Coord.); OPICE BLUM, Renato (Coord.). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2. ed. rev., atual. e ampl., 2020. Acesso em: 22 jun. 2021.

MORLACHETTI, Alejandro. *A Convenção sobre os direitos da criança e a proteção da infância no regulamento internacional dos direitos humanos*. In.: *Rede Direitos Humanos e Educação Superior*. Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis, 2014, p. 13-18. Disponível em: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materials/DDGV_PORT_Manual_v4.pdf. Acesso em: 19 dez. 2021.

NIC BR. *Pesquisa web sobre o uso da Internet no Brasil durante a pandemia do novo coronavírus: Painel TIC COVID-19* [livro eletrônico]. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. (NIC BR), 1. ed., São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2021, pp. 80-81. Disponível em: https://nic.br/media/docs/publicacoes/2/20210426095323/painel_tic_covid19_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

NOWAK, Glen; PHELPS, Joseph. *Understanding Privacy Concerns: An Assessment of Consumers' Information-Related Knowledge and Beliefs*. *Journal of Direct Marketing*, 6 (4): 28-39, 1992 *apud* YOUN, Seounmi. *Determinants of Online Privacy Concern and Its Influence on Privacy Protection Behaviors Among Young Adolescents*. *The Journal of Consumer Affairs*, v. 43, n. 3, fall 2009, pp. 389-418. Acesso em: 07 jun. 2021.

RAZ, J. *The Rule of Law and its Virtue*. In: J. Raz (Ed.). *The Authority of Law - essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon, p.210-229, 1979.

SHARWOOD, Simon. *Australia proposes teaching cyber-security to five-year-old kids*. fri., 30 april 2021, *The Register*. Disponível em:

https://www.theregister.com/2021/04/30/eaching_cybersecurity_to_five_year_olds/. Acesso em: 09 jun. 2021.

SLOBIN, D. I. (ed.) (1967). *A field manual for cross-cultural study of the acquisition of communicative competence*. Berkeley, CA: Language-Behavior Research Laboratory *apud* BANDLER, Richard; GRINDER, John. *A estrutura da magia: um livro sobre linguagem e terapia*. Tradução de Raul Bezerra Pedreira Filho; revisão técnica de Alzira Soares da Rocha, [Reimpr.]. Rio de Janeiro: LTC, 2021, p. 42. Acesso em: 31 maio 2021.

STEINFELD, N. (2016). “*I agree to the terms and conditions*”: (How) do users read privacy policies online? An eye-tracking experiment. *Computers in Human Behavior*, 55, 992–1000. doi:10.1016/j.chb.2015.09.038. Acesso em: 04 jun. 2021.

TAVARES, Vitor. “*O Youtube influencia o jeito de falar da minha filha*”, *BBC News Brasil*, 13 de abr. de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-56697071>. Acesso em: 31 maio 2021.

TEFFÉ, Chiara de. *Proteção de Crianças e Adolescentes nas redes*. Proteção de dados de crianças e adolescentes: desafios práticos e regulatórios. *Curso ITS RIO*, aula 01, 27 de maio de 2021.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes: proteção e consentimento*, pp. 47-54. In: Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC kids online Brasil 2018. *Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC BR)*, São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019. Acesso em: 22 jun. 2021.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. *Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais*. *Revista civilistica.com*, v. 9 n. 1 (2020). Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/510>. Acesso em: 22 jun. 2021.

TRUCCO, D.; PALMA, A.(eds.). *Infancia y Adolescencia en la era digital: un informe comparativo de los estudios de Kids Online del Brasil, Chile, Costa Rica y el Uruguay*, Documentos de Proyectos (LC/TS.2020/18/REV.1), Santiago, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, 2020, p. 82. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45212/7/S2000334_es.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

WALDRON, Jeremy. *The Concept and the Rule of Law*. Sibley Lecture Series, 2008.

YAN, Zheng. 2005. *Age Differences in Children’s Understanding of Complexity of the Internet*. *Journal of Applied Developmental Psychology*, 26

(4): 385–396 *apud* YOUN, Seounmi. *Determinants of Online Privacy Concern and Its Influence on Privacy Protection Behaviors Among Young Adolescents*. *The Journal of Consumer Affairs*, v. 43, n. 3, fall 2009, pp. 389-418. Acesso em: 07 jun. 2021.

ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de direito*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

QUESTIONAMENTOS SOBRE A INSUFICIÊNCIA DA LEI E A MANUTENÇÃO DO SISTEMA DEMOCRÁTICO

Isabella Macedo Torres

Sumário: Introdução. 1. A importância da previsão legal como forma de contenção do poder. 2. A insuficiência da lei e a judicialização da política: a faceta antidemocrática do Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

Introdução

Após a crítica feita por Carl Schmitt a Hans Kelsen em “O guardião da Constituição”, pudemos observar não apenas a destituição da Constituição de Weimar, severamente criticada por Schmitt pela falta de efetividade, mas também a instauração de um regime ditatorial que permitiu ao Presidente do Terceiro Reich governar mediante decretos, ignorando, assim, a legislação vigente no recém-unificado território alemão.

O alvo principal do ataque de Schmitt em seu livro era justamente o escalonamento normativo minuciosamente elaborado por Kelsen que, em sua “Teoria Pura”, se preocupou em estruturar um sistema jurídico-normativo em que haveria não apenas hierarquia, mas o afastamento de valores que pudessem influenciar negativamente os operadores da lei, principalmente o julgamento por parte dos magistrados, que comporiam um Tribunal de Justiça Constitucional.

Por mais que a teoria de Kelsen seja passível de críticas, o que o levou a elaborá-la foi a preocupação com a usurpação do poder por ondas radicais, em franca ascensão naquele período, fortalecendo o sistema normativo e resguardando-o de eventuais deturpações dos valores por aqueles que ocupariam o Poder Executivo. Como demonstra a história, sua preocupação não era vã, e, apesar de críticas no sentido de que a pura normatividade justificaria o sistema nazifascista, fato é que a teoria de Kelsen voltou a ter sua proeminência não apenas na Alemanha pós Segunda Guerra, mas em diversos

estados que adotaram o modelo de *Civil Law*, além de ter sido aprimorada e dado lugar à teoria do neoconstitucionalismo e ao pós-positivismo jurídico.

A questão que se traz à tona, entretanto, é: assegurar um escalonamento normativo e a previsão de normas constitucionais que sirvam de fonte para as demais regras de um sistema jurídico é suficiente para garantir-se a efetivação de direitos e a manutenção da ordem estatal? Pode haver, nas leis, mecanismos pelos quais o Estado de Direito se transforme em um Estado de não Direito?

O presente trabalho tem por intuito discorrer sobre o que a doutrina denomina de crise da lei, perpassando-se por análises doutrinárias sobre esse fenômeno, questionando se, atualmente, no estado brasileiro, vivemos resquícios de uma era em que o Direito era utilizado visando apenas às finalidades de quem ocupava o poder.

1. A importância da previsão legal como forma de contenção do poder

Apesar da premente discussão doutrinária sobre a crise da lei, não se pode ignorar que a preocupação em cunhar um estatuto legal que não apenas ordene a sociedade, mas garanta a previsão de direitos e garantias fundamentais, permeou a história da civilização.

As poucas linhas deste artigo não permitem que se adentre em meandros históricos, mas há um diálogo que se faz imprescindível a seu desenvolvimento: o que se deu entre Carl Schmitt e Hans Kelsen durante as décadas de 1920 e 1930 do século XX, e que se propôs a discorrer sobre a importância, ou não, de se estabelecer um escalonamento normativo ao sistema legal alemão.

Contrapondo-se à “Teoria Pura” elaborada por Kelsen¹, para quem era de primordial importância conferir rigidez ao sistema constitucional, cujas

¹ “O Direito pode regular sua própria criação, de modo que a própria norma determine o processo pelo qual outra norma é produzida e da norma a produzir, motivo pelo qual uma norma representa o fundamento de validade da outra. [...] A relação entre a norma que regula a produção de outra e a norma regulamentada é figurada pela imagem da supra-infra-ordenação – a norma que regula a produção é a norma superior e a norma produzida é a norma inferior, sendo a ordem jurídica uma construção escalonada de diferentes níveis de normas jurídicas. A unidade da ordem jurídica é um produto da conexão de dependência, que resulta em uma norma fundamental pressuposta, e seu fundamento de validade é a norma hipotética fundamental. [...] A Constituição deve ser entendida no sentido material como o escalão de direito positivo mais elevado dentro de uma ordem jurídica do

normas se submeteriam a um processo de modificação mais difícil do que o exigido a uma legislação infraconstitucional, e que teriam como fundamento uma norma hipotética fundamental, Schmitt argumenta que este fato submeteria a Constituição ao alvedrio de quem ocupa o poder, que inseriria em seu texto tudo aquilo que houvesse por bem ser protegido, de acordo com suas próprias convicções².

Aliás, muitos dos juristas da época, tais quais Jellinek, eram contrários à declaração de constitucionalidade pelas Cortes, uma das propostas formuladas por Hans Kelsen, que defendia, além da rigidez de um sistema normativo, a ascensão de um Tribunal Constitucional, tendo em vista que, até então, os juízes agiam conforme a vontade do monarca³.

A preocupação de Kelsen em conferir rigidez ao sistema normativo não era vã: Giorgio Agambem, em sua profunda análise acerca do Estado de Exceção, registra que a excepcionalidade de algumas medidas foram utilizadas como ferramentas para que alguns governantes se perpetuassem no poder, dentre eles, o presidente do Terceiro Reich alemão, o que, conseqüentemente, gerou a transformação dos regimes democráticos em regimes autoritários, devido à progressiva expansão dos poderes do Executivo durante a Segunda Guerra Mundial e, de modo mais geral, do Estado de Exceção, que as havia acompanhado e seguido⁴.

É possível observar que, na medida em que o ocupante do Poder Executivo se utiliza de mecanismos que permitem a ampliação de seus poderes, de modo a confiscar os direitos dos cidadãos e manejar os rumos da nação conforme seu alvedrio, caberia à fundamentação supralegal a manutenção de um aparato estatal que não deturpe a lei – o que justificou a proposição de uma norma hipotética fundamental por Kelsen.

Fato é que os acontecimentos que se sucederam durante a Segunda Guerra Mundial, evento histórico posterior ao diálogo travado entre os citados

Estado”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 5ª tiragem. Ps. 246/247.

² O autor, ao argumentar sobre a então recém promulgada Constituição de Weimar, discorre que: “Aliás, perante a situação da teoria constitucional daquele tempo, esse era um procedimento totalmente conseqüente e incontestável, pois se a Constituição é equiparada formalmente à norma constitucional singular e, assim, é definida igualmente como “nada mais do que uma lei dificilmente emendável”, cada um age corretamente quando aproveita a oportunidade para tornar dificilmente emendável tudo o que lhe for importante [...]”. SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradutor: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 70.

³ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 14.

⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 18.

autores, trouxeram à tona a necessidade de contenção do poder mediante um arcabouço legislativo que conferisse, dentre outros aspectos, a previsão de direitos humanos⁵. À dignidade da pessoa humana, que teve sua importância durante o advento do liberalismo, foi conferida novamente proeminência.

Frise-se que o Poder Judiciário não tinha a importância que passou a ter após a Segunda Guerra em alguns países do continente europeu, e a divisão da Alemanha foi o momento em que “a reorganização do sistema judicial foi um dos principais pilares da política Aliada decidida em Potsdam, depois da derrota de Hitler em 1945”. Além disso, seguindo o modelo adotado nos Estados Unidos, um dos países vencedores da guerra e com quem estava o controle da República Ocidental da Alemanha, foi implantado “um judiciário independente, bem como a adoção do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos executivos”, que foi criada após a promulgação da Lei Fundamental de Bonn⁶.

Otto Bachoff⁷, em discurso proferido no ano de 1959, afirma que a Lei Fundamental de Bonn se dirigiu ao juiz como o verdadeiro guardião da Constituição, com a conseguinte diminuição dos poderes Legislativo e Executivo. Bachoff retornou a concepções antigas sobre Estado e Direito, explicando que a norma fundamental se alicerça na ideia de que o Direito é prévio à lei, sujeito a uma ordem de valores anterior ao ordenamento. A partir da Lei Fundamental de Bonn, a pretensão de validade das normas adquire eficácia renovada.

Porém, com o desenvolvimento da sociedade e a infinita variedade de situações, bem como as multifacetadas de quem não apenas elabora e executa, mas se utiliza a lei para julgar as situações concretas, é que o positivismo,

⁵ É o caso não apenas do movimento neoconstitucionalista, que propõe uma releitura da teoria constitucional, a fim de que o Direito reflita os valores que foram afastados por Kelsen, à época, visando a uma interpretação mais extensiva que garanta maior efetividade às normas constitucionais, notando Alexy que “a lei escrita não cumpre essa função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da razão prática e as ‘concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade’”. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 39 e 40. E sobre isso, inclusive, MAUS salienta: “Ronald Dworkin é expressão plena do pensamento dominante de que direito e moral não podem ser separados na atividade jurisprudencial. Segundo ele, as perspectivas morais e os princípios são imanentes ao conceito de direito, mesmo quando não encontram apoio no texto legal, e devem orientar desde o início o trabalho decisório judicial”, p. 186.

⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. “*A Corte Warren...*”, p. 13.

⁷ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*. Revista Española de Derecho Administrativo, ISSN 0210-8461, nº 80, 1993, pp. 582/538.

apesar de sua importância no período em que erigiu, deixou de ser suficiente para reger as mais peculiares situações cotidianas.

Nota Zagrebelski⁸ que a noção subjetivista da interpretação da lei tem uma de suas razões de ser no caráter pluralista da sociedade, salientando o que denomina de “sociedade parcial”, composta por juristas e operadores do Direito. Segundo o autor, essa indefinição nos processos de aplicação da lei se dá devido à “exaustão de um quadro de princípios de sentido e valor compartilhados pela generalidade”.

Portanto, apesar de importância do positivismo e das discordâncias doutrinárias a respeito das intenções de Kelsen e Schmitt, verificou-se um movimento de reconstitucionalização que ocorreu em decorrência da Segunda Guerra, a crise de representatividade e legitimidade, sobretudo pela expansão das atividades administrativas assumidas pelo Estado, bem como a ampliação de normas que se seguiram a fim de garantir o texto constitucional (eficácia normativa da Constituição), teve como consequência o neoconstitucionalismo.

Conforme definiu Bulos⁹, o neoconstitucionalismo constitui “rótulo criado para designar a evolução da cultura jurídica contemporânea”, motivo pelo qual possui duas acepções: a primeira correspondente ao modelo de Estado de Direito baseado em determinada forma de organização política, que tem por respaldo, principalmente, a força vinculante de uma constituição, e a segunda correspondente ao conjunto de concepções referentes a uma nova Teoria do Direito, de vertente principiológica e de interpretação judicial em vez de se ater à mera subsunção legal.

Contudo, o fato de inserir a Constituição no centro do sistema jurídico acarretou a superioridade desta norma em relação às demais, com exacerbada carga valorativa pautada em amplo catálogo de direitos fundamentais, e com a consequente otimização de princípios constitucionais face às lacunas da lei.

Além disso, este movimento acabou por conferir às Cortes Constitucionais, não apenas em sistemas de *Common Law*, mas também nos de *Civil Law*, clara proeminência nos últimos tempos, e este fenômeno constitui uma das consequências da insuficiência da lei para gerir os conflitos e situações cotidianas.

⁸ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. 8ª Edição. Madrid: Trotta, 2008, p. 144-145.

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

Dessa forma, caracteriza-se o que a doutrina moderna houve por bem denominar de crise da lei, fenômeno que tem por escopo discorrer sobre a exiguidade da lei para regular as mais variadas situações cotidianas, tendo em vista não apenas a efemeridade das relações, mas as mudanças sociais que não têm prévia solução legal. Binenbojm¹⁰, ao abordar o tema, explica que a crise da lei acaba por se confundir com a crise relativa às democracias constitucionais, desembocando em uma crise de representação, relacionada especificamente aos representantes do povo no poder – no caso, o parlamento –, uma vez que a lei não é mais vista como expressão da vontade geral.

O autor lista, ainda, alguns motivos pelos quais considera que a lei não foi capaz de atender aos anseios da sociedade: o primeiro deles é a inflação legislativa, que acabou por esvaziar o sentido de respeito à lei; o segundo, o fato de a lei poder ser fonte de injustiça, momento em que critica o positivismo jurídico, que acabou por legitimar atrocidades mundo afora; o terceiro, o fato de a lei ter deixado de ser a principal forma de manifestação da vontade geral do povo, perdendo lugar para a égide do constitucionalismo, com a consequente constitucionalização do direito; a quarta está no fato de que atos normativos, em vez da lei, podem servir de diretrizes para a Administração Pública; e, por fim, o fato de que o Executivo acaba por ter o controle dos atos legislativos, exercendo funções que originalmente seriam do Legislativo¹¹.

Liborio L. Hierro¹² traz à tona motivos bem similares que, em sua visão, contribuem para a crise da lei: a diversificação da lei e a competência entre os diversos tipos de lei; o surgimento de normas de caráter paralegal nos processos de integração regional; a expansão da força normativa da Constituição e a expansão da força normativa dos princípios.

Assim, uma das consequências que a insuficiência legal trouxe à tona foi a clara influência suprapositivista dos países de *Common Law* em países da *Civil Law*, com a proeminência do Poder Judiciário, o que, consequentemente, deu ensejo à maior atuação deste poder e a questões como a judicialização da política.

Não obstante o fato de essa ser uma consequência natural da fragilidade do sistema de pesos e contrapesos, a ascensão do Poder Judiciário devido à crise da lei deve ser observada com cautela, tendo em vista que, como

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo, *A crise da lei: da legalidade como vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renvoar, 2008, p. 131.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. “*A crise da lei*”, p. 133 a 140.

¹² HIERRO, Liborio L.. *El imperio de la ley y la crisis de la ley*. Doxa. 19. 1996 p. 287-308, p. 291.

já alertava Lowenstein¹³, quando as Cortes têm demasiada autonomia, há maiores chances de que haja abuso de poder, pois o erro faz parte da essência humana.

2. A insuficiência da lei e a judicialização da política: a faceta antidemocrática do Poder Judiciário

A correlação entre a lei, ou a constitucionalização do Direito, e a democracia, permeia os ideários doutrinários há tempos.

Elías Díaz¹⁴, por exemplo, ao analisar a questão entre democracia ao Estado de Direito (argumentando que o Estado de Direito é a institucionalização jurídica da democracia política e da democracia como moral), relaciona-a diretamente à efetivação dos direitos humanos¹⁵, e salienta que o Estado de Direito se constitui como alternativa às crises do modelo liberal de Estado (rechaçando, também, o totalitarismo, que é característica dos sistemas comunista e fascista).

O mesmo raciocínio se verifica em Kaufmann¹⁶, para quem “apenas quando a ideia de uma igualdade jurídica e a suposição de direitos iguais para todos se aliam à tradição republicana e à concepção dos direitos subjetivos, é que começa a haver um desenvolvimento em direção à democracia no sentido atual”.

Stephen Holmes¹⁷, por sua vez, ao discorrer sobre o compromisso e o paradoxo do sistema democrático, remete-se a um questionamento feito por Laurence Tribe, que se interroga o porquê de uma nação, que fundamenta a

¹³ Conforme nota Lowenstein: “Estos nuevos intentos de solucionar los conflictos políticos a través de una instancia judicial encierran considerables peligros, tanto para la judicatura como para el proceso gubernamental. Los defensores del arbitrio judicial entre los diferentes detentadores del poder hacen patente que, en un Estado de derecho, todas las acciones políticas de cualquier detentador del poder tienen que estar de acuerdo con las disposiciones constitucionales y que es una tarea legítima del Tribunal Constitucional Supremo detenninar la extensión de las normas constitucionales e interpretar su contenido. Esta tesis es irrefutable. Pero, contra esto, si se puede oponer que la intervención de los tribunales puede conducir a borrar las fronteras entre la administración de justicia y la política”. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2ª edição. Barcelona: Editorial Ariel, 1976 p. 324 e 325.

¹⁴ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho*, p. 18.

¹⁵ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y derechos humanos. In: Ensaïos jurídicos em memoria de José María Cajica C. V. 1, Puebla (Mexico) 2000-2003*, p. 9.

¹⁶ KAUFFMAN, Matthias. *Em defesa dos direitos humanos: considerações históricas e de princípios*. Tradução: Rainer Patriota. Vale dos Sinos: Editora da UniSinos, 2013, p. 78.

¹⁷ HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. Constitucionalismo y democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217.

legalidade no consentimento dos governados, construir sua vida política com base em um acordo que acaba por dificultar sua própria modificação.

Holmes¹⁸, inclusive, menciona o voto do juiz Jackson, integrante da Suprema Corte dos Estados Unidos, que, ao pronunciar seu voto sobre a obrigatoriedade do juramento à bandeira no caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, no ano de 1943, ressaltou a importância de uma declaração de direitos, cujo intuito principal é justamente proteger certos temas das vicissitudes da controvérsia política e do controle da maioria. Holmes, ao analisar o voto, afirma que o constitucionalismo é, em sua essência, antidemocrático.

Aprofundando-se na temática entre constitucionalismo e democracia, Holmes¹⁹ sustenta que as constituições são mais ou menos democráticas na medida em que o poder é distribuído de forma ampla e uniforme: quando a população ameaça se rebelar contra a cooperação indispensável para as elites políticas e econômicas, as implicações democráticas de uma constituição se sobressairão; mas o contrário também pode ser observado: quando as elites não mais necessitarem dessa colaboração, as implicações democráticas desaparecerão.

É necessário frisar que o autor analisa um sistema de *Common Law*, em um país que não enfrentou dilemas relacionados à tomada de poder que teve como consequência uma ditadura, enquanto Días²⁰, por outro lado, analisa o sistema jurídico espanhol, de características da *Civil Law*, que, ao contrário da nação analisada por Holmes, enfrentou diversas crises relacionadas ao sistema absolutista e, posteriormente, uma ditadura, motivo pelo qual a Constituição Espanhola prevê expressamente o princípio da proibição da arbitrariedade²¹, que contém um duplo significado: um sentido

¹⁸ HOLMES, Stephen. *El compromiso...*, p. 218

¹⁹ HOLMES, Stephen. *Constitutions and Constitutionalism*, p. 207. Disponível em: <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/holmes-2013-constitutions-and-constitutionalism-pdf.pdf>

²⁰ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*. Revista Española de Derecho Administrativo, ISSN 0210-8461, nº 80, 1993, pp. 589/590.

²¹ Este princípio está expresso no artigo 9º na Constituição de 1978 por influência de Eduardo García de Enterría, conforme salientou seu discípulo, Lorenzo Martín Retortillo, que era constituinte à época. *Eduardo García de Enterría: um legado internacional*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/187030/eduardo-garcia-de-enterria--um-legado-internacional>: *Artículo 9 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio*

genérico, que considera a arbitrariedade a negação da justiça e do Direito, e um sentido concreto, sendo arbitrário tudo o que está despido de fundamentação objetiva.

Deve-se ter em mente, outrossim, que, no caso dos Estados Unidos, que é o sistema jurídico analisado por Holmes, a Suprema Corte, também responsável por criar direitos em conformidade com seus precedentes, inúmeras vezes emanou decisões questionáveis, tal qual é o caso da declaração de constitucionalidade de uma lei que permitia a esterilização compulsória de pessoas consideradas incapazes, decisão, inclusive, que sequer é mencionada²², ou mesmo as diversas decisões que perpetuaram o sistema escravista, como é o caso *Dread Scott v. Sanford*²³.

Por outro lado, outras decisões são de suma relevância para o equilíbrio do sistema constitucional, e alguns juízes cunharam conceitos que se tornaram referência, inclusive em relação à desvirtuação do poder pelo chefe do Executivo. Nesse contexto, deve-se suscitar o voto do juiz Robert H. Jackson, no caso que analisou a possível estatização de siderúrgicas durante o governo Truman:

O juiz Jackson dividiu o universo de possíveis ações presidenciais em três categorias que descreveu como “um agrupamento simplificado de situações práticas em que o presidente pode duvidar de, ou em que outros podem desafiar, seus poderes”. Primeiro, “quando o presidente

de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>.

²² É o caso do precedente *Buck v. Bell*, em que o cultuado juiz Holmes proferiu o odioso voto que em cuja parte final salientou “três gerações de imbecis é o suficiente”, referindo-se a três gerações de mulheres arbitrariamente consideradas incapazes. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/274us200> e em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/buck-v-bell-quando-a-suprema-corte-dos-eua-autorizou-esterilizacao-compulsoria-18062018>

²³ *Dred Scott*, que tinha a condição de escravo no Missouri, residiu em Illinois de 1833 a 1843, estado em que não havia escravidão, devido ao *Missouri Compromise* de 1820. Quando retornou ao Missouri, requereu, perante a corte daquele estado, sua liberdade, com base no fato de ter residido em território cuja escravidão era proibida. Devido ao seu insucesso, *Scott* interpôs nova ação perante a Suprema Corte. Dessa vez, a maioria entendeu que um negro cujos ancestrais fossem enviados aos Estados Unidos como escravos, independentemente de serem escravos ou libertos, não poderiam ser considerados cidadãos estadunidenses e, portanto, sequer poderiam ser partes em processos. Posteriormente, *justice* Taney considerou o *Missouri Compromise* inconstitucional, sendo, portanto, deferente às Cortes do Missouri, que considerada escravos propriedades sob a regra da Quinta Emenda à Constituição dos EUA. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/60us393> acesso em 12.dez.2021.

atua por autorização expressa ou implícita do Congresso, sua autoridade é máxima, pois inclui tudo o que possui por direito e tudo o que o Congresso pode delegar”. Em segundo lugar, o juiz Jackson definiu uma “zona de penumbra” na qual “o presidente age na ausência de uma concessão do congresso ou negação de autoria”. Ele então “só pode contar com seus próprios poderes independentes”, e se essa confiança é legítima “é provável que dependo do imperativo dos eventos e do imponderável contemporâneo, ao invés de teorias abstratas do direito”. Finalmente, “quando o presidente toma medidas incompatíveis com a vontade expressa ou implícita do Congresso, seu poder está na mais baixa categoria”. Jackson classificou a apreensão de aço na terceira categoria, descobrindo que o Congresso havia promulgado três estatutos que eram inconsistentes com a ação do presidente. “A ação executiva que aqui temos origina-se na vontade individual do presidente e representa um exercício de autoridade sem lei”, finalizou (em tradução livre)²⁴.

Dessa forma, quando um poder tenta se sobressair perante os demais, o delicado equilíbrio advindo do sistema de pesos e contrapesos é delineado por uma Corte que está atenta a atos escusos.

Não se está aqui enaltecendo o sistema estadunidense, muito pelo contrário: traça-se apenas um esboço de que, quando há independência entre os órgãos componentes da estrutura de Estado, o frágil sistema de poder é mantido. Até mesmo porque, da mesma forma que ocorre em nosso sistema, os componentes da corte são indicados pelo chefe do Poder Executivo (muito embora haja situações em que os indicados sequer compartilhem os mesmos valores de quem os indicou, sendo o caso mais emblemático o do juiz Earl Warren, com ideais ativistas e progressistas e que foi indicado pelo conservador presidente Isaac Eisenhower).

Trazendo a análise acima ao Brasil, pode-se dizer que nosso sistema constitui um caso peculiar de desenvolvimento institucional: ao mesmo tempo em nosso país constitui um sistema regido pela *Civil Law*, há clara influência

²⁴ GREENHOUSE, Linda. *The U.S. Supreme Court. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 68.

da *Common Law*, principalmente na questão concernente à constituição e influência do Supremo Tribunal Federal brasileiro²⁵.

A história brasileira tem uma tradição de percalços: dentre os diversos ciclos que enfrentamos, devem-se destacar os anos de 1964 a 1984, quando o país enfrentou um período obscuro, cuja existência muitos insistem em contestar, que foi a instauração de uma ditadura cívico-militar. Nesta época, a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal era feita em conformidade com a indicação de generais que se alternavam no poder, e muitos desses ministros permaneceram compondo a Corte, inclusive, em momento posterior à transição para o período democrático.

O livro “Entre Tanques e Togas”, do jornalista Felipe Recondo²⁶, constitui um relato jornalístico sobre os bastidores do Supremo Tribunal Federal durante a ditadura, tribunal este que, segundo o autor, restou “amputado” durante este período, sobretudo, durante a vigência do Ato Institucional nº5, de 13 de dezembro de 1968, que dilapidou suas competências ao promover atos como a suspensão do *habeas corpus* para crimes políticos e contra a segurança nacional. Além disso, “manteve sobre os juízes uma ameaça permanente”, como, por exemplo, a ameaça de suspensão das garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade – justamente as características que conferem aos juízes sua independência em relação aos demais poderes.

Não é de se espantar que no capítulo 07, em trecho de uma fala de Aliomar Baleeiro em relação ao Ato Institucional nº 2, se dê ênfase a legislações excepcionais que, tal qual analisou Aganbem, foram utilizadas de forma a perpetuar no poder aqueles generais: “a legislação de exceção dava ao presidente da República o poder de fato de cassar mandatos de parlamentares. O direito [...] é o poder efetivo – consentido ou suportado –, responsável por ditar normas”²⁷.

²⁵ “As Constituições argentina (1853) e brasileira (1891), plasmadas segundo o molde americano, adotavam o federalismo e o presidencialismo e davam aos juízes o poder de declarar a inconstitucionalidade dos diplomas legislativos e dos atos executivos. No topo sistema de poder, ao lado do Presidente e do Congresso, a Suprema Corte, apontada como a mais original das instituições americanas, garantidora, através do gênio dos seus juízes, da adaptação da Constituição setecentista às novas realidades em perpétua mudança, servia também de paradigma à Corte Suprema argentina e ao Supremo Tribunal Federal”. RODRIGUES, Leda Boechat. “*A Corte de Warren*”, p. 12.

²⁶ RECONDO, Felipe. *Entre tanques e togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 205.

²⁷ RECONDO, Felipe. *Entre tanques e togas...*, p. 209.

Quanto aos sistemas totalitários, é oportuno mencionar a análise de Kauffman²⁸, que observou serem cínicas as tentativas, explícitas ou não, de classificar sistemas ditatoriais como experiências democráticas, pois é essencial que, em um sistema realmente democrático, todos os habitantes de um território “precisam ser e permanecer participantes do governo, ao menos mediatamente”²⁹, motivo pelo qual entende que as únicas alternativas democráticas ao Estado democrático são o princípio do consenso e a decisão da maioria com efeitos ilimitados sobre todos os membros da sociedade.

É necessário destacar, contudo, que não apenas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal geram o ambiente de tensão entre o poder e a (real) vontade popular: é necessário salientar que o Brasil possui aparato legislativo de viés antidemocrático que perpetua a realidade de uma elite que domina o país desde seus primórdios.

A pesquisadora Vanessa Shinke, em texto que retrata o viés autoritário do Poder Judiciário brasileiro, se refere, também, ao pensamento conservador perpetuado por juristas, dentre eles, Miguel Reale, que, a respeito do golpe de 1964, ressaltou que sua preocupação consistia na revalorização de um “passado pequenino de desordem e de demagogia que a Revolução de março oportunamente destruiu: aos chefes do Governo Revolucionário cabia, efetivamente, atender às exigências substanciais do país”³⁰.

Deve-se lembrar que Miguel Reale foi o precursor da Teoria Tridimensional do Direito, que serve ainda de respaldo para a interpretação jurídica, bem como membro da comissão de juristas responsável pela elaboração do atual Código Civil brasileiro.

O Código Civil de 1916 refletia os valores dominantes àquela época e, dentre outras normas, considerava a mulher casada relativamente incapaz, não podendo esta realizar atos da vida civil de forma independente, por exemplo. Portanto, por mais que o Código Civil de 2002 seja considerado um progresso frente ao anterior, deve-se ter em mente que seu anteprojeto foi elaborado ainda durante o período ditatorial, e traz em seu bojo diversas normas paternalistas, que deixam claro a intervenção do Estado na autonomia

²⁸ KAUFFMAN, Matthias. *Em defesa dos...*, p. 81.

²⁹ KAUFFMAN, Matthias. *Em defesa dos...*, p. 81

³⁰ SHINKE, Vanessa Dornele; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da Silva. *Poder judiciário e regime autoritário: democracia, história constitucional e permanências autoritárias*. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016.

do indivíduo, como é o caso do artigo 13, que veda a disposição do próprio corpo por parte do indivíduo³¹.

E não apenas o Código Civil: nosso Código Penal, que é originalmente um Decreto-Lei datado de 1943, apesar de suas inúmeras modificações, até o início do século XXI não permitia que mulher que não fosse considerada “honesta” fosse vítima em crime de estupro. Frise-se que em 1943 o Brasil se encontrava no período democrático da Era Vargas, porém, o Estado Novo tinha acabado de terminar, e ainda havia resquícios de um período de perseguição política à oposição.

Estes são apenas poucos exemplos de que nosso aparato legislativo contribui para a perpetuação da discriminação e contribui para a manutenção do *status quo*, que acaba por constituir a vontade de uma elite dominante.

E é justamente levando-se em consideração a inefetividade dos direitos humanos e a constatação de que tanto a lei quanto sua aplicação podem ser discriminatórias que Guillermo O’Donell³² observa que não basta que certos atos sejam apenas regidos por uma lei, pois esta pode impor situações discriminatórias ou que viole direitos básicos. Além disso, a aplicação seletiva da lei por aqueles que detêm o poder podem acarretar atos de arbitrariedade.

O autor aprofunda-se na questão apontando que o fenômeno generalizado de crise se origina, em primeiro lugar, da “profunda desigualdade e da pobreza séria e generalizada que costuma acompanhá-la”, e, segundo, das distâncias sociais impostas justamente por essa desigualdade, responsáveis por alimentar “múltiplos padrões de relações autoritárias”³³, o que, conseqüentemente, gera a invisibilidade dos marginalizados aos olhos do Estado.

Em relação ao Brasil, há dois fatores que devem ser levados em consideração: o primeiro deles, que já foi salientado anteriormente, é que estamos em um sistema de *Civil Law*, em que o aparato legislativo é o arcabouço da tomada de decisões, portanto, é necessário que nos atentemos ao

³¹ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

³² O’DONNEL, Guillermo. *Democracia delegativa?*. *Novos Estudos CEBRAP*. N° 31, Outubro 1991, p. 48.

³³ O’DONNEL, Guillermo. *Democracia delegativa?*. *Novos Estudos CEBRAP*. N° 31, Outubro 1991, p. 53.

momento e à forma como as principais leis que compõem o sistema jurídico brasileiro foram elaboradas; e o segundo é que a insuficiência legislativa e o caráter antidemocrático tanto das leis, quanto de algumas normas constitucionais, foi um dos fatores que nos conduziram à judicialização da política.

O exercício do controle de constitucionalidade, e as técnicas constitucionais da mutação e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, constituem apenas alguns dos exemplos que conferiram ao Supremo um poder contramajoritário de clara influência suprapositivista, cujo desenvolvimento se tornou mais emblemático, tanto após a Constituição de 1988, quanto devido à postura de alguns ministros.

E não apenas isso. Conforme nota Oscar Vilhena Vieira³⁴, a partir de 1988, o Supremo Tribunal Federal brasileiro passou a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário e foro especializado, além de ter tido seu papel político reforçado devido ao advento das emendas constitucionais nº 3/1993 e 45/2005, o que foi respaldado pelas Leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999, motivo pelo qual se tornou uma instituição singular.

Ironicamente, muito embora tenha se conferido maior legitimidade para contestar o arcabouço antidemocrático que se perpetuou em nosso país, essa amplitude acabou por dar origem à crise institucional que observamos atualmente, devido ao crescente ativismo judicial³⁵.

O Ministro Luís Roberto Barroso, no ano de 2015, escreveu artigo denominado “A razão sem voto”, em que fala sobre o papel representativo das cortes supremas, “sua função iluminista e as situações em que elas podem, legitimamente, empurrar a história”, tendo em vista a crise da representação política em nosso país, já que, em sua visão, na sociedade atual haveria mais identificação com os juízes do que com os próprios parlamentares³⁶.

³⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista *direito GV*, São Paulo, p. 441-464. Jul-Dez 2008. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf> Acesso em 02.11.2020, p. 444.

³⁵ Em 2008, Oscar Vilhena Vieira se referia a um fenômeno que denominou de Supremocracia, que é analisado sob dois aspectos: no primeiro, referindo-se à autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação às demais instâncias do Judiciário e, em um segundo sentido, referindo-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes da república. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, p. 443 a 445.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas – UniCEUB. Volume 5, número especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>.

Apesar de a judicialização da política não ser fenômeno recente no Brasil, sua proeminência pode ser observada com a crescente postura ativista do STF. O cerne da questão corresponde à sua expansão recrudescente, a ponto de haver diminuição da deferência ao Poder Legislativo, não obstante se reconheça o caráter excessivamente reacionário das políticas públicas no cenário atual (e ao aparato legislativo de caráter conservador).

Quanto a essa questão, é interessante citar a análise feita pela autora Ingeborg Maus³⁷, que, em estudo relativo à tradição da jurisprudência constitucional alemã, visou a demonstrar que a atitude dos juízes componentes de uma Corte Superior pode esconder “vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora”, utilizando-se, para tanto, da análise psicanalítica de imago paterna³⁸. Aos argumentos de Barroso cabe a crítica de Maus, que é pertinente ser destacada:

O retorno mais marcante da imagem do pai parece revelar-se no exame da jurisdição constitucional dos Estados Unidos. Nesse país, que já desenvolvera um modo original de controle judicial da constitucionalidade desde o começo do século XIX, tal retorno é indicado pelo surgimento de uma vasta literatura a respeito de biografias de juízes. Na visão retrospectiva do século XX, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana apresenta-se como obra das marcantes personalidades de juízes que fizeram sua história constitucional, os quais aparecem como "profetas" ou "deuses do Olimpo do direito". Nessas representações se revela mais que em qualquer outro campo a atual tendência ao biografismo, que demonstra uma reação passiva da personalidade em face de uma sociedade dominada por mecanismos objetivos. O aspecto típico dessas biografias de juízes parece se configurar na ideia — que suscita algo como uma reedição dos antigos "espelhos dos príncipes" — de que os pressupostos para uma decisão racional e justa

³⁷ É preciso ter em mente que a autora, ao tecer sua perspectiva, concebe Kant como um democrata, indo na direção contrária da doutrina tradicional, que o classifica como propulsor das ideias liberais, além de preconizar o princípio da soberania popular, partindo deste princípio para criticar a atuação do Supremo Tribunal alemão, haja vista agir de forma a substituir a atividade parlamentar ou mesmo quando age de forma a delimitar quais serão os valores preponderantes daquela sociedade MAUS, Ingeborg, *Judiciário como superego da sociedade...* p. 184.

³⁸ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego...* p. 183.

residem exatamente na formação da personalidade de juízes.³⁹

E em relação a essa proeminência do Poder Judiciário há reação, que se denominou de efeito *backlash*, cujo maior exemplo, em território brasileiro, é a famigerada PEC da vaquejada: em decorrência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983⁴⁰, que considerou inconstitucional a Lei 15.299/2013, do estado do Ceará, que autorizava a prática da vaquejada e do rodeio, por submeter animais a práticas consideradas cruéis, foi promulgada a Proposta de Emenda Constitucional nº 50 de 2016⁴¹, cuja tramitação foi acelerada frente a assuntos inclusive prementes da realidade nacional⁴², dando origem ao parágrafo 7º do artigo 225 da Constituição da República, liberalizando as práticas outrora reprimidas. É notório que a promulgação dessa emenda se deu como reação de um Congresso contrariado pelos efeitos da inconstitucionalidade daquela lei.

Outra consequência dessa guerra institucional é a reação da população à postura contramajoritária da Corte, o que acaba por dar ensejo, novamente, à preponderância do Poder Executivo com um caráter conservador e totalitário, devido à descrença nas instituições. De acordo com Jorge Miranda, qualquer juiz, enquanto pessoa a cidadão, tem sua própria formação e pré-compreensão da sociedade, que acabam por se manifestar na forma de ver os fatos e de interpretar os preceitos, principalmente os constitucionais. O autor parafraseia Ortega ao dizer, por fim, que “cada juiz é ele e a sua circunstância”⁴³.

Apesar da crise constitucional e democrática que se observa, que coloca em xeque a hipervalorização da lei e da democracia como soluções para os problemas institucionais, há autores que mantêm a crença em um constitucionalismo do porvir, momento em que haveria um aprimoramento das ideias jurídicas e políticas ao longo dos tempos⁴⁴.

Saliente-se, entretanto, que, inobstante o otimismo de alguns juristas, verifica-se que, sobretudo frente aos acontecimentos mais recentes, prevalece

³⁹ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego...*, p. 185.

⁴⁰ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>

⁴¹ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/01/pec-da-vaquejada-e-aprovada-na-camara-e-vai-a-promulgacao>

⁴² <https://www.conjur.com.br/2017-jun-01/pec-permite-vaquejada-rodeio-aprovada-promulgacao>

⁴³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: infraconstitucionalidade e garantia da Constituição*, Tomo VI. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 150.

⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 26.

certa descrença no delicado equilíbrio entre os poderes constituídos, sendo a crise da lei apenas um dos inúmeros fatores de uma crise política que está longe de ter seu fim.

Conclusão

A história da humanidade é permeada por conflitos, e não estamos imunes aos conflitos de ordem jurídica. A ascensão do positivismo foi importante para o rompimento de um período de absolutismo, em que preponderou a vontade de um monarca que se perpetuava no poder sem que a vontade do povo fosse sequer levada em consideração.

O embate travado entre Kelsen e Schmitt no início do século passado definiu a preocupação de um período marcado por turbulências da política internacional, que culminou com o advento da Constituição democrática de Weimar, posteriormente derrubada pela ascensão do Terceiro Reich, marcando um triste período caracterizado por manobras políticas que se utilizaram de normas destinadas a um período de exceção a fim de que um governante se perpetuasse no poder.

Em período posterior à Segunda Guerra, a proeminência do neoconstitucionalismo deu destaque à importância de uma Constituição para a manutenção da ordem democrática, e por mais que não haja possibilidade de previsão de todas as situações cotidianas, o arcabouço mínimo delineia um quadro que passa a ser preenchido paulatinamente em conformidade com os acontecimentos sociais, visando a evitar que se extrapolem as regras de manutenção da ordem.

Não se pode deixar de observar que, por mais que o sistema democrático seja minimamente conferido por uma ordem constitucional prévia, que tem respaldo em um sistema axiológico anterior à previsão legal, é fato, também, que o arcabouço legal e a composição dos tribunais, bem como do poder legislativo, acabam por perpetuar a vontade de uma elite dominante e deixa a população às margens da vontade dos donos do poder, em conformidade com o que preceituou outrora Raymundo Faoro. Portanto, observa-se uma clara contradição: a lei, que por um lado tende a frear eventuais ânimos autoritários, caracteriza-se, por outro lado, como o reflexo dos valores de quem tem o domínio do aparato político e legislativo.

É nesse cenário que se observa o recrudescimento da denominada crise da lei, que tem como uma de suas consequências a judicialização de

questões que deveriam estar sob a competência do Poder Legislativo. A crescente judicialização acaba por gerar uma instabilidade institucional que, novamente, faz emergir a figura do chefe do executivo, beirando, novamente, ao autoritarismo tão temido e rechaçado após a Segunda Guerra Mundial.

Dessa forma, verifica-se que a crise institucional em que nos encontramos está longe de ter uma solução, muito embora alguns constitucionalistas acreditem em um constitucionalismo do porvir, que levará em consideração as questões mais profundas da sociedade em que vivemos.

Não encontro, nesse artigo, soluções ou conclusões que possam ser suscitadas, mas termino com mais questionamentos em relação à insuficiência da lei e ao fato de ser o sistema democrático o ideal para reger uma sociedade, tendo em vista que as questões atinentes à igualdade social e à real efetividade da lei está muito distante de nossa realidade.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas – UniCEUB. Volume 5, número especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em 02. Nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. In: *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *A crise da lei: da legalidade como vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Buck v. Bell. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/274us200>. Acesso em 16.nov.2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASAGRANDE, Cássio. *Buck v. Bell: quando a Suprema Corte dos EUA autorizou esterilização compulsória*. Disponível em: <https://www.jota.info/opi>

niao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/buck-v-bell-quando-a-suprema-corte-dos-eua-autorizou-esterilizacao-compulsoria-18062018
Acesso em 05.nov.2020.

DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y derechos humanos*. In: *Ensaio jurídicos em memoria de José María Cajica C*. V. 1, Puebla (Mexico) 2000-2003.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*. Revista Española de Derecho Administrativo, ISSN 0210-8461, n° 80, 1993, pp. 577/612.

GREENHOUSE, Linda. *The U.S. Supreme Court. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HIERRO, Liborio L. *El imperio de la ley y la crisis de la ley*. Doxa. 19. 1996 p. 287-308.

HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.

HOLMES, Stephen. *Constitutions and Constitutionalism*. Disponível em: <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albersmarion/seoul-national-university/course-outline/holmes-2013-constitutions-and-constitutionalism-pdf.pdf>. Acesso em 01.nov.2020.

KAUFFMAN, Matthias. *Em defesa dos direitos humanos: considerações históricas e de princípios*. Tradução: Rainer Patriota. Vale dos Sinos: Editora da UniSinos, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Revista Novos Estudos, n° 58, NOV-2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: infraconstitucionalidade e garantia da Constituição*, Tomo VI. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.

O'DONNELL, Guillermo. *Democracia delegativa?* Novos Estudos CEBRAP. N° 31, Outubro 1991.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Eduardo García de Enterría: um legado internacional*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/187030/>

eduardo-garcia-de-enterra--um-legado-internacional Acesso em 10.nov.2020.

RECONDO, Felipe. *Entre tanques e togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SHINKE, Vanessa Dornele; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da Silva. *Poder judiciário e regime autoritário: democracia, história constitucional e permanências autoritárias*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradutor: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista direito GV, São Paulo, p. 441-464. Jul-Dez 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf> Acesso em 02.nov.2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 8ª ed. Madrid: Trotta, 2008.

SEGURO E SOLIDARIEDADE PARA O SÉCULO XXI NO BRASIL: A METAMORFOSE SOCIAL E A (IN)SUFICIÊNCIA DOS BENEFÍCIOS PROGRAMADOS E CONTINUADOS

Eliane Romeiro Costa

Sumário: Introdução. 1. Reformando a previdência sob alegações de custo atuarial, financeiro e demográfico. 2. Brasil: o que esperar da proteção social no século XXI?. 2.1 A reforma e a via da privatização. 2.1.1 Outros aspectos da última reforma. Conclusões. Referências.

Introdução

Consagrado mecanismo de redistribuição de renda, de cidadania e de inclusão social pelo trabalho, os conhecidos seguros sociais, ou melhor, a previdência social no Brasil, atravessou desde sua concepção, nos anos 1920 até o advento da Constituição Federal vigente, abalos constantes em suas fontes financeiras e na expansão da cobertura da proteção social da população brasileira. Indubitavelmente, a Carta Constitucional de 1988, não raras vezes considerada "social" e bastante generosa na concessão de direitos sociais não contributivos, repercutiu em avançado processo para a efetiva interpretação do direito humano universal. As garantias constitucionais solidárias impregnadas na vontade de direitos universalizantes, fortaleceu as bases para um incipiente e virtuoso programa denominado Sistema Nacional de Seguridade Social-INSS, no qual reside sistemas não contributivos de direitos decorrentes das prestações de saúde e de assistência social, e prestações (benefícios e serviços) dos regimes previdenciários, cuja fonte principal de financiamento é a contribuição direta proveniente do trabalho formal.

Desde a promulgação da Constituição brasileira, em 05 de outubro de 1988, registram-se várias reformas previdenciárias paramétricas, as quais promoveram impactos nos seguros sociais. Uma das mais relevantes reformas foi a trazida pela Emenda Constitucional n. 20 de 1998, ao instituir o equilíbrio financeiro e atuarial, seguida pela minirreforma no regime de pensão por

morte decorrente da Lei n. 13.135, de 2015, e a última, a Emenda Constitucional n. 103, de novembro de 2019. Após três décadas de alterações no sistema de previdência social, os princípios da solidez e da confiança, dependentes tanto da instituição dos benefícios quanto da boa gestão pública sem, contudo, configurar em desvios de finalidades dos fundos de previdência mutuais, consagraram-se inalcançáveis, posto que renomadas propostas de reformas encabeçadas pelas equipes econômicas, tenderam a abortar a efetividade do gozo dos benefícios exarado nas regras dispostas pelo poder constituinte originário.

Não obstante as metodologias interpretativas extraídas da vontade do legislador originário e com fundamento nos princípios constitucionais, nos valores sociais do trabalho e da inclusão social, nos termos dos artigos 1o a 3o, 6o e 7o, e no Título VIII, Da Ordem Social, o tecido social sofreu os impactos da alteração das regras trabalhistas no país e dos seguros sociais previdenciários reformados, que apresentaram-se cada vez mais onerosos para o contribuinte e "menos confiáveis" na formação da renda programada, de aposentadoria e de pensão por morte, e, assim, desconectados com a expectativa de renda satisfatória para a manutenção da dignidade existencial na velhice.

Da interpretação expansiva fundada nos padrões securitários pátrios, depreende-se que o sistema social é devido *a todos*, quer dizer, ao hipossuficiente, ao trabalhador rural, ao trabalhador urbano, aos prestadores de serviços públicos estatutários dos entes federativos, como também, aos profissionais liberais, contribuintes individuais e aos facultativos, que realizam voluntariamente sua adesão ao Regime Geral. Sobre esses últimos, ademais, consoante disposto no §12, do artigo 201/CF, redação da E.C. n.41, de 2003, foi instituído o sistema especial de inclusão previdenciária, com alíquotas inferiores às cobradas aos trabalhadores, contribuintes obrigatórios, e alterada pela E.C. n. 103/19, *in verbis*:

§ 12. Lei instituirá sistema especial de inclusão previdenciária, com alíquotas diferenciadas, para atender aos trabalhadores de baixa renda, inclusive os que se encontram em situação de informalidade, e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda.

Apesar disso, em mergulho nos parâmetros parafiscal, nos termos do artigo 195, da Constituição atual e, fiscal, contido no Orçamento da Seguridade Social, inciso III, do §5, do artigo 165/CF, cidadãos-contribuintes *descolam-se* do *todo* protegido quando desfilados dos seguros previdenciários, e na condição de desprotegidos, incrementam o rol dos aliados e dos descobertos sistêmicos aumentando e comprometendo, por conseguinte, a demanda assistencial.

Não se ignora que a partir do advento da Carta de 1988, intensificou-se a privatização do seguro social no país. O incentivo ao pilar capitalizado e à individualização das contribuições previdenciárias se deve a não prioridade de políticas públicas para a expansão da renda e do emprego. Em outras palavras, o mecanismo de capitalização, antes previsto na Lei n. 6.435 de 1977 como acessório, apenso ao principal, ao antigo Instituto Nacional de Previdência Social-INPS e, posteriormente recepcionado no INSS, em junho de 1991, tornou-se regime complementar de capitalização a partir da alteração do artigo 202 da Constituição, da reforma introduzida em 1998. Ou seja, a nova redação do artigo 202, revogou a regra da média aritmética contributiva dos últimos três anos prevista na redação original da constituição, e desconstitucionalizada, novo conteúdo, o Regime de Previdência Complementar, é inserido compondo com as Leis Complementares números 108 e 109 de 2001, os outros alicerces ou pilares, do Sistema de seguro social público. Desta maneira, o sistema previdenciário universal antes previsto para ser financeiramente sustentável pela mola das políticas contributivas de inclusão ao trabalho, após a primeira década da Carta de 1988, em 1998, o legislador reformador inicia a apresentação de uma nova realidade ao segurado-contribuinte, aquela em que o benefício programado de aposentadoria e a pensão por morte decorrentes da relação jurídica de risco laboral, resultariam mais do esforço contributivo, adicional, planejado, ininterrupto, contínuo, isolado do trabalhador, do que das garantias estatais em proteger o contribuinte, o segurado, trabalhador, o cidadão. Assim, às camadas da sociedade reconhecidamente carentes, hipossuficientes ou em pobreza extrema, foram destinados os benefícios mínimos denominados *mínimos vitais* ou essenciais, dependentes da colaboração social e solidária, da seguridade social e, aos trabalhadores inseridos nas carreiras com salários mais vantajosos, a proteção profissional e mutual dos seguros sociais de previdência social do Regime Geral ou dos Regimes Próprios de Previdência Social dos entes federativos. Por outro lado, a história acerca da formação do

sistema de seguro social pátrio, demonstrou que o mesmo padece dos reflexos dos desvios de finalidade social protetiva e das inconsequentes medidas governamentais, que ao longo dos anos, inviabilizaram postos de trabalho promovendo a queda da renda das populações adultas, comprometendo políticas de inclusão pela educação e capacitação das gerações mais jovens, minando, conseqüentemente, a credibilidade e a confiança nas autarquias e no próprio Estado social de direitos. Assim, apesar da aparente coerência, o "todos" protegidos estão permanentemente ameaçados de alijamento, de redução do benefício, do aumento da idade ou da perda da capacidade laboral. Logo, preenchidas as regras de elegibilidade, consta-se, não raras vezes, dada a insegurança na concessão do benefício pelas autarquias, a necessidade de judicialização das prestações assistenciais ou previdenciárias, tendo por objeto, o direito ao cálculo mais vantajoso e a aplicação da fórmula para obtenção de maior Renda Mensal Inicial- RMI do benefício pretendido, ou ainda, no reconhecimento e ou na manutenção do status de segurado ou de dependentes econômicos deste. Acresce-se que mesmo havendo a contribuição obrigatória aos regimes profissionais, ainda coexiste a ameaça de perda do vínculo previdenciário mediante desemprego, aumento de alíquotas previdenciárias, sobrecargas com a manutenção das contribuições, mudanças de status de empregado obrigatório para contribuinte individual ou outras espécies, impactando sobremaneira, a permanência do trabalhador filiado ao Regime Geral ou na manutenção das contribuições adicionais da previdência privada complementar aberta ou fechada.

Ainda sobre as reformas no sistema social solidário, em adição, estas tornaram os seguros sociais públicos mais vulneráveis e dependentes de aportes suplementares dos contribuintes e de outras fontes de financiamento mencionadas nos artigos 249 e 250, da Carta Constitucional.

1. Reformando a previdência sob alegações de custo atuarial, financeiro e demográfico

No que se refere ao sistema previdenciário, suas frequentes alterações na Carta constitucional brasileira, são fruto do necessário consenso para o atendimento ao custo atuarial, contábil e demográfico. Em atenção ao dispositivo contido na Lei de Custeio n. 8.212, de 1991, o artigo 96 consagra, *in verbis* que:

Art. 96. O Poder Executivo enviará ao Congresso Nacional, anualmente, acompanhando a Proposta Orçamentária da Seguridade Social, projeções atuariais relativas à Seguridade Social, abrangendo um horizonte temporal de, no mínimo, 20 (vinte) anos, considerando hipóteses alternativas quanto às variáveis emográficas, econômicas e institucionais relevantes.

Portanto, cabe aos poderes executivo e legislativo para a boa gestão provisional e visando o atendimento, a cobertura e a fruição das prestações destinadas às presentes e futuras gerações, as *projeções atuariais relativas à Seguridade Social*. Tais ponderações são justificáveis em face dos critérios demográficos, econômicos e "institucionais" relevantes que acompanharão a Proposta Orçamentária da Seguridade, nos termos do parágrafo §5, inciso III, do artigo 165, da presente Constituição.

A formação da cultura para os direitos sociais no Brasil é a novidade securitária contida na Carta de 1988. Apesar disso, os esforços interpretativos para a extensão da cobertura e do atendimento às *populações urbanas e rurais*, foram fragilizados pelos constantes impactos oriundos das políticas econômicas para a contenção da inflação, das ondas de desemprego, da informalidade, das demandas assistenciais e da perda da capacidade contributiva da massa segurada do Regime Geral de Previdência Social.

A valoração das reformas legislativas no sistema previdenciário, diz respeito ao escopo do *dever ser normativo*, da segurança jurídica e da segurança humana protegida, a fim de estabelecer o padrão ideal das prestações destinadas ao gozo da cidadania, da igualdade e dignidade social, havendo como função do Estado, a garantia do mínimo existencial, sem a *minimização* dos direitos fundamentais sociais. Num outro giro, condensou-se a prática legiferante a partir da promulgação da Carta de 1988, no avanço para uma certa *seguridade individual supletiva*, sem antes consagrar a imperatividade da proteção universal e dos direitos sociais aos contribuintes e *não contribuintes* diretos do sistema prestacional geral. O termo "financiamento coletivo" deixa claro a intenção de solidariedade social na redução das injustiças sociais. A realidade social partilha, ainda, da ameaça de dessolidarização e de descoesão social diante do recrudescimento da individualização contributiva. Também o preconceito e a discriminação são aumentados na sociedade mediante a alta demanda por consumo de serviços e de prestações sem *prévia* contribuição, que somados à onerosidade dos

serviços públicos, ameaçam a estrutura intergeracional e os demais aspectos do *solidarismo* que justifica o acesso de todos aos direitos mínimos como a saúde, a previdência, a educação e a segurança humana .

A despeito da natureza do princípio da solidariedade¹ e da pertinência da contratualidade securitária como mecanismo de formação de poupança coletiva para a proteção dos riscos coletivos elegíveis e discricionários, a solidariedade e a segurança social, malgrado sua constitucionalidade, integram conjunto de ajustes contratuais éticos-morais e associativos às interpretações de outros valores consagrados na Carta Social, como o da *dignidade da pessoa humana, da igualdade e da justiça social*². Tais princípios, se ameaçados de colisão com outros valores utilitários de direitos individuais, são justapostos, apresentando-se como verdadeiros, legítimos e essenciais valores cooperativos de uma sociedade em processo civilizatório.

Em outras palavras, o pretense valor "solidário" também é dependente de cenários otimizadores da política, da democracia e da economia, como também, da expansão do direito cultural, fruto das internacionalizações³ dos direitos humanos, da sustentabilidade ambiental e social, além de outros riscos recepcionados com as novas ocorrências da *sociedade de risco e da solidariedade das coisas vivas*⁴, e ainda, com as novas ameaças globais como as originárias da pandemia do COVID 19, consoante redação exarada na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública cujo comando se extrai dos incisos *II - o direito de receberem tratamento gratuito e III - o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas.*

A solidariedade social e o sistema de regimes previdenciários do trabalhador, fundamentam-se, ademais, na Convenção 102 da OIT. Presentes os pressupostos normativos e principiológicos da finalidade protetiva do risco e do sinistro laboral, a concepção de *trabalho decente*, que emana das regulamentações da OIT, atenta-se para o *não retrocesso* das condições de bem-estar do trabalhador e de sua família. As pretensas garantias do seguro social e da seguridade postas em xeque em tempos de crises financeiras⁵, são

¹ SUPIOT, Alain. *La solidarité*. Enquete sur un principe juridique. Paris: Odile Jacob, 2015.

² NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Ed.Saraiva, 2012.

⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁵ BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise ou revisitar as normas programáticas*. ED. ALMEDINA: Coimbra: 2017.

exigências para que o intérprete disponha de conhecimentos técnicos atuariais, contábeis, geográficos, estatísticos, demográficos, e não somente jurídicos, para que se cumpra a segurança humana baseada na concessão de nível digno de bem-estar.

Razão para a expansão dos direitos sociais e para a tutela da vida, as necessidades sociais, como também as condições humanas de sobrevivência, são o objeto dos pactos constitucionais e das garantias jurídicas para as prestações sociais gratuitas, universais e obrigatórias. Em outras palavras, para Luigi Ferrajoli, o *Constitucionalismo social* como fonte legal, pauta-se nos parâmetros de desigualdade material presentes na sociedade, cabendo ao Estado, a concessão de renda básica de sobrevivência ao cidadão em situação de pobreza, e inclusive, em caso de desemprego involuntário. Num outro giro, a defesa de que somente países ricos deveriam conceder benefícios sociais é um contrassenso, uma vez que a omissão estatal, repercute em todos os níveis do crescimento, do desenvolvimento e da produtividade social e individual, resultando em violação de direitos e de dignidade humana. As bases do bem-estar estão registradas nas condições gerais da vida em sociedade, no acesso aos serviços essenciais como a educação, a saúde, o trabalho e a proteção da renda tidos como direito vital e dispostos a todos os membros da sociedade. Neste sentido, os gastos sociais representam *investimento público* e não despesas não compensadas, ou mesmo, passivo permanente ou déficits securitários⁶. O trabalho, tornou-se a fonte da sobrevivência humana e sua proteção, o antídoto contra o capitalismo e ultraliberalismo egoístico e desumano. Esse reconhecimento decorre da não artificialidade do direito laboral, que para obter trabalho decente, bastaria empregar-se ou migrar-se. Os direitos sociais, nestes termos, equiparam-se aos direitos de igualdade e de liberdade, demandando ações positivas do Estado em investimento e responsabilidade social. A ênfase na sobrevivência e na necessidade é ético-moral, requer atenção aos estados de vulnerabilidade e de fragilização, suscitando níveis mais altos e mecanismos ajustados e imprescindíveis para a cooperação social.

Não raras vezes a previdência social é reconhecida como a origem do *déficit* fiscal. Suas reformas repercutem em maior grau na vida do trabalhador socialmente mais vulnerável às oscilações do mercado e da renda do que dos setores econômicos mais vantajosos. A última reforma, mal acaba de ser

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Editorial Trotta: 2018.

promovida pelo governo por meio da Emenda Constitucional n. 103, de novembro de 2019 e a ganância fiscal do Estado, já anuncia que a mesma foi insuficiente, havendo, por conseguinte, em curto período, a necessidade de se reformar outra vez a previdência social para o alívio das contas e dos orçamentos públicos⁷. Em outra ponta, o Relatório da OIT para o trabalho e para a seguridade social, reconheceram que de 30 (trinta) países que reformaram seus regimes de proteção e de seguro social públicos de 1980 a 2014, migrando para a capitalização individual, tendo o Chile como pioneiro, 18 (dezoito) reverteram, de alguma forma, suas reformas por considerá-las *insuficientes* para amenizar os custos da transição do regime público para o privado ou para assegurar a concessão da renda mínima de sobrevivência, ou mesmo, para manter níveis mínimos de bem-estar para a população trabalhadora e sua família.⁸

2. Brasil: o que esperar da proteção social no século XXI?

Proteção social é direito humano. Considera-se ainda a proteção social a maneira de promover a justiça social e estender o direito humano a todos que se encontram em pobreza, vulnerabilidade e desassistência. Apesar deste reconhecimento, a dinâmica da seguridade social não foi consolidada para a maioria da população mundial. As estimativas demonstram que somente 29% da população global conta com algum mecanismo de proteção social como as decorrentes da concessão de prestações familiares de maternidade ou ligadas ao trabalho, aposentadorias aos trabalhadores em idade da velhice ou avançada, ou ainda, benefícios compensatórios em caso de invalidez ou desemprego. Resta considerar a condição de gênero na proteção social, as mulheres representam uma situação de permanente fragilização, miséria, maior exposição aos riscos de desassistência e de desproteção social. Dado que os sistemas de proteção universal são históricos, distintos por regiões e resultantes de níveis de desenvolvimento cultural e da positividade dos direitos humanos e sociais de cada país, o Relatório mundial sobre a seguridade social, demonstra que somente 1 (uma) em 5 (cinco) pessoas no mundo, dispõe de

⁷ VELLOSO, Raul. *Para retomar os investimentos públicos é preciso reverter a falta de verba dos governos*. Caderno Economia. Opinião, Estado e S. Paulo, 09, de setembro de 2021.

⁸ *Reversão da Privatização de Sistemas de Pensões: Questões chave*. Proteção Social para Todos – Nota informativa - dezembro de 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_708851.pdf. Acesso em 01/12, 2021.

alguma proteção social; que mais da metade da população mundial não possui nenhum tipo de proteção securitária; que na maioria dos países industrializados, a cobertura é de 100%, mas a informalização crescente é uma ameaça ao rompimento da solidariedade social⁹. Em relação ao Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos- CIDH, reconhece o alcance dos serviços de seguridade social e, especialmente, o compromisso do Estado Brasileiro com o Sistema Único de Saúde com a população em geral, mas reitera, ademais, a presença de exclusões, preconceitos e desigualdades históricas e estruturais, com as populações de minorias étnicas indígenas e afrodescendentes, como também, coexistem políticas públicas deficitárias em relação à infância, adolescência e à velhice, expondo grupos populacionais minoritários em permanente situação de risco e de crônica e desumana desproteção e desassistência¹⁰.

No ano de 2020, conhecidos como "nem-nem", o Brasil atingiu o recorde de 29,33% na taxa de jovens entre 15 e 29 anos que nem trabalha e nem estuda. As cifras coletadas a partir dos impactos da Pandemia, apontaram o diagnóstico de 40 milhões de desamparados da previdência e da assistência social, além do recrudescimento do trabalho precário e do aumento assistencial via a concessão do benefício programado e continuado da assistencial social (BPC), do bolsa família, dos benefícios emergenciais do Covid-19 e do novo *auxílio inclusão* previsto e incluído pela Lei nº 14.176, de 2021. Acerca desta última modalidade assistencial, o *auxílio inclusão* é híbrido, tratando-se de uma espécie de benefício pautado pelo estranhamento na natureza assistencial e na doutrina securitária pátria, uma vez que mescla natureza trabalhista de seguro social com assistencial, conforme se depreende da leitura do artigo 26-A, da Lei 8.743/93, Lei Orgânica da Assistência Social:

Art. 26-A. Terá direito à concessão do auxílio-inclusão de que trata o art. 94 da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a pessoa com deficiência moderada ou grave que, cumulativamente

⁹ Rapport mondial sur la protection sociale 2017-2019. *Protection sociale universelle pour atteindre les objectifs de développement durable*. Bureau international du travail -OIT: Genève, 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_624892.pdf. Acesso em 15/12/2021.

¹⁰ *Situação dos direitos humanos no Brasil*. Comissão Interamericana De Direitos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9 12 fevereiro 2021.pdf. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 10/10/2021.

- I – receba o benefício de prestação continuada, de que trata o art. 20 desta Lei, e passe a exercer atividade:
- a) que tenha remuneração limitada a 2 (dois) salários-mínimos; e
 - b) que enquadre o beneficiário como segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social ou como filiado a regime próprio de previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios;

As tendências contidas nas reformas paramétricas previdenciárias nas três últimas décadas da Constituição de 1988, nos leva à indagação, considerando a persistente ameaça e abalo nas estruturas de contribuição solidária, se a seguridade ou a solidariedade, se encontram em risco de extinção. Alain Supiot¹¹ defende que a seguridade social é a instituição que, no conjunto, tem resistido melhor ao programa de desconstrução e de desqualificação da justiça social no Estado de Previdência. Ela é o instituto capaz de contribuir para o bem-estar comum quando o sistema securitário nacional e público está submetido às políticas governamentais privatizantes tendentes a abolir ou a restringir direitos sociais coletivos.

Sob o argumento econômico de que o cobertor é curto, em termos de seguro social, há o fatiamento dos benefícios previdenciários, mas especialmente, a redução da renda das aposentadorias, enquanto se verifica o avanço das instituições de previdência privada ávidos de lucro combatendo o patrimônio, a poupança coletiva do seguro social, sob a alegação de que a previdência oferece benefícios miseráveis. Essa prática promove o enfraquecimento dos mecanismos de solidariedade e também o abalo no princípio de confiança de todo o sistema, malgrado os trabalhadores informais e temporários serem os que mais sofrem e os mais atingidos com a desfiliação securitária a partir da perda da qualidade de contribuinte. Uma pergunta se impõe: como evitar essa demolição ao Estado provedor? Haveria necessidade de outro sistema social universal?

No catálogo dos direitos humanos e sociais, os direitos de solidariedade não são absolutos ou irrealis, não podem ser *minimizados* ou gerar subsistemas de alijamento e de exclusão permanentes. Outra questão imposta é o *quantum* de justiça comutativa e de distributiva para a satisfação

¹¹ SOUPIOT, Alain. *O Espírito da Filadélfia*. A justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Editora Sulina: 2014.

dos mínimos vitais no regime de benefícios definidos- BD ou de contribuição definida- CD. Ainda outra questão a refletir, é chamada "cultura previdenciária", atribuída pelos técnicos e juristas formados sob os dogmas da Carta de 1988, como necessária para fixar o pacto e o consenso em prol dos direitos intergeracionais. Em outros termos, na busca pela superação da crise fiscal permanente *não é melhor arrumar a casa que derrubá-la*, ou seja, se o regime financeiro de repartição está em crise, significa que a substituição por fatias maiores de cobertura laboral previdenciária sob o regime financeiro da capitalização não entraria *em crise*? Não há limites pétreos à reforma do pecúlio, do seguro social do trabalhador?

2.1 A reforma e a via da privatização

As reformas previdenciárias também alteraram a concepção do regime de capitalização. Analisemos alguns aspectos da E.C. 103/2019, no que tange aos regimes próprios, o artigo n. 40§ 15, dispõe acerca do *regime de previdência complementar de que trata o § 14 oferecerá plano de benefícios somente na modalidade contribuição definida, observará o disposto no art. 202 e será efetivado por intermédio de entidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar* e combinado com o artigo 149, 1º-A, da E.C. 103/19, *Quando houver déficit atuarial, a contribuição ordinária dos aposentados e pensionistas poderá incidir sobre o valor dos proventos de aposentadoria e de pensões que supere o salário-mínimo*. Portanto, a última reforma repercute na adequação dos Regimes Próprios- RPPS, dos entes federativos, a gerarem mecanismos privados, tornando o financiamento híbrido, ou misto: " art. 9o. § 6º - A instituição do regime de previdência complementar na forma dos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal e a adequação do órgão ou entidade gestora do regime próprio de previdência social ao § 20 do art. 40 da Constituição Federal deverão ocorrer no prazo máximo de 2 (dois) anos da data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional". E ainda no § 8º, acresce-se "Por meio de lei, poderá ser instituída contribuição extraordinária pelo prazo máximo de 20 (vinte) anos". Logo, o fato dos benefícios serem distintos em razão da capacidade econômica do contribuinte, em tempos de crise mais aguda do sistema financeiro, os direitos básicos e mínimos como os direitos de solidariedade social, são difíceis de equacionamento com os

direitos da "justiça comutativa" do seguro social e complementar do servidor público.

Partindo da ênfase da previdência complementar sobre o seguro social, constata-se que os trabalhadores estão pagando *muito* para receber muito pouco em prestações e serviços. Esse fato pode comprometer o ideal de suficiência dos benefícios públicos num sistema pautado na solidariedade geracional, posto que fragiliza o princípio da confiança no sistema social de proteção coletiva, pois para se privatizar, é necessário desenvolver e estender a proteção dos benefícios intergeracionais, e ainda não cumprimos o comando constitucional do bem-estar de todos, o expresso no artigo 3o., *a universalização da cidadania, da erradicação da miséria e das desigualdades regionais e sociais.*

2.1.1 Outros aspectos da última reforma

A justiça atuarial nos RPPS, é dependente tanto do aumento da alíquota de contribuição e das questões técnicas atuariais de segregação de massas, quanto da boa atuação do gestor público. Um dado sensível é o do sistema de proteção dos militares na nova reforma prevista na Lei 13.954/2019, no artigo 50-A. Os militares tem regime distinto do civil desde 1864, partindo desse novo regramento, destaca-se que a origem do conceito de sistema de proteção social não tinha previsão legal como direito no rol do art. 50 do Estatuto dos Militares – Lei Federal nº 6.880/80, e foi positivado em 2019 com o advento da Lei Federal nº 13.954/2019. A nova redação do artigo 50-A incluiu o sistema de proteção social dos Militares, *in verbis*:

Art. 50. São direitos dos militares:

I-A. - a proteção social, nos termos do art. 50-A desta Lei;

Art. 50-A. O Sistema de Proteção Social dos Militares das Forças Armadas é o conjunto integrado de direitos, serviços e ações, permanentes e interativas, de remuneração, pensão, saúde e assistência, nos termos desta Lei e das regulamentações específicas.

Preocupa-se se a persistente alteração no sistema constitucional previdenciário apresenta vantagem fiscal ou se o distanciamento em prestações e alíquotas entre os regimes de seguros sociais, tenderia a promover

o rompimento com o modelo de igualdade, de credibilidade técnica e de igual solidariedade social. Enfim, o que pode ser tomado com questão de legítima demanda social e de interesse coletivo, é o que dever ser consagrado como de indispensável atendimento, e onde o *cobertor* além de curto, promove individual e coletiva descobertura, devendo ser sanadas com celeridade, as urgentes situações de risco e de marginalização social.

Por fim, os benefícios programados, a pensão por morte e as modalidades de aposentadorias são decorrentes dos diversos regimes previdenciais não solidários entre si. O trabalhador que contribui para os distintos regimes de seguros sociais podem acumular, *em tese*, benefícios. E uma questão adicional, é a ameaça de negação do direito de aposentadoria àqueles que estão no limbo, os sequelados do COVID", acrescidos dos estocados requerimentos dos benefícios no INSS.

Rossanvallon e Fitoussi¹² destacam que até o regime de capitalização depende das medidas econômicas de abrangência social, desta leitura e com mais de três décadas da Carta de 1988, refletimos necessariamente, se ao reformar, estamos fazendo a coisa certa, e qual o ideal de proteção e de cobertura no século XXI estamos conduzindo sem promover retrocesso social. Ainda destacamos, se não haveria um escopo mínimo, limites pétreos ao ato de modificar o sistema de seguro social, onde pudesse prevalecer imperativamente *aquí não se mexe!*

Os retratos das desigualdades sociais sugerem que deveríamos mudar prioridades, mais quais? O aumento nas alíquotas previdenciárias dos servidores públicos para acima de 11%, alguns entes adotaram 14% ou 14,25 %, já é realidade. Adotaram o financiamento híbrido-capitalizado como medida de solvência e liquidez do regime previdenciário estatutário. Inolvidável, ademais, que a majoração das regras contributivas repercutem na redução do poder de compra tanto do servidor quanto do trabalhador celetista.

Por fim, reconhecamos as barreiras protetivas e as *novas barreiras* trazidas com a pandemia, com a flagrante intensificação da fome, do desemprego e da exclusão das prestações dos direitos previdenciários dos segurados como as aposentadorias, a pensão por morte, os direitos indenizatórios acidentários, e o reconhecimento dos novos dependentes econômicos do segurado, os órfãos da Covid19. São inúmeras as questões de

¹² ROSANVALLON, Pierre; FITOUSSI, Jean-Paul. *Le nouvel âge des inégalités*. Paris: Ed Seuil, 1996.

justiça *sociais* a serem atendidas para a harmonia da sociedade conforme se depreende da exigência de segurança jurídica e de segurança humana contidas nos dispositivos do constitucionalismo brasileiro vigente.

Conclusões

A base dos direitos de seguridade são ou deveriam ser o direito humanitário, o altruísmo, a educação para a cooperação. Podemos refletir se o texto original da Constituição Federal de 1988, em sucessivas reformas previdenciárias, alteraram o sentido da solidariedade ou se realizou *pari passu*, o desmonte do *pacto intergeracional*, ou mesmo, se o pacto intergeracional, resiste ou resistirá. A desigualdade se instala antes na sociedade e, depois, no ambiente do trabalho promovendo as injustiças sociais e as desigualdades na cobertura e no atendimento às populações de trabalhadores. Neste sentido, o avanço e a alteração constitucional rumo à privatização do seguro social público e privado, poderá ser interpretado como violação às regras e aos valores de igualdade, cidadania, liberdade e bem-estar postas pelo poder constituinte originário.

Inegável que todo sistema de proteção social público e universal é oneroso. Coexiste, ademais, por parte dos economistas e financistas, a pressão formada para adoção do pecúlio privado inspirado na economia chilena dos anos 1980. Não obstante, os pisos mínimos de sobrevivência, não foram amenizadas as condições do envelhecimento e do bem-estar no Chile. Longe disso, no Chile e nos países que basearam suas migrações para os regimes de capitalização entre os anos 1990 e 2014, sob inspiração do modelo chileno, constataram que os custos tanto da transição quanto da pauperização dos benefícios e da renda expectada na velhice, foram maiores no regime de capitalização do que no de repartição público intergeracional.

Em conclusão, os desafios fiscais, políticos e estruturais da previdência social juntamente com fatores demográficos, contábeis, a má gestão e os desvios de proteção social, promoveram no Brasil, intensas reformas paramétricas modificadoras dos direitos expectados dos segurados civis da previdência social. Contudo, persistem diagnósticos de insustentabilidade financeira e atuarial. As mudanças no cenário da previdência nos termos da Emenda Constitucional n. 103/2019, produziram regras transitórias e gerais, redução dos benefícios, aumento da idade e comprometimento do princípio da confiança prestacional dos benefícios de

prestação continuada, como as aposentadorias e pensões. Importa registrar que a previdência social e o sistema de assistência e de saúde, em tempos de pandemia, como a que se depreende desta análise, poderá colapsar tanto no atendimento quanto na gestão financeira. Por outro lado, a reforma previdenciária neoliberal contida na E.C. n. 2019, tornou-se obsoleta diante do cenário sanitário gravíssimo ameaçado com as influências populistas e anacrônicas. Os fatos e fenômenos sociais relevantes intensificados com a pandemia, com o desemprego e os "sem sem" e os "nem nem", apontam ainda, que o Sistema de segurança social é técnica avançada de proteção preventiva e protetiva dos riscos humanos, sem os quais a segurança humana estará ameaçada.

Por fim, malgrado o crescimento dos mecanismos de proteção social, as reformas do Seguro Social e, especialmente, as Emendas Constitucionais de números 20, de 1998 e a E.C n.103 de 2019, modificaram drasticamente o Sistema Previdenciário pioneiro, podendo configurar como outro Sistema distinto do exarado pelos constituintes na Carta original de 1988.

Referências

AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR, Sérgio Henrique; SILVA, Ricardo Leonel da. *O Movimento de Privatização de Direitos Sociais e Fundamentais pelo Futuro Regime de Capitalização em Substituição à Apólice Constitucional Protetiva*. IN: ALENCAR, Hermes Arrais (Coord.). *Reforma da Previdência EC 103/2019*, Indaiatuba-SP: Ed. Foco, 2020.

BALERA, Wagner (Coord.). *Curso de Direito Previdenciário*. Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Noções preliminares de direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. *Princípios norteadores do Direito Previdenciário*. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: LTr, n. 82, 1987.

_____. *Reforma da Previdência Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

_____. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª ed. São Paulo: LTR, 2006.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise ou revisitar as normas programáticas*. ED. ALMEDINA: Coimbra: 2017.

_____. *Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? (Social Rights in a Context of Austerity: An Eulogy to the Principle of the Prohibition of Social Retrogression?)* 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2911142. Acesso em: 7 maio. 2020.

COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito previdenciário Brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DE MESA, Alberto Arenas; MESA-LAGO, Carmelo. *The structural pension reform in Chile: Effects, comparisons with other Latin American reforms, and lessons*. Oxford Review of Economic Policy, v. 22, n. 1, 2006, p. 149-167. Disponível em: <<https://academic.oup.com/oxrep/article-abstract/22/1/149/352098>>. Acesso em: 13/12/2020.

ENCÍCLICA FRATELLI TUTTI. PAPA FRANCISCO. Disponível em: <http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti>. Acesso em: 13 out.2020.

FERRAJOLI, LUIGI. *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Editorial Trotta: 2018.

GEROMES, Sérgio. *Passo a Passo do Cálculo do Benefício Previdenciário - Antes e depois da Reforma da Previdência*. São Paulo: Ed. Lujur, 2020.

KERTZMAN, Ivan. *Entendendo a Reforma da Previdência conforme a E.C. n. 103, d 12/11/2019*. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2020.

IBGE. *Desemprego*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 27 mar. 2021.

LAZZARI, João Batista *et al.* *Comentários à Reforma da Previdência – EC 103, de 12.11.2019*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2020.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 1995.

NESE, Arlete; GIAMBIAGI, Fabio. *Fundamentos da Previdência Complementar. Da administração à gestão de Investimentos*. São Paulo: Atlas, 2020.

NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 - Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

OLEA, Manuel Alonso; PLAZA, José Luis Tortuero. *Instituciones de Seguridad Social*. 14. ed. Madri: Civitas, 1995.

OMS/WHO. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946*. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP, [S. l.], p. 9, 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 3 fev. 2019.

OPAS. *Folha informativa COVID-19*. 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 10 mar. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

PLAZA, José Luis Tortuero. *La crisis economica y la reforma del sistema de pensiones: malos compañeros de viaje*. In: *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil 2008-2014*. Barcelona: Atelier Livros, 2014. p. 627-660.

Rapport mondial sur la protection sociale 2017-2019. *Protection sociale universelle pour atteindre les objectifs de developpement durable*. Bureau international du travail -OIT: Genève, 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_624892.pdf. Acesso em 15/12/2021.

RAWORTH, Kate. *Economia Donut*. Uma alternativa ao crescimento a qualquer custo. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

RENDA BÁSICA. *Renda básica que queremos!* [s.d.]. Disponível em: <https://www.rendabasica.org.br>. Acesso em: 27 mar. 2021.

Reversão da Privatização de Sistemas de Pensões: Questões chave. Proteção Social para Todos – Nota informativa - dezembro de 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_708851.pdf. Acesso em 01/12, 2021.

RODRIGUEZ-DIOSDADO, Pepa Burriel. *La sostenibilidad del estado del bienestar en el punto de mira: especial atención a la asistencia sanitaria*. In: *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la*

Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil 2008-2014. Barcelona: Atelier Livros, 2014. p. 729–760.

ROSANVALLON, Pierre; FITOUSSI, Jean-Paul. *Le nouvel âge des inégalités.* Paris: Ed Seuil, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus.* São Paulo: Boitempo, 2020.

Situação dos direitos humanos no Brasil. Comissão Interamericana De Direitos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9 12 fevereiro 2021.pdf. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 10/10/2021.

SANTOS, Wanderley Guilherme. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira.* Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SOUZA, Karina. *Por que 10% dos brasileiros ainda não receberam auxílio emergencial.* 2020. Disponível em: <https://exame.com/brasil/por-que-10-dos-brasileiros-ainda-nao-receberam-auxilio-emergencial/>. Acesso em: 25 mar. 2021.

SUPIOT, Alain. *La solidarité.* Enquete sur un principe juridique. Paris: Odile Jacob, 2015.

SOUPIOT, Alain. *O Espírito da Filadélfia.* A justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Editora Sulina: 2014.

TAFNER, Paulo; NERY, Pedro Fernando. *Reforma da Previdência. Por que o Brasil não pode Esperar.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2019.

URAN AZAÑA, Yolanda Sanchez. *Seguridad Social y Constitucion.* Estudios de Derecho laboral. Madrid: Editorial Cívitas, 1995.

UTHOFF, Andras. *Solidaridad en el financiamiento de las pensiones em Chile.* Análisis – Friedrich Ebert Stiftung Chile, n. 2/2017. Santiago de Chile: Fundación Friedrich Ebert en Chile, outubro 2017. Disponível em: <https://library.fes.de/pdffiles/bueros/chile/13789.pdf>. Acesso em: 12/11/2020.

VENTURI, Augusto. *Los fundamentos científicos de la seguridad social.* Trad. Gregorio Tudela Cambornero. Madri: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.

VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos.* São Paulo: Martins Fontes, 2016.

VELLOSO, RAUL. *Para retomar os investimentos públicos é preciso reverter a falta de verba dos governos.* Caderno Economia. Opinião, Estado e S. Paulo, 09, de setembro de 2021.

SEPARAÇÃO DOS PODERES NA ENGENHARIA INSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA CRÍTICA À LUZ DO PAPEL NORMATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

André Luiz Maluf

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Sumário: Introdução. 1. O dogma da separação dos Poderes e a distinção entre as matrizes francesa e norte-americana. 2. Separação dos Poderes na engenharia institucional brasileira. 3. Uma crítica à divisão funcional dos Poderes à luz do controle das omissões inconstitucionais. Considerações finais. Referências.

Introdução

Recentemente Bruce Ackerman publicou artigo no Correio Braziliense, no qual defendeu a necessidade da convocação de uma nova Constituinte para o Brasil em 2023, a fim de adotar um sistema parlamentarista como meio para reduzir o “risco de tomadas de poder extremistas”¹.

O artigo sofreu uma série de críticas por parte da comunidade jurídica brasileira². Apesar das reservas à proposta do autor, tida como ponto fora da curva em seus estudos sobre a realidade nacional e sua teoria constitucional,

¹ ACKERMAN, Bruce. *O Brasil precisa de nova Constituição*. Correio Braziliense. 13/07/2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/07/13/internas_opiniao,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml> Acesso em 04 de novembro de 2020.

² VALE, André Rufino. *Não precisamos de uma nova Constituição, mas de melhores práticas constitucionais*. Conjur. 15/08/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-15/observatorio-constitucional-nao-precisamos-constituicao-melhores-praticas>> Acesso em: 04 de novembro de 2020; CORBO, Wallace; Pontes, João Gabriel. *Ackerman e a nova Constituição: uma má ideia traduzida do inglês*. JOTA. 01/08/2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ackerman-e-a-nova-constituicao-uma-ma-ideia-traduzida-do-ingles-01082020>> Acesso em 04 de novembro de 2020.

a vasta obra de Ackerman é comumente utilizada como referência em termos de separação dos poderes³.

Como apontado por Ackerman, nenhum outro campo de pesquisa acadêmica é tão intensamente dominado por um único pensador–Montesquieu – quando o tema é separação dos poderes⁴.

De fato, na realidade nacional e da América Latina, parece haver um descompasso entre o constitucionalismo pós-moderno e as bases da separação dos poderes, fundada no dogma de Montesquieu, sobretudo quando se trata do fenômeno da omissão inconstitucional

Ora, o princípio da separação dos Poderes funciona como bloqueador de avanços relevantes no sentido de abandonar práticas obsoletas e teorias em prol da efetividade da Constituição. Com efeito, há uma contrariedade interna entre a engenharia da organização e a funcionalidade dos Poderes constitucionais para garantir a efetividade de suas normas, o que demanda uma reavaliação dos institutos centrais, como o da separação dos Poderes.

Nessa perspectiva, o trabalho propõe-se a oferecer reflexões em torno do princípio da separação dos Poderes, de modo a alinhá-lo à hipótese de que a sua consagração constitucional não é refratária à atuação normativa do Supremo Tribunal Federal, quando do controle das omissões constitucionais.

Trata-se de romper com as implicações dogmáticas e anacrônicas da tese montesquiana, corroborando-se a possibilidade de o Judiciário – na figura do STF – atuar, quando o Legislador permanecer inerte.

No âmbito da proposta de trabalho, a investigação analisa os modelos de separação de Poderes adotados na França e nos Estados Unidos, e perscruta a adaptação desse paradigma no Brasil, a fim de verificar o seu desempenho no contexto nacional, sobretudo após a Constituição de 1988. Por derradeiro, busca-se ensejar algumas reflexões de modo a contribuir para futuros debates em torno da reconfiguração do dogma da separação dos Poderes e temas correlatos.

³ ACKERMAN, Bruce. *Adeus, Montesquieu*. *RDA – revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014 e ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

⁴ ACKERMAN, Bruce. Op. cit. p. 14.

1. O dogma da separação dos Poderes e a distinção entre as matrizes francesa e norte-americana

Em termos conceituais mostra-se imprecisa a expressão *divisão* ou *separação* de Poderes, eis que qualquer órgão ou entidade estatal retira sua competência ou atribuição da Constituição ou de legislação com ela compatível. Os seus atos são atos do Estado, de um único poder estatal, que é uno, não de *Poderes*. Mais adequada, portanto, em termos de técnica distributiva de funções, é a locução *divisão de funções*. Além disso, o designativo *separação de Poderes* cria a falsa impressão de que as funções estatais são desempenhadas por órgãos e entidades estatais apartadas e estanques, que não interagem.

Apesar dessa relevante distinção conceitual, as expressões separação de funções e separação de poderes amiúde são empregadas de modo intercambiável pela doutrina e pelos Tribunais. Optou-se, portanto, nada obstante a referida imprecisão, pela manutenção da designação separação de Poderes, reconhecendo-se a sinonímia entre as duas locuções.

No que tange à moderna teoria da separação dos Poderes – ou funções –, as bases do constitucionalismo francês revolucionário ainda ecoam como dogma universal e imutável. Em que pese as propostas de Emmanuel Sieyès⁵ para a criação de um Tribunal Constitucional na França revolucionária do século XVIII – a fim de evitar “leis irresponsáveis” do parlamento, reconhecendo, assim, que a Constituição é norma passível de violação –, nenhum controle judicial de constitucionalidade ocorreu na origem do constitucionalismo francês.

O fato mostra-se relevante na medida que tal peculiaridade é ignorada nos estudos acadêmicos que exaltam o dogma da separação dos Poderes como barreira intransponível a mudanças e experimentalismos institucionais.

Como alerta Ackerman, Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório⁶. Contudo, o autor também concede os méritos devidos: Montesquieu, assim como Locke, havia separado três funções governamentais em um modelo de separação funcionalista de poderes.

⁵ SIEYÈS, Emmanuel. *Escritos y Discursos de la Revolucion*. Ed. de R. Maiz. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 248/276.

⁶ ACKERMAN, Bruce. Op. cit., p. 14.

Exponente deste movimento, Rousseau⁷, com base no ideário da soberania popular, acreditava que o legislador era, sob todos os pontos de vista, um homem extraordinário, de modo que, representando o povo soberano, não poderia fazer leis injustas, por serem estas, atos da vontade geral, que seria sempre reta.

Como ressalta Prieto Sanchís⁸, na prática, o que se deu após a Revolução francesa foi uma prevalência do Parlamento em detrimento do povo, criando uma soberania estatal e não popular. Em outras palavras, se confiava na consciência do “bom legislador”, não havendo uma Constituição normativa.

Nesse cenário, o caráter supremo da lei, a centralidade do Parlamento e a subordinação do Judiciário ao Legislativo formavam a base do Estado democrático rousseauiano, que mais tarde se entrelaçará com o moderno dogma montesquiano da Separação dos Poderes.

Como visto, na França não foi adotado qualquer contraponto aos excessos ou abusos do Parlamento que era soberano na elaboração normativa com base na incontestável ideia de vontade geral⁹. O receio de um governo de juízes com excessivo poder estatal que poderia ameaçar o legislador, fez com que a França, desde 1789, se apegasse ao princípio da separação dos Poderes com forma de tolher qualquer possibilidade do Judiciário exercer o controle de constitucionalidade das leis¹⁰.

O Estado francês, cujo princípio da separação dos Poderes é utilizado para limitar a atuação do Judiciário era antes, em verdade, um Estado Legal – *État legal* –, não propriamente um Estado de Direito – *État de Droit*.¹¹

A França somente passou a adotar um modelo de controle de constitucionalidade em 1958 com a Constituição de 4 de outubro, e somente na década de 80 o Conselho Constitucional francês declarou a Constituição

⁷ ROUSSEAU, J. J. *O contrato social*. 3ª ed. São Paulo. Martins Fontes, 1996, p. p. 33/50.

⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 77/78.

⁹ LAQUIÈZE, Alain. *État de droit e soberania nacional na França*. p. 338-378. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 343/343.

¹⁰ LAQUIÈZE, Alain. *Ibidem*. p. 353.

¹¹ Sobre o *État légal*, observa Jacques Chevalier: "Este poder legislativo ilimitado parece incompatível com os fundamentos da ordem jurídica e perigosa para as liberdades individuais: ele contradiz o princípio da hierarquia das normas colocando em causa a supremacia constitucional, e ele dá ao legislador todo poder em matéria de regulamentação dos direitos individuais, excluindo destes todo dispositivo de proteção". CHEVALLIER, Jacques: *L'État de droit*. 3.ed. Paris: Monchrestien: 2001, p. 30-31.

como centro do ordenamento, de modo que apenas a partir deste marco a constitucionalidade substituiu a legalidade¹².

A experiência francesa é muito diversa do modelo norte-americano de separação dos Poderes, no qual ao Judiciário cabia o controle de constitucionalidade. Efetivamente, nos Estados Unidos, as ideias de Montesquieu não foram integralmente transplantadas, uma vez que o projeto saído da Convenção que criou a Constituição de 1787 estabelecia um Judiciário atuante distante do juiz “boca da lei”¹³. No modelo estadunidense, além do controle judicial de constitucionalidade, primava por um paradigma de supremacia da Constituição, em contraposição ao modelo francês de supremacia da lei¹⁴.

A distinção é relevante, na medida em que o histórico ideário político-revolucionário norte-americano rechaçava veementemente o legislador inglês, que reiteradamente impunha uma série de taxas sobre os produtos locais; enquanto na França os juízes, em sua maioria, eram alinhados ao *ancient régime*. Justificou-se, assim, o desejo do constituinte dos EUA de criar um Poder que evitasse abusos do Legislativo; na França, ao revés, havia um temor que os magistrados aplicassem a lei contrariamente à vontade do povo.

Ressalte-se não havia previsão expressa do controle judicial de constitucionalidade pela Suprema Corte dos EUA na Carta de 1787¹⁵, mas, esse papel lhe foi atribuído pelo sistema constitucional¹⁶, sendo consagrado no paradigmático caso *Marbury v. Madison*. Assim, o ponto-chave deste modelo era o prestígio de mecanismos de *checks and balances*, com controle recíproco entre os três Poderes, sem conferir uma primazia do Parlamento sobre os demais.

Ora, ambos os modelos são essenciais para o entendimento e compreensão da história institucional brasileira. Todavia, nenhuma das duas

¹² LAQUIÈZE, Alain. Op. cit., p. 366.

¹³ NÚÑEZ, Claudio Felipe Alexandre Magioli; QUINTANA, Fernando. *Repúblicas em conflito: A separação dos poderes made in America*. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014, p. 157.

¹⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. cit., p. 65.

¹⁵ O dispositivo mais relevante da Constituição que trata da Corte Suprema não prevê qualquer controle judicial de constitucional e está assim redigido: ARTIGO III Seção 1 O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.

¹⁶ ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *Defending judicial supremacy: a reply*. *Constitutional commentary*, v. 17: 455, p. 455/482, 2000, p. 459.

matrizes, de uma perspectiva tradicional, dá conta de resolver o intrincado e complexo sistema de competências e separação dos poderes brasileiro, máxime porque o transplante da teoria sofreu uma série de modificações.

2. Separação dos Poderes na engenharia institucional brasileira

É conhecimento convencional reverberado no meio jurídico e acadêmico que o constitucionalismo brasileiro, baseado nos sistemas norte-americano e francês, adotou o princípio de separação dos Poderes, com funções típicas e atípicas e controles recíprocos.

Canotilho¹⁷, contudo, faz uma crítica no sentido de que a teoria da separação dos poderes engendrou uma espécie de mito, eis que os três Poderes nunca funcionaram com plena independência sem interferência recíproca.

Como ressalta Gargarella¹⁸, o constitucionalismo latino-americano prometeu, desde o início, situações de forte instabilidade política. Isso se deu em razão de um intenso (*hiper*) poder executivo, que põe em xeque a própria lógica do sistema de *checks and balances*. Com efeito, a estrutura do Poder Executivo na região latino-americana pode ser caracterizada como um “hiperpresidencialismo” no qual o Presidente concentra um poder centralizado e verticalizado¹⁹, o que se evidencia quando analisamos o caso brasileiro.

Os entraves político-institucionais entre Executivo e Legislativo são maximizados no sistema nacional, em razão do chamado *presidencialismo de coalização* que confere contornos próprios ao nosso intrincado sistema político. A expressão foi cunhada em função da junção de diversos elementos do sistema nacional: a proporcionalidade eleitoral, o multipartidarismo e o presidencialismo imperial que gera uma organização do Executivo em grandes coalizões²⁰.

Manifestação deste fenômeno é observado no regime de urgência, previsto no art. 64, §1, §2 e §3, da Constituição Federal, cuja adoção poderá

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed, Coimbra, Edições Coimbra, 2000, p.

¹⁸ GARGARELLA, Roberto. *Latin America: Constitutions in trouble*. In: GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 185.

¹⁹ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires, 2010, p. 07.

²⁰ ABRANCHES, Sérgio. *O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. *Dados*, v. 31, n. 1, p. 21-22, 1988.

resultar no sobrestamento das pautas das Casas do Congresso, caso não sejam apreciadas em até quarenta e cinco dias as proposições legislativas de iniciativa do Presidente da República. Do contrário, as demais deliberações da Casa que não tenha observado aquele prazo ficarão suspensas até que se ultime a apreciação do projeto de lei objeto daquele regime, prejudicando sobremaneira as atividades do Congresso e o próprio exercício da sua função legiferante.

Nesta senda, o que deveria funcionar como meio de diálogo para eficiência das ações do Executivo, acaba por prejudicar a independência do Congresso criando certa ingerência do Presidente no funcionamento do processo legislativo.

Além disso, a forte concentração de poder nas mãos do Chefe do Executivo, que muitas vezes governa através de Medidas Provisórias – assemelhado ao instituto do *decreto legge*, importado do parlamentarismo italiano – prejudica igualmente a pauta e a independência do Congresso, que, em geral, ou converte a Medida em Lei e/ou não regulamenta as relações jurídicas ocorridas no período de sua vigência²¹, deixando o Executivo tratar do tema.

Infere-se, portanto, que o Executivo precisa obter a maioria no Congresso para governar e o faz através de vários meios que não prestigiam a eficiência técnica e os interesses da coletividade, ensejando, na prática, uma subordinação da pauta do Legislativo aos interesses do Presidente.

Contudo, apesar de o Executivo poder muito, ele não pode tudo. Como a história demonstra, caso o Chefe do Executivo não consiga cooptar institucionalmente a maioria do Congresso, seja por falta de capital político, seja por ausência de habilidade no jogo democrático, ou por fortes divergências partidárias, ideológicas ou de interesses próprios, cria-se um ambiente de instabilidade institucional sem governabilidade onde o Executivo fica à mercê do Legislativo, como se pode notar no processo de *impeachment* da Presidente Dilma em 2016.

O complexo sistema orçamentário nacional também deve ser analisado dentro deste eixo de proeminência do Executivo, eis que, ao fim e ao cabo, é o instrumento de efetivação das promessas da Constituição via

²¹ Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias/medidas-provisorias-1>> Acesso em: 04 de novembro de 2020.

atividade financeira do Estado e, como tal, é objeto de tensões e acordos institucionais.

Diferentemente no sistema americano, no qual, aparentemente, há uma influência maior do Legislativo e de agentes externos e grupos de interesse no processo orçamentário que podem aplicar pressão através de *lobby*, processos judiciais, votações e outros métodos²², no Brasil o Legislativo não possui a mesma força.

A relação entre Executivo e Legislativo no ciclo orçamentário é pautada por uma tônica de acordos políticos. Com efeito, o Legislativo anui com as propostas do Executivo a fim de conseguir a destinação de recursos para manter sua base eleitoral, pois não possui força para alterar a destinação dos recursos, seja pelas restrições da Constituição e das leis que tratam do tema, seja pela não impositividade do orçamento em sua maioria, ao mesmo tempo, em que o Executivo condiciona a liberação de recursos ao apoio parlamentar de suas medidas²³.

Nesta linha, Horvath, cita entrevista da Senadora Ana Amélia, na qual a parlamentar afirma a emenda tornou-se a válvula de escape de um federalismo doente, um instrumento de negociações não republicanas e de desrespeito à oposição²⁴. Ademais, declara que o Legislativo pode ainda retardar a aprovação orçamentária a fim de realizar negociações e concessões por meio de aceitação de suas emendas com valor fixado para cada parlamentar²⁵.

Taíla Albuquerque afirma em pesquisa empírica que, apesar do advento da Emenda Constitucional 86/2015 (que previu o orçamento impositivo), a análise orçamentária e financeira do período de 2014 a 2017 aponta que, pelo menos em dois momentos, a execução das emendas parlamentares individuais continua sendo influenciada pela tentativa de obtenção de apoio do Congresso Nacional pelos Presidentes da República, por meio de mecanismos internos. De fato, o Executivo ainda dispõe da faculdade

²² JORDAN, Meagan M. *Punctuated Equilibrium: An Agenda-Based Theory of Budgeting*. In: KHAN, Aman; HILDRETH, W. Bartley. *Budget Theory in the Public Sector*. Quorum Books, 2002, p. 208.

²³ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Incentivos Eleitorais, Partidos e Política Orçamentária*. Dados [online]. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 2, 2002, p. 303/344.

²⁴ HORVATH, Estevão. *Poder Executivo e Orçamento Público*. In: LEITE, George; STRECK, Lenio; NERY JR, Nelson (Coord). *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. Editora RT, São Paulo, 2017, p. 1001.

²⁵ *Ibidem*, p. 2002.

de definir o ritmo de execução das emendas individuais, não apenas mediante a definição do calendário e dos limites de empenho e pagamento, como também, por meio da manutenção de normas e rotinas internas ao Executivo, voltadas ao controle da execução orçamentária e financeira de emendas parlamentares²⁶.

Acerca do Legislativo, por outro lado, se na Revolução Francesa o Parlamento era soberano, parece que no sistema nacional, este é o Poder que mantém um certo *status quo* conservador, preservando suas funções típicas sem maiores avanços contra os demais Poderes, o que, ao fim e ao cabo, gera um efeito reverso de descentralização na arena política nacional, deslocando os holofotes para o Executivo e o Judiciário. Sob a perspectiva deste último, a investida e o crescimento de sua atuação foram notórios, de modo a relativizar intensamente a aplicação do princípio da separação dos Poderes.

De fato, no Brasil, o cenário mostra-se propício para que o STF possa decidir sobre praticamente qualquer tema: i) a democracia e o pluralismo político; ii) o federalismo e a complexidade das competências da União, Estados, DF e Municípios; iii) a perda de confiança popular nas instituições majoritárias; iv) o amplo catálogo de direitos previsto na Constituição; v) o controle de constitucionalidade que mescla elementos de matriz concentrada e difusa; vi) as amplas vias de acesso ao Tribunal Constitucional via ADI, ADC, ADPF, Mandado de Injunção e de Segurança, Ação Originária, Reclamação, Recurso Extraordinário, HC e Petição; vii) o extenso rol de competências da Corte; e viii) a dificuldade do processo de reforma constitucional com quórum qualificado²⁷.

Com a judicialização da política e o conseqüente deslocamento de soluções para a Corte Constitucional, o Judiciário acaba desempenhando funções que, por excelência, caberiam aos Poderes políticos, tais como intervenção em políticas públicas (judicialização da saúde, reforma emergencial em presídios, Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário), controle da nomeação de Ministros pelo Executivo (precedentes Lula e Cristiane Brasil), regulamentação do processo de *impeachment* (Dilma Roussef), vindo a proferir em casos emblemáticos sentenças normativas –

²⁶ RODRIGUES, Taíla Albuquerque. *Emendas parlamentares individuais: a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo após a promulgação da Emenda Constitucional 86/2015*. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF: 045 Orçamento em Discussão. 2019, p. 42.

²⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013.

aditivas ou substitutivas - que preenchem omissões do legislativo, atuando como “legislador positivo”.

Esta última função é aquela que notadamente desperta maiores conflitos e receios pela sua intersecção direta em temas polêmicos e moralmente complexos. A título de exemplo, em junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADO 26²⁸ e do MI 4.733²⁹, oportunidade em que houve o reconhecimento de uma omissão inconstitucional legislativa, culminando na equiparação da homotransfobia à espécie contemporânea de racismo. Em diversos casos paradigmáticos o Supremo Tribunal Federal também prolatou decisões com conteúdo normativo, envolvendo omissões inconstitucionais, como no caso de aborto de fetos anencéfalos (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54³⁰), financiamento de campanhas eleitorais (Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4650), união homoafetiva (ADPF 132/RJ³¹ e da ADI 4277-DF³²) e direito de greve de servidores públicos (Mandados de Injunção 708, 712, 670³³) entre outros.

Essas funções atípicas do Judiciário, sobretudo da Suprema Corte, vão muito além daquelas imaginadas pelos *Founding Fathers* da Revolução Americana ou dos iluministas franceses. Vale dizer, o transplante da teoria da separação dos poderes, seja na vertente francesa ou norte-americana, não foi adaptado de forma adequada à realidade brasileira, sendo reiteradamente repetido desde a primeira Constituição da República no século XIX sem qualquer acoplamento social e institucional. Eis que na atual quadra histórica, não há mais como conceber uma teoria estanque sedimentada no século XVIII – a teoria da separação dos Poderes – sem adaptá-la às peculiaridades nacionais.

Esse contexto gera distorções intrínsecas na aplicação das suas bases, em face aos dois fatores mencionados: i) a concentração de poderes na figura do Executivo, que impede uma aplicação coerente dos mecanismos de *checks and balances*; e ii) uma jurisdição ampla de controle de constitucionalidade,

²⁸ ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13/6/2019.

²⁹ MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 13/6/2019.

³⁰ ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Dj. 12/04/2012, Dje. 20/04/2012.

³¹ STF, ADPF 132-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011.

³² STF, ADI 4277-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011.

³³ STF: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, Dje. 31/10/2008; STF, MI 670, Rel. Min. Maurício Corrêa, Redator para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, Dje. 31/10/2008; STF, MI 718, Rel. Min. Eros Grau, j. 25 / 10 / 2007, Dje. 31/10/2008.

com uma Constituição marcadamente prolixa, na qual o Judiciário, munido de ferramentas, e com a conjuntura propícia, interfere no seio da política tradicional sobre praticamente qualquer tema.

Ora, esse quadro de distorções cria um conflito insanável dentro da concepção tradicional da separação dos poderes: como se manter uma lógica institucional e sistêmica originariamente projetada, em termos de organização e funções, para garantir equilíbrio, mas que, na realidade, enfrenta uma assimetria não prevista entre os Poderes?

3. Uma crítica à divisão funcional dos Poderes à luz do controle das omissões inconstitucionais

Há uma certa consciência social de que os Poderes submetidos ao sufrágio – o Executivo e o Legislativo – não possuem mais a capacidade para evocar a vontade popular, de modo que se fala em uma crise de legitimidade democrática.

Parece que, antevendo tal dificuldade de atender a tempo aos anseios sociais, em discurso na Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães afirmou em 05 de outubro de 1988 “*Nós os legisladores ampliamos os nossos deveres. Teremos de honrá-los. A Nação repudia a preguiça, a negligência e a inépcia. (...) Não esquecemos que na ausência da lei complementar os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo Mandado de Injunção.*”³⁴

O Constituinte brasileiro, portanto, não conferiu ao Judiciário um papel de inércia na concretização de direitos quando o legislador se mantiver inerte. Para tanto previu instrumentos próprios para o controle das omissões como o Mandado de Injunção e a ADO. Posteriormente, sobrevieram a ADPF e a Súmula Vinculante.

Neste sentido, busca-se demonstrar nesta seção que a atuação normativa do Poder Judiciário guarda respaldo no ordenamento, e não é obstada pela teoria da separação dos Poderes, máxime quando se compreende que a sua concepção original não mais se adequa à ao atual contexto de uma jurisdição constitucional comprometida com a efetividade dos direitos fundamentais.

³⁴ GUIMARÃES, Ulysses. *Íntegra do discurso Presidente da Assembleia Nacional Constituinte*. <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-asmbleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>

Mesmo na França hodierna, as dificuldades do legislador e do próprio Estado de direito – excesso normativo, leis mal redigidas e normas com conteúdo programático e flexível -,³⁵ acabam gerando, com frequência, a atribuição de um papel ao juiz de reescritor da lei. Nesta linha, e na visão de parte da doutrina francesa, o controle de constitucionalidade é, antes de tudo, democrático, porque permite minorias parlamentares contestarem perante o juiz constitucional uma decisão da maioria parlamentar, podendo-se falar que o juiz concorre para o funcionamento de uma melhor democracia participando da criação de normas legislativas, de modo que o Conselho Constitucional seria um verdadeiro e próprio legislador.³⁶

No âmbito nacional, como previsto pela própria Constituição Federal, existem formas de atuação típica e atípica conferidas aos Poderes. A exemplo do Poder Executivo que exerce função normativa via medidas provisórias, decretos autônomos³⁷ e regulamentares, o Poder Judiciário a exerce em matéria de sua competência interna, ou mediante resoluções com eficácia externa (como aquelas proferidas pelo TSE, ou seus Tribunais em termos de Regimento Interno). Também o Poder Legislativo, que fiscaliza o Executivo via CPI's, Requerimentos de informações, e julga membros do Executivo e Judiciário por crimes de responsabilidade.

O fato é que a capacidade normativa dos demais Poderes não é nova na Teoria do Estado e da Constituição. Eis que John Locke, no Segundo Tratado do Governo Civil, já previa a possibilidade de o Poder Executivo agir discricionariamente no caso de lacuna legislativa por meio da “Prerrogativa”, porquanto o Parlamento não poderia prever todas as situações da vida e alguma margem seria necessária para o Executivo³⁸.

No âmbito do direito anglo-saxão, em que pese a dificuldade de se transpor o modelo da *Common Law* para a matriz da *Civil Law* a criação judicial do Direito é fonte essencial da produção jurídica. A criação da própria

³⁵ Veja-se, por exemplo, Jacques Chevallier ao referir-se à crise do Estado de direito francês: “a proliferação de textos, a instabilidade das regras e a degradação da qualidade da norma não asseguram mais as condições de uma real proteção do cidadão; mas o edifício do Estado de direito se rompe também pelo jogo de certas mutações constitucionais”. CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit, op. cit.*, p. 146.

³⁶ LAQUIÈZE, Alain. *Ibidem*. p. 369; 372.

³⁷ Em relação aos decretos autônomos, considerando-se a possibilidade prevista no inciso VI, alínea a, da Constituição Federal de 1988.

³⁸ LOCKE, John, *Segundo Tratado do Governo Civil*. Petrópolis: Vozes, 2019, p 79/81.

Constituição inglesa, por não ser escrita, advém dos precedentes das Cortes, de modo que autores afirmam ser a Carta da Inglaterra feita por juízes³⁹.

É verdade que esse modelo deve ser tratado de forma singular, eis que a formação jurídico-histórica da Inglaterra propiciou um respeito aos precedentes e à criação judicial de forma tão natural e civilmente enraizada no seu desenvolvimento estatal e de sistema jurídico, que é impraticável suplantá-lo para a jurisdição nacional como mera subsunção. De qualquer modo, o ponto é válido para demonstrar que uma democracia secular e sólida não sofreu uma anarquia institucional entre os Poderes, ou uma crise das suas fundações estatais básicas, em razão da atuação criativa judicial no âmbito da jurisdição constitucional, determinando os pilares e a criação da própria Constituição – com seus ônus e bônus.

Hodiernamente, nas democracias ocidentais da pós-modernidade, a efetividade da Constituição é necessária para a sustentação do Estado Democrático de Direito em sua perspectiva material. Passados mais de duzentos anos da Revolução Francesa o ultrapassado dogma tradicional de separação estática não se sustenta, sobretudo quando passamos a compreendê-lo a partir da sua fundação francesa que primava pela superioridade da Lei e do Parlamento, relegando o Judiciário a uma figura de subordinação, contexto totalmente diverso do encontrado nesta quadra histórica. Com efeito, a primeira Carta revolucionária, de 1791, centra-se sobretudo em um modelo de separação dos Poderes no qual “os tribunais não podem interferir no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis”.⁴⁰

O constitucionalismo brasileiro teve sua maior influência no modelo norte americano, e não no modelo francês, que baseado em paradigma contratualista mais voltado às concepções de Locke, e não de Rousseau⁴¹, reconhece o papel da Corte Suprema como fonte de Direito, consagrando o exercício do controle de constitucionalidade desde o caso *Marbury v. Madison*⁴².

Ressalte-se ainda que desde a primeira Constituição Republicana de 1891 –art. 59, §1º, b – se instituiu o controle difuso de constitucionalidade no Brasil, de modo que a realidade francesa que rechaçava qualquer atuação

³⁹ SANTORO, Emilio. *Rule of law e “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 201-263.

⁴⁰ Constitution du 3 septembre 1791 Cap. V., art. 3.

⁴¹ PRIETO SANCHIS. Op. cit. 2003, p. 47.

⁴² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

judicial, privilegiando o legislativo e o Estado legal, não pode ser tida como base para o modelo nacional. Essa incompatibilidade acentua-se ao longo do processo de consolidação do constitucionalismo, dos direitos fundamentais e de instituições que se autolimitam. Como afirma Paulo Bonavides, “a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação dos poderes”⁴³.

Em sintonia com a nova realidade, Heller observa que a divisão dos poderes não significa independência estática, mas condicionamento recíproco entre os órgãos, visando a defesa dos direitos fundamentais do indivíduo.⁴⁴

Dentro desta concepção que supera posições estáticas e prima pela efetividade dos direitos, a prolação de decisões de cunho normativo pelo Poder Judiciário no caso de omissões do Legislativo não pode ser vista como uma conduta que destoa das atividades definidas pela Constituição pertinentes à natureza da jurisdição constitucional, sobretudo quando se levanta a questão do seu caráter contramajoritário.

Por meio de interpretação teleológica, pode-se reconhecer que a própria Constituição de 1988 dispôs sobre a possibilidade de prolação de sentenças normativas: i) a previsão expressa da corrente concretista intermediária na Lei 13.300/16, art. 8º, II, que regulamenta o Mandado de Injunção – art. 5º da CF, LXXI; ii) a função atípica normativa do Poder Judiciário, prevista expressamente na Carta Constitucional, nos termos do art. 49, XI: É da competência exclusiva do Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; iii) a previsão expressa da ADPF e da Súmula Vinculante.

Ora, ante a inércia do legislador, as sentenças normativas surgem como instrumento garantidor de direitos constitucionalmente previstos e da própria completude do ordenamento, contribuindo para os mecanismos de *checks and balances* entre os Poderes, idealizado por Madison e Hamilton, e, em alguns casos, para a manutenção de leis incompletas no mundo jurídico, preservando sua presunção constitucional em frontal diálogo institucional.

As sentenças normativas são ferramentas decisórias que podem cumprir o papel de conferir efetividade a uma jurisdição constitucional que se pretenda garantidora dos preceitos constitucionais fundamentais diante das

⁴³ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. 25 anos de interpretação constitucional: uma história de concretização dos direitos fundamentais. In: BRASIL, *A Constituição de 1988 na visão dos ministros do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013.

⁴⁴ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. SP: Mestre Jou, 1998, p. 306.

omissões legislativas, não sendo mais defensável uma concepção estática de separação dos Poderes como um fim em si mesmo.

A Separação deve ser direcionada à consecução da efetividade da Constituição que, em verdade, é o seu fim, conforme sustenta Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁴⁵:

No que tange à objeção do princípio da separação de Poderes, esta não pode prevalecer, salvo se realmente a concepção adequada do princípio for uma concepção *estática e ortodoxa*, que prescreva uma distribuição clara e *rígida* de poderes *incomunicáveis* e em permanente *estado de oposição*. O princípio da separação de Poderes não é um fim em si mesmo, mas deve ser entendido como um arranjo institucional que está a serviço da Constituição e dos direitos fundamentais, e por isso não pode, ele mesmo, servir de justificativa para a paralisia dos direitos e valores constitucionais. Atuando em favor da Constituição, e dos direitos fundamentais, a concepção adequada da separação de Poderes deve ser uma concepção *dinâmica e renovada*, que prescreva uma distribuição clara, mas *flexível* de poderes que *dialogam entre si* em um permanente *estado de cooperação*. Essa concepção permite a luta judicial contra a institucionalização incompleta dos valores e direitos constitucionais. A separação de Poderes é instrumental, somente instrumental.

Bruce Ackerman,⁴⁶ nesta linha, afirma que a separação dos Poderes somente se sustenta para funcionar em nome da democracia – impedindo projetos populistas de autogoverno; estimulando a competência profissional, de modo que os Tribunais e as burocracias possam implementá-las de modo relativamente imparcial; e a proteção e ampliação dos direitos fundamentais.

A função do Judiciário, assim, seria funcionar como um freio, ou como um contrapeso na balança, evitando abusos do Legislativo. Não se está a falar em uma soberania do Judiciário sobre o Legislativo. Sobre tal questão Hamilton⁴⁷ já discorreu em os Federalistas - 78:

⁴⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa*. DPU Nº 42 – Nov Dez/2011, p.74/79.

⁴⁶ ACKERMAN, Bruce. Op. cit., 2009, p. 07.

⁴⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY; Jonh. *Os artigos federalistas*, 1787-1788. Nova fronteira, 1993, p. 332.

É muito mais racional entender que os Tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, com a finalidade, entre outras várias, de manter este dentro dos limites designados a sua autoridade.

Como recorrente, o Legislativo pode violar a vontade de povo, ou da Constituição, seja de forma omissiva, ou comissiva. Daí decorrer o controle por ação e por omissão. Neste sentido, afastando-se a dúvida quanto à atribuição da Corte para atuar de forma normativa sem violar o art. 2º da Constituição, há que se ressaltar a Teoria dos Poderes Implícitos.

A teoria dos poderes implícitos remonta ao caso *McCulloch v. Maryland* (UNITED STATES, 1819), o qual decorreu da rivalidade dos Estados com o Segundo Banco dos Estados Unidos, e alguns deles começaram a tomar medidas agressivas contra a instituição. Entre elas a tributação instituída pelo Estado de Maryland sobre as notas emitidas pelo Banco federal, que gerou o conflito⁴⁸.

A ideia por trás da decisão caminha no sentido de que a Constituição não poderia prever todos os poderes, pois, se assim fosse, o texto constitucional seria um mero código legal e de difícil compreensão para o público. Desta forma, o Chief Justice John Marshal consagrou que não existia na Constituição dispositivo que proibisse poderes incidentais e implícitos, ou que requeresse que os poderes previstos deviam ser expressa e minuciosamente descritos⁴⁹.

A teoria dos poderes implícitos é comumente adotada pelo STF.⁵⁰ O caso mais destacado julgado pela Corte que envolveu a aplicação daquela teoria talvez seja concernente ao poder de investigação do Ministério Público (RE 593.727).

Na oportunidade, o Tribunal entendeu pela possibilidade do poder de investigação, utilizando como um dos argumentos a aludida teoria, conforme o voto do Min. Gilmar Mendes:

⁴⁸ CASAGRANDE, Cássio; BARREIRA, Jônatas Henriques. *O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF*. RIL Brasília a. 56 n. 221 jan./mar. 2019 p. 248.

⁴⁹ CASAGRANDE; BARREIRA. *Idem*. p. 257.

⁵⁰ “À luz da teoria dos poderes implícitos, cuja origem remonta ao caso *McCulloch v. Maryland*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no ano de 1819, a Constituição, quando confere atribuição a determinado órgão estatal, assegura, correlatamente, ainda que de modo não expresse, os meios necessários para o seu efetivo cumprimento” MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.446 DISTRITO FEDERAL que tratava do poder geral de cautela do TCU.

A outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público, tais como aqueles enunciados no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, ainda que por implicitude, aos membros dessa Instituição, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos (CARLOS MAXIMILIANO, “Heremênutica e Aplicação do Direito”, p. 312, item n. XI, 18a ed., 1999, Forense, v.g.), cuja doutrina – construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819) – enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Considerada a presença no ordenamento jurídico de instrumentos expressos de controle das omissões como a ADO, o Mandado de Injunção, a ADPF e a própria edição de Súmulas Vinculantes (a exemplo da SV 33), não parece razoável, e tampouco lógico à luz do sistema nacional, defender a ausência de poderes da Corte para criação normativa com base no princípio da separação dos Poderes.

Ora, esses instrumentos expressos de combate às omissões tornam imperativo o reconhecimento em poderes implícitos da Corte Constitucional para o enfrentamento dessa celeuma, eis que, se a Constituição conferiu ao STF a competência para *guardá-la*, poder-se-á aplicar a teoria dos poderes implícitos como forma de garantir as ferramentas para a sua proteção.

Ressalte-se o entendimento de Cappeletti de que o Tribunal quando atua como criador do Direito não viola a separação dos Poderes em razão, sobretudo, da existência do contraditório inerente à jurisdição⁵¹.

Além dos argumentos já expostos, a supremacia da Constituição também fundamenta a atuação normativa das Cortes e Tribunais Constitucionais. Se a Constituição confere poder aos órgãos, eleitos e não

⁵¹ CAPPELETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, 54/74.

eleitos, para efetivar a sua vontade, que, sabe-se ser manifestação da vontade popular, seria incoerente que o Legislativo pudesse descumprir um comando constitucional sem qualquer espécie de ferramenta ou medida por parte de outro Poder a fim de corrigir o desvio criado.

Essa atuação normativa das Cortes densifica a supremacia da Constituição, reparando omissão que a estaria fragilizada. Não se trata, porém, de desconhecer limites à atuação da Corte Constitucional. Com efeito, apesar de a Constituição autorizar o exercício de funções atípicas do Judiciário (administrativas e normativas), é preciso um grau de parcimônia e autocontrole.

Assim, por exemplo, a Ministra Ellen Gracie demonstra preocupação com decisões que interferiram na seara de competência e discricionariedade do Legislativo⁵².

A fim de minimizar os riscos de arbítrios, parece relevante que a atuação normativa funcione como *ultima ratio*, de modo que sejam adotadas posturas prévias de diálogos constitucionais. Em outras palavras, o simples sistema de tudo ou nada não é mais suficiente.⁵³

Ressaltamos nossa posição de receio da prolação de sentenças normativas em matérias eminentemente técnicas que envolvem políticas públicas nas quais a expertise do Poder Judiciário é inferior se comparada a órgãos especializados como as Agências Reguladoras, o que impõe um dever de autocontenção. Além disso, outros parâmetros também devem funcionar como limitadores da atuação criativa a fim de evitar intromissão no núcleo essencial da Separação dos Poderes, como a criação normativa pela via judicial de norma tratando de matéria *interna corporis* do legislativo, ou de tipo penal incriminador.

O tribunal não está livre para fazer escolhas discricionárias ou políticas. A nova norma ou solução extraída do julgamento não pode livremente advir do nada, devendo resultar de preceitos e princípios da Constituição. Não se trata de uma decisão livre, como seria a do Poder Legislativo, mas oriunda da própria Constituição ou na forma de uma conclusão necessária advinda do próprio caso sob juízo.

⁵² ADPF-QO 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 31.08.2007, p. 195,

⁵³ Em diversas situações a não atuação criativa pode gerar um vazio extremamente perigoso para o próprio Legislativo, como no caso que envolveu a inconstitucionalidade das doações para campanhas eleitorais (ADI 4650). Caso a Corte não tivesse criado parâmetros, as eleições seriam diretamente afetadas pela omissão decorrente da ablação. Ou seja, nem sempre será possível o diálogo prévio. O Judiciário precisará agir de plano. Mas, via de regra, o diálogo deve ser prestigiado.

O espaço de criação da Corte está adstrito ao que determina a própria Constituição, ao contrário do que ocorre no Parlamento, onde há iniciativa para propositura, modificação e cancelamento da lei, bem como a ampla conveniência e liberdade política.

A necessária parcimônia e a indispensável autocontenção do Judiciário, contudo, não inviabilizam o papel de uma jurisdição constitucional – agora não mais uma mera expectadora – compromissada e em sintonia com a concretização dos anseios democráticos consagrados no texto constitucional.

Considerações finais

Do estudo realizado, pode-se inferir algumas conclusões preliminares que, a partir de uma perspectiva jurídico-institucional, poderão oferecer elementos para uma reflexão acerca da problemática da separação dos Poderes no Brasil:

I - Não é possível transportar um princípio concebido no século XVIII, de forma acrítica, como dogma imutável, para a realidade do século XXI;

II - A base fundante francesa, calcada na primazia da lei, na soberania do parlamento e na ausência de controle judicial de constitucionalidade, conflita e destoava de toda a estrutura do constitucionalismo pós-moderno, que prevê a Constituição no centro do ordenamento, máxime no âmbito brasileiro, o qual contém uma jurisdição ampla de controle de constitucionalidade, um Poder Judiciário independente e uma Carta compromissória e analítica;

III - O constitucionalismo brasileiro possui mais assonância com a tradição norte-americana do que a tradição francesa de separação dos poderes – ainda que nenhuma delas tenha sido importada de forma adequada à realidade nacional –, distorcida, entretanto, pela adoção de um modelo institucional que confere proeminência ao Executivo, descompensando o equilíbrio entre os Poderes;

IV – O Poder Legislativo brasileiro é aquele que tem buscado desempenhar suas funções tipicamente à luz da concepção tradicional, sem ampliar seus poderes ou se arvorar em competências atípicas, mantendo, assim, um certo *status quo*, o que contribui para o vácuo na área política preenchida pelos demais Poderes;

V – O Poder Judiciário no Brasil encontra campo favorável à expansão de sua atuação, na medida em que conta com a inércia dos demais Poderes, desempenhando uma jurisdição ampla com múltiplas portas de

acesso, a partir de Carta extensa de direitos e de uma série de ferramentas jurídicas que garantem espaço de atuação;

VI – A função atípica normativa do Poder Judiciário, no caso de omissões que violam a Constituição deve ser vista, sob uma ótica renovada da separação dos Poderes, como uma função não só viável, mas exigida pela própria Carta, que prevê instrumentos expressos de controle das omissões como a ADO, o Mandado de Injunção, a ADPF e a própria edição de Súmulas Vinculantes;

VII – A atuação normativa, contudo, encontra limites, exigindo do Judiciário autocontenção em matéria de políticas pública e em questões eminentemente políticas *interna corporis* do demais Poderes;

VIII – A separação de Poderes não deve ser lida como um fim, mas sim, como um instrumento para a concretização de direitos fundamentais, merecendo investigação renovada e adaptada à nova conjuntura do Estado de direito, do constitucionalismo latino-americano e à efetividade da Constituição e dos direitos nela previstos;

Referências

ABRANCHES, Sérgio. *O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. *Dados*, v. 31, n. 1, p. 21-22, 1988.

ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

_____. *Adeus, Montesquieu*. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014.

_____. *O Brasil precisa de nova Constituição*. *Correio Braziliense*. 13/07/2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/07/13/internas_opiniao,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml> Acesso em 04 de novembro de 2020.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *Defending judicial supremacy: a reply*. *Constitutional commentary*, v. 17: 455, p. 455/482, 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. *A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro*. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa*. *DPU* Nº 42 – Nov Dez/2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra, Edições Coimbra, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CASAGRANDE, Cássio; BARREIRA, Jônatas Henriques. *O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF*. RIL Brasília a. 56 n. 221 jan./mar. 2019.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*. 3.ed. Paris: Monchrestien: 2001.

CORBO, Wallace; Pontes, João Gabriel. *Ackerman e a nova Constituição: uma má ideia traduzida do inglês*. JOTA. 01/08/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ackerman-e-a-nova-constituicao-uma-ma-ideia-traduzida-do-ingles-01082020> Acesso em 04 de novembro de 2020.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Incentivos Eleitorais, Partidos e Política Orçamentária*. Dados [online]. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 2, 2002.

GARGARELLA, Roberto. *Latin America: Constitutions in trouble*. In: GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis*. New York: Oxford University Press, 2018.

_____. *La sala de máquinas de la Constitución*. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires, 2010.

GOZZI, Gustavo. *Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Martins Fontes, São Paulo, 2006.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY; Jonh. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Nova fronteira, 1993.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. SP: Mestre Jou, 1998.

HORVATH, Estevão. *Poder Executivo e Orçamento Público*. In: LEITE, George; STRECK, Lenio; NERY JR, Nelson (Coord). *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. Editora RT, São Paulo, 2017.

JORDAN, Meagan M. *Punctuated Equilibrium: An Agenda-Based Theory of Budgeting*. In: KHAN, Aman; HILDRETH, W. Bartley. *Budget Theory in the Public Sector*. Quorum Books, 2002.

LAQUIÈZE, Alain. *État de droit e soberania nacional na França*. p. 338-378. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Martins Fontes, São Paulo, 2006.

LOCKE, John. *Segundo Tratado do Governo Civil*. Vozes, 2019.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *25 anos de interpretação constitucional: uma história de concretização dos direitos fundamentais*. In: BRASIL. *A Constituição de 1988 na visão dos ministros do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013.

NÚÑEZ, Claudio Felipe Alexandre Magioli; QUINTANA, Fernando. *Repúblicas em conflito: A separação dos poderes made in America*. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

RODRIGUES, Taíla Albuquerque. *Emendas parlamentares individuais: a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo após a promulgação da Emenda Constitucional 86/2015*. *Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle*. CONORF: 045 Orçamento em Discussão. 2019.

ROUSSEAU, J. J. *O contrato social*. 3ª ed. São Paulo. Martins Fontes, 1996.

SANTORO, Emilio. *Rule of law e “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel. *Escritos y Discursos de la Revolucion*. Ed. de R. Maiz. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

UNGER, Roberto Mangabeira. *A constituição do experimentalismo democrático*. RDA. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011.

VALE, André Rufino. *Não precisamos de uma nova Constituição, mas de melhores práticas constitucionais*. *Conjur*. 15/08/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-15/observatorio-constitucional-nao-precisamos-constituicao-melhores-praticas>> Acesso em: 04 de novembro de 2020.

TOLERÂNCIA COMO FORMA DE ENFRENTAR A CRISE DA LEI E A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PESSOAIS

Dayane Aguiar Teixeira

Sumário: Introdução. 1. Nascimento e desenvolvimento da tolerância. 2. Duas concepções do conceito de tolerar. 2.1 Tolerância como permissão. 2.2 Tolerância como respeito. 3. O novo sentido de tolerar. 4. Estado de Direito (formal). 4.1. Elementos normativos essenciais. 5. Crise na soberania da lei e a racionalização do Direito. 6. Judicialização das relações pessoais. 7. Tolerância para enfrentar a crise da lei e a Judicialização das relações pessoais. Considerações Finais. Referências.

Introdução

O artigo discorrerá sobre a origem e o desenvolvimento do termo tolerância, centrando-se em duas das quatro concepções apresentadas pelo filósofo e teórico político Rainer Forst e propondo uma nova concepção. Pretende-se abordar as considerações da doutrina a respeito, apresentando críticas e reflexões no tocante a evolução do conceito de tolerar.

Ademais, objetiva-se demonstrar as diferentes concepções de Estado de Direito, notadamente a concepção formal do termo, seus elementos normativos essenciais, bem como a crise de soberania da lei, destacando as razões e consequências de sua atual crise, e a utilização de um novo conceito de tolerância, defendido pela autora, como meio para combater tal colapso.

A pesquisa caracteriza-se como exploratória quanto aos objetivos e quanto aos procedimentos, apresentando um estudo de caráter bibliográfico, aquele que explica um tema ou problema com base em referências teóricas já elaboradas e publicadas. Tal pesquisa objetiva oferecer maior familiaridade com o problema, tornando-o mais explícito. Quanto ao procedimento técnico, a pesquisa bibliográfica objetiva a busca de solução do problema a partir de material já produzido, composto basicamente de artigos científicos e livros.

O trabalho vai ponderar, ainda, acerca da Judicialização das relações pessoais, comprovando a atual invasão do Direito na vida social e justificando-se ao demonstrar que o enfraquecimento da soberania da lei tem trazido ao Poder Judiciário determinadas questões que antes lhe eram estranhas.

A hipótese a ser confirmada ou refutada consubstancia-se na possibilidade da utilização do novo conceito de tolerância como forma de combate à crise de soberania da lei e à Judicialização das relações pessoais.

1. Nascimento e desenvolvimento do termo tolerância

O conceito histórico de tolerância transcorre por diversas correntes filosóficas. Inicialmente, o termo foi tratado como possibilidade de convivência pacífica entre duas ou mais religiões. Tolerar era visto como a possibilidade de aceitação das convicções alheias. Dessa forma, não revelava uma relação de isonomia entre os indivíduos, ao revés, traduzia uma relação de desigualdade, haja vista que aquele que se julgava superior, tolerava o inferior, sendo com este “benevolente”.

Durante o período da idade moderna na Europa, o sentido mais relevante do conceito de tolerância articula as esferas religiosa e política. O valor ético de tolerância surgiu em meio a diversidade de posições religiosas possivelmente existentes dentro de um mesmo Estado. Contudo, tolerância, primeiramente vista em seu aspecto religioso, não chegou a ultrapassar, os limites da identidade do próprio cristianismo como a única religião verdadeira.

Na esfera política o conceito de tolerância inicialmente revelou um discurso sobre a diversidade nos chamados valores universais iluministas, como os direitos fundamentais do homem; mas, em verdade, não levaram em conta todos os tipos de diversidades de uma sociedade multicultural. Dessa forma, o termo tolerância adquire especial relevância no período iluminista da humanidade como reação à intolerância religiosa, intensificada na Reforma Protestante e, posteriormente, na Contrarreforma Católica.

As referências filosóficas básicas do período de concepção do termo tolerância são a “Carta sobre a tolerância”, publicada por John Locke em 1689, e o “Tratado sobre a tolerância”, publicado por Voltaire em 1762. Nesta época, tanto a Igreja Católica, no espírito da Contrarreforma, quanto o Protestantismo já haviam demonstrado exorbitantes pendências justamente com bases na intolerância.

Assim, destacam-se, no período supracitado, as obras do filósofo inglês John Locke, considerado o pai do Iluminismo, cujos fundamentos estão as liberdades individuais, as restrições ao poder coercitivo do Estado e a defesa da diversidade de opiniões. Em sua famosa “Carta sobre da tolerância”, Locke defende as liberdades individuais, em especial a liberdade de expressão e de culto, como direito fundamental do indivíduo na demarcação entre os limites de atuação da Igreja e da sociedade civil. Para o filósofo, a finalidade primordial do Estado era a de preservação de alguns dos direitos essenciais do homem, ressaltando que a Igreja não deveria nem poderia impor qualquer tipo de tortura àquele que não professasse a mesma fé.

Embora asseverasse que a Igreja deveria tolerar o diferente, não perseguir os que praticam religião diversa e respeitar as diferenças de pensamento e crença, John Locke pregava que o princípio da tolerância encontrava respaldo, concomitantemente, na razão e no Evangelho. Assim, para ele, quem negasse a existência de Deus não deveria ser tolerado sendo somente com o triunfo do iluminismo no século XVIII e do pensamento liberal do século XIX que se chegou ao reconhecimento da tolerância de forma ampla, ou seja, como a garantia de igualdade entre o interesse religioso da Igreja, o interesse político do Estado e os direitos fundamentais dos cidadãos.

O pensador e escritor francês Voltaire¹ também discorreu sobre a tolerância, com pontos semelhantes e divergentes à posição de Locke. As diferenças de posicionamento entre os dois revelam que Voltaire prioriza a perspectiva histórica do termo, mostrando que a intolerância era um erro que ofuscava a humanidade. Para ele, as atitudes de recusar as opiniões diversas era fruto de um mal do espírito típico de uma barbárie que já tinha sido superada e que, aqueles que ainda persistiam, não sabiam fazer bom uso da razão. Voltaire pode ser entendido como um filósofo que fez um apelo para que se instaurasse uma sociedade tolerante e compreensiva quanto às singularidades humanas. Voltaire afirmou em sua obra “Tratado sobre a Tolerância”:

A natureza diz a todos os homens: Fiz todos vós nascerem fracos e ignorantes, para vegetarem alguns minutos na terra e adubarem-se com vossos cadáveres. Já que sois fracos, auxiliai-vos; já que sois ignorantes,

¹ VOLTAIRE. *Dicionário Filosófico*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 296-299.

instruí-vos e tolerai-vos. Ainda que fôsseis todos da mesma opinião, o que certamente jamais acontecerá, ainda que só houvesse um único homem com opinião contrária, deveríeis perdôá-lo, pois sou eu que o faço pensar como ele pensa.²

O filósofo francês relata a tolerância como medida necessária de repressão contra a intolerância, descrevendo exemplos de convivência harmônica entre diferentes religiões, sendo particularmente crítico para com a religião católica, normalmente colocando-a como intolerante e contrária aos ensinamentos do cristianismo. Entendia que o aumento do conhecimento contribuiria para atenuar as discórdias. Voltaire relaciona a tolerância com a indulgência, a doçura, a prudência e a aceitação do outro. Afirma a igualdade de todos apoiando-se na ideia de filiação divina e assim conclama todos ao exercício da tolerância e à ajuda mútua para superar os desafios da vida.

Já na sua velhice, Voltaire reage a um crime de intolerância ocorrido na França, que ficou conhecido como o Caso Calas. Recolhido no castelo de Ferney, o filósofo escreveu sobre o princípio da tolerância ao tomar ciência da execução, na cidade francesa de Toulouse, do comerciante calvinista Jean Calas, condenado à pena de morte pela acusação de ter assassinado, com o concurso da família, o seu próprio filho Marc-Antoine, que se pretendia converter ao catolicismo. As peças de acusação eram inconsistentes, não havendo qualquer prova efetiva contra a família. A religião ocupou o lugar das provas, tendo a maioria católica da cidade insuflado os magistrados a condenar o réu à tortura e à fogueira.

Corroboram-se nesses autores a relação entre o conceito de tolerância com o de liberdade de expressão (Locke) e com a ideia de igualdade (Voltaire). Contudo, durante esse período, a tolerância era vista mais com uma atitude filosófica do que política e voltava-se especialmente para a liberdade religiosa e de expressão, não abarcando as demais formas de tolerância: racial, sexual, cultural, entre outras.

Assim como Locke, Voltaire tinha na figura de Deus, a fonte do princípio da tolerância. Acreditava Voltaire que a tolerância era avalizada pela razão humana e, por sua vez, que a razão humana era consequência da razão divina. Dessa forma, Deus era o último fundamento da tolerância. O

² VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. Tradução de Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 136-137.

filósofo francês, ademais, chega a afirmar que o direito humano não pode ser fundado em outra fonte a não ser sobre o Direito Natural. O escritor francês em sua obra “Tratado sobre a tolerância” chega a fazer um apelo a Deus, escrito em forma de prece, que se tornou para os iluministas deístas quase tão precioso quanto o Pai Nosso para o conjunto da cristandade.³

Os ideais de tolerância vão progressivamente mudando a relação entre Estado e Igreja, finalmente alocando a religião como assunto de foro privado, o qual não deveria interferir nas decisões públicas do Estado. Ainda nos dias atuais, significantes autores ratificam a importância do debate sobre os riscos e desafios a serem enfrentados pelo Estado no contexto de um ressurgimento da religião na área política de sociedades democráticas e pluralistas.⁴

2. Duas concepções do conceito de tolerar

O filósofo e teórico político Rainer Forst⁵ explana em uma de suas obras, quatro distintas concepções de tolerância. Ele explica que não se trata de uma sucessão histórica linear, ao contrário, são entendimentos diferentes, historicamente desenvolvidos.

A autora do presente artigo se propõe a abordar, na visão do supracitado autor, duas das quatro concepções, primeiramente, tolerância como permissão e em seguida, tolerância como respeito, propondo, no tópico subsequente, uma nova concepção, tolerância como apreço.

2.1. Tolerância como permissão

Consoante a primeira concepção de tolerância, que Forst denomina como concepção de permissão, a tolerância é uma relação entre uma autoridade ou uma maioria e uma minoria dissidente, "diferente"(ou várias minorias).

Tolerância significa, então, que a autoridade (ou maioria) concede uma permissão qualificada aos membros da minoria para viverem de acordo

³ VOLTAIRE. *Traité sur la tolérance*. Paris: CF Flamarion, 1989.

⁴ CASAMASSO, Marco. A. L. *Política e religião: três tópicos para reflexão*. In: BALERDI, Juan Carlos; GUEDES, Marco Aurelio Peri. (Org.). *Teorías del Estado: miradas desde el sur del continente americano*. 1ªed.Buenos Aires: La Ley, 2014, p. 89-106.

⁵ FORST, Rainer. *"Toleration, justice and reason"*. In: McKinnon, Catriona e Castiglione, Dario (eds.). *The culture of toleration in diverse societies*. Manchester: Manchester University Press, 2003, p. 71-85.

com suas crenças, na condição de que a minoria aceite a posição dominante da autoridade ou da maioria. Contanto que a distinção permaneça dentro de limites, isto é, na esfera “privada”, e desde que os grupos minoritários não reiviniquem iguais *status* público e político, eles podem ser tolerados em bases pragmáticas ou de princípio - em bases pragmáticas porque essa forma de tolerância é estimada a menos dispendiosa de todas as opções possíveis e não perturba a paz civil e a ordem conforme o grupo dominante a define (ao contrário, contribui para a mesma); e em bases de princípio pois considera-se moralmente problemático (e, de todo modo, infrutífero) forçar as pessoas a abandonar certas crenças ou práticas profundamente arraigadas.

Tal concepção é aquela clássica, que encontramos em muitos documentos históricos e em casos de uma política de tolerância (como o Édito de Nantes de 1598) e que - de forma relevante - ainda informa nossa compreensão do termo. Consoante a concepção, tolerância significa aqui que a autoridade ou maioria que detém o poder de interferir nas práticas de uma minoria, a "tolera", ao passo que a minoria aceita sua posição de inferior. A situação ou os "termos de tolerância" são hierárquicos: um grupo permite ao outro, certas condutas em condições especificadas. É essa concepção que Goethe tinha em mente quando afirmou: "A tolerância deveria ser uma atitude apenas temporária: ela deve conduzir ao reconhecimento. Tolerar significa insultar"⁶.

Para Maldonato, a tradição iluminista de tolerância “gerou uma categoria fraca, genérica, desprovida de responsabilidade ética que, de fato, deixou os homens indefesos diante das violências e dos horrores da história” e “conserva o desprezo pelo outro: simplesmente o tolera – no máximo o aceita.”⁷

A tolerância, na sua concepção de permissão, não só segrega como objetifica, ao não enxergar no outro um agente autônomo que seja de fato sujeito de direitos, em vez de mero objeto de proteção.

2.2. Tolerância como respeito

A segunda concepção de tolerância - a concepção como respeito - é aquela na qual as partes tolerantes se respeitam mutuamente: embora difiram

⁶ GOETHE, J. W. *Maximen und Reflexionen*, Werk Frankfurt am Main: Insel, 1981, p. 507.

⁷ MALDONATO, Mauro. 2001. *A subversão do ser: identidade, mundo, tempo, espaço: fenomenologia de uma mutação*. São Paulo: Peirópolis. p. 117.

essencialmente em suas crenças éticas a respeito do bom e legítimo modo de vida e nas suas práticas culturais, as pessoas reconhecem umas às outras, se respeitam reciprocamente, no sentido de que sua estrutura comum de vida social deve - na medida em que questões fundamentais de reconhecimento de direitos e liberdades e de distribuição de recursos estejam envolvidas - ser guiada por normas que todos possam igualmente aceitar e que não favoreçam uma "comunidade ética" específica.⁸

Segundo Forst, existem dois modelos na “concepção de respeito” do termo tolerância, o da igualdade formal e o da igualdade qualitativa. O primeiro opera sobre uma distinção estrita entre a esfera política e a particular, na qual as diferenças culturais entre os cidadãos devem ser confinadas à esfera privada, para que não conduzam a conflitos na esfera política. Já o modelo de igualdade qualitativa, reconhece que certas formas de igualdade formal favorecem aquelas formas de vida ético-culturais cujas crenças e práticas tornam mais fácil acomodar uma distinção público-privada convencional.

Em outras palavras, o modelo de igualdade formal tende a ser intolerante em relação a formas de vida ético-culturais que requerem uma presença pública diferentes das formas culturais tradicionais e até então, dominantes. Já no modelo de igualdade qualitativa, as pessoas se respeitam como iguais, com uma certa identidade ético-cultural que precisa ser respeitada e tolerada como algo que é (a) essencialmente relevante para alguém e (b) possa fornecer boas razões para certas exceções ou mudanças gerais nas estruturas legais e sociais existentes.

A igualdade e a integração social e políticas são assim consideradas compatíveis com a diferença cultural, dentro de determinados limites de reciprocidade. A concepção como respeito atenta para o critério de determinação do conteúdo da tolerância, com o auxílio de considerações de justiça procedimental.

3. O novo sentido de tolerar

A terceira concepção de tolerância, a qual repele a concepção de permissão e abrange a concepção de respeito, alargando-a, nasce primordialmente na última década do séc. XX, quando os intelectuais da

⁸ Ver discussão sobre "neutralidade" em Forst. *Contexts of justice: political philosophy beyond liberalism and communitarianism*, trad. J. Farrell. Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 2002, cap. 2.

América Latina passam a fornecer ao conceito de tolerância um sentido concebido a partir das culturas dos povos latino-americanos e caribenhos, cientes e conscientes da exploração e da marginalização sofridas nos últimos quinhentos anos de sua história e também da riqueza de sua diversidade cultural.

Dessa forma, tais intelectuais contribuíram decisivamente para uma nova concepção de tolerância em relação àquelas construídas na idade moderna europeia, comprometendo a percepção pluralista do termo, tanto como respeito a diversidade cultural existente no mundo contemporâneo quanto à consciência do direito fundamental de cada povo à sua identidade, livre de quaisquer formas de dominação.

Tolerar não pode mais ser admitido como permissão ou simples respeito ao diferente. A tolerância passa a ser enxergada como meio possível de substituir uma cultura de guerra por uma cultura de pacificidade, de admiração e apreço pelos desiguais.

Nessa concepção, a tolerância baseia-se na coexistência da diversidade livre de opiniões, costumes, raças, gêneros e culturas. Nossa sociedade moderna é multicultural. Conforme aduz Margareth Leister:

Ocorre que não há um sujeito único ou universal, nem uma ética universal, pois o conceito de humanidade é fundamentado na identificação de situações singulares, em uma pluralidade de formas de vida singular e de valores produzida e acumulada objetivamente ao longo da História, assim, há tantos sujeitos quantas verdades existem.⁹

A tolerância representa a capacidade de estar aberto às críticas quanto as suas opiniões e condutas bem como o afastamento da ideia de uma verdade absoluta.

O tolerante, segundo Clodoaldo Meneguello Cardoso¹⁰ possui um espírito aberto às críticas de suas opiniões, podendo ter convicções e estar seguro de uma determinada doutrina, porém, não se arroga infalível.

⁹ LEISTER, Margareth A. *Aculturação e identidade cultural: uma revisão do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. p. 5.

¹⁰ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade*. São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 51.

Habermas¹¹ aduz que nas sociedades pluralistas, convive-se na atualidade com evidências que se distanciam cada vez mais do Estado nacional constituído por uma população culturalmente homogênea, uma vez que a cada dia, se desenvolve uma multiplicidade de formas culturais de vida, de grupos étnicos, religiões e de diferentes representações do mundo.

Nesta toada, tolerar, no novo sentido proposto pela autora, pressupõe o reconhecimento da falibilidade humana, repelindo quaisquer formas de dogmatismos e absolutismos existentes. O conhecimento, a experiência e a existência são relativas, pois estão diretamente ligadas à cultura na qual se vive.

Inexiste moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas e estas culturas produzem seus próprios valores, merecendo todas, igual respeito e admiração.

4. Estado de Direito (formal)

Conceituar Estado de Direito não é uma tarefa fácil, vinculando-se a própria ideia que se possui do Direito bem como as diversas concepções aplicáveis a palavra "Estado".

A concepção de Estado de Direito origina-se na Idade Média, como forma de contenção do poder absoluto, possuindo no decorrer dos anos, distintos significados, uma vez que cada ideia de Estado de Direito, bem como as características que lhes são atribuídas, refletem distintas concepções políticas, morais, jurídicas, econômicas que se busca seguir. No entanto, é difícil encontrar qualquer outro ideal político louvado por públicos tão diversos.¹²

Em sua acepção formal, consoante defende Brian Tamanaha, o Estado de Direito é um ideal político que exige o estrito cumprimento à lei, tanto pelos governantes como pelos governados. Uma das funções do Estado de Direito é impor restrições legais aos governantes, de duas formas diferentes: (i) ao exigir o cumprimento da legislação existente; e (ii) ao impor limites legais ao

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 134-135.

¹² TAMANAHA, Brian. *On the rule of law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 137-141.

poder legislativo.¹³ Outra função seria a de manter a ordem e coordenar o comportamento e as transações entre os cidadãos.

Essa concepção formal, representa um mínimo, uma base para formulação de outras diversas acepções do termo. Alguns autores denominam o sentido formal como a tese sutil ou “fraca” do Estado de Direito. E a tese “forte” seria o sentido substancial da expressão.

Uma visão substantiva (material) de Estado de Direito geralmente inclui referências a direitos fundamentais, democracia, separação e controle de poderes, e/ou critérios de justiça ou Direito.

Distintos estudiosos que escrevem sobre o tema incluem um ou mais desses quatro aspectos como parte integrante do conceito de Estado de Direito. Estes aspectos, entretanto, não são essenciais para uma compreensão formal do termo. Muitas sociedades não abraçam valores liberais e outras não abraçam a democracia, bem como critérios de justiça ou direito são conceitos subjetivos.

Para Elías Diaz, por exemplo, o Estado de Direito como processo histórico e construção racional representa a institucionalização jurídico-política da democracia política (e da democracia como moral).¹⁴ O Estado de Direito busca fazer da "legalidade", o sistema de valores (liberdade como base) que caracteriza a "legitimidade democrática".

Alguns teóricos do Direito, descrevem o Estado de Direito como uma ferramenta indispensável para assegurar os direitos humanos, evitando a discriminação e o uso arbitrário da força.¹⁵ Elías Diaz também assegura que os direitos humanos constituem a razão de ser do Estado de Direito, a sua finalidade mais radical, o objetivo e os critérios que dão sentido aos mecanismos e os atores políticos que compõem tais direitos.¹⁶

José Afonso da Silva, numa tentativa de sistematizar o conteúdo do Estado de Direito, conceitua-o por meio de três características básicas, quais sejam: a submissão ao império da lei - ato emanado formalmente pelo Poder Legislativo, representante do povo-cidadão -; a divisão de Poderes em

¹³ TAMANAHA Brian Z. *A Concise Guide to the Rule of Law*. In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil. *Relocating the Rule of Law*. Oxford / Portland: Hart Publishing, 2009, p. 2.

¹⁴ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, NEJ – Volume 11, ° 1, p. 09-25/jan-jun 2006. p.10

¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil*. Direito, cidadania e justiça. Teoria Geral e Filosofia do Direito, 1ª ed. 2017.

¹⁶ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, NEJ – Volume 11, 1ª ed. p. 09-25/jan-jun 2006. p.17.

Judiciário, Legislativo e Executivo; e, por fim, a enunciação e a garantia dos direitos fundamentais.¹⁷

Roberto Bobbio descreve Estado de Direito como um Estado no qual os poderes públicos são regulados por normas, por leis. A sociedade deve ser governada sob as leis, e os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem ser regulados também por uma Constituição. O Estado de Direito seria caracterizado pela transformação dos direitos naturais em leis do Estado, isto é, pela constitucionalização dos direitos naturais. Segundo Bobbio,

Estado de Direito significa não só a subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípio invioláveis.¹⁸

A concepção de Estado de Direito defendida por Hayek também engloba uma visão substantiva do termo, configurando-o como uma doutrina meta legal e um ideal político, que serve à causa da liberdade, e não como uma mera concepção de que a ação governamental deva estar de acordo com as normas. Para ele, a expressão abarca uma noção estrita da separação de poderes e a existência de direitos liberais que protejam a esfera privada, moldada assim para servir como um instrumento de proteção da propriedade privada e da economia de mercado.¹⁹

Joseph Raz é um dos teóricos que propõem uma concepção formal de Estado de Direito, repelindo confusões entre diversos objetivos sociais e ideológicos e as virtudes intrínsecas do Estado de Direito. Consoante o autor: “se o Estado de Direito for um Estado governado por boas leis, então explicar a sua natureza é difundir uma filosofia social completa”²⁰

Para Raz, o Estado de Direito em seu sentido amplo, “significa que as pessoas devem obedecer às leis e serem reguladas por elas. Porém, em uma

¹⁷ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 112-113.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 18.

¹⁹ HAYEK, Friedrich August von. A. *O caminho da servidão*. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

²⁰ RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*, Oxford University Press. USA. 2ª ed. 2009. p. 211.

teoria política e jurídica, ele deve ser lido de uma maneira mais estrita, no sentido de que o governo deve ser regulado pelas leis e submetido às mesmas”.²¹

É importante notar que o Estado de Direito é uma condição necessária, mas não suficiente para um sistema jurídico justo e equitativo, tendo em vista que ele em si, ou seja, em sua aceção formal, não requer democracia, respeito pelos direitos humanos, separação e controle de Poderes ou qualquer conteúdo específico na lei.

A concepção formal do termo, portanto, não garante que a lei ou o sistema legal seja bom ou mereça obediência. Tal visão não impõe quaisquer requisitos quanto ao conteúdo da lei. Essa abertura em relação ao conteúdo torna o Estado de Direito receptivo a todos os tipos de culturas, sociedades e sistemas políticos, pois não especifica os tipos de lei que uma sociedade deve ter, nem indica quaisquer limites particulares à lei.

O conceito clássico da expressão foi submetido a uma severa reavaliação nas primeiras décadas do último século. A noção de que o Estado não tem apenas a obrigação de tratar os cidadãos de maneira igual perante a lei, mas também o dever de assegurar a justiça substantiva, foi acompanhada pelo argumento, proposto por novos teóricos do direito, de que o conceito tradicional de Estado de Direito (meramente formal) se tornou incompatível com o mundo moderno.

Destarte, a visão formal da expressão, que é a base para toda e qualquer articulação sobre Estado de Direito, exige apenas que os governantes e os cidadãos estejam vinculados e ajam de acordo com a mesma lei, independentemente do que a lei possa exigir. Isso também significa que regras opressivas ou imorais podem ser promulgadas - por exemplo, impondo a escravidão, o *apartheid* e distinções religiosas ou de castas - sem cair em desrespeito às exigências do Estado de Direito.²²

Em situações em que a lei impõe uma ordem autoritária, um conjunto de valores estrangeiros ou antagônicos à população ou em que ela é usada por um grupo da sociedade para oprimir outro, a lei pode ser uma arma temível. A fidelidade ao Estado de Direito nestas circunstâncias serve para reforçar a opressão legalmente imposta.

²¹ *Idem*, p. 212.

²² TAMANAHA Brian Z. *A Concise Guide to the Rule of Law*, p. 7.

Para superar tal situação de “opressão”, na qual o Estado pode exercer coerção sobre seus cidadãos – através de atos normativos – sem a necessidade de justificar suas ações em uma lei abstrata e geral, seria necessário retornar às origens do Estado de Direito (criado para contenção do poder absoluto) estabelecendo elementos normativos essenciais, elementos mínimos, constantes em qualquer Estado efetivamente de Direito.

4.1. Elementos normativos essenciais

Conquanto as concepções de Estado de Direito sejam muitas, sua aceção formal exige que, em uma sociedade, todos estejam vinculados e cumpram normas específicas, que são aplicadas a todos indiscriminadamente, estejam de acordo com seu conteúdo ou não. Essas normas, que denominaremos leis, proporcionam ao governado a certeza de liberdade, a regulação de suas ações e solução de conflitos. Ademais, regulam as ações dos governantes e os responsabilizam por ações tomadas em nome da comunidade.

O conteúdo dessas leis é variável, sendo elaborado a partir das especificidades e necessidades de cada sociedade e embora não haja uma determinação universal de seu conteúdo, elas precisam observar características mínimas. Como sugerido por Fuller em *The morality of law*, princípios de prospectividade, publicidade, acessibilidade, generalidade, clareza, estabilidade, segurança e aplicabilidade seriam os princípios instrumentais indispensáveis para a elaboração de leis.²³

O princípio de prospectividade determina que a lei deve ser anterior ao ato do governante, ou a conduta dos cidadãos. Dessa forma, não pode haver punição sem que haja lei anterior definindo que aquilo é proibido, promovendo tanto a adequação do comportamento social quanto a regulamentação do funcionamento de instituições jurídicas e executivas.

Brian Tamanaha destaca que o princípio de prospectividade da lei permite uma tomada de ação mais objetiva e eficiente em relação a custos e resultados de transações prospectivas, garantindo certa segurança nas consequências dessas transações e prevê garantias em caso de descumprimento do acordo por alguma das partes, incentivando a criação de

²³ FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964, p. 33.

contratos com partes desconhecidas e o intercâmbio financeiro que pode movimentar positivamente a economia e o desenvolvimento de uma sociedade.²⁴

As leis precisam ser públicas fazendo-se conhecidas em todo o território, devendo seus recursos e garantias ser acessíveis a todos aqueles que se sujeitam a elas. O princípio de publicidade tem a função de tornar conhecidas as normas que regem a sociedade proporcionando a reflexão antes da tomada de ações. Ainda, objetiva garantir a transparência de ações da Administração Pública para fins de esclarecimentos sociais, oferecendo aos governados, certo grau de confiança no Estado.

A lei e seus recursos devem ser acessíveis a todos. O princípio de acessibilidade não apenas garante que ela esteja disponível para o conhecimento de todos - como determina o princípio de publicidade -, mas prevê que os aparelhos judiciais estejam também à disposição em caso de litígio ou defesa de interesses públicos e privados.

O princípio de generalidade aplicado na formulação das leis impede que estas façam quaisquer distinções entre os grupos que compõem uma sociedade, sendo elas igualmente aplicadas a qualquer um que esteja a elas sujeito. Tal aspecto tem consequências negativas, em especial naquelas sociedades em desigualdade substancial, onde não há mecanismos eficientes de administração que integrem as partes excluídas.

Jeremy Waldron destaca que o princípio de generalidade das leis é apenas formal, não garantindo justiça, sendo “compatível com a discriminação injusta no que diz respeito a sua substância, uma vez que um aviso de que ‘Pessoas negras devem acomodar-se ao fundo dos ônibus’ aplica-se, universalmente, a todos”²⁵, conquanto sua aplicação somente venha a afetar significativamente um grupo social específico.

As leis, dentro da concepção formal do Estado de Direito, devem ser redigidas de forma clara em seus termos, muitas vezes rebuscados, mas compreensíveis para o jurisdicionado. O princípio de clareza está relacionado com trabalho dos executores da lei, que consiste em interpretá-las e aplicá-las em seus termos.

²⁴ TAMANAHA Brian Z. *A Concise Guide to the Rule of Law*, p. 5.

²⁵ WALDRON, Jeremy. *The Rule of Law*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2016. “compatible with invidious discrimination so far as its substance is concerned, since even a norm like “A person who is of African descent must sit in the back of any public bus that they ride on” applies, universalizably, to everyone.” Tradução livre. p 11.

O princípio de estabilidade das leis, ainda que relativo, é determinante para que haja certa previsibilidade no curso de ações. Permite a adequação dessas ações com base na certeza de que mudanças não aconteçam imprevistamente. Há certa relatividade em relação a tal princípio, uma vez que sociedades são mutantes, bem como a jurisprudência e costumes, exigindo, assim, certo grau de mutabilidade também das leis, respeitando as mesmas características mínimas pelas quais foram formuladas.

Por fim, as leis devem ser seguras, para que ações e decisões jurídicas e administrativas não possam ser alteradas por motivos circunstanciais, e devem ser aplicáveis e aplicadas a todos de maneira geral, impessoal e sem distinções.

Destarte, consoante a acepção formal de Estado de Direito as leis devem ser prospectivas, acessíveis, claras e relativamente estáveis; a edição de normas específicas deve ser guiada por outras que sejam, por sua vez, acessíveis, claras e gerais.

5. Crise na soberania da lei e a racionalização do Direito

A lei, outrora concebida como suprema representação dos interesses gerais, vem perdendo sua força mediante a descrença da população em sua legitimidade. Enquanto no passado, a conformidade da população com os termos da lei fosse fruto da necessidade de segurança e proteção, as mudanças sociais e econômicas, hoje, atribuem a elas a responsabilidade pela solução de conflitos e demandas. Tais demandas vêm adquirindo um caráter cada vez mais pessoal e, como consequência, passamos a uma situação de judicialização das relações sociais, que será destrinchada em tópico posterior.

Seja diretamente ou através da representação, a lei aparece como a expressão da autonomia de um grupo social que generaliza a autonomia de cada um de seus componentes através do princípio das maiorias. A lei pode assim, e só assim, ser concebida como norma suprema na medida em que exprime o poder normativo último (soberania) que reside no povo e pode então exercer um fundamento moral para a sua reivindicação de obediência.²⁶

A frágil representatividade dos eleitos aos Poderes Legislativo e Executivo, a lentidão e obscuridade do processo legislativo, o descrédito na capacidade da lei de expressar a vontade geral, além de outras problemáticas

²⁶ HIERRO, Liborio L. *O Estado de Direito e a crise do Direito*. 1996. p. 289.

como corrupção, favorecimentos escusos, manipulação do sistema, dentre outros, alavancaram um cenário de questionamentos e desprestígio da lei.²⁷

A descredibilidade do Estado perante a sociedade, que não mais associa as normas produzidas à sua vontade e ao seu anseio por justiça, evidencia a falta de legitimidade dos Poderes constituídos e a tendência da comunidade em não aderir às regras impostas.

Em outros tempos, a legitimidade dos governantes residia na crença dos cidadãos de que o Estado representaria fielmente os seus interesses. Porém, desde as últimas décadas do século XX, evidenciou-se uma certa falha na fórmula de democracia representativa, pois os cidadãos, antes protagonistas, hoje assistem ao esfacelamento da representação política, que dá lugar à representação de interesses. Assim, esse processo imperfeito de representação política afetou substancialmente as normas jurídicas, que deveriam ser a expressão exata da vontade geral e legitimar a atuação administrativa.²⁸

O autor Liborio Hierro lista quatro motivos práticos e teóricos caracterizadores de uma suposta crise na lei:

(1) a diversificação do direito e da concorrência entre diferentes tipos de leis; (2) a emergência de regras não jurídicas de natureza paralegal nos processos de integração regional dos Estados; (3) a expansão da força normativa das constituições; e (4) a expansão da força normativa dos princípios.²⁹

A lei enfrenta problemas para manter sua legitimidade e, no Brasil, em particular, um fator que contribui para seu desprestígio é o desalinhamento entre ela e a realidade sócio cultural do país. A inacessibilidade aos seus termos e aos termos jurídicos provoca a sensação de não pertencimento em uma parcela significativa da população. Tornar a lei mais inclusiva, simples e acessível pode promover a construção de uma nova legitimidade.

Nos dizeres do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux:

²⁷ SPAGOLLA, Vânia Senegalia Morete; MORETE, Vivian Senegalia. *A crise da lei e seus reflexos no Direito Administrativo: a legalidade questionada*. Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais, v. 12, n. 2, 2015.

²⁸ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 291.

²⁹ HIERRO, Liborio L. *O Estado de Direito e a crise do Direito*. 1996. p. 291.

Numa das mais recentes constatações de estudiosos do fenômeno jurídico, concluiu-se a necessidade de 'simplificar o direito', considerando, exatamente, o meio social de sua efetivação. Isto porque, um direito inacessível sob a ótica de sua ininteligibilidade 'arrasta a inacessibilidade à justiça', uma vez que um cidadão que desconhece os direitos que ostenta jamais poderá exercê-los em juízo ou fora dele.³⁰

Simplificar o Direito é aproximá-lo do seu meio social de aplicação. Para que seja acessível, a lei deve ser compreensível mesmo àqueles que não exercem profissões ligadas ao Direito, que compreendem sua multiplicidade de aplicações. O cidadão que desconhece seus direitos é privado da oportunidade de exercê-los, em juízo ou fora dele.

É fundamental, portanto, que racionalizemos o Direito. Ou seja, que haja preocupação permanente de aperfeiçoamento da produção jurídica, a melhoria da qualidade dos textos e a clarificação da hierarquia das normas.³¹

Verifica-se, na atualidade, um certo declínio do direito, que perde seus atributos de sistematicidade, generalidade e estabilidade, ao revestir as leis com uma roupagem eminentemente técnica e textos especiais incrustados pelos detalhes, levando à sua desestabilização, uma vez que serão facilmente ultrapassadas. A desvalorização do direito é sentida na mesma proporção em que as leis são criadas e modificadas, tendo sido justificada em dois pontos, segundo Chevallier:

Primeiro, a proliferação dos textos e a aceleração do ritmo de sua produção torna difícil, se não impossível, o conhecimento e a assimilação do direito, tanto pelos cidadãos quanto pelos profissionais do direito ou aqueles que estão encarregados de sua aplicação. Depois, ela dedica grandes faixas do direito a permanecerem não aplicadas: a partir do momento em que o direito atinge certo limite de complexidade, registra-se, inelutavelmente, um déficit de execução.³²

³⁰ FUX, Luiz. *Uma nova visão do universo jurídico*. Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001. p. 145. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15>. Acesso em 25 fev. 2020.

³¹ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 170.

³² CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.p. 82-83.

A simplificação do direito confere segurança jurídica através da acessibilidade e inteligibilidade, tendo os cidadãos maior intimidade com os textos normativos, deles serão erigidos menos questionamentos e abstenções. Outra precisão quanto ao simplificar da norma está na necessidade de melhoramento da qualidade da redação dos textos, a fim de eliminar complexidades, obscuridades e contradições.

Para que a lei encerre a legitimidade e eficácia de que dela se espera, urge reorganizá-la de forma coerente e compatível, aproximando-a de todas as classes sociais, com simplificação e substantiva melhora de seus termos. A revisão do direito em vigor supõe, por um lado, a supressão de regras ultrapassadas, redundantes, supérfluas ou inúteis, e, de outro lado, o agrupamento daquelas que subsistem, de maneira a que formem um conjunto coerente e acessível.³³

Deste modo, mostra-se imprescindível para que se alcance a almejada racionalização da normatividade jurídica, a inflexão do processo de sua elaboração, primando pela qualidade, enfatizando seu conteúdo acima da forma, aliando técnica, conhecimento e modernização.

6. Judicialização das relações pessoais

Uma das explicações para o aumento na atividade do Judiciário, é a nítida incapacidade do Estado ao assegurar a todos os cidadãos os direitos que lhe são genericamente reconhecidos. Assim, podemos dizer que existe uma crise de representação nas modernas democracias, nas quais os detentores do poder estatal não correspondem aos anseios e necessidades da sociedade. Neste momento emerge a premência de uma instituição em que os desejos dos indivíduos possam ser atendidos, em contraposição às lacunas deixadas pelos poderes representativos.

A judicialização das relações sociais, contudo, é a submissão ao Poder Judiciário de questões que outrora cabiam à educação tradicional, às condutas ensinadas em ambiente familiar e reforçadas ao longo da vida escolar. O enfraquecimento dessas instituições de poder tradicional leva o indivíduo a buscar o Judiciário para a satisfação de suas demandas em relação a aspectos íntimos da conduta social diária.

³³ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 174.

Isso ocorre segundo o autor Antoine Garapon, do fato de que o Direito se apresenta como promessa de humanismo. No momento em que o Estado passa a operar em função das demandas da população, o Direito assume um caráter humanista, atribuindo ao indivíduo a condição de ser humano e proibindo que sejamos comparados a objetos. Imbuído desses direitos, o homem recorre ao Direito para validação de suas ações e, acima disso, para a condenação das ações do outro.

Ademais, segundo o mencionado autor, a justiça é um dizer público comprometido com a sociedade e com as gerações futuras. “Antes mesmo de sua função de autorizar a violência legítima, a justiça é uma palavra, e o julgamento, um dizer público. (...) O direito se apresenta *in fine* como a promessa de humanismo feita por uns aos outros e garantia pela lei.”³⁴

Assim, a crescente busca do Poder Judiciário não só para a garantia de direitos, mas também para a resolução de conflitos cada vez mais particulares ocasionou a invasão do Direito na vida social, exigindo da lei soluções para questões que não deveriam ser resolvidas em Juízo.

O Direito passa ser requisitado para operar sobre questões como rugas familiares, conflitos entre professores e alunos, pais e filhos sobre limites a estes impostos, irmãos, divergência entre casais sobre questões relevantes para suas vidas, sem que isto implique ruptura da vida conjugal pela separação judicial ou divórcio, conflitos de ordem religiosa, étnica, sexual, dentre muitos outros, nos quais nem sempre está o clássico magistrado imbuído da crença na sua capacidade de se pronunciar sobre tais questões.

A clama por justiça cada vez mais pessoal não se atém a possíveis indenizações, mas exige que o Poder Judiciário determine vítimas e culpados no âmbito das relações íntimas. Mais do que o ressarcimento por danos, o que se pede da justiça (ou do juízo) é a condenação de comportamentos inadequados pelo poderio da lei, a ratificação de alguma injustiça.

Nesse contexto, a sociedade exige que a lei exerça seu poder sobre direitos e demandas de grupos específicos, condenando juridicamente práticas que a esses possam causar danos ou mesmo limites ao exercício de suas liberdades.

Todavia, não há, no campo jurídico, leis que estabeleçam todos os comportamento ou condutas que deveriam ser seguidos. O que ocorre é a

³⁴ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.p. 68.

busca, em juízo, pelo cumprimento de convenções sociais que regem a vida diária, cujos conflitos poderiam ser resolvidos pelo poder ordinário, enquanto a única responsabilidade civil juridicamente exigível da lei é reparar os danos causados pela violação de determinados limites.

7. Tolerância para enfrentar a crise da lei e a judicialização das relações pessoais

A crise da legitimidade da lei, ocasionada pela descrença na sua capacidade em representar os interesses gerais é especialmente evidente no Brasil contemporâneo. Uma multiplicidade de grupos étnicos e religiosos convivem no mesmo território, porém, apenas uma parcela desses grupos tem seus interesses legalmente representados.

Nesta senda, parte substancial da população perde sua confiança no Estado, uma vez que as próprias leis parecem feitas para mantê-los à margem da sociedade, desprezando-os de todas as garantias as quais os cidadãos possuem direito, independentemente de sua classe social, etnia, raça, sexo, cultura, religião.

Contudo, o Direito não foi criado nem pretender se tornar meio para solução de todos os problemas cotidianos e, em muitos casos, a aplicação da lei, por mais impecável e imparcial, não alcança às expectativas sociais.

A crise de representatividade da lei, bem como o excesso de casos levados ao Judiciário, que deveriam ser solucionados por meio da educação e normas de etiqueta sociais para boa convivência humana podem ser solucionadas através do emprego da tolerância, visto na sua acepção de apreço pelo outro.

A tolerância, contemporaneamente, é a harmonia na diferença. Ela é fomentada pelo conhecimento, pela flexibilidade de entendimento, pela comunicação e entrosamento pacíficos e a pela liberdade de pensamento, de modos, de sexualidades, de consciência e de crença.

Destarte, podemos afirmar que houve uma transformação do termo tolerância, que atualmente é visto como aceitação e respeito mútuo, propondo a autora, um alargamento de tal conceito de forma a abranger a admiração pela diversidade, pelo diferente, enaltecendo-se a riqueza de todas as culturas existentes.

Releva-se notar que não se trata somente de aceitar e respeitar o outro, mas de apreciá-lo, fornecendo condições isonômicas aos diversos grupos

sociais, tratando-se tanto de um dever de ética, como de uma necessidade política e jurídica.

A relevância da tolerância reside na própria natureza do ser humano, de onde advém os argumentos a favor da boa convivência. Não se aventa simplesmente de tolerar o outro, pelo respeito àquilo que temos de diferente, mas por nossa identificação recíproca como seres humanos, portadores dos mesmos direitos e deveres, sendo na identidade entre os seres humanos e em sua natureza única que se justifica a tolerância, a qual é adquirida por meio do conhecimento e do respeito, repelindo-se a ignorância bem como toda e qualquer forma de preconceito e discriminação.

Considerações finais

O artigo abordou sobre a origem e a evolução do conceito de tolerância, demonstrando que num primeiro viés, o termo traduzia uma relação de verticalidade, uma vez que se tolerava aquilo que se entendia inferior, era a tolerância vista como permissão.

Posteriormente, podemos enxergar a tolerância como respeito, as partes tolerantes conquanto possam pensar e agir distintamente em seu modo de viver, reconhecem umas às outras, aceitando-as, sem o favorecimento de nenhuma religião, raça, cultura ou sociedade específica.

Ao discorrer sobre o Estado de Direito, foi possível concluir que, conquanto sejam muitas as suas concepções, a base para articulação de qualquer uma delas exige a vinculação e complacência à lei, tanto por parte dos governantes quanto dos governados. O Estado de Direito em sua acepção formal nada discorre sobre o conteúdo das leis, inexistindo, assim, qualquer compromisso com ideais de justiça, democracia ou direitos humanos, podendo, inclusive, ser utilizado para prescrição de injustiças e opressão. Tal característica torna necessária uma reflexão sobre o que é o Estado de Direito no contexto contemporâneo, à luz das novas demandas levadas ao Poder Judiciário.

Observou-se o momento no qual as leis passam por uma crise de legitimidade decorrente do fato de não mais representarem a vontade geral de sociedades nas quais a multiplicidade étnica, religiosa e cultural é substancial. Foi, então, constatada a necessidade de uma abordagem mais humanizada, fundamental para aproximar a população desse Estado efetivamente de

Direito, a fim de reestabelecer o Poder Judiciário como Poder regulatório legítimo.

Uma das formas possibilitadas à população para satisfação de seus interesses, e contraposição ao poder público, se dá no âmbito judicial, em que será levada à decisão do Judiciário a interpretação de determinado grupo em busca de seus direitos.

Contudo, o presente artigo demonstrou que o Judiciário vem sendo acionado a se pronunciar acerca de questões cada vez mais íntimas, sobre demandas que deveriam ser sanadas por poderes tradicionais, notadamente em declínio. Observamos que não há norma jurídica que discorra sobre o comportamento a ser seguido e, dessa forma, o Direito não pretende ser solução para os problemas cotidianos.

O emprego da tolerância, no seu viés de apreço e admiração ao convencional foi proposto como meio de solução daqueles conflitos que estão no âmbito das relações pessoais, levados ao Poder Judiciário, já tão assoberbado de trabalho e o qual deve lutar, ainda, para se manter como poder contra majoritário, ao defender o direito de minorias.

A tolerância na concepção proposta pela autora, contrapõe-se ao autoritarismo e ao dogmatismo sob todas as suas formas – raciais, políticas, sociais, morais, científicas – repudiando toda forma de discriminação e agressão aos diferentes, que levam ao racismo, à xenofobia, à homofobia, ao sexismo, ao fundamentalismo religioso, às diferentes formas do nazifascismo, bem como à falta de ética nas relações profissionais e na política.

Consoante comprovado, a possibilidade da construção de uma cultura de tolerância diferenciada, tolerância como apreço e admiração ao diferente do convencional, alude na satisfação das necessidades basilares das minorias, impondo-se a formulação de leis mais acessíveis e menos rebuscadas, que, notadamente, façam incluir a defesa dos direitos de todas as parcelas da população.

Por fim, a autora entende por confirmada a hipótese por ela suscitada, haja vista que, efetivamente, comprovou-se a possibilidade da utilização do novo conceito de tolerância como forma de combate à crise de soberania da lei e à Judicialização das relações pessoais.

Referências

- ALMEIDA, Maria Cecília Pedreira de. *A tolerância e a sua medida em John Locke e Pierre Bayle*. In: Revista Princípios. Natal, v. 17, n. 27, jan/jun. 2010.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade*. São Paulo: Editora UNESP, 2003.
- CASAMASSO, Marco. A. L. *Política e religião: três tópicos para reflexão*. In: BALERDI, Juan Carlos; GUEDES, Marco Aurelio Peri (Org.). *Teorías del Estado: miradas desde el sur del continente americano*. 1ªed. Buenos Aires: La Ley, 2014.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- _____. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, NEJ – Volume 11, 1 ed. jan-jun 2006.
- FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964.
- FORST, Rainer. *Contexts of justice: political philosophy beyond liberalism and communitarianism*. Trad. J. Farrell. Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 2002.
- FORST, Rainer. *Toleration, justice and reason*. In: McKinnon, Catriona e Castiglione, Dario (eds.). *The culture of toleration in diverse societies*. Manchester: Manchester University Press, 2003.
- FUX, Luiz. *Uma nova visão do universo jurídico*. Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001.
- GARAPON, Antoine. *O Juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GOETHE. J. W. *Maximen und Reflexionen*. Werk Frankfurt am Main: Insel, 1981.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HAYEK, Friedrich August von. *A. O caminho da servidão*. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HIERRO, Liborio L. *O Estado de Direito e a crise do Direito*. 1996.

MALDONATO, Mauro. *A subversão do ser: identidade, mundo, tempo, espaço: fenomenologia de uma mutação*. São Paulo: Peirópolis. 2001.

PAIM, Antônio. *Tratado de ética*. Rio de Janeiro: Edições Humanidades, 2002.

RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford University Press. USA. 2ª ed. 2009.

SPAGOLLA, Vânia Senegalia Morete; MORETE, Vivian Senegalia. *A crise da lei e seus reflexos no Direito Administrativo: a legalidade questionada*. Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais, v. 12, n. 2, 2015.

TAMANAH Brian Z. *A Concise Guide to the Rule of Law*. In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil. *Relocating the Rule of Law*. Oxford / Portland: Hart Publishing, 2009.

TAMANAH, Brian. *On the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil*. Direito, cidadania e justiça. Teoria Geral e Filosofia do Direito, 1ª ed. 2017.

VOLTAIRE. *Dicionário Filosófico*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. *Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas*. Tradução de Paulo Neves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Traité sur la tolérance*. Paris: CF Flammarion, 1989.

WALDRON, Jeremy. *The Rule of Law*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2016. Acessado em: 13 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>